Thomas Hobbes (1681)

Dialogue entre un philosophe et un spécialiste des common laws d'Angleterre

**Traduction originale de M. Philippe Folliot,
Professeur de philosophie au Lycée Ango, Dieppe, Normandie.
17 novembre 2009.**

Un document produit en version numérique par Philippe Folliot, bénévole,
Professeur de philosophie au Lycée Ango à Dieppe en Normandie

Courriel: philippefolio@wanadoo.fr

Site web: <http://perso.wanadoo.fr/philotra/>

Dans le cadre de la collection: "Les classiques des sciences sociales"

Site web: <http://classiques.uqac.ca/>

Une collection développée en collaboration avec la Bibliothèque
Paul-Émile-Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi

Site web: <http://bibliotheque.uqac.ca/>

Politique d'utilisation de la bibliothèque des Classiques

Toute reproduction et rediffusion de nos fichiers est interdite, même avec la mention de leur provenance, sans l'autorisation formelle, écrite, du fondateur des Classiques des sciences sociales, Jean-Marie Tremblay, sociologue.

Les fichiers des Classiques des sciences sociales ne peuvent sans autorisation formelle:

- être hébergés (en fichier ou page web, en totalité ou en partie) sur un serveur autre que celui des Classiques.
- servir de base de travail à un autre fichier modifié ensuite par tout autre moyen (couleur, police, mise en page, extraits, support, etc...),

Les fichiers (.html, .doc, .pdf., .rtf, .jpg, .gif) disponibles sur le site Les Classiques des sciences sociales sont la propriété des **Classiques des sciences sociales**, un organisme à but non lucratif composé exclusivement de bénévoles.

Ils sont disponibles pour une utilisation intellectuelle et personnelle et, en aucun cas, commerciale. Toute utilisation à des fins commerciales des fichiers sur ce site est strictement interdite et toute rediffusion est également strictement interdite.

L'accès à notre travail est libre et gratuit à tous les utilisateurs. C'est notre mission.

Jean-Marie Tremblay, sociologue
Fondateur et Président-directeur général,
[LES CLASSIQUES DES SCIENCES SOCIALES](#).

Un document produit en version numérique par M. Philippe Folliot, bénévole,
Professeur de philosophie au Lycée Ango à Dieppe en Normandie
Courriel: philippefolio@wanadoo.fr
Site web: <http://perso.wanadoo.fr/philotra/>

Thomas Hobbes

Dialogue entre un philosophe et un spécialiste des common laws d'Angleterre.

Traduit de l'anglais par Philippe Folliot, à partir de *A dialogue between a philosopher & a student of the common laws of England* in **The english works of Thomas Hobbes**. Molesworth. Vol. VI. London : John Bohn, Henrietta street, Covent Garden, 1840. Première édition : 1681.

[Autorisation formelle accordée par mon ami Philippe Folliot, philosophe et traducteur, de diffuser cette traduction, le 17 novembre 2009.]

Courriel : philippefolliot@yahoo.fr

Site : http://pagesperso-orange.fr/philotra/hobbes_common_law.htm

Polices de caractères utilisée :

Pour le texte: Times New Roman, 12 points.

Pour les citations : Times New Roman 12 points.

Pour les notes de bas de page : Times New Roman, 12 points.

Édition électronique réalisée avec le traitement de textes Microsoft Word 2004 pour Macintosh.

Mise en page sur papier format : LETTRE (US letter), 8.5'' x 11''

Édition numérique réalisée le 21 décembre 2009 à Chicoutimi,
Ville de Saguenay, province de Québec, Canada.

Table des matières

1. “[Dialogue entre un philosophe et un spécialiste des common laws d’Angleterre](#)”. La traduction française de Philippe Folliot, novembre 2009.
2. “[A dialogue between a philosopher & a student of the common laws of England](#)”. in *The english works of Thomas Hobbes*. Molesworth. Vol. VI. London : John Bohn, Henrietta street, Covent Garden, MDCCCXL. Le texte anglais original, 1681.

Thomas Hobbes (1681)

“Dialogue entre un philosophe
et un spécialiste des common laws
d’Angleterre.”

*Traduction de Philippe Folliot,
professeur de philosophie au Lycée Ango de Dieppe en Normandie
17 novembre 2009.*

(3) ¹

[Retour à la table des matières](#)

Le légiste ² : Qu’est-ce qui vous fait dire que l’étude du droit ³ est moins rationnelle que l’étude des mathématiques ?

¹ Le titre de l’oeuvre est “*A dialogue between a philosopher & a student Of the common laws of England*”. Je suis d’accord avec Cropsey qui, dans l’introduction de son édition anglaise, rappelle que, si celui qui dialogue avec le philosophe est nommé « lawyer » dans le texte, il est appelé « student » dans le titre. La façon d’employer ce terme s’inspire de Christopher Saint Germain : *Doctor and student or, Dialogues between a Doctor of Divinity and a student in the law of England containing the grounds of these laws together with questions and cases concerning the Equity thereof*. (1518). Le “student” de Saint-Germain (voir l’introduction de son *Doctor and student*) n’est absolument pas un étudiant ou un élève mais un *spécialiste* auquel a recours le docteur en théologie qui, élevé dans les lettres classiques, n’a pas l’aptitude requise pour lire des textes écrits en « french tongue » (le Franco-normand qui était la langue juridique). Il faut donc prendre le mot « student » dans son sens classique. *Studere*, en latin, c’est s’attacher à, s’appliquer à, rechercher, faire l’étude de, faire preuve de zèle pour... Le mot qui traduit le plus fidèlement le mot « student » est donc ici, paradoxalement, le mot « spécialiste ». (NdT)

² Dans la marge, on trouve : “of the law of reason”. (NdT)

Le philosophe : Je ne dis pas cela car toute étude est rationnelle ou ne vaut rien mais je dis que les grands maîtres de mathématiques ne font pas aussi souvent des erreurs que les spécialistes du droit.

Le légiste : Si vous aviez appliqué votre raison au droit, peut-être auriez-vous été d'un autre avis.

Le philosophe : En quelque étude que ce soit, j'examine si mes inférences sont rationnelles et j'ai parcouru les titres des statuts de la Grande Charte ⁴ jusqu'à l'époque présente. J'ai lu tous les livres ⁵ que je pensais pouvoir me concerner, ce qui me suffisait car je n'entends pas plaider pour un autre que moi. Mais je n'ai pas beaucoup remarqué lesquels étaient plus ou moins rationnels parce que je ne les lis pas pour les contester mais pour leur obéir et j'ai vu en tous ces livres une raison suffisante d'obéir, et la même raison, bien que les statuts eux-mêmes aient changé, est demeurée constante. J'ai lu aussi avec soin le livre de Littleton sur les *tenures* avec les commentaires ⁶ du célèbre légiste sir Édouard Coke, où j'avoue avoir trouvé une grande subtilité, non de la loi, mais (4) des inférences tirées de la loi et surtout de la loi de la nature humaine qui est la loi de la raison; et j'avoue que ce qu'il dit dans l'épilogue de son livre est vrai, que, par des arguments et par la raison qui se trouve dans la loi, on en viendra assez rapidement à la certitude et à une connaissance de la loi; ⁷ et je suis d'accord avec sir Edouard Coke qui, sur ce texte, dit plus loin que la raison est l'âme de la loi et, sur la section 138, il ajoute *nihil, quod est contra rationem, est licitum*, ⁸ c'est-à-dire que rien n'est loi qui est contre la raison. Il dit aussi que la raison est la vie de

³ « of the law ». (NdT)

⁴ La Magna Carta fut imposée le 15 juin 1215 à Jean sans Terre par les barons anglais. (NdT)

⁵ Littéralement, « je n'ai laissé aucun livre non lu ». (NdT)

⁶ The institutes of the law of England en 4 volumes. (NdT)

⁷ Dans l'édition que j'ai sous les yeux (First institute or his commentary upon Littleton, revised and corrected by Francis Hargrave, 1774), ce passage se trouve dans l'épilogue : « Car per les arguments et les reafons en la ley, home pluis toft aviendra a le certaintie et a la conufans de la ley. » (394, 395, colonne centrale). (NdT)

⁸ 1. *institute*, 97b, colonne de gauche. La traduction est donnée juste après. (NdT)

la loi, mieux, que le common law ⁹ lui-même n'est rien d'autre que la raison, ¹⁰ et, sur la section 21 que *Aequitas est perfecta quaedam ratio, quae jus scriptum interpretatur et emendat, nulla scriptura comprehensa, sed solum in vera rationis consistent*, ¹¹ c'est-à-dire que l'équité est une certaine raison parfaite qui interprète et amende la loi écrite, étant elle-même non écrite et ne consistant en rien d'autre que la droite raison. Quand je considère cela et que je me rends compte que c'est vrai et si évident que personne de sensé ne peut le nier, je vois ma raison se figer car cette affirmation rend vaines toutes les lois du monde. En effet, sur cette base, n'importe qui peut dire de n'importe quelle loi qu'elle va contre la raison et faire de cela un prétexte pour désobéir. Je vous prie d'éclaircir ce passage pour que nous puissions continuer.

Le légiste : Je l'éclaire ainsi, à partir de sir Édouard Coke (I. *Inst.* Sect. 138), qu'il faut entendre qu'il s'agit d'une perfection artificielle de la raison obtenue par une longue étude, une longue observation et une longue expérience, et non de la raison naturelle de chaque homme; car *nemo nascitur artifex*. ¹² La raison juridique est *summa ratio* ¹³ et, donc, si toute la raison qui est dispersée en de (5) si nombreuses têtes différentes était réunie en une seule, cette dernière ne pourrait

⁹ Notre livre se fonde en partie sur la distinction entre « common-law » et « statute law ». On peut dire avec Sir Matthew Hale (*The history of the common law of England*) que le premier droit est un droit à l'origine non écrit, coutumier. Le second est l'ensemble des actes du parlement (le Roi, la Chambre des Lords et la Chambre des Communes), qui sont écrits avant même d'entrer en vigueur. Le premier, appelé parfois droit traditionnel, est le *droit des juges*, l'ensemble de leurs jugements qui ont fini par avoir force de loi, le second le *droit du parlement*. Il ne faudrait pas penser pour cela que le « common-law » se réduit à un droit coutumier (et jurisprudentiel) car les juges de common-law doivent respecter le « statut-law ». Ce droit est dit « common », commun parce que les cours royales ont détrôné les cours locales des barons qui appliquaient le droit de leur fief. Les traducteurs évitent systématiquement de traduire l'expression « common-law ». Si j'avais osé le traduire, j'aurais choisi « droit national des juges ». Pour « statute law », j'aurais choisi « droit d'Etat ». (NdT)

¹⁰ 1. *Institute*, 97b, colonne de gauche. (NdT)

¹¹ 1. *institute*, 24b, colonne de gauche. La traduction est donnée juste après. (NdT)

¹² Personne ne naît artisan (ou artiste). L'artifex est celui qui pratique un art. (NdT)

¹³ La raison suprême. (NdT)

cependant pas constituer un droit comme le droit d'Angleterre parce que, par une longue succession de générations, il a été affiné et raffiné par un nombre infini d'hommes graves et savants. ¹⁴

Le philosophe : Cela n'éclaircit pas le passage car il est en partie obscur et en partie faux. Que la raison, qui est la vie de la loi, ne soit pas naturelle mais artificielle, je ne saurais le concevoir. Je comprends assez bien que la connaissance du droit s'obtienne par beaucoup d'étude comme dans toutes les autres sciences où l'étude et l'acquisition se font aussi par la raison naturelle, non par la raison artificielle. Je vous accorde que la connaissance du droit est un art mais non que l'art d'un ou de plusieurs hommes, quelques sages qu'ils soient, ou l'ouvrage d'un ou plusieurs artisans, quelque parfait qu'il soit, soit loi. Ce n'est pas la sagesse mais l'autorité qui fait la loi. L'expression *raison juridique*, elle aussi, est obscure. Il n'y a aucune autre raison chez les créatures terrestres que la raison humaine. Mais je suppose qu'il veut dire que la raison d'un juge ou de tous les juges ensemble sans le roi est cette *summa ratio* et la loi même, ce que je nie parce que nul ne peut créer une loi sans avoir le pouvoir législatif. Que le droit ait été affiné par des hommes graves et savants, c'est-à-dire par des spécialistes du droit, est manifestement faux car toutes les lois d'Angleterre ont été faites par les rois d'Angleterre, en consultant la noblesse et les Communes en Parlement et, parmi leurs membres, pas un sur vingt n'était un juriste connaissant [le droit].

Le légiste : Vous parlez du droit statutaire ¹⁵ et moi, je parle du Common Law.

Le philosophe : Je parle du droit en général.

(6) **Le légiste** : Jusque-là, je suis d'accord avec vous sur le fait que, le droit statutaire ôté, il ne resterait, ni ici, ni ailleurs, aucune loi qui conduirait à la paix d'une nation. L'équité et la raison (lois divines et éternelles qui obligent tous les hommes à toutes les époques et en tous lieux), cependant, demeureraient encore mais peu lui obéiraient. Les infractions ne seraient pas punies en ce monde mais

¹⁴ De « is to be » jusqu'à « graves et savants ». Hobbes cite *The first Institute* de Coke, 97b, colonne de gauche. On lit aussi plus bas, à la même page : « *No man (out of his own private reason) ought to be wiser than the law, which is the perfection of reason.* » (NdT)

¹⁵ Voir la note sur « common-law ». (NdT)

elles le seraient suffisamment dans le monde à venir. Sir Édouard Coke ne doit pas être blâmé pour avoir donné aux hommes de sa propre profession autant d'autorité qu'il le pouvait légitimement mais, à la gravité et au savoir des juges, il aurait fallu ajouter, pour faire les lois, l'autorité du roi qui possède la souveraineté. En effet, de ces lois de la raison, tout sujet sensé est tenu de tenir compte à ses risques et périls parce que la raison est une partie de sa nature, qu'il la porte continuellement avec lui et qu'il peut la consulter s'il le veut.

Le philosophe : C'est très vrai et, pour cette raison, si je prétends me rendre apte, en un mois ou deux, à l'accomplissement de la fonction d'un juge, vous ne devez pas penser que c'est de l'arrogance car vous devez me permettre, ainsi qu'aux autres hommes, de prétendre à la raison qui est le common law (gardez en mémoire que je n'ai pas besoin de vous rappeler que la raison est le common law). Pour ce qui est des lois statutaires, vu qu'elles sont imprimées et qu'il y a des index pour indiquer les sujets qui y sont contenus, je pense qu'on peut en tirer un très grand profit en deux mois.

Le légiste : Mais vous ne serez qu'un mauvais avocat.

Le philosophe : Un avocat pense généralement qu'il doit dire tout ce qu'il peut pour avantager son client et il a donc besoin de la faculté d'arracher aux mots un sens (7) qui n'est pas leur véritable signification et de la faculté rhétorique de séduire le jury, et parfois le juge aussi, et d'autres nombreux arts que je ne possède pas et que je n'ai pas l'intention d'étudier.

Le légiste : Que le juge, même s'il pense que ses raisonnements sont bons, prenne garde à ne pas s'écarter trop de la lettre du statut car ce n'est pas sans danger !

Le philosophe : Il peut sans danger s'éloigner de la lettre s'il ne s'éloigne pas du sens et de la signification de la loi, ce qu'un homme savant (comme le sont généralement les juges) peut aisément découvrir dans le préambule ¹⁶ où l'on trouve l'époque à laquelle la loi a été faite, les raisons pour lesquelles elle a été faite. Mais, dites-moi, je vous prie, à quelle fin les lois statutaires ont-elles été

¹⁶ Dans le droit anglais, le préambule peut aussi préciser le sens d'expressions ambiguës et leur contexte. (NdT)

ordonnées, vu que la loi de la raison devrait s’appliquer à toutes les controverses qui peuvent s’élever?

Le légiste : Vous n’ignorez pas quelle est la force d’un appétit déréglé de richesses, de pouvoir et de plaisirs sensuels, comment il se rend maître de la plus solide raison, en quoi il est la racine de la désobéissance, des tueries, des escroqueries, de l’hypocrisie et de toutes sortes de mauvaises habitudes; et que les lois humaines, même si elles peuvent en punir les fruits, les mauvaises actions, ne peuvent cependant pas extirper les racines qui sont dans le cœur. Comment un homme peut-il être mis en examen pour cupidité, jalousie, hypocrisie ou pour d’autres habitudes vicieuses si elles ne se sont pas encore déclarées par quelque action dont quelqu’un puisse témoigner? La racine demeurant, de nouveaux fruits sortiront jusqu’à ce qu’on se lasse de punir et que, enfin, tout pouvoir capable de s’y opposer soit détruit.

Le philosophe : Mais alors, quel espoir y a-t-il d’une paix constante au sein d’une nation ou entre une nation et une autre nation ?

Le légiste : Vous ne devez pas espérer une telle paix entre (8) deux nations parce qu’il n’existe aucun pouvoir commun au monde pour punir leur injustice. La crainte réciproque peut faire qu’ils se tiennent tranquilles pour un temps mais tout avantage visible les poussera à s’envahir les uns les autres; et l’avantage le plus visible est le fait qu’une nation obéisse à son roi et l’autre non. Mais on peut espérer une paix intérieure durable en faisant voir aux gens du peuple quel avantage ils doivent recevoir de leur obéissance et de leur attachement à leur propre souverain et le mal qu’ils doivent souffrir en prenant partie pour ceux qui les trompent par des promesses de réforme ou de changement de gouvernement. Et il convient que cela soit fait par le clergé, grâce à des arguments non seulement tirés de la raison mais aussi de l’Écriture Sainte.

Le philosophe : Ce que vous dites est vrai mais très éloigné de ce que je visais en conversant avec vous, m’informer sur les lois d’Angleterre. Je vous demande donc à nouveau quelle est la fin des lois statutaires?

Le légiste ¹⁷ : Je dis que le but de toute loi humaine est la paix et la justice entre les hommes de chaque nation et la défense contre les ennemis étrangers.

Le philosophe : Mais qu’est-ce que la justice ?

Le légiste : La justice, c’est donner à chacun ce qui est à lui.

Le philosophe : La définition est bonne et elle est pourtant d’Aristote. Quelle est la définition sur laquelle on s’accorde comme sur un principe dans la science du common law ?

Le légiste : La même que celle d’Aristote.

Le philosophe : Vous voyez, vous, légistes, comme vous êtes redevable au philosophe et ce n’est que raison car la science la plus générale et la plus noble et la loi du monde entier est la vraie philosophie dont le common law d’Angleterre n’est qu’une très petite partie.

(9) **Le légiste** : Il en est ainsi si, par philosophie, vous n’entendez que l’étude de la raison, et je pense que c’est ce que vous voulez dire.

Le philosophe : Quand vous dites que la justice donne à chacun ce qui est à lui, qu’entendez-vous par ce qui est à lui ? Comment ce qui est déjà à moi peut-il m’être donné ? Ou, si ce n’est pas à moi, comment la justice peut-elle faire que ce soit à moi ?

Le légiste : Sans loi, toutes les choses sont à celui qui peut les prendre, les posséder et en jouir, et cela sans faire de tort à quelqu’un, toutes les choses, les terres, les bêtes, les fruits et même les corps des autres hommes si sa raison lui dit qu’il ne peut autrement vivre dans la sécurité. En effet, les préceptes de la raison sont de peu de valeur s’ils ne tendent pas à la préservation et à l’amélioration de la vie des hommes. Vu que, sans loi humaine, toutes les choses seraient en commun et que cette communauté serait une cause d’empiètement, de jalousie, de tueries et d’une guerre permanente de l’un contre l’autre, la même loi de la raison dicte aux hommes, pour leur propre préservation, de distribuer les terres et les biens pour que chacun puisse savoir ce qui est à lui, de telle sorte que personne d’autre ne puisse prétendre avoir un droit sur ce qui nous appartient ou nous troubler dans

¹⁷ On lit dans la marge, à gauche : *Of sovereign power* mais, à ma connaissance, l’écrit de Hobbes n’est pas divisé en chapitres. (NdT)

son usage. Cette distribution est la justice et c’est proprement la même chose que nous disons être à soi. Par cela, nous pouvons voir qu’il est grandement nécessaire qu’il y ait eu des lois statutaires pour la préservation de tous les hommes. C’est aussi un précepte de la loi de la raison que les lois statutaires soient le moyen nécessaire d’assurer la sécurité et le bien-être de l’homme dans le monde présent et il faut que tous les sujets leur obéissent, tout comme il faut que le roi et les sujets obéissent à la loi de la raison parce que c’est la loi de Dieu.

Le philosophe : Tout cela est très raisonnable mais comment les lois peuvent-elles protéger un homme d’un autre homme quand la plupart des hommes sont si déraisonnables, font preuve de tant de (10) partialité à leur avantage et que les lois, en elles-mêmes, ne sont qu’une lettre morte qui, par elle-même, n’est pas capable de contraindre un homme à agir autrement qu’il lui plaît, ni de le punir ou de lui nuire quand il fait quelque chose de mal?

Le légiste : Par lois, j’entends des lois vivantes et armées. En effet, vous devez bien supposer qu’une nation qui, par la guerre, est forcée de se soumettre de façon absolue à un conquérant, peut, par la même arme qui l’a contrainte à la soumission, être contrainte à obéir à ses lois. De plus, si une nation choisit un homme ou une assemblée d’hommes ¹⁸ pour la gouverner par des lois, elle doit lui fournir aussi des hommes armés, de l’argent et toutes les choses nécessaires à sa fonction ; ou, autrement, ses lois n’auraient aucune force et la nation demeurerait comme avant dans la confusion. Ce n’est donc pas ce qui dit la loi mais le pouvoir d’un homme qui est la force d’une nation et qui rend les lois efficaces. Ce ne fut pas Solon qui fit les lois d’Athènes, même s’il les avait conçues, mais la cour suprême du peuple. Ce ne furent pas non plus les juristes de Rome qui firent la loi de l’empire à l’époque de Justinien, mais Justinien lui-même.

Le philosophe : Nous nous accordons [d’abord] sur le fait que, en Angleterre, c’est le roi qui fait les lois, quelles que soient les personnes qui les rédigent, et, [ensuite], sur le fait que le roi ne peut pas rendre ses lois efficaces et défendre son peuple contre ses ennemis sans le pouvoir de lever des soldats et, par conséquent, qu’il peut légitimement, aussi souvent qu’il le juge effectivement nécessaire, lever

¹⁸ On notera qu’on retrouve dans ce paragraphe les deux types de république, la république d’acquisition et la république d’institution. (NdT)

une armée (qui, en certaines occasions peut être une très grande armée), la lever, dis-je, et [obtenir] l'argent qui permet de l'entretenir. Je ne doute pas que vous admettiez que cela s'accorde avec la loi, du moins avec la loi de la raison.

Le légiste : Pour ma part, je l'admets. Mais vous avez entendu (11) dire que, pendant et avant les récents troubles, le peuple était d'un autre avis. Le roi, disait-il, nous prendra-t-il tout ce qui lui plaît sous prétexte d'une nécessité dont il se fait lui-même juge ? Notre condition pourrait-elle être pire avec un ennemi ? Que cet ennemi pourrait-il nous prendre de plus que ce qu'il désire ?

Le philosophe : Le peuple raisonne mal. Il ne sait pas dans quelle condition il était du temps du conquérant, quand c'était une honte d'être un Anglais. Ceux qui se plaignaient d'être placés dans des fonctions dégradantes par leurs maîtres normands ne recevaient pas d'autre réponse que celle-ci : *vous n'êtes que des Anglais*. Ni le peuple, ni ceux qui se prêtent à sa désobéissance ne peuvent produire l'exemple d'un roi qui ait jamais levé des sommes excessives, soit par lui-même, soit par le consentement du Parlement, sinon quand il en avait grand besoin. Et on ne peut indiquer aucune raison qui ait pu pousser l'un d'entre eux à faire une telle chose. La plus grande plainte faite contre le gaspillage du roi concernait, de temps à autre, l'enrichissement d'un favori, ce qui était négligeable par rapport aux richesses du royaume, et la plainte n'était que de la jalousie. Mais, sur ce point de lever des soldats, quel est, je vous prie, la loi statutaire ?

Le légiste : Le dernier statut concernant ce point est 13 *Car II* c.6,¹⁹ statut par lequel le gouvernement suprême,²⁰ le commandement et le pouvoir de disposer de la milice d'Angleterre²¹ étaient déclarés être et avoir été l'ancien droit des

¹⁹ Il s'agit du *First Militia Act* de Charles II, en 1661 (que L. et P. Carrive – Vrin – confondent avec le *Second Militia Act* de 1662 – 14 *Car II* C.3, ce qui n'a d'ailleurs aucune incidence puisque le premier acte se retrouve quasiment mot pour mot dans le deuxième acte, beaucoup plus long). Voir : *Statutes of the Realm: volume 5: 1628-80* (1819), pp. 308-309. (NdT)

²⁰ L'acte dit : « l'unique gouvernement suprême ». (NdT)

²¹ L'acte ajoute : « et de toutes les forces maritimes et terrestres, et de tous les forts et places fortes ». La milice était formée de citoyens qui n'étaient pas soldats de métier et elle jouait un rôle essentiellement défensif. La milice de chaque comté était dirigée par un « lord lieutenant » nommé par le roi. (NdT)

rois ²² d'Angleterre. ²³ Mais il y avait aussi dans le même acte une clause de réserve ²⁴ : qu'il ne fallait pas interpréter cela comme une déclaration qui aurait permis au roi de transporter ses sujets à l'extérieur du royaume ou de les contraindre à aller au combat en ces lieux. Au contraire, c'était déclaré illégal. ²⁵

(12) *Le philosophe* : Pourquoi cela n'a-t-il pas été non plus déterminé ?

Le légiste : Je peux assez bien en imaginer la raison bien que je puisse me tromper. Nous aimons avoir parmi nous un roi et ne pas être gouvernés par des députés, soit de notre propre nation, soit d'une autre nation. Mais ce que je crois vraiment, c'est que, si un ennemi étranger nous envahissait ou se tenait prêt à envahir l'Angleterre, l'Irlande ou l'Écosse, et que le roi, le Parlement ne siégeant pas, y envoyait des soldats anglais, le Parlement le remercierait pour cela. Les sujets des rois qui aspirent à la gloire et imitent les actions d'Alexandre le Grand n'ont pas toujours la vie la plus confortable et de tels rois, d'ordinaire, ne jouissent pas très longtemps de leurs conquêtes. Ils avancent et reculent perpétuellement comme sur une planche soutenue seulement par le milieu et dont une extrémité se lève quand l'autre s'abaisse.

Le philosophe : C'est bien! Mais, quand des soldats, au jugement de la conscience du roi, sont vraiment nécessaires, comme lors d'une insurrection ou d'une rébellion intérieure, comment le royaume sera-t-il protégé sans une armée considérable, prête et payée ? Comment l'argent sera-t-il levé pour cette armée, surtout quand le défaut de trésor public invite les rois voisins à nous envahir et les sujets indisciplinés à se rebeller ?

²² « et des reines », précise l'acte. (NdT)

²³ Il est précisé que les Chambres du Parlement, ensemble ou séparément, ne peuvent ni ne doivent prétendre au même droit et qu'elles ne peuvent légitimement lever des forces contre le roi, ses héritiers et ses successeurs légaux. On comprend cette précision quand on songe aux événements qui ont précédé la restauration. (NdT)

²⁴ Il y a en fait deux clauses de réserve, la première portant sur la surcharge en hommes et en armes de certaines places, la deuxième étant celle dont parle Hobbes. (NdT)

²⁵ Ce qui dit Hobbes est inexact. L'acte précise que la chose ne pourra être faite que « selon les lois d'Angleterre en vigueur alors ». Cette clause est reproduite aussi dans le 14 *Car II* c.3. (NdT)

Le légiste : Je ne saurais le dire. C'est une question de politique et non de droit. Mais je sais qu'il existe des statuts exprès par lesquels le roi s'est obligé à ne jamais lever de l'argent sur ses sujets sans le consentement de son Parlement. L'un de ces statuts est 25 Édouard Ier. C.6, dans ces termes : ²⁶ *Nous avons garanti, pour nous et nos héritiers, aussi bien aux archevêques, évêque, abbés, prieurs et autres gens de la sainte Église qu'aux comtes, barons et à tous les roturiers (13) du royaume, que, pour aucune affaire de notre royaume, nous ne prendrons de telles aides, charges ou prises, sinon par le commun consentement du royaume.* ²⁷ Il existe aussi un autre statut d'Edouard Ier (34 Edouard I. stat.4) ²⁸ qui dit ²⁹ : *Aucune taille ou aide ne sera prise ou levée par nous ou nos héritiers, dans notre royaume sans la bonne volonté et le consentement des archevêques, évêques, comtes, barons, chevaliers, bourgeois, et autres hommes libres du pays.* ³⁰ Ces statuts ont été depuis cette époque confirmés par différents autres rois et, enfin, par le roi qui règne actuellement.

Le philosophe : Je sais tout cela et je ne suis pas satisfait. Je suis de ces gens du peuple et l'un de ce nombre presque infini d'hommes pour le bien-être desquels les rois et les autres souverains ont été ordonnés par Dieu. En effet, Dieu fait des rois pour le peuple et non le peuple pour les rois. Comment serai-je

²⁶ C'est la *Confirmation of the charters* (Confirmatio cartarum) de 1297. On peut trouver le texte complet in : White and Notestein : *Sources problems in english history*, New York and London, 1915, mais Hobbes trouve son extrait chez Coke : 2. *Institutes*, p.529. Edouard Ier, ayant besoin d'argent pour la guerre des Flandres, ne pouvant en soutirer au clergé (voir la bulle Clericos Laicos de Boniface), fit une taxe sur les cotons et demanda l'aide financière des Barons. Ces derniers s'armèrent et forcèrent le roi à adopter une loi qui confirmait la grande charte des libertés et la charte des forêts en la publiant dans tout le royaume. Par cet acte, le roi reconnaissait ne plus pouvoir prélever des taxes sans l'accord du Parlement. (NdT)

²⁷ Hobbes néglige la fin : et pour son avantage commun, excepté les anciennes aides et les prises dues et accoutumées. (NdT)

²⁸ C'est le *Statute de Tallagio non concedendo* (qu'on ne trouve dans aucun registre officiel, nous rappelle Stephen Dowell, et qui n'est certainement pas authentique : *A Sketch of the history of taxes in England from the earliest times to the present day*, Londres, 1876, p.94). Peut-être n'était-ce qu'une pétition des barons. (NdT)

²⁹ Cité en Latin par Coke : 2. *Institutes*, p.533 (NdT)

³⁰ Cet acte comporte aussi un pardon donné aux barons qui avaient refusé d'assister le roi dans la guerre des Flandres. (NdT)

défendu de la tyrannie d'étrangers orgueilleux et insolents, qui parlent une autre langue, qui nous méprisent et cherchent à faire de nous des esclaves ou comment éviterai-je la destruction qui peut venir de la cruauté des factions dans une guerre civile, à moins que le roi, à qui seul, dites-vous, appartient le droit de lever et d'utiliser la milice qui peut seule empêcher cela, n'ait de l'argent prêt, en toute occasion, pour armer et payer autant de soldats qu'il sera nécessaire pour la défense ou la paix du peuple ? Ne serons-nous pas perdus, vous, moi et tous les hommes ? Ne me parlez pas d'un Parlement quand aucun Parlement ne siège ou qu'il n'en existe pas, ce qui peut souvent arriver. Et quand il y a un Parlement, si les leaders et les orateurs ont le dessein de détruire la monarchie, comme ça a été le cas pour le Parlement qui commença à siéger le 3³¹ novembre 1640³² (14), le roi, qui doit répondre devant Dieu Tout-Puissant de la sécurité du peuple et qui a été investi à cette fin du pouvoir de lever et d'utiliser des soldats, ne sera-t-il pas dans l'incapacité d'accomplir sa fonction à cause de ces actes du Parlement que vous avez cités ? Si c'est raison, c'est raison aussi que le peuple soit abandonné ou laissé en liberté de s'entre-tuer, même jusqu'au dernier homme. Si ce n'est pas raison, vous avez alors admis que ce n'est pas loi.

Le légiste : C'est vrai si vous entendez par là la *recta ratio*³³ mais la *recta ratio*, que je reconnais être loi, comme le dit Sir Édouard Coke (1. *Inst.* Sect.138), est une perfection artificielle de la raison obtenue par une longue étude, une longue observation et une longue expérience, et non la raison naturelle de chaque homme; car *nemo nascitur artifex*.³⁴ La raison juridique est *summa ratio*³⁵ et, donc, si toute la raison qui est dispersée en de (5) si nombreuses têtes différentes était réunie en une seule, cette dernière ne pourrait cependant pas constituer un droit comme le droit d'Angleterre parce que, par une longue succession de

³¹ Et non le 6 novembre, comme on a pu le lire dans certaines traductions. (NdT)

³² C'est ce Long Parlement qui fit voter la Grande Remontrance contre le roi, provoquant indirectement la guerre civile. (NdT)

³³ La droite raison. (NdT)

³⁴ Personne ne naît artisan (ou artiste). L'artifex est celui qui pratique un art. (NdT)

³⁵ La raison suprême. (NdT)

générations, il a été affiné et raffiné par un nombre infini d’hommes graves et savants.³⁶ Et c’est cela qu’il appelle le common law.

Le philosophe : Pensez-vous que ce soit là une bonne doctrine? Même s’il est vrai que personne ne naisse avec l’usage de la raison, tous les hommes peuvent cependant s’élever jusqu’à elle aussi bien que les légistes et, quand ils ont appliqué leur raison aux lois (qui étaient lois avant qu’ils ne les étudient ou, autrement, ce ne seraient pas des lois qu’ils étudient), ils peuvent être aussi aptes et capables de remplir la fonction de juge que Sir Édouard Coke lui-même qui, qu’il ait eu plus ou moins l’usage de la raison, ne fut pas juge pour cela mais parce que le roi le fit tel. Quand il dit qu’un homme qui aurait autant de raison que celle qui est dispersée en de nombreuses têtes ne pourrait pas (15) constituer un droit comme le droit d’Angleterre, si quelqu’un lui demandait qui a fait le droit anglais, dirait-il que c’est une succession de légistes ou de juges ou ne dirait-il pas plutôt que c’est une succession de rois, cela en se fondant sur leur propre raison, soit seuls, soit avec le conseil des Lords et des Communes en Parlement sans les juges ou autres spécialistes du droit ? Vous voyez donc que la raison du roi, qu’elle le soit plus ou moins, est cette *anima legis*, cette *summa lex* dont parle Sir Édouard Coke et que ce n’est pas la raison, le savoir ou la sagesse des juges. Mais vous pouvez voir que, dans tous ses *Institutes of Law*, il saisit souvent l’occasion de glorifier le savoir des légistes qu’il appelle constamment les sages du Parlement ou le conseil du roi. Donc, à moins que votre propos ne soit autre, je dis que la raison du roi, quand elle est publiquement déclarée en se fondant sur le conseil et la délibération, est cette *anima legis* et cette *summa ratio*, et que l’équité, que tous reconnaissent être la loi de raison, est, outre la Bible, tout ce qui est et a été loi en Angleterre depuis que cette nation est devenue chrétienne.

Le légiste : Les canons de l’Église ne forment-ils pas une partie du droit anglais, ainsi que la loi impériale utilisée dans l’amirauté, les coutumes des lieux particuliers et les arrêtés des corporations et des cours de justice?

Le philosophe : Pourquoi pas? En effet, ils furent tous constitués par les rois d’Angleterre et, même si le droit civil utilisé dans l’amirauté a d’abord été formé des statuts de l’empire romain, pourtant, comme ils ne tiennent leur force que de

³⁶ Répétition mot à mot d’un passage antérieur, ce qui confirme que l’ouvrage, inachevé, n’a pas été revu par Hobbes. (NdT)

la seule autorité du roi, ils sont désormais les lois du roi et les statuts du roi. Nous pouvons dire la même chose des canons. Ceux d'entre eux (16) que nous avons conservés, faits par l'Église de Rome, n'ont été lois et n'ont eu de force en Angleterre, depuis le début du règne de la reine Élisabeth, qu'en vertu du grand sceau d'Angleterre.

Le légiste : Dans lesdits statuts qui empêchent la levée d'argent sans le consentement du Parlement, y a-t-il quelque chose auquel vous trouvez à redire ?

Le philosophe : Non. Je suis persuadé que les rois qui octroient de telles libertés sont tenus de les rendre effectives pour autant que cela peut être fait sans péché. Mais, si un roi se rend compte que, par cet octroi, il est dans l'incapacité de protéger ses sujets et s'il maintient son octroi, il commet un péché. Donc, il peut et doit ne pas tenir compte dudit octroi car de tels octrois, obtenus de lui par des conseils erronés ou faux, sont, comme les légistes le reconnaissent, nuls et sans effet et doivent être annulés. Le roi, comme on le reconnaît de tout côté, a aussi la charge de protéger son peuple contre les ennemis étrangers et de maintenir la paix entre les sujets à l'intérieur du royaume. S'il ne fait pas tous les efforts possibles pour s'acquitter de cette charge, il commet un péché que ni le roi, ni le Parlement ne peuvent légitimement commettre.

Le légiste : Je pense que personne ne nie cela. En effet, si la levée d'argent est nécessaire, c'est un péché de la part du Parlement que de la refuser. Si elle n'est pas nécessaire, c'est un péché de la part du Parlement et du roi que de faire cette levée. Mais, malgré tout, cela peut être et je pense que c'est un péché de la part de celui qui détient le pouvoir souverain et à qui on a confié la sécurité de toute la nation, qu'il s'agisse d'un homme ou d'une assemblée si, imprudemment et en comptant sur ses propres aptitudes naturelles, il fait la guerre ou conclut la paix sans consulter ceux qui, ayant de l'expérience, ayant occupé des fonctions à l'étranger, ayant obtenu des renseignements par des lettres ou par d'autres moyens, (17) sont parvenus dans une certaine mesure à connaître la force, les avantages et les desseins de l'ennemi, les sortes de dangers qui peuvent résulter de la guerre et le degré de ces dangers. C'est la même chose si, en cas de rébellion intérieure, il ne consulte pas les militaires. S'il le fait, je pense alors qu'il peut légitimement soumettre tous les ennemis et rebelles et que les soldats doivent se mettre en route sans se demander s'ils sont à l'intérieur du pays ou à l'extérieur. En effet, qui mettra fin à la rébellion, si ce n'est celui qui a le droit de lever la

milice, de la commander et d'en disposer? Le dernier Long Parlement refusa cela. Mais pourquoi? Parce que, par une majorité de suffrages, ses membres avaient soulevé une rébellion avec le dessein de détruire la monarchie et qu'ils soutenaient ce refus à cette fin.

Le philosophe : Je n'entends pas par là porter atteinte aux octrois faits par le roi et ses ancêtres. Ces statuts sont en eux-mêmes très bons pour le roi et le peuple car ils créent des obstacles pour les rois qui, pour la gloire de la conquête, pourraient détruire une partie des vies et des biens des sujets en agressant d'autres nations et en laissant le reste des sujets s'entre-tuer à l'intérieur par des factions. Là où je vois une faute, c'est dans le fait d'interpréter faussement ces statuts et d'autres statuts pour empêcher nos rois d'utiliser leurs armées pour la défense nécessaire d'eux-mêmes et de leurs peuples. Le récent Long Parlement qui, en 1648, assassina le roi (un roi qui ne cherchait sur terre de plus grande gloire que dans l'indulgence envers le peuple et dans la défense pieuse de l'Église d'Angleterre), dès qu'il eut le pouvoir souverain, leva des impôts sur le peuple comme il l'entendait. L'un des (18) sujets leur disputa-t-il leur pouvoir? Ce Parlement n'envoya-t-il pas des soldats au-delà des mers pour soumettre l'Irlande et d'autres soldats pour se battre sur mer contre les Hollandais? Ce Parlement a-t-il douté qu'il serait obéi en tout ce qu'il commandait en vertu d'un droit absolu dû au pouvoir souverain, en quelque personne qu'il résidât? Je ne dis pas cela pour permettre leurs actions mais comme un témoignage venant de la bouche de ceux qui avaient refusé le même pouvoir à celui qu'ils reconnaissaient comme souverain immédiatement avant, ce qui prouve suffisamment que le peuple d'Angleterre n'a jamais douté du droit du roi de lever de l'argent pour l'entretien de ses armées jusqu'à ce qu'il ait été trompé par des hommes qui enseignaient la sédition et par d'autres bavards afin de transformer l'État et l'Église en un gouvernement populaire où les orateurs les plus ignorants et les plus effrontés obtiennent généralement les meilleures promotions. De plus, quand la nouvelle république redevint une monarchie sous Olivier, qui osa lui refuser de l'argent en prétextant la *Magna Carta* ou certains autres actes du Parlement que vous avez cités? Vous pouvez donc penser que c'est une bonne loi, à intégrer à tous vos livres, que le roi d'Angleterre, à chaque fois qu'il le juge en sa conscience nécessaire pour la défense de son peuple, puisse lever autant de soldats et d'argent qu'il veut, lui-même étant juge de cette nécessité.

Le légiste : N’y a-t-il pas quelqu’un qui écoute à la porte ?

Le philosophe : De quoi avez-vous peur?

Le légiste : Je compte dire la même chose que vous mais nombreux sont encore ceux qui soutiennent leurs anciens principes et qui n’ont pas été complètement guéris de leur folie par les calamités de la guerre civile et par le pardon qui leur a été accordé.

(19) **Le philosophe** : Le peuple ne fait jamais attention à des propos de cette nature sauf quand il se fait avoir par ceux qu’il pense sages, c’est-à-dire par certaines sortes de prédicateurs ou par d’autres qui semblent s’y connaître en droit et qui, en même temps, disent du mal de ceux qui gouvernent. Mais qu’en est-il si un roi, voyant ou craignant un grand danger pour son peuple (comme quand les voisins sont repoussés par le déferlement d’un conquérant ennemi), pense que son propre peuple peut être entraîné dans les mêmes malheurs ? Ne peut-il pas lever, payer et envoyer des soldats pour aider ces faibles voisins, par prévention, afin de se sauver et de sauver son propre peuple de la servitude ? Est-ce un péché ?

Le légiste : Premièrement, si la guerre qui frappe notre voisin est juste, on peut se demander si c’est équité ou non de l’aider contre le droit ?

Le philosophe : Pour ma part, je n’en doute absolument pas, à moins que l’envahisseur ne veuille et puisse m’assurer que ni lui, ni ses successeurs ne tireront avantage de la conquête de mon voisin pour faire la même chose avec moi dans l’avenir. Mais il n’y a aucun pouvoir commun qui puisse l’obliger à la paix.

Le légiste : Deuxièmement, quand une telle chose arrivera, le Parlement ne refusera pas de contribuer largement à sa sécurité et à la sécurité de toute la nation.

Le philosophe : Peut-être, peut-être pas. En effet, si le Parlement ne siège pas à ce moment, il faut le convoquer, ce qui requiert six semaines. Les débats et la récolte des fonds requièrent autant de temps et, pendant ce temps, on rate peut-être l’occasion. De plus, nombreuses sont les âmes misérables que nous avons entendu dire, pendant (20) les récents troubles : peu importe le vainqueur! Il se peut, [disaient ces hommes], que nous ayons à payer au vainqueur ce qu’il lui plaira de demander mais nous déboursions autant aujourd’hui. Et cela, ils le murmureront comme ils l’ont toujours fait, quel que soit celui qui règne sur eux, aussi longtemps que leur avidité et leur ignorance se soutiendront, c’est-à-dire

longtemps que leur avidité et leur ignorance se soutiendront, c’est-à-dire jusqu’au jugement dernier si on ne prend pas de meilleures résolutions pour les instruire de leur devoir, aussi bien par la raison que par la religion.

Le légiste : Malgré tout, il me semble un peu dur qu’un roi ait le droit de prendre à ses sujets ce qu’il veut en prétextant la nécessité.

Le philosophe : Je sais que c’est ce qui trouble votre conscience sur ce point. Tous les hommes sont chagrinés par ce qui contrarie leurs désirs ; mais c’est notre propre faute. D’abord, nous désirons ce qui est impossible. Nous voudrions être protégés de tout le monde en nous fondant sur le droit de propriété, mais cela sans payer pour cette sécurité. C’est impossible. Nous pouvons tout aussi bien espérer que les poissons et le gibier se cuisent, se rôissent, se mettent dans les plats et viennent à table par eux-mêmes, que le raisin exprime tout seul son jus dans notre bouche, et nous voulons avoir tous les plaisirs et tous les délices du pays de Cocagne dont nous parlent certains auteurs facétieux. Deuxièmement, il n’est aucune nation dans le monde où celui ou ceux qui détiennent la souveraineté ne prennent pas l’argent qu’ils entendent prendre pour la défense de leurs nations respectives quand ils le jugent nécessaire pour leur sécurité. Le récent Long Parlement nia ce droit. Mais pourquoi ? Parce qu’il avait fait le dessein de déposer le roi. ³⁷ Troisièmement, je n’ai jamais trouvé dans un livre l’exemple d’un roi d’Angleterre qui ait prétendu qu’il y avait une telle nécessité de lever de l’argent contre sa conscience. Les plus grandes sommes qui furent levées (en comparant la valeur de l’argent de l’époque et (21) celle de l’époque actuelle) ³⁸ le furent par le roi Édouard III et le roi Henri V, rois dont nous célébrons la gloire aujourd’hui et dont les actions sont considérées comme les grands ornements de l’histoire anglaise. Enfin, pour ce qui est, de temps à autres, de l’enrichissement d’un favori, le royaume ne s’en ressent pas et les richesses, loin de sortir du royaume, sont dépensées et tombent dans les mains du peuple. Juger que notre condition d’être humain ne doit être assujettie à aucune incommodité, c’est offenser Dieu en lui cherchant querelle pour nos propres fautes.

Le légiste : Je ne sais que dire.

³⁷ De nouveau, une répétition. (NdT)

³⁸ Les parenthèses sont ajoutées par le traducteur. (NdT)

Le philosophe : Si vous admettez ce que j'ai dit, dites alors que le peuple n'a jamais été, ne sera jamais et ne doit pas être affranchi des impôts, qu'ils soient levés selon la volonté de l'un ou de l'autre. ³⁹ Dites que, si la guerre civile arrive, le peuple devra donner tout ce qu'il a, et cela abondamment, à l'un ou l'autre des partis ou aux deux. Dites que, s'il s'attache au roi, sa victoire sera la fin de ses ennuis mais que, s'il s'attache à ses ennemis, ils n'auront pas de fin car la guerre se poursuivra par des divisions permanentes, et que, quand la guerre prendra fin, il sera dans la même condition qu'avant. Dites qu'il est souvent trompé par ceux qui lui semblent sages, alors que leur sagesse n'est que l'envie de ceux qui sont en grâce et qui ont des emplois avantageux, et que ces hommes ne l'abusent que pour leurs propres fins, pour établir la propriété d'un particulier contre la sécurité publique. Mais dites aussi que le roi est assujetti aux lois de Dieu, écrites et non écrites, et à aucune autre. Il en était ainsi de Guillaume le Conquérant dont le droit a été entièrement transmis à notre roi actuel.

Le légiste : Pour ce qui est de la loi de la raison, qui est l'équité, il est (22) assez certain qu'il n'y a qu'un seul législateur, Dieu.

Le philosophe : Il s'ensuit donc que ce que vous appelez le common law, qui se distingue du droit statutaire, n'est rien d'autre que la loi de Dieu.

Le légiste : En un certain sens, oui mais ce n'est pas l'Évangile mais la raison naturelle et l'équité naturelle.

Le philosophe : Voudriez-vous que chaque homme, par rapport à chacun homme, allègue pour loi sa propre raison particulière? Il n'existe pas parmi les hommes une raison universelle sur laquelle on s'accorde en chaque nation en dehors de la raison de celui qui détient le pouvoir souverain. Bien que sa raison ne soit que la raison d'un seul homme, elle est cependant établie pour prendre la place de cette raison universelle qui nous est exposée par notre Sauveur dans l'Évangile. Par conséquent, notre roi est pour nous le législateur aussi bien du droit statutaire que du common law.

³⁹ C'est-à-dire du roi ou de ceux qui ont usurpé le pouvoir royal (et Hobbes vise ici le Parlement). (NdT)

Le légiste : Oui, je sais que les lois spirituelles qui ont été lois en ce royaume depuis l'abolition du papisme ⁴⁰ furent les lois du roi et il en fut de même de celles qui furent faites avant. En effet, les Canons de l'Église de Rome n'étaient lois ni ici, ni ailleurs mais seulement dans les possessions temporelles du Pape et ils n'étaient lois que pour autant que les rois et les États, dans leurs possessions respectives, les faisaient être lois.

Le philosophe : J'accorde cela mais vous devez aussi accorder que ces lois spirituelles furent faites par les législateurs de la loi spirituelle. Et, pourtant, ce ne sont pas tous les rois et les États qui font les lois par le consentement des Lords et des Communes. Mais notre roi, ici, est tenu par leur assentiment dans la mesure où il juge ce qui conduit [ou non] au bien et à la sécurité de son peuple. Par exemple, ⁴¹ si les Lords et les Communes lui conseillaient de restaurer les lois spirituelles qui étaient en vigueur pendant le règne de la reine Marie, je pense (23)

⁴⁰ Ce fut fait par l'Acte de suprématie de 1534 dont voici l'essentiel du texte : « Bien que sa majesté le roi soit et doive être, en toute justice et selon le droit, le chef suprême de l'Eglise d'Angleterre et qu'il soit ainsi reconnu par le clergé de ce royaume dans ses assemblées, pourtant, pour corroborer et confirmer ce titre, pour développer la vertu de la religion chrétienne en ce royaume d'Angleterre et pour réprimer et extirper toutes les erreurs, hérésies et autres démesures et abus en usage dans ce royaume, il est décrété, par l'autorité du présent parlement, que le roi sera considéré comme le seul chef suprême sur la terre de l'Eglise d'Angleterre, appelée Eglise anglicane, et qu'il jouira, unis à la couronne impériale du royaume, aussi bien du titre et du droit que de tous les honneurs, dignités, prééminences, juridictions, privilèges, autorités, immunités, profits et avantages de ladite dignité de chef suprême de cette Eglise qui dépend de lui ; et que notre dit seigneur souverain, ses héritiers et successeurs, rois de ce royaume, auront les pleins pouvoirs et une pleine autorité pour, régulièrement, inspecter, réprimer, redresser, enregistrer, ordonner, corriger, empêcher et rectifier de telles erreurs, hérésies, abus, offenses, outrages et démesures, quels qu'ils soient, ce qu'aucune autorité ou juridiction spirituelle ne pourra faire (...), cela pour le plus grand plaisir de Dieu Tout-Puissant, pour développer la vertu de la religion chrétienne, et pour conserver la paix, l'unité et la tranquillité du royaume, et en opposition avec toute coutume, pays étranger, autorité étrangère, ordonnance et autres choses contraires. » (Statutes of the realm, traduction de P. Folliot) (NdT)

⁴¹ L'hypothèse qui suit est une demande du Parlement de supprimer l'anglicanisme en faveur d'un retour au papisme (voir la politique religieuse de la Sanglante). (NdT)

qu’il serait, par la loi de la raison, obligé, sans l’aide d’aucune autre loi que la loi de Dieu, de négliger un tel conseil.

Le légiste : Je vous accorde que le roi est le seul législateur mais avec cette restriction, que, s’il ne consulte pas les Lords du Parlement et n’écoute pas les plaintes et réclamations des Communes, qui connaissent mieux leurs propres besoins, il pèche contre Dieu, bien que ses sujets ne puissent le contraindre à quelque chose par les armes et la force.

Le philosophe : Nous nous sommes déjà mis d’accord sur ce point. Donc, puisque le roi est le seul législateur, il est conforme à la raison qu’il soit le seul juge suprême.

Le légiste : Il n’y a aucun doute là-dessus ⁴² car, autrement, il n’y aurait pas d’accord entre les jugements et les lois. J’accorde aussi qu’il est le juge suprême de toutes les personnes, dans toutes les causes civiles et ecclésiastiques à l’intérieur de ses possessions, non seulement aujourd’hui par des actes du Parlement mais aussi, comme il en a toujours été ainsi, par le common law. Car les juges des deux Bancs tiennent leur charge des lettres patentes du roi; et il en est de même pour la juridiction des évêques. Le Lord Chancelier, aussi, a sa charge en recevant du roi le Grand Sceau d’Angleterre. Et, pour tout dire, il n’est nul magistrat ou commissaire pour les affaires publiques, pour juger ou appliquer les jugements, dans l’État ou l’Église, en temps de paix ou en temps de guerre, qui ne soit fait tel que par l’autorité du roi.

Le philosophe : C’est vrai mais peut-être pensez-vous autrement quand vous lisez ces actes du parlement qui disent que le roi aura le pouvoir et l’autorité de faire ceci ou cela en vertu de cet acte, comme *Élisabeth* c.I ⁴³ : « Que votre majesté, vos héritiers et (24) vos successeurs, rois ou reines de ce royaume, auront pleins pouvoir et autorité, en vertu de cet acte, par des lettres patentes sous le

⁴² Dans la marge, à droite, on lit : *Le roi est le seul juge suprême*. (NdT)

⁴³ Il s’agit de l’acte de suprématie de 1559 restaurant l’ancienne juridiction. (1. *Elisabeth*. C.1) dont nous avons cité des extraits traduits dans notre traduction du *Récit historique sur l’hérésie et son châtement de Hobbes* (*Les Classiques des Sciences Sociales*, 2009). (NdT)

grand sceau d’Angleterre, d’assigner, &c. » ⁴⁴ N’était pas ce parlement qui donna cette autorité à la reine ?

Le légiste : Non car le statut, dans cette clause, ne fait rien de plus, comme le dit Sir Édouard Coke, que de confirmer le common law. En effet, en tant que chef de l’Église d’Angleterre, elle pouvait nommer des commissaires pour décider des questions ecclésiastiques aussi librement que si elle avait été pape qui, vous le savez, prétend tenir son droit de la loi de Dieu.

Le philosophe : Jusqu’ici, nous avons parlé des lois sans considérer la nature ou l’essence d’une loi et, maintenant, à moins de définir le mot *loi*, nous ne pouvons aller plus loin sans ambiguïté ni fausseté, ce qui sera une perte de temps alors que, si nous nous accordons sur les mots que nous utiliserons, cela éclaircira tout ce que nous dirons ensuite.

Le légiste : Je ne me souviens d’avoir trouvé la définition de la *loi* dans un statut.

⁴⁴ La suite du paragraphe concerné est : “name, and authorize, when and as often as your highness, your heirs or successors, shall think meet and convenient, and for such and so long time as shall please your highness, your heirs or successors, such person or persons being natural-born subjects to your highness, your heirs or successors, as your majesty, your heirs or successors, shall think meet, to exercise, use, occupy, and execute under your highness, your heirs and successors, all manner of jurisdictions, privileges, and preeminences, in any wise touching or concerning any spiritual or ecclesiastical jurisdiction, within these your realms of England and Ireland, or any other your highness's dominions or countries; and to visit, reform, redress, order, correct, and amend all such errors, heresies, schisms, abuses, offences, contempts, and enormities whatsoever, which by any manner spiritual or ecclesiastical power, authority, or jurisdiction, can or may lawfully be reformed, ordered, redressed, corrected, restrained, or amended, to the pleasure of Almighty God, the increase of virtue, and the conservation of the peace and unity of this realm, and that such person or persons so to be named, assigned, authorized, and appointed by your highness, your heirs or successors, after the said letters patent to him or them made and delivered, as is aforesaid, shall have full power and authority, by virtue of this Act, and of the said letters patent, under your highness, your heirs and successors, to exercise, use, and execute all the premises, according to the tenor and effect of the said letters patent; any matter or cause to the contrary in any wise notwithstanding.” (NdT)

Le philosophe : C'est ce que je pense car les statuts ont été faits par autorité et n'ont pas été tirés d'autres principes que le souci de la sécurité du peuple. Les statuts ne sont pas de la philosophie, comme l'est le common law ou d'autres arts où l'on peut débattre, mais ce sont des commandements et des prohibitions auxquels on doit obéir parce que l'assentiment fut donné par la soumission en Angleterre à Guillaume le Conquérant et, dans d'autres républiques, à tous ceux qui détiennent le pouvoir souverain; de sorte que, partout, les lois positives sont des statuts. La définition de la loi n'est donc pas nécessaire à ceux qui font des statuts bien qu'elle le soit pour ceux dont la tâche est d'enseigner le sens de la loi.

(25) **Le légiste** : Il y a une définition précise de la loi dans Bracton,⁴⁵ citée par Sir Édouard Coke : *Lex est sanctio justa, jubens honesta, et prohibens contraria*.⁴⁶

Le philosophe : C'est-à-dire que la loi est un statut juste, commandant les choses qui sont honnêtes et interdisant le contraire. Il s'ensuit que, dans tous les cas, ce sont nécessairement l'honnêteté et la malhonnêteté qui font d'un commandement une loi. Or vous savez que, avant qu'il y eut des lois, nous ne pouvions pas, comme le dit St Paul, savoir ce qu'est un péché.⁴⁷ Cette définition ne permet donc pas de faire progresser un discours sur la loi. De plus, vous savez que la règle de l'honnête et du malhonnête se réfère à l'honneur⁴⁸ et que c'est la justice seulement, et l'injustice, que la loi considère. Mais, là où je trouve le plus à redire dans cette définition, c'est qu'elle suppose qu'un statut fait par le pouvoir

⁴⁵ Juriste anglais (1210-1268) connu pour son *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*. (NdT)

⁴⁶ La traduction est donnée juste après par le philosophe. Le paragraphe entier est « Bracton saith, that *lex est sanction justa, jubens honesta, et prohibens contraria* ; so as every law must have three qualities : 1. it must be *justa*. 2. *jubens honesta*. 3. *prohibens contraria*. And if it be *justa*, it must have five properties. 1. It must be *possibilis*. 2. *necessaria*. 3. *conveniens*. 4. *manifesta*. 5. *nulla privato commodo, sed communi utilitati edita*. And this is grounded upon holy writ, *Legum conditores justa decernunt. Vae qui condunt leges iniquas, et scribes iniquitatem scripserunt*. (Coke. 2. *Institutes*, p.588) (NdT)

⁴⁷ « Là où n'existe pas de loi, il n'y a aucune injustice. » *Léviathan*, XIII. « là où il n'y a pas de République, rien n'est injuste » *Ibid.* XV. « c'est la loi civile qui détermine ce qui est honnête et malhonnête, ce qui est juste et injuste. » *Ibid.*, XLVI. (NdT)

⁴⁸ Sur la distinction entre honneur et justice, voir *Léviathan*, X. (NdT)

souverain d’une nation peut être injuste. Dans une loi statutaire faite par des hommes, on peut trouver de l’iniquité mais pas de l’injustice. ⁴⁹

Le légiste : C’est un peu subtil. Je vous prie de m’expliquer clairement quelle est la différence entre l’injustice et l’iniquité.

Le philosophe : Je vous prie de me dire d’abord quelle est la différence entre une cour de justice et une cour d’équité.

Le légiste : Une cour de justice est une cour qui a connaissance des causes qu’on doit régler par les lois positives et une cour d’équité est une cour de qui relèvent les causes qui doivent être déterminées par l’équité, c’est-à-dire par la loi de la raison.

Le philosophe : Vous voyez donc que la différence entre (26) l’injustice et l’iniquité est celle-ci : l’injustice est la transgression d’une loi statutaire et l’iniquité est la transgression d’une loi de la raison. Mais peut-être entendez-vous par common law, non la loi elle-même mais la manière de procéder dans le droit, comme dans les questions de fait, quand les jurés sont douze hommes, propriétaires fonciers; ⁵⁰ quoique ces douze hommes ne soient pas une cour d’équité ni de justice parce qu’ils ne déterminent pas ce qui est juste ou injuste mais déterminent seulement si l’acte a été fait ou non; et leur jugement n’est rien d’autre qu’une confirmation de ce qui est en propre le jugement des témoins. Car, pour parler de façon rigoureuse, il ne peut y avoir d’autres juges des faits que les témoins. ⁵¹

Le légiste : Comment définiriez-vous une loi ?

Le philosophe : Ainsi : une loi est le commandement de celui ou de ceux qui détiennent le pouvoir souverain, imposé à celui ou ceux qui sont ses sujets ou

⁴⁹ « (...) aucune loi ne peut être injuste. La loi est faite par le pouvoir souverain, et tout ce qui est fait par ce pouvoir est autorisé et reconnu comme sien par chaque membre du peuple; et ce qui arrivera de cette façon à tout homme, personne ne peut le dire injuste. » *Léviathan*, XXX. (NdT)

⁵⁰ Exactement «francs-tenanciers ». (NdT)

⁵¹ « En Angleterre, (...) les jurés n’étaient d’abord que de simples témoins. » Joseph Rey : *Des institutions judiciaires d’Angleterre comparées avec celles de la France*, tome II, Paris, Nève, 1826, p.37. « (...) le jury (...). Ce sont d’abord les témoins qui ont vu ce qui s’est passé. » A.J. Bullier : *La common Law*, Dalloz, 2002. (NdT)

leurs sujets, déclarant publiquement et clairement ce que chacun peut faire et ce dont il doit s'abstenir.

Le légiste : Vu que tous les juges de toutes les cours doivent juger selon l'équité, qui est la loi de la raison, une cour distincte d'équité ne me semble pas nécessaire et n'est qu'une charge pour le peuple puisque le common law et l'équité sont la même loi.

Le philosophe : Il en serait en vérité ainsi si les juges ne pouvaient pas se tromper mais, puisqu'ils se trompent et que le roi n'est pas tenu par une autre loi que la loi d'équité, il lui appartient seul d'apporter un remède à ceux qui, par ignorance ou à cause de la corruption d'un juge, souffriront un préjudice.

Le légiste : Par votre définition de la loi, la proclamation du roi sous le Grand Sceau d'Angleterre est une (27) loi car c'est un commandement, et public, et du souverain à ses sujets.

Le philosophe : Pourquoi pas, s'il juge que c'est nécessaire pour ses sujets ? C'est en effet une maxime du common law alléguée par Sir Édouard Coke lui-même (I. *Inst.* Sect.306 ⁵²), *Quando lex aliquid concedit, concedere videtur et id per quod devenitur ad illud.* ⁵³ Et vous savez par le même auteur que différents rois d'Angleterre, répondant favorablement aux pétitions du Parlement, ajoutaient des exceptions comme *sauf si c'est nécessaire, sauf notre droit régalien*, ce qui devait, je pense, toujours être entendu, même si ce n'était pas exprimé; et ces exceptions sont comprises ainsi par les légistes du common law qui reconnaissent que le roi peut annuler tout ce qu'il a accordé en étant trompé.

Le légiste : Pour vous, le fait qu'une loi soit déclarée publiquement et clairement appartient à l'essence de la loi, mais je n'en vois pas la nécessité. En tant qu'aucun acte ne peut passer sans leur consentement, tous les sujets ne sont-ils pas tenus de prêter attention à tous les actes du Parlement ?

Le philosophe : Si vous aviez dit qu'aucun acte ne peut passer sans qu'ils en aient connaissance, ils auraient alors été tenus d'y prêter attention. Mais il n'y a

⁵² Cette référence est fausse. La bonne référence est : 2. *Institutes*, Sect.306. (NdT)

⁵³ « Quand la loi accorde quelque chose, on la voit accorder ce par quoi la chose arrive. » (dit autrement, elle donne les moyens d'atteindre la fin) (Traduction d'Isabelle Folliot) (NdT)

que les membres des Chambres du Parlement qui en ont connaissance. Le reste du peuple est donc excusé. Ou, autrement, les chevaliers des comtés seraient tenus de fournir au peuple, dès leur retour dans le comté, un nombre suffisant de copies (aux frais du peuple) des actes du Parlement pour que tous les hommes puissent y avoir recours et qu’ils prêtent attention – eux ou des amis – à ce qu’ils sont obligés de faire. Car, autrement, il leur serait (28) impossible d’y obéir. Nul n’est tenu à l’impossible, c’est, chez Sir Édouard Coke, une maxime du common law. Je sais que la plupart des statuts sont imprimés mais il ne semble pas que chacun soit tenu d’acheter le livre des statuts, ni de faire des recherches à Westminster ou à la Tour ⁵⁴, ni de comprendre la langue dans laquelle la plupart sont écrits. ⁵⁵

Le légiste : Je reconnais que c’est de leur faute mais personne ne peut être excusé de l’ignorance de la loi de la raison, c’est-à-dire de l’ignorance du common law, à l’exception des enfants, des fous et des idiots. ⁵⁶ Mais vous exigez une attention aux lois statutaires qui est presque impossible. N’est-ce pas assez qu’il y ait dans tous les lieux un nombre suffisant de lois pénales ?

Le philosophe : Oui, si l’on avait ces lois pénales sous la main. Mais pouvez-vous me donner la raison pour laquelle il ne circulerait pas autant d’exemplaires des statuts qu’il en circule de la Bible.

⁵⁴ La Tour de Londres. (NdT)

⁵⁵ Le Franco-normand. (NdT)

⁵⁶ « Il n'est pas de loi au-dessus des idiots de naissance, des enfants, des fous, pas plus qu'au-dessus des bêtes brutes, et d'un point de vue juridique ils ne sont ni justes ni injustes, parce qu'ils n'ont jamais eu le pouvoir de passer une convention ou d'en comprendre les conséquences, et que, par conséquent, ils n'ont jamais pris sur eux d'autoriser les actions de quelque souverain, comme ils doivent le faire pour se construire une République. Il en est de même de ceux que la nature ou un accident a privés de la connaissance de toutes les lois en général. De même, tout homme, qu'un accident dont il n'est pas responsable a privé des moyens de prendre connaissance de quelque loi particulière, est excusé s'il ne l'observe pas, et, à proprement parler, cette loi n'est pas une loi pour lui. Il est donc nécessaire de considérer quelles preuves et quels signes suffisent pour que soit connue ce qu'est la loi, c'est-à-dire ce qu'est la volonté du souverain, aussi bien dans les monarchies que dans les autres formes de gouvernement. » *Léviathan*, XXVI, Traduction de Philippe Folliot, *Les Classiques des Sciences Sociales*, 2002. (NdT)

Le légiste : Je pense qu'il serait très bien que tout homme sachant lire ait le recueil des statuts car, certainement, il n'est pas de trop de connaître les lois par lesquelles la vie et la fortune des hommes peuvent être mises en danger. Je trouve qu'il y a un grand défaut dans votre définition de la loi. Vous dites que toute loi interdit ou ordonne quelque chose. Il est vrai que la loi morale est toujours un commandement ou une prohibition ou, du moins, implique la chose mais, dans la loi lévitique, où il est dit que celui qui vole un mouton doit en restituer quatre, ⁵⁷ quel est l'ordre ou la prohibition qui se trouve dans ces paroles ?

Le philosophe : De telles phrases ne sont pas en elles-mêmes générales mais sont des jugements. Cependant, il y a (29) dans ces paroles quelque chose qui implique un ordre adressé au juge de faire restituer les quatre moutons.

Le légiste : C'est vrai.

Le philosophe : Maintenant, définissez ce qu'est la justice et quelles actions et quels hommes doivent être appelés justes.

Le légiste : La justice est la constante volonté de donner à tout homme ce qui est sien, c'est-à-dire de donner à tout homme ce qui est son droit, de telle manière que soit exclu le droit de tous les autres hommes à la même chose. Une action juste est celle qui ne va pas contre la loi. Un homme juste est celui qui a la volonté constante de vivre justement. Si vous exigez davantage, je doute qu'on trouve un homme vivant qui puisse être compris dans cette définition.

Le philosophe : Donc, vu qu'une action juste, selon votre définition, est une action qui ne va pas contre la loi, il est manifeste que, avant qu'il y ait une loi, il ne pouvait y avoir de l'injustice et que, par conséquent, les lois sont par leur nature antérieures à la justice et l'injustice. Et vous ne pouvez nier qu'il dût y avoir des législateurs avant qu'il y eût des lois et, par conséquent, avant qu'il y eût une justice (je parle de la justice humaine) et qu'il y eût des législateurs, avant ce que vous appelez *ce qui est à soi*, ⁵⁸ ou propriété des biens et des terres, ⁵⁹ divisée en *meum, tuum, alienum*. ⁶⁰

⁵⁷ « Si un homme vole un bœuf, ou un mouton, et qu'il le tue ou le vende, il restituera cinq bœufs pour le bœuf, et quatre moutons pour le mouton. » *Exode*, XXII, 1, Traduction Darby. Voir aussi 2. *Samuel*, XII, 6. (NdT)

⁵⁸ « own ». (NdT)

Le légiste : On doit accorder cela car, sans lois statutaires, tous les hommes ont droit à toutes choses; et nous en avons fait l'expérience quand nos lois étaient réduites au silence par la guerre civile et que personne ne pouvait dire avec assurance que tels biens étaient à lui.

Le philosophe : Vous voyez donc qu'aucun particulier ne peut revendiquer la propriété de terres ou d'autres biens comme venant d'un titre ou d'un homme indépendants du roi ou de ceux qui détiennent le pouvoir souverain parce que c'est en vertu de la souveraineté qu'il est impossible à tout homme d'entrer (30) où il veut et de posséder ce qu'il veut. Par conséquent, refuser à l'autorité souveraine ce qui est nécessaire au maintien de son pouvoir souverain, c'est détruire la propriété à laquelle on prétend. Je voudrais maintenant vous demander ceci : comment faites-vous la distinction entre loi et droit, entre *lex* et *jus* ?

Le légiste : Sir Édouard Coke, en différents passages, considère que *lex* et *jus* sont la même chose et ainsi que *lex communis* et *jus communis* ⁶¹ sont tout un. Je n'ai pas trouvé de passages où il les distingue.

Le philosophe : Alors, je vais les distinguer et je vous fais juge : vous me direz s'il est nécessaire que ma distinction soit connue par tous les auteurs du common law. En effet, la loi m'oblige à faire quelque chose ou m'interdit de faire quelque chose et elle m'impose donc une obligation. Mais mon droit est une

⁵⁹ « De cette guerre de tout homme contre tout homme résulte aussi que rien ne peut être injuste. Les notions de bien et de mal, justice et injustice, n'ont pas leur place ici. Là où n'existe aucun pouvoir commun, il n'y a pas de loi. Là où n'existe pas de loi, il n'y a aucune injustice. La force et la ruse sont en temps de guerre les deux vertus cardinales. La justice et l'injustice ne sont aucunement des facultés du corps ou de l'esprit. Si elles l'étaient, elles pourraient se trouver en un homme qui serait seul dans le monde, aussi bien que ses sensations et ses passions. Ce sont des qualités relatives aux hommes en société, non dans la solitude. Il résulte aussi de ce même état qu'il ne s'y trouve pas de propriété, de domination, de distinction du mien et du tien, mais qu'il n'y a que ce que chaque homme peut obtenir, et aussi longtemps qu'il peut le conserver. Et en voilà assez pour le malheureux état où l'homme se trouve placé par simple nature (...). » *Léviathan*, XIII, traduction de Philippe Folliot, *Les Classiques des Sciences Sociales*, 2002. (NdT)

⁶⁰ Mien, tien, et bien d'autrui. (NdT)

⁶¹ « *jus* » étant du neutre, il faut bien sûr lire « *jus commune* » et non « *jus communis* ». (Note d'Isabelle Folliot)

liberté qui m'est laissée par la loi de faire ce qu'elle n'interdit pas et de ne pas faire ce qu'elle ne m'ordonne pas.⁶² Sir Édouard Coke n'a-t-il pas vu qu'il y avait une différence entre être obligé et être libre ?

Le légiste : Je ne sais pas ce qu'il a vu mais il n'a pas mentionné cette différence. Bien qu'un homme puisse se débarrasser de sa propre liberté, il ne peut pas se passer de la loi.

Le philosophe : Que vous donne ce droit si une bande de rebelles de l'intérieur ou un ennemi venu de l'étranger prend vos biens ou vous dépossède des terres sur lesquelles vous avez un droit ? Pouvez-vous être défendu ou obtenir réparation par autre chose que la force et l'autorité du roi ? Quelle raison peut donc donner un homme qui fait tous ses efforts pour conserver sa propriété de renier la force qui doit le défendre ou lui faire obtenir réparation ou de lui apporter sa contribution avec mécontentement ? Voyons maintenant ce que vos livres disent sur ce point et sur d'autres points concernant le droit de (31) la souveraineté. Bracton, l'auteur du common law qui fait le plus autorité dit ceci (folio 55) : *Ipsa Dominus Rex habet omnia jura in manu sua, sicut Dei vicarius ; habet etiam ea quae sunt pacis; habet etiam coercionem, ut delinquentes puniat ; item habet in potestate sua leges. Nihil enim prodest jura condere, nisi sit qui jura tueatur.*⁶³ C'est-à-dire que le roi a tous les droits dans ses mains, qu'il est le vicaire de Dieu. Il a tout ce qui regarde la paix, il a le pouvoir de punir ceux qui enfreignent la loi. Toutes les lois sont en son pouvoir. Il ne servirait à rien de faire

⁶² « Je trouve les expressions *lex civilis* et *jus civile*, c'est-à-dire loi civile et droit civil employées indifféremment [pour désigner] la même chose, même chez les auteurs les plus savants, ce qui, pourtant, ne devrait pas être. En effet, le droit est liberté, à savoir cette liberté que la loi civile nous accorde, mais la loi civile est une obligation qui nous ôte la liberté que la loi de nature nous a donnée. La nature a donné à tout homme le droit d'assurer sa sécurité par sa propre force et d'attaquer préventivement son prochain s'il le suspecte; mais la loi civile nous ôte cette liberté dans tous les cas où l'on peut attendre sans danger la protection de la loi, de sorte que *lex* et *jus* diffèrent autant que l'obligation et la liberté. » *Léviathan*, XXVI, Traduction de Philippe Folliot, Les Classiques des Sciences Sociales, 2002. (NdT)

⁶³ Il s'agit très certainement de *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* (*Des lois et des coutumes d'Angleterre*) mais ma consultation de ce texte ne m'a pas permis de trouver les passages utilisés par Hobbes. Cropsey, dans son édition du dialogue (1997) précise (note 30 de la page 74) qu'il ne s'agit pas d'un passage complet de Bracton mais d'une juxtaposition d'extraits. (NdT)

des lois si personne ne pouvait forcer les sujets à l'obéissance. Si la loi de Bracton est la loi de la raison, comme vous et moi le pensons, quel pouvoir temporel existe-t-il que le roi n'a pas ? Vu qu'à ce jour tout le pouvoir spirituel que Bracton accorde au Pape a été redonné à la couronne, existe-t-il quelque chose que le roi ne puisse pas faire en dehors du péché contre la loi de Dieu ? Le même Bracton (livre II, Chap.8, fol.5) dit ceci : *Si autem a Rege petatur, cum breve non currat contra ipsum, locus erit supplicationi quod factum suum corrigat et emendet ; quod quidem si non fecerit, satis sufficit ei ad paenam, quod Dominum expectet ultorem : nemo quidem de factis suis praesumat disputare, multo fortius contra factum suum venire.*⁶⁴ Ce qui signifie : si quelque chose est demandé au roi, vu qu'un bref⁶⁵ ne peut pas être écrit contre lui, cette chose sera mise dans une pétition, pour le prier de corriger et d'amender le fait. S'il ne le veut pas, c'est une peine suffisante pour lui de s'attendre à être puni par le Seigneur. Personne ne peut avoir la présomption de discuter ce qu'il fait, encore moins de lui résister. Par là, vous voyez que la doctrine qui concerne les droits de la souveraineté, tant décriée (32) par le Long Parlement, est l'ancien common law et que le seul frein des rois d'Angleterre doit être la crainte de Dieu. De plus, Bracton (livre II, chap.24, fol.55) dit que la Couronne ne peut se démettre de ses droits : *Ea vero quae jurisdictionis sunt et pacis, et ea quae sunt justitiae et paci annexa, ad nullum pertinent nisi ad coronam et dignitatem Regiam, nec a corona separari poterunt, nec a privata persona possideri.*⁶⁶ C'est-à-dire que ces choses qui appartiennent à la juridiction et à la paix et que ces choses qui sont annexées à la justice et à la paix, n'appartiennent qu'à la couronne et à la dignité du roi, qu'elles ne peuvent être séparées de la couronne et qu'elles ne peuvent pas être possédées par un particulier. Vous trouverez dans Fleta, un livre de droit écrit du temps d'Edouard II,⁶⁷ que les libertés, bien qu'accordées par le roi, si elles tendent à entraver la justice ou à subvertir le pouvoir royal, ne doivent pas être en usage ni

⁶⁴ La traduction est donnée immédiatement après par Hobbes. (NdT)

⁶⁵ Un procès ne peut commencer que si une demande a d'abord été faite par un petit écrit (d'où le terme « writ »). Rapidement, les brefs se sont standardisés. Le bref de *trespass vi et armi*, dont Hobbes va ensuite parler est un bref de ce type.

⁶⁶ La traduction est donnée immédiatement après par Hobbes. (NdT)

⁶⁷ *Seu Commentarius Juris Anglicani sic nuncupatus*, écrit sous Charles Ier. Diderot, dans son *Encyclopédie*, prête cet ouvrage à John Selden. (NdT)

admises; car, dans ce livre (livre I, chap.20, §54), dans les articles de la couronne que les juges itinérants doivent examiner, l'article 54 est celui-ci : vous examinerez *de libertatibus concessis quae impediunt communem justitiam, et Regiam potestatem subvertunt*. Or quel est le plus grand obstacle à la justice commune ou la plus grande subversion du pouvoir royal, sinon la liberté des sujets d'empêcher le roi de lever l'argent nécessaire à la suppression ou à la prévention des rébellions, liberté qui détruit la justice et subvertit le pouvoir de la souveraineté. De plus, quand une charte est accordée par le roi en ces termes « *Dedita etc...coram etc...pro me et haeredibus meis* », ⁶⁸ celui qui fait cet octroi, par le common law, comme Sir Édouard Coke le dit dans ses commentaires sur Littleton (33), doit garantir son don ⁶⁹; et je pense que c'est raisonnable, surtout si le don est fait en considération d'un prix payé. Supposez qu'un État étranger revendique le royaume (pour notre propos, peu importe que cette revendication soit injuste), comment voulez-vous que le roi garantisse aux propriétaires fonciers ⁷⁰ les terres qu'ils tiennent de lui par cette charte ? S'il ne peut pas lever de l'argent, leurs domaines sont perdus et il en est de même des domaines du roi ; et, s'il n'y a plus de domaines du roi, comment peut-il donner réparation de ce qui est dû en vertu de la garantie ? Je sais que les chartes du roi ne sont pas de si simples garanties qu'elles ne soient pas aussi des lois; mais ces lois ne s'adressent pas à tous les sujets du roi mais seulement à ceux à qui il a confié une charge et elles leur interdisent implicitement de juger ou d'exécuter une chose contraire à ces garanties. Il existe beaucoup d'hommes qui sont capables de juger ce qu'est la droite raison et ce qu'elle n'est pas. Quand l'un d'eux saura que nul n'a de supérieur ou d'égal dans le royaume, il sera difficile de le persuader qu'il peut être tenu par une loi du royaume ou que celui qui n'est sujet de personne sinon de Dieu ne peut se faire une loi pour lui-même qu'il ne puisse abroger aussi facilement qu'il l'a faite. Le principal argument et celui qui prend tant avec la multitude vient d'une crainte injustifiée mise dans l'esprit des sujets par des hommes qui entendent utiliser leurs mains pour servir leur propres fins. En effet, si, disent-ils, le roi peut, malgré la loi, faire ce qu'il veut et que rien ne peut le

⁶⁸ Transmis etc... publiquement etc... en mon nom et au nom de mes héritiers. (NdT)

⁶⁹ Cropsey, dans son édition du dialogue (1997), précise (note 34 de la page 75) qu'on ne trouve pas cette idée chez Coke. (NdT)

⁷⁰ « freeholders » : francs-tenanciers. (NdT)

retenir que la crainte d'un châtement dans le monde à venir, alors, au cas où viendrait un roi qui ne craindrait pas ce châtement, il pourrait nous prendre non seulement nos terres, nos biens et nos libertés mais aussi nos vies, s'il le (34) veut. Et ils disent vrai mais ils n'ont aucune raison de penser qu'il le voudrait, à moins que ce ne soit pour son propre avantage, ce qui ne peut être puisqu'il aime son propre pouvoir. Que deviendrait son pouvoir si ses sujets étaient détruits ou affaiblis, eux par le grand nombre et la force desquels il jouit de son pouvoir et chacun de ses sujets jouit de sa fortune. Et, enfin, alors qu'on dit parfois que le roi est tenu, non seulement de faire observer ses lois, mais aussi de les observer lui-même, je pense que, pour un roi, les faire observer et les observer, c'est la même chose car je n'ai jamais entendu considérer comme une bonne loi le fait que le roi puisse être mis en examen, appelé devant un tribunal par une assignation en justice ⁷¹ jusqu'à ce que le Long Parlement montre le contraire avec le bon roi Charles; ce pour quoi plusieurs membres de ce Parlement furent exécutés, les autres ayant été graciés ⁷² par notre Roi actuel.

Le légiste : Graciés par le Roi et le Parlement.

Le philosophe : Par le roi en Parlement, ⁷³ si vous voulez, mais non par le Roi et le Parlement. Vous ne pouvez nier que le pardon des attentats appartient à la personne qui en a été victime. La trahison et d'autres offenses contre la paix et le droit du souverain sont des torts faits au roi et, donc, quiconque est pardonné pour une telle offense doit reconnaître qu'il doit son pardon au seul Roi. Mais, pour les assassinats, les crimes et autres préjudices dont la victime est un sujet, quelque

⁷¹ Accusation de haute trahison et autres grands crimes exposés à la haute cour de justice par John Cook, procureur-général nommé par ladite cour pour et au nom du peuple d'Angleterre, contre Charles Stuart, roi d'Angleterre. Pour le détail de l'accusation, voir John Gauden : Procès de Charles Ier, Paris, 1823 p.16 et suivantes. (NdT)

⁷² Par la déclaration de Breda du 14 avril 1660 qui devint l'*Acte de pardon et d'oubli*. Voir la note 94 de ma traduction du *Récit historique sur l'hérésie et son châtement*, Les Classiques des Sciences Sociales, 2009. (NdT)

⁷³ « Le mot Parlement signifie, dans la bouche d'un jurisconsulte (bien qu'il ait souvent un sens différent dans la conversation ordinaire), le Roi, la Chambre des Lords et la Chambre des Communes ; ces trois corps agissant ensemble peuvent être justement définis « le Roi en Parlement » ; ils constituent le Parlement » (*Introduction à l'étude du Droit constitutionnel*, 1885, trad. A. Batut et G. Jèze, Paris, Giard et Brière, 1902, p. 35).

misérable qu'il soit, je pense qu'il est très raisonnable que la partie lésée obtienne nécessairement satisfaction avant qu'un tel pardon soit accordé. Et, quand il y a mort d'homme et qu'on ne peut restituer la vie, un ami, un héritier ou une autre partie qui peuvent faire appel à la justice peuvent-ils exiger davantage qu'une autre sorte de satisfaction raisonnable ? Peut-être (35) ne seront-ils satisfaits qu'en obtenant une vie pour une vie mais c'est là une vengeance qui n'appartient qu'à Dieu et, sous Dieu, au roi et à personne d'autre. Donc, si une satisfaction raisonnable est donnée, je pense que le roi peut gracier sans pécher. Je suis certain que si cette grâce est un péché, nul Roi, nul Parlement, nul pouvoir terrestre ne peut la donner.

Le légiste : En vertu de votre propre argument, vous voyez que l'*Acte d'Oubli* ⁷⁴ n'aurait pas pu passer sans un Parlement parce que ce n'était pas seulement le roi qui avait subi des torts mais aussi la plupart des Lords et beaucoup de gens du peuple. Lesquels torts ne pouvant être pardonnés que par leur propre assentiment, il était absolument nécessaire que cela fût fait en Parlement et par l'assentiment des Lords et des Communes.

Le philosophe : J'accorde cela mais je vous prie de me dire maintenant quelle est la différence entre un pardon général et un acte d'*oubli*.

Le légiste : L'expression *Acte d'oubli* n'a jamais figuré dans nos livres auparavant mais je crois qu'il figure dans les vôtres.

Le philosophe : Dans l'État athénien, il y a longtemps, pour mettre fin à la guerre civile, on s'accorda sur un acte : que, à partir de ce moment, aucun homme ne pourrait être importuné pour une action faite avant cet acte, quelle qu'elle soit, sans exception, lequel acte fut appelé par les législateurs un acte d'*oubli*. ⁷⁵ Les

⁷⁴ C'est l'*Acte of free and generall Pardon indemnity and Oblivion* de 1660 (Voir *Statutes of the realm*, volume 5). Seuls les régicides ont été poursuivis et exécutés. (NdT)

⁷⁵ « Trasybule, après la conclusion de la paix, fit encore une belle action. Ayant acquis le plus grand crédit dans la ville, il fit porter une loi qui défendait de rechercher ou de punir qui que ce fût pour les troubles passés, et qu'on appela la loi d'oubli. Non content de l'avoir procurée, il la fit encore exécuter. Quelques-uns de ses compagnons d'exil voulant qu'on massacrât certains citoyens avec lesquels on s'était réconcilié, il interposa l'autorité publique et garda la parole qu'il avait donnée. Une couronne de deux branches d'Olivier dont le peuple lui fit don pour honorer sa vertu, fut

offenses n'étaient pas oubliées (car, sinon, nous n'aurions jamais connu cette histoire) mais elles ne devaient plus être la source d'un jugement prononcé contre un homme. En imitation de cet acte, un acte semblable fut proposé, même s'il n'eut aucune suite, dans le Sénat de Rome, à la mort de Jules César.⁷⁶ Par un tel acte, il est facile d'imaginer que toutes les accusations pour offenses passées (36) moururent et furent enterrées de façon absolue; et, pourtant, nous n'avons pas de véritable raison de croire que le fait de se reprocher les uns aux autres ces offenses pardonnées était une violation de ces actes, sauf si la chose était indiquée dans l'acte même.

Le légiste : Il semble donc que l'acte d'*oubli* ne fut ici rien de plus qu'un pardon général et qu'il n'était pas d'une autre nature.

Le philosophe⁷⁷ : Puisque vous reconnaissez que, dans toutes les controverses, le pouvoir de juger appartient originellement au roi et, vu qu'aucun homme n'est capable à lui seul de remplir une fonction où il y a tant à faire, comment s'y prend-on pour décider de controverses aussi nombreuses et aussi variées ?

Le légiste : Il y a diverses sortes de controverses, dont certaines concernent les titres sur des terres et des biens. Certains biens sont corporels, comme les terres, l'argent, le bétail, le blé et autres choses semblables qui peuvent être touchées ou vues; d'autres sont incorporels, comme les privilèges, les libertés, les dignités ou les charges ainsi que de nombreuses autres choses qui ne sont que des créatures de la loi et ne peuvent être touchées ou vues. Ces deux sortes de controverses concernent le *meum* and le *tuum*.⁷⁸ Il en est d'autres qui concernent les

le prix de ses grands services. » Plutarque : *Vie de Trasybule* (Œuvres de Plutarque, tome 12, 1803 p.30 – Traduction Amyot) (NdT)

⁷⁶ « Brutus et Cassius ayant exécuté leur complot, les amis de César se réunirent pour venger sa mort ; et l'on craignit de voir Rome replongée dans les horreurs de la guerre civile. Antoine, alors consul, assembla le sénat, et parla, en peu de mots, sur la nécessité d'agir de concert. Cicéron fit un très long discours analogue aux circonstances, et persuada les sénateurs de décréter, à l'exemple des Athéniens, une amnistie générale pour tout ce qui avait été fait depuis la dictature de César, et de donner des gouvernements à Cassius et à Brutus. » Plutarque : *Vie de Cicéron*, XLII (traduction Ricard). (NdT)

⁷⁷ Dans la marge, à gauche, est noté : *Of Courts* : des cours de justice. (NdT)

⁷⁸ Le mien et le tien. (NdT)

infractions punissables de diverses façons et, chez certaines d'entre elles, une partie de la punition est une amende ou une confiscation au profit du Roi et, alors on l'appelle un procès ⁷⁹ de la Couronne ⁸⁰ au cas où le Roi poursuit en justice la partie. Autrement, ce n'est qu'un procès (plea) privé que nous appelons plainte ⁸¹. Et bien que, par le jugement consécutif à une plainte, le Roi puisse profiter d'une confiscation, on ne peut pourtant dire qu'il s'agit d'un procès (plea) de la Couronne que si la Couronne plaide. Il existe aussi d'autres controverses concernant le gouvernement de l'Église, touchant à la religion et à la vie vertueuse. Les infractions (37) contre la Couronne et contre les lois de l'Église sont des crimes mais, quand un sujet fait subir un tort à un autre sujet, s'il n'est pas contraire à la Couronne, le Roi ne prétend à rien d'autre dans ces procès (pleads) qu'à la réparation de ses sujets lésés.

Le philosophe : Un crime est n'importe quelle sorte d'infraction contre laquelle une peine est ordonnée par la loi du pays mais il faut comprendre que les dommages [et intérêts] accordés à la partie lésée n'ont rien en commun avec la nature d'une peine. Ils sont simplement une restitution, une satisfaction due, en vertu de la loi de la raison, à la partie lésée et, par conséquent, ce n'est pas plus une punition que le paiement d'une dette.

Le légiste : Par votre définition, il semble que vous ne fassiez aucune différence entre un crime et un péché.

Le philosophe : En vérité, tous les crimes sont des péchés mais tous les péchés ne sont pas des crimes. Un péché peut être commis par une pensée ou un dessein secret que ni un juge, ni un témoin, ni personne ne peut remarquer mais un crime est un péché qui consiste en une action contraire à la loi, dont on peut être accusé, pour laquelle on peut être jugé par un juge, convaincu de culpabilité ou innocenté par des témoins. De plus, ce qui, en soi, n'est pas péché mais est indifférent peut être transformé en un péché par une loi positive. Pensons au statut qui était en vigueur et qui déclarait que personne ne devait porter de la soie sur

⁷⁹ Exactement un plaid (plea). (NdT)

⁸⁰ Procès qui concerne le roi et qui se distingue des common pleas qui concernent les sujets entre eux. (NdT)

⁸¹ « appeal ». (NdT)

son chapeau.⁸² Dès que le statut fut fait, un tel port de soie fut un péché alors qu'il ne l'était pas avant. Mieux, parfois, une action qui est bonne en elle-même peut devenir, par une loi statutaire, un péché, comme si un statut était établi pour interdire de faire l'aumône à un mendiant solide et robuste,⁸³ de telle sorte que, après cette loi, de telles aumônes seraient des péchés mais pas avant. Pourtant, l'objet de la charité n'est pas la force ou une autre qualité du pauvre homme mais sa pauvreté.⁸⁴ De même, (38) celui qui aurait dit, sous le règne de la Reine Marie, que le Pape n'avait aucune autorité en Angleterre aurait été mis au bûcher mais, s'il avait dit la même chose sous la Reine Élisabeth, il aurait été loué. Par de tels exemples, vous voyez que de nombreuses choses sont ou ne sont pas des crimes – sans aucun rapport avec leur propre nature – par la diversité des lois qui tiennent à la diversité des opinions ou des intérêts de ceux qui détiennent l'autorité. Pourtant, ces choses, qu'elles soient bonnes ou mauvaises, passeront auprès du vulgaire, si les gens en entendent souvent parler en des termes odieux, pour des crimes atroces en eux-mêmes, tout comme de nombreuses opinions qui sont en elles-mêmes pieuses et légitimes ont été appelées d'horribles hérésies pour servir l'intérêt du Pape. De plus, certaines controverses concernent des choses qui arrivent sur mer, d'autres sur terre. Il faut donc de nombreuses cours pour trancher toutes ces sortes de controverses. Comment fera-t-on pour répartir toutes ces affaires ?

Le légiste : Il y a un nombre extraordinaire de cours en Angleterre. D'abord, il y a les cours du Roi, aussi bien en droit qu'en équité, pour les affaires temporelles, cours qui sont la Chancellerie, le Banc du Roi, la Cour des Plaids Communs et, pour les revenus du roi, la Cour de l'Échiquier; et il y a des cours par privilège pour les sujets, comme les Cours de Londres ou d'autres lieux privilégiés. Et il y a d'autres cours pour les sujets, comme la Cour des Propriétaires Fonciers, appelée la Cour des Barons, et la Cour des Shérifs. Les

⁸² Je n'ai pas retrouvé cette loi. Il faudrait envisager le détail des lois somptuaires anglaises, assez nombreuses. (NdT)

⁸³ Sur les « sturdy beggars », voir Caroline M. Baron : *London in the later middle Ages*, Oxford University press, 2004, page 276. (NdT)

⁸⁴ L'argument de la loi était qu'il y avait de vrais pauvres impotents et des mendiants solides et paresseux qui nuisaient aux premiers (on sommait les mendiants valides de sortir des villes pour travailler sur les terres, laissant ainsi les véritables pauvres profiter des aumônes.). (NdT)

Cours Spirituelles sont aussi des cours du Roi à ce jour bien qu'elles aient été auparavant des cours du Pape. Et, dans les cours du Roi, certaines tiennent leur juridiction de leur fonction, d'autres de commissions. Certaines ont autorité pour entendre et déterminer⁸⁵ et d'autres seulement pour enquêter (39) et transférer les informations dans les règles à d'autres cours. Maintenant, pour ce qui est de répartir les procès (pleas) et de savoir quels procès chaque cour peut traiter, on soutient généralement que tous les procès (pleas) de la Couronne et toutes les infractions à la paix doivent se tenir devant le Banc du Roi ou être traités par des commissaires. En effet, Bracton dit : *Sciendum est, quod si actiones sunt criminales, in Curia Domini Regis debent determinari ; cum sit ibi poena corporalis infligenda, et hoc coram ipso rege, si tangat personam suam, sicut crimen laesae majestatis, vel coram justitiariis ad hoc specialiter assignatis* : c'est-à-dire que si un procès est un procès criminel, il doit être déterminé devant les Cours de notre Seigneur le Roi parce qu'elles ont pouvoir d'infliger des châtiments corporels;⁸⁶ et si le crime vise sa personne, comme le crime de trahison, le procès doit être déterminé devant le Roi lui-même. Si le crime vise une personne privée, le procès doit être déterminé par des juges assignés, c'est-à-dire des commissaires. Il semble donc que les Rois, auparavant, écoutaient et déterminaient en personne les procès (pleas) pour trahison contre eux-mêmes mais il en a été autrement pendant longtemps et il en est autrement aujourd'hui car c'est maintenant la fonction du Grand Sénéchal d'Angleterre, quand on juge un pair [du royaume], de tenir ce procès par une commission spéciale. Dans les causes concernant le *meum* and le *tuum*⁸⁷, le roi peut poursuivre, soit devant le Banc du Roi, soit devant la Cour des Plaids Communs,⁸⁸ comme il apparaît chez Fitzherbert dans son *Natura Brevium*,⁸⁹ à l'article action en déshérence.⁹⁰

⁸⁵ Voir plus loin l'expression « *oyer et terminer* ». (NdT)

⁸⁶ *Institutes*, IV, p.76 (chap.7)

⁸⁷ Le mien et le tien. (NdT)

⁸⁸ The new natura brevium of the most Reverend Mr Anthony Fitz-Herbert, 1534, p.321, § h. (NdT)

⁸⁹ *The new natura brevium of the most Reverend Mr Anthony Fitz-Herbert*, 1534. L'article "writ of escheat" va de la page 320 à la page 323.

⁹⁰ A writ of escheat (Breve de Escaeta) Ici, précisément, c'est le transfert d'un titre de propriété à l'Etat quand le propriétaire est mort intestat et sans héritiers ou qu'il s'est rendu coupable de félonie. (NdT)

Le philosophe : Il se peut qu'un Roi ne veuille pas siéger pour déterminer une cause de trahison, de peur qu'on pense qu'il se fait lui-même juge dans sa propre cause mais, que la cause soit jugée par des juges qui sont ses juges ou qu'il juge lui-même, c'est tout un.

(40) **Le légiste** : C'est aussi au Banc du Roi, je crois, qu'il appartient d'entendre et de déterminer toutes les sortes d'infractions à la paix, quelles qu'elles soient, mais le roi peut toujours, s'il le veut, le faire faire par des commissaires. À l'époque d'Henri III et d'Édouard Ier (quand Bracton écrivait), le Roi avait coutume d'envoyer dans le pays, tous les sept ans, des commissaires appelés juges itinérants pour entendre et déterminer toutes les causes temporelles en général, aussi bien criminelles que civiles, juges qui ont été depuis longtemps remplacés par des juges d'assises, avec des commissions de la paix, d'*oyer* et *terminer*,⁹¹ et de délivrer la geôle [de ses prisonniers].⁹²

Le philosophe : Mais pourquoi le Roi a-t-il seul la possibilité de faire des poursuites devant le Banc du Roi comme il le veut, et que personne d'autre ne peut le faire ?

Le légiste : Il n'y a aucun statut contraire mais il semble qu'il s'agisse du common law. En effet, Sir Edouard Coke (IV. *Instit.*) parle du pouvoir de juger du Banc du roi qui, dit-il,⁹³ a, premièrement, le pouvoir de juger tous les procès (pleas) de la Couronne, deuxièmement, est chargé du redressement des toutes les sortes d'erreurs,⁹⁴ aussi bien pour les jugements que pour les procédures, à l'exception de la Cour de l'Échiquier, et le Roi, dans cette cour, a ce pouvoir *proprium quarto modo*.⁹⁵ Troisièmement, il a le pouvoir de corriger tous les

⁹¹ Expression du droit français : enquêter et juger selon la loi. (NdT)

⁹² « Goal-delivery » : délivrer la geôle. Il s'agissait tout simplement de désencombrer les prisons, soit en renvoyant les prisonniers, soit en les jugeant. Si l'on en croit Hugo (*L'homme qui rit*), le vide pouvait parfois se faire de façon expéditive. (NdT)

⁹³ Hobbes suit ici le chapitre 7 (page 70 de l'édition de 1797 de la 4ème partie des *Institutes*, §7). (NdT)

⁹⁴ "in fact and in law", précise Coke. (NdT)

⁹⁵ « And this proprium quarto modo to the king in this court; for regularly no other court hath the like jurisdiction, and therefore may be well called

méfais extrajudiciaires qui tendent à rompre la paix, à opprimer les sujets, à faire naître des factions, des controverses, des débats ou toute autre sorte de mauvaise administration. Quatrièmement, ⁹⁶ il peut instruire, en vertu d'un bref (writ) de la Chancellerie, tous les cas de transgressions ⁹⁷ commises *vi et armis*. ⁹⁸ Quatrièmement, il peut instruire des procès par requête (bill) pour dette, pour des actions en revendication et restitution, ⁹⁹ pour des contrats ou des promesses [non respectés] ou pour d'autres actions personnelles. ¹⁰⁰ Mais, du pouvoir de juger du Banc du Roi dans les (41) actions réelles, ¹⁰¹ il ne dit rien, sinon que, si un bref, dans une action réelle, est annulé par le jugement de la Cour des Plaids Communs et que le jugement, par un bref d'erreur, est corrigé par le Banc du Roi, ¹⁰² alors le Banc du Roi peut commencer la procédure à partir du bref. ¹⁰³

Le philosophe : Mais comment cela se fait-il dans la pratique ?

Le légiste : En général, les actions réelles se décident aussi bien devant le Banc du Roi que devant la Cour des Plaids Communs.

Le philosophe : Quand le roi, par autorité, dans un écrit, nomme un Grand Juge du Banc du Roi, ne précise-t-il pas dans quel but il le nomme ?

Le légiste : Sir Édouard Coke parle des lettres patentes par lesquelles, jadis, le Grand Juge était nommé et dans lesquelles était exprimé le but de sa fonction. *pro conservatione nostra, & tranquillitatis regni nostri, & ad justitiam universis & singulis de regno nostro exhibendam constituerimus dilectum et fidelem nostrum*

propria cause regis. » (Ibid.) « proprium quarto modo » : qui lui est propre selon le quatrième mode. (NdT)

⁹⁶ Ibid. p. 71. (NdT)

⁹⁷ Qui peuvent aussi bien concerner les biens (violation de propriété) que la personne. L'étymologie de *trespass* indique directement la traduction. (NdT)

⁹⁸ Avec force et violence (littéralement avec force et armes). (NdT)

⁹⁹ « detainue » (écrit « detenue » chez Molesworth). Il s'agit de faire valoir son titre (revendication) et de demander la restitution du bien. Ce sont, semble-t-il, deux actions distinctes. (NdT)

¹⁰⁰ Ibid. (NdT)

¹⁰¹ L'*actio in rem* porte sur des biens immeubles. (NdT)

¹⁰² “Et si le bref est jugé bon”, ajoute Coke. (NdT)

¹⁰³ “et n'est pas limité par la Magna Carta”, ajoute Coke. Ibid. p.72 (NdT)

P.B. ¹⁰⁴ *Justiciarium Angliae quamdiu nobis placuerit capitale*. ¹⁰⁵ C’est-à-dire : Pour notre préservation, pour la paix ¹⁰⁶ de notre royaume, pour que justice soit rendue pour tous les sujets et chacun en particulier, nous avons nommé notre aimé et dévoué ¹⁰⁷ P. B. Grand Juge d’Angleterre, pour le temps qu’il nous plaira, etc.

Le philosophe : Il me semble très clair, par ces lettres patentes, que toutes les causes temporelles à l’intérieur du royaume, à l’exception des procès (pleas) qui appartiennent à l’Échiquier, doivent être décidées par le Grand Juge. En effet, les causes criminelles et celles qui concernent la paix, on les lui accorde en ces termes « pour notre propre conservation et pour la paix du royaume » et cette formule concerne tous les procès criminels et la formule « pour que justice soit rendue pour tous les sujets du Roi et chacun en particulier » (42) englobe tous les procès (pleas) civils. Pour ce qui est de la Cour des Plaid Communs, il est manifeste qu’elle peut instruire toutes sortes de procès (pleas) civils, à l’exception de ceux de l’Échiquier, en vertu de la *Magna Carta*, ¹⁰⁸ cap.II. De sorte que tous les brefs (writs) originaux concernant les procès civils doivent être renvoyés devant l’une desdites Cours. Mais comment le Grand Juge est-il nommé aujourd’hui ?

Le légiste : On lit, dans ses lettres patentes : *Constituimus vos Justitiarium nostrum Capitem ad placita coram nobis tenenda, durante beneplacito nostro*; ¹⁰⁹ c’est-à-dire : Nous avons nommé notre Grand juge pour instruire des procès devant nous pendant le temps qu’il nous plaira. Mais ce bref, malgré sa

¹⁰⁴ Coke précise le nom : «*dilectum et fidelem nostrum Philippum Basset* ». Coke précise que Philipp Basset était de Welldby, dans le comté de Northampton, que c’était un grand érudit en matière de lois du royaume, qu’il était le jeune frère du baron Basset de Draiton Basset, du comté de Staff, qu’il fut le dernier à être nommé ainsi par lettres patentes. *Ibid.*, p.74 (NdT)

¹⁰⁵ *Ibid.*, p.74, §4. (NdT)

¹⁰⁶ Tranquillité, dit le latin. (NdT)

¹⁰⁷ La traduction Vrin rappelle judicieusement la vieille formule « nostre amé et féal ». (NdT)

¹⁰⁸ La Grande Charte (1215), arrachée par les Barons à Jean Sans-Terre. Hobbes fait très certainement allusion à ce passage : « *Common pleas shall not follow our court, but shall be held in some definite place.* » (NdT)

¹⁰⁹ 4. *Institutes*, p.75. (NdT)

brièveté, ne diminue pas le pouvoir qu'il avait auparavant par les lettres patentes.¹¹⁰ Et les lettres patentes du Grand Juge des Plaids Communs disent : *Constituimus dilectum et fidelem, etc., Capitem Justitiarium de Communi Banco, habendum, etc., quamdiu nobis placuerit, cum vadiis et foedis ab antiquo debitis et consuetis*;¹¹¹ c'est-à-dire : Nous avons nommé notre aimé et dévoué, etc., Grand Juge du Banc Commun pour avoir, etc., pendant le temps qu'il nous plaira, avec les commodités et revenus qui sont habituels et dus à la charge.

Le philosophe : Je m'aperçois que, dans l'histoire, il y a toujours eu chez nous un Chancelier et un Grand Juge d'Angleterre mais, de la Cour des Plaids Communs, il n'en est nullement fait mention avant la *Magna Carta*. Des procès (pleas) communs, il y en a toujours eu, ici et, je pense, dans toutes les nations car les procès (pleas) communs et les procès (pleas) civils sont selon moi la même chose.

Le légiste : Avant le statut de la Magna Carta, les procès (pleas) communs, comme Sir Édouard Coke le certifie (2. *Inst.* P.21¹¹²) pouvaient se tenir (43) devant le Banc du Roi et, cette cour changeant de lieu selon la volonté du Roi, les retours des brefs (writs) étaient *Coram nobis ubicumque fuerimus in Anglia*,¹¹³ d'où s'ensuivaient de grands problèmes pour les jurés, de grandes dépenses pour les parties et des retards dans les procédures.¹¹⁴ C'est pour ces raisons que fut ordonné que les procès communs ne suivraient pas le Roi mais se tiendraient en un lieu particulier.

¹¹⁰ « Which writ being called Brev doth in few words comprehend the substance of the former Letters Patents. » Ibid. (NdT)

¹¹¹ *Ibid.*, p.99. (NdT)

¹¹² « Common Pleas shall not follow our Court, but shall be holden in some place certain. Before this Statute, Common pleas might have been holden in the Kings Bench, and all originall Writs retournable into the same Bench: And because the Court was holden Coram Rege, and followed the Kings Court, and removable at the Kings will, the Retourns were Ubicumque fuerimus, &c. whereupon many discontinuances ensued, and great trouble of jurors, charges of parties, and delay of Justice, for these causes this Statute was made. » 2. *Institutes*, ch.11, pp.21,22. (NdT)

¹¹³ IV. *Institutes*, Chap.7, p.75. (NdT)

¹¹⁴ Hobbes néglige «many discontinuances ». (NdT)

Le philosophe : Ici, Sir Édouard Coke déclare que, selon lui, aucun procès (plea) commun ne peut être instruit devant le Banc du Roi car il dit qu'ils pouvaient en ce temps-là y être instruits.¹¹⁵ Et, pourtant, cela ne prouve pas avec une grande probabilité qu'il existait une Cour des Plaids Communs avant la *Magna Carta*. En effet, ce statut étant fait pour soulager les jurés, réduire les dépenses des parties et accélérer la justice, cela eût été vain si se tenait alors une Cour des Plaids Communs car il n'était pas nécessaire que cette cour suivît le Roi comme le faisaient la Chancellerie et le Banc du Roi. De plus, à moins que le Banc du Roi, où qu'il se trouvât, n'instruisît des procès de causes civiles, les sujets n'étaient absolument pas soulagés par ce statut. En effet, en supposant que le Roi se trouvât à York, les sujets du Roi habitant Londres, jurés et parties, n'auraient-ils pas eu autant de problèmes et de dépenses pour aller à York que les sujets de York n'en auraient eu avant pour aller à Londres? Je ne peux croire que ceci : que l'érection de la Cour des Plaids Communs fut l'effet du statut de la *Magna Carta* (chap.11) et qu'elle n'existait pas avant cette date, même si le besoin s'en faisait sentir dans un grand royaume où il y avait beaucoup de procès.

Le légiste : Peut-être le besoin n'était-il pas si important que vous le pensez car, en ces temps, les lois, pour la plupart, n'étaient pas constituées mais en voie de constitution (44) et on utilisait dans la pratique les vieilles lois saxonnes sur l'héritage. Les brefs du Roi, par ces lois, exécutaient une justice rapide dans les cours des Barons qui étaient alors propriétaires fonciers par rapport au reste des francs-tenanciers. Il y avait peu de procès dans les cours du roi, seulement quand on n'obtenait pas justice dans les cours inférieures. Mais, à ce jour, il y a plus de procès dans les cours du Roi que ne peut en expédier une seule cour.

Le philosophe : Pourquoi y a-t-il plus de procès aujourd'hui que jadis ? Je crois pourtant que le royaume était alors aussi peuplé qu'aujourd'hui.

Le légiste : Sir Édouard Coke (4. *Inst.* P.76¹¹⁶) nous propose six causes. 1. la paix. 2. L'abondance. 3. La dissolution des maisons religieuses¹¹⁷ et la

¹¹⁵ "It is manifest that this Court began not after the making of this Act, as some have thought." 2. *Institutes*, Ch.11, p.22. (NdT)

¹¹⁶ "It is to be observed, that there be six causes of the increase of them, whereof two be generall, the other four particular. The generall be Peace,Peace. and Plenty: The particular, 1. The dissolution of so many Monasteries,Plenty. Chanteries, &c. and the dispersing of them into so many

dispersion de leurs terres en de nombreuses personnes différentes. 4. Le nombre important de délateurs. 5. Le nombre de révéléteurs de biens celés.¹¹⁸ 6. Le nombre important d'avocats.¹¹⁹

Le philosophe : Je vois que Sir Édouard Coke n'a pas l'intention de rendre fautifs les gens de sa profession et qu'il donne comme causes de ce mal des choses qu'il serait mauvais et injuste de modifier. En effet, si la paix et l'abondance sont les causes de ce mal, on ne peut changer cela que par la guerre et la misère. Quant aux querelles qui naissent au sujet des terres des religieux, elles ne viennent pas des terres mais de l'incertitude des lois. Quant aux délateurs, ils étaient autorisés par les statuts¹²⁰ et ils étaient si nécessaires à leur exécution que leur nombre ne saurait être trop grand ; et si c'était le cas, la faute en reviendrait à la loi elle-même. Ces révéléteurs de biens celés ne sont en vérité qu'une bande d'escrocs¹²¹ que la loi peut aisément corriger. Et, enfin, pour ce qui est du grand nombre d'avocats, (45) la faute en incombe à ceux qui ont le pouvoir de les admettre ou de les refuser. Pour ma part, je crois que les hommes, à ce jour, connaissent mieux l'art d'ergoter sur les termes d'un statut qu'autrefois et que, ainsi, ils s'encouragent et encouragent les autres à entreprendre des procès sur des bases minimales. Il y a aussi la variété et le caractère contradictoire des jugements du common law qui leur font souvent espérer la victoire dans des

severall hands. 2. The swarm of Informers. 3. The number of Concealors. 4. The multitude of Attornies. Dissolution of Monasteries, &c. » 4. Institutes, Chap. 7, page 75. (NdT)

¹¹⁷ Sous Henry VIII. Les impropriations qui accompagnèrent cette dissolution produisirent certainement beaucoup de procès. (NdT)

¹¹⁸ « *Helluones* » (goinfres, dévoreurs, et l'on fera attention au verbe utilisé ensuite : *swallow up*, engloutir, avaler), dit Coke, et il ajoute : « *that endeavoured to swallow up Cathedrall Churches and the Ecclesiasticall possessions of Church-men, Possessions of Monast. and Chanteries &c. and the livings of many others of the Kings subjects.* » Ces *Helluonis* retrouvaient des biens appartenant à l'Etat. J'emprunte le mot « révéléteur » à une ordonnance française du 31 août 1816. *Ibid.* p. 76. (NdT)

¹¹⁹ « Lastly, the multitude of Attornies, more then is limited by law, is a great cause of increase of suits. » *Ibid.* (NdT)

¹²⁰ Lesquels statuts étaient aussi obligés de légiférer sur les procédés parfois peu légaux de ces « informers » de métier. (NdT)

¹²¹ Ces révéléteurs établissaient parfois à leur avantage des compromis avec les « receleurs ». (NdT)

causes où, raisonnablement, il n'y a vraiment pas de quoi. De plus, ils ignorent, dans leurs propres causes, ce qu'est l'équité, et pas un homme sur mille n'étudie ce qu'elle est. Les légistes eux-mêmes ne cherchent pas leurs jugements dans leur propre cerveau mais dans les précédents des juges d'avant, tout comme les juges de l'antiquité ne les cherchaient pas dans leur propre raison mais dans les lois de l'empire. Une autre et peut-être la cause la plus importante est que, faute d'un enregistrement des transferts des terres – ce qui pourrait aisément être fait dans la commune où les terres se trouvent – on ne peut facilement faire un achat sans que cela soit litigieux. Enfin, je crois que la cupidité des légistes n'était pas aussi grande dans les temps anciens qui étaient troublés qu'en temps de paix, quand les hommes ont le loisir d'apprendre à frauder et se font employer par ceux qui ont la capacité de faire naître des contentieux. Comme est large le champ de leurs occultes travaux, on le voit avec évidence dans le fait qu'ils ont le pouvoir de scruter et d'analyser tous les termes d'un statut, d'une charte, d'un don en fief, ¹²² d'un bail ou d'autres actes, preuves ou témoignages. Mais, pour en revenir à la Cour du Banc du Roi, vous dites qu'elle a le pouvoir de corriger et d'amender les erreurs de tous les autres juges, aussi bien de procédure que (46) de jugement. Mais les juges des Plaids Communs ne peuvent-ils pas corriger les erreurs de procédure dans leur propre cour sans un bref d'erreur venant d'une autre cour ?

Le légiste : Oui et il existe de nombreux statuts qui l'ordonnent.

Le philosophe : Quand un bref d'erreur vient du Banc du Roi, qu'il porte sur la procédure ou sur le droit, qui supporte les frais ?

Le légiste : C'est à la charge du client.

Le philosophe : Je n'en vois pas la raison car le client n'est pas responsable, lui qui n'a commencé un procès que sur l'avis de son conseiller qui s'y connaît en droit et qui est payé pour les conseils qu'il donne. N'est-ce pas la faute de son conseiller? Quand un juge des Plaids Communs se trompe dans son jugement, il n'est pas vraisemblable qu'un juge du Banc du Roi casse le jugement (il est pourtant hors de doute qu'il en a le pouvoir, comme on peut le lire chez Bracton

¹²² « feoffment » : Transfert d'une propriété qui donne au nouveau propriétaire le droit de vendre le bien ou de le laisser en héritage. Voir Jacob, Tomlins : *Law Dictionary*, vol.III, 1811, page 33. (NdT)

et chez d’autres érudits) parce que, étant spécialistes du même common law, ils sont pour la plupart persuadés de rendre le même jugement. Par exemple, si Sir Édouard Coke, à la dernière session où il siégea en tant que Grand Juge de la Cour des Plaids Communs, avait rendu un jugement erroné, il est vraisemblable que, quand il fut promu ¹²³ Grand Juge du Banc du Roi, il aurait dû casser ledit jugement. C’est possible mais ce n’est pas très vraisemblable. C’est pourquoi je pense qu’il existe un autre pouvoir constitué par le Roi pour casser les jugements erronés, tant du Banc du Roi que de la Cour des Plaids Communs.

Le légiste : Je ne le pense pas car il existe un statut qui dit le contraire (4 *Henry IV*, c.23) ¹²⁴ en ces termes (47) : Vu que, aussi bien dans les procès réels ¹²⁵ que dans les procès personnels, après jugement de la cour de notre Seigneur le Roi, les parties peuvent connaître de sérieux désagréments, parfois devant le Roi lui-même, parfois devant le conseil du Roi, parfois devant le Parlement, pour avoir à répondre de nouveau, vu que cela appauvrit lesdites parties et subvertit le common law du pays, il est ordonné et établi que, après jugement donné en la cour de notre Seigneur le Roi, les parties et leurs héritiers seront laissés en paix tant que le jugement ne sera pas annulé par un bref de conviction ¹²⁶ ou un bref d’erreur, s’il y a eu erreur, comme cela était d’usage en vertu des lois aux époques des ancêtres du Roi.

Le philosophe : Ce statut, loin de contredire mon propos, semble selon moi avoir été fait expressément pour le confirmer. En effet, la substance du statut est qu’aucun procès ne sera fait, soit par les parties pour quelque chose de jugé, soit devant le Banc du Roi ou la Cour des Plaids Communs, tant que le jugement ne

¹²³ En 1613. (NdT)

¹²⁴ La suite du paragraphe est une citation parfaite du texte de loi qu’on peut par exemple trouver chez William David Evans : *Une Collection of Statutes...*, volume I, Londres, 1836. (NdT)

¹²⁵ Comme nous l’avons déjà signalé l’*actio in rem* porte sur des biens immeubles alors que l’action *in personam* concerne les personnes. (NdT)

¹²⁶ Attaint ou writ of attain (breve de convictione, nous rappelle Coke dans 2. *Institutes*, chap.14, p.129). L’origine du mot « atteint » serait le participe tinctus (imprégné, teinté) ou attinctus car, dit Coke, « si le petit jury est convaincu (attaîné) de faux serment, il est entaché (souligne par nous) de faux témoignage et il devient infâme pour toujours ». Ses membres ne pourront plus jamais faire partie d’un jury. (*Ibid.*) (NdT)

sera pas cassé par une preuve d'erreur ou de corruption ; ¹²⁷ et c'était là le common law avant ce statut qui n'aurait pas pu exister s'il n'y avait pas eu auparavant certaines cours autorisées à examiner et corriger les erreurs indiquées par le plaignant. L'inconvénient auquel ce statut devait remédier était que, quand les cours du Roi avaient rendu un jugement (et il faut entendre ici le Banc du Roi et la Cour des Plaids Communs), la partie contre laquelle le jugement avait été rendu commençait un nouveau procès et faisait venir son adversaire devant le Roi lui-même. Par le Roi lui-même, il faut entendre ici le (48) Roi en personne car, bien que, dans un bref, par les mots *coram nobis*, ¹²⁸ il faille entendre le Banc du roi, il n'en a cependant jamais été ainsi dans un statut. Cela n'est pas étrange, vu que, en ces temps, le Roi siégeait ordinairement en cour avec son conseil pour entendre les causes, comme le fit parfois le Roi Jacques. ¹²⁹ Et, parfois, les mêmes parties commençaient leur procès devant le Conseil Privé, même si le roi était absent, et, parfois, devant le Parlement, le premier jugement demeurant valable. Pour y remédier, il fut ordonné par le statut que personne ne devrait reprendre son procès tant que le premier jugement n'aurait pas été cassé par un bref d'erreur ou un bref de conviction. Cette annulation n'aurait pas été possible s'il n'existait aucune cour autre que les deux cours ci-dessus mentionnées où les erreurs pouvaient être exposées, examinées et jugées car on ne saurait estimer, selon la loi ou selon la raison, qu'une cour puisse être un juge compétent de ses propres erreurs. Avant ce statut, il existait donc une autre cour pour entendre les erreurs et casser les jugements erronés. De quelle cour s'agissait-il, je ne fais pas encore de recherches sur cette question mais je suis certain qu'il ne pouvait s'agir

¹²⁷ Voir ce qui a été dit plus haut du bref de conviction. (NdT)

¹²⁸ « devant nous » ou « en notre présence ». (NdT)

¹²⁹ « The King's claim to dispense justice in his own right and without the judges was dispelled in 1607. In *Prohibitions Del Roy (Case of Prohibitions)* (1607), the King sought to settle a dispute concerning land. In the resolution of the Judges, Coke declared : ...it was answered by me, in the presence, and with the clear consent of all the Judges of England, and Barons of the Exchequer, that the king in his own person cannot adjudge any case, either criminal, as treason, felony, etc, or betwixt party and party, concerning his inheritance, chattels, or goods, etc, but thos ought to be determined and adjudged in some Court of Justice, according to the law and custom of England; and always judgements are given ... so that the Court gives the judgement ... » Hilaire Barnett : *Constitutional and administrative law*, Routledge Cavendish, 4ème édition, 2006 p.139. (NdT)

ni du Parlement, ni du Conseil Privé, ni d’une cour où le jugement erroné avait été rendu.

Le légiste : *Le Docteur et l’Etudiant* ¹³⁰ parle de ce statut (chap. 18, sq.) tout autrement que vous ne le faites car l’auteur de ce livre dit que ce statut supprima tout recours contre un jugement erroné. ¹³¹ Et, quoique ni la raison, ni la fonction d’un roi, ni une loi positive ne puisse interdire qu’on remédie à un préjudice, encore moins à un jugement injuste, il montre pourtant de nombreux statuts où la conscience humaine doit prévaloir sur la loi.

Le philosophe : Sur quelle base prétend-il que tout recours dans ce cas est interdit par ce statut?

(49) **Le légiste :** Il affirme que l’acte dit que le jugement rendu par le Roi ne sera pas examiné par la Chancellerie, le Parlement, ou par une autre cour. ¹³²

Le philosophe : Est-il fait mention de la Chancellerie dans cet acte ? Le jugement ne peut être examiné devant le Roi et son conseil, ni devant le Parlement mais vous voyez que, avant ce statut, il était examiné quelque part et que ce statut veut qu’il y soit examiné de nouveau. Et, vu que la Chancellerie était la plus haute fonction de justice du royaume en matière d’équité et qu’il n’est pas interdit à la Chancellerie d’examiner les jugements de toutes les autres cours, ce statut, du moins, ne lui ôte pas ce pouvoir. Mais, dans ce chapitre du Docteur et de l’Étudiant, y a-t-il des cas qui peuvent rendre probable que, quand la loi et la conscience, ou la loi et l’équité, semblent entrer en conflit l’une avec l’autre, la loi écrite doive être préférée ?

Le légiste : Si le défendeur fait sa loi ¹³³ dans un procès pour dette causé par une véritable dette, le plaignant n’a aucun moyen de recouvrer la dette par

¹³⁰ Christopher Saint Germain : *Le docteur et l’étudiant* or, *Dialogues between a Doctor of Divinity and a student in the law of England containing the grounds of these laws together with questions and cases concerning the Equity thereof.* (1518). (NdT)

¹³¹ « The judgement cannot be reformed without examination et the examination is by the said statue prohibited. » *Ibid.* chapitre 18, 1er §. (NdT)

¹³² « There is a statute made the fourth year of King Henry IV (...) whereby it is enacted, That judgement given by the King’s courts shall not be examined in the chancery, parliamant, nor elsewhere. *Ibid.* (NdT)

contrainte ou par *subpoena*, ¹³⁴ ni autrement et, pourtant, le défendeur est tenu en conscience de le payer.

Le philosophe : Je vois qu'ici on ne met pas la loi au-dessus de la conscience ou de l'équité car le plaignant, dans ce cas, ne perd pas le montant de la dette par un défaut de loi ou d'équité mais par manque de preuves car ni la loi, ni l'équité ne peut donner à un homme son droit s'il n'a pas de preuves.

Le légiste : Et aussi, quand le grand jury ¹³⁵ en procédure de conviction confirme un faux verdict rendu par le petit jury, le seul recours restant est la conscience de la partie.

Le philosophe : Ici encore, c'est le manque de preuves qui empêche qu'un remède soit apporté car, s'il peut prouver que le verdict rendu (50) était faux, le Roi peut remédier au problème de la façon qu'il jugera la meilleure et il doit le faire au cas où la partie trouvera un garant pour satisfaire son adversaire en ce qui touche au préjudice et aux ennuis qu'il lui a fait subir, si le même verdict est encore confirmé.

Le légiste : Mais il existe un statut qui a été fait depuis, à savoir 27. *Élisabeth* c.8 ¹³⁶ qui annule en partie le statut 4. *Henry IV* 23 ¹³⁷. En effet, par ce statut

¹³³ « wage his law ». Le « trial by wager of law » est une défense qui consiste à établir son innocence en prêtant serment (ici, sur l'absence de dette) et en s'appuyant sur un certain nombre de conjurateurs (compurgators) qui affirment croire à son serment. Voir par exemple Liber Albus : *The white book*, Griffin p.180

¹³⁴ Ou, en deux mots, « sub poena », traduction latine de « under a penalty », sous peine de ... Il s'agit dans le texte d'un *bref de subpoena*, écrit qui est une assignation à comparaître et qui vise peut-être ici d'éventuels témoins que le créancier espère être des témoins à charge. Mais il était d'usage de dire directement « by subpoena » ou lieu de dire « by a writ of subpoena ». Voir par exemple 4. *Institutes*, p.83 sq. (NdT)

¹³⁵ “Grand jury in attaint”. « Ce jury extraordinaire est formé des vingt-quatre meilleurs hommes du comté et on l'appelle le grand jury en conviction pour le distinguer du premier ou petit jury. » Thomas Edlyne Tomlins : *The law-dictionary explaining the rise, progress and present state of the british law*, Londres, 1835 Vol. I, p.502. (NdT)

¹³⁶ C'est l'*Act for redress of erroneous judgements in the court commonly called the King's Bench* (1585), qu'on peut par exemple trouver chez William David Evans : *Une Collection of Statutes...*, volume III, Londres, 1836. (NdT)

[d'Élisabeth], les jugements erronés rendus devant le Banc du Roi doivent, par un bref d'erreur, être examinés devant la Chambre de l'Échiquier devant les juges du Banc Commun et les Barons de l'Échiquier, ¹³⁸ et, par le préambule de cet acte, il apparaît que les jugements erronés doivent seulement être réformés par la Haute Cour du Parlement. ¹³⁹

Le philosophe : Mais on ne mentionne pas que les jugements rendus devant la Cour des Plaids Communs doivent être amenés pour être examinés devant la Chambre de l'Échiquier. Pourquoi la Cour de la Chancellerie ne peut-elle donc pas examiner un jugement rendu devant la Cour des Plaids Communs ?

Le légiste : Vous ne niez pas que, selon l'ancien droit d'Angleterre, le Banc du Roi peut examiner le jugement rendu par la Cour des Plaids Communs ?

Le philosophe : C'est vrai mais pourquoi la Cour de la Chancellerie ne peut-elle pas le faire aussi, surtout si l'erreur de jugement va contre l'équité et non contre la lettre de la loi ?

Le légiste : Ce n'est pas nécessaire car la même cour peut examiner à la fois la lettre et l'équité du statut.

Le philosophe : Vous voyez ainsi que le pouvoir des cours ne peut être aisément distingué, sinon par le Roi lui-même en son Parlement. Les légistes eux-mêmes (51) ne le peuvent pas. En effet, vous savez qu'il y a autant de conflits entre les cours qu'entre les particuliers. Je ne suis pas d'accord avec vous quand

¹³⁷ Sur ce statut, voir ce qui a été dit précédemment. (NdT)

¹³⁸ « the party plaintiff or defendant against whom any such judgement shall be given, may at his election sue forth out of the Court of Chancery a special writ of error to be devised un the said Court of Chancery, directed to the chief justice of the said Court of the King's Bench for the time being, commanding him to cause the said record, and all things concerning the said judgement to be brought before the justices of the common bench and the barons of the Exchequer, into the Exchequer-chamber, there to be examined by the said justices of the common bench, and such Barons, etc. » (*Ibid*). (NdT)

¹³⁹ C'est bien, en effet, le début de l'acte (« Forasmuch as erroneous judgements given in the court called the King's Bench, are only to be reformed by the High Court of Parlement ») mais la suite précise que le Parlement ne siège pas aussi souvent qu'avant, ce qui occasionne des problèmes et des retards. (NdT)

vous dites que la loi 4 *Henry IV*.23 est annulée par la loi 27. *Elisabeth* c.8. A vrai dire, je constate des différences d'opinions entre ceux qui ont fait le premier statut et ceux qui ont fait le deuxième, dans le préambule du deuxième et dans la conclusion du premier. Le préambule du deuxième est : Vu que les jugements erronés rendus devant la Cour appelée Banc du Roi doivent être seulement réformés devant la Haute Cour du Parlement... et la conclusion du premier est que le contraire faisait loi aux temps des ancêtres du roi. Ce ne sont pas des parties de ces lois mais des opinions qui concernent seulement l'ancienne coutume dans ce cas, opinions qui viennent des différentes opinions des légistes de ces différentes époques, qui ne commandent ni n'interdisent rien, bien que, des statuts eux-mêmes, l'un interdise que de tels procès soient portés devant le Parlement et que l'autre ne l'interdise pas. Mais, cependant, si, après l'acte d'*Henry IV*, un tel procès avait été porté devant le Parlement, le parlement aurait pu entendre la cause et la déterminer. En effet, le statut ne l'interdit pas et aucune loi n'a la force d'empêcher le Parlement de juger tout ce dont il veut se charger, vu qu'il est une cour du Roi et du peuple entier, aussi bien Lords que Communes.

Le légiste : Quoi qu'il en soit, vu, cependant, que le Roi (comme Édouard Coke l'affirme (4. *Institutes*, p.71) a commis tout son pouvoir judiciaire en partie à une cour, en partie à une autre cour, de sorte que, si un homme voulait se rendre au jugement du Roi ¹⁴⁰ pour un cas où le Roi a commis tout son pouvoir (51) judiciaire à d'autres, cela serait sans effet. ¹⁴¹ Et, plus loin, page 73, il dit que, dans cette cour, le Roi de ce royaume a siégé sur le banc élevé et que les juges de cette cour étaient sur les bancs inférieurs, à ses pieds, mais que le pouvoir judiciaire appartenait seulement aux juges ¹⁴² de cette cour et que, en sa présence, ils répondaient à toutes les demandes. ¹⁴³

Le philosophe : Je ne saurais croire que Sir Édouard Coke, quelque désir qu'il ait eu de favoriser son autorité et celle des autres juges du common law, ait pu vouloir dire que le roi siégeait au Banc du Roi comme simple spectateur et qu'il ne pouvait pas répondre à toutes les demandes auxquelles ses juges répondaient

¹⁴⁰ Il s'agit d'un appel, comme le précise le paragraphe suivant. (NdT)

¹⁴¹ Citation parfaite d'un extrait de la page 71 de 4. *Institutes*. (NdT)

¹⁴² Voir Blackstone : *Commentaire sur les lois anglaises*, traduction française, tome IV, Paris, 1823. (NdT)

¹⁴³ Citation parfaite d'un extrait la page 73 de 4. *Institutes*. (NdT)

quand il en voyait la raison. En effet, il savait que le Roi était alors le juge suprême de toutes les causes temporelles et qu’il l’est aujourd’hui aussi bien des causes temporelles que des causes ecclésiastiques, et qu’un châtement extrêmement important est ordonné par les lois pour ceux qui le nieraient.¹⁴⁴ Mais Sir Édouard Coke – et vous pouvez voir qu’il l’a fait avant en de nombreux passages – a commis une erreur en ne distinguant pas commettre et transférer. Celui qui transfère son pouvoir s’en prive mais celui qui le commet à un autre pour qu’il l’exerce en son nom et sous son autorité demeure en possession de ce pouvoir. Donc, si un homme se rend devant le Roi, c’est-à-dire en appelle au Roi de quelque juge que ce soit, le Roi peut recevoir son appel qui devient alors valide.

Le légiste : Outre ces deux cours, le Banc du Roi pour les Plaids de la Couronne et la Cour des Plaids Communs pour les causes civiles, qui se conforment au common-law d’Angleterre, il existe une autre cour de justice qui a le pouvoir de juger des causes aussi bien civiles que (53) criminelles, et elle est au moins aussi ancienne que la Cour des Plaids Communs et c’est la Cour du Grand Amiral. Mais ses procédures se conforment au droit de l’empire romain et les causes qu’elle a à déterminer sont celles qui s’élèvent sur mer. Cela est ordonné par différents statuts et confirmé par de nombreux précédents.

Le philosophe : Quant aux statuts, ce sont toujours des lois et aussi de la raison car ils sont faits avec l’assentiment de tout le royaume, mais les précédents sont des jugements dont l’un contrarie l’autre. Je veux dire que des hommes différents, à des époques différentes, donnent, sur un même cas, des jugements différents. Je voudrais donc vous demander encore une fois votre opinion sur la validité légale des jugements autres que ceux du roi. Mais que est la différence entre le procédure de la Cour de l’Amirauté et celle de la Cour du Common-law ?

Le légiste : L’une est que la Cour de l’Amirauté procède par deux témoins, sans un grand Jury pour la mise en accusation et un petit jury pour la condamnation, et le juge donne sa sentence selon les lois impériales qui, il y a longtemps, étaient en vigueur dans toute cette partie de l’Europe et qui sont aujourd’hui des lois, non par la volonté de quelque autre Empereur ou pouvoir

¹⁴⁴ Amendes, confiscation de biens et même condamnation à mort (Acte de suprématie de 1559). (NdT)

étranger, mais par la volonté des Rois d’Angleterre qui les ont mises en vigueur dans leurs propres domaines. La raison semble en être que les causes qui s’élèvent sur mer concernent des gens de chez nous et des gens d’autres nations qui sont, pour la plupart, gouvernés par les mêmes lois impériales.

Le philosophe : Comment peut-on déterminer avec assez d’exactitude que la cause s’élève sur mer ou sur terre, surtout près de l’embouchure d’un très grand fleuve? En effet, les rivières sont aussi, comme leurs rives, à l’intérieur d’une partie d’un pays ou d’un autre pays.

(54) **Le légiste** : La question est vraiment difficile et il y a eu de nombreux procès à ce sujet, où la question était de savoir dans quelle juridiction le cas devrait être traité.

Le philosophe : Je ne vois pas qui peut en décider sinon le roi lui-même, au cas où la chose n’est pas précisée dans les lettres patentes du Grand Amiral.

Le légiste : Mais, même si les lettres patentes donnent un pouvoir d’instruire un procès dans certains cas particuliers, il n’est pas contraire à l’un des statuts concernant l’amirauté que les juges du common-law envoient à cette cour un bref de prohibition ¹⁴⁵ pour empêcher le procès, bien que ce soit avec un *non-obstante* ¹⁴⁶ des statuts.

Le philosophe : Il me semble que cela irait contre le droit de la Couronne, droit qu’aucun sujet ne peut ôter. En effet, cet argument de Sir Édouard Coke selon lequel le Roi a renoncé à tout son pouvoir judiciaire ne vaut rien parce que, comme je l’ai dit plus haut, il ne peut renoncer aux droits essentiels de sa Couronne et parce que, par un *non-obstante*, il déclare que ce qu’il octroie ne peut le priver de quelque chose.

Le légiste : Mais, par les précédents allégués par Sir Édouard Coke, on peut voir que c’est le contraire qui a été continuellement fait dans la pratique.

¹⁴⁵ Court écrit envoyé par une Cour supérieure à une Cour inférieure pour empêcher un procès. (NdT)

¹⁴⁶ Nonobstant : prérogative de la Couronne pour surseoir à l’exécution de certains statuts. C’était une clause utilisée quand ce qui allait être fait était incompatible avec certaines lois. (NdT)

Le philosophe : Continuellement, ce n'est pas ce que je vois car qui peut dire si, pour de tels cas, il n'y a pas eu d'autres jugements rendus qui n'auraient pas été conservés dans les registres ou que Sir Édouard Coke n'allègue pas parce qu'ils vont contre son opinion ? En effet, c'est possible mais vous ne m'accorderez pas que c'est très probable. Je veux donc surtout insister sur ceci, qu'aucun enregistrement d'un jugement n'est une loi, sauf pour la partie qui plaide, tant qu'elle ne peut pas faire casser par la loi le premier jugement. Quant au fait de juger sans jury, avec deux témoins acceptables, je ne vois pas quel mal (55) il peut en résulter pour la république, ni par conséquent comment la justice du common-law pourrait faire naître une juste dispute contre la procédure utilisée par l'Amirauté. En effet, la preuve d'un fait, dans les deux cours, repose sur les seuls témoins et la seule différence, c'est que, dans le droit impérial, le juge de la cour juge le témoignage des témoins et que c'est un jury qui le fait dans une cour de common-law. De plus, si une cour de common-law se risquait à empiéter sur la juridiction de l'Amiral, ne peut-il pas envoyer un bref de prohibition à la cour de common-law pour empêcher la procédure ? Je vous prie de me dire pourquoi l'une des cours aurait une raison supérieure à l'autre.

Le légiste : Je n'en vois pas d'autre que la longue coutume car je ne pense pas que cela soit jamais arrivé. La plus haute cour ordinaire d'Angleterre est la Cour de la Chancellerie dont le Grand Chancelier, appelé aussi garde du Grand Sceau, est le seul juge. Cette cour est très ancienne, comme on le voit chez Sir Édouard Coke (4. *Inst.* Page 78), où il nomme les Chanceliers du Roi Edgar, du Roi Etheldred, du Roi Edmond et du Roi Édouard le confesseur.¹⁴⁷ Sa charge lui est donnée sans lettres patentes quand le Roi lui remet le Grand Sceau d'Angleterre et quiconque a la garde du Grand Sceau d'Angleterre a cette fonction et tout le pouvoir judiciaire que le Grand Chancelier a jamais eu par le Statut 5. *Élisabeth*. C.18,¹⁴⁸ où il est déclaré que tel est et a toujours été le common-law. Et sir Édouard Coke dit¹⁴⁹ qu'il tient son nom de la partie la plus haute de sa fonction,

¹⁴⁷ Coke parle aussi des chanceliers d'Edred et d'Athelstane. (Chap.VIII, p.78) (NdT)

¹⁴⁸ 1563. C'est l'acte « for declaring the authority of the Lord Keeper of The Great Seal and the Lord Chancellor to be the same » (NdT)

¹⁴⁹ 4. *Institutes*, p.88. (NdT)

a cancellando ^{150 151} qui est d’annuler les lettres patentes du Roi ¹⁵² en tirant ¹⁵³ des traits identiques à un treillis en travers de l’écrit. ¹⁵⁴

Le philosophe : Très joli! On sait bien que le *Cancellarius* ¹⁵⁵ était un grand officier de l’empire romain dont notre île fit jadis partie et que cette fonction vint dans le royaume soit avec le gouvernement romain, soit à l’imitation de ce gouvernement. Cet officier fut créé dans l’État de Rome longtemps après l’époque des douze Césars. En effet, jusqu’au règne de Septime Sévère, les empereurs se tenaient informés avec assez de diligence des causes, des plaintes et des jugements rendus dans les Cours des Préteurs qui étaient à Rome ce que sont ici

¹⁵⁰ De « cancello », qui signifie à la fois barrer, biffer et disposer en treillis, pour des raisons évidentes. Il faut traduire ici par « de biffer » ou plus précisément « de rayer ». Néanmoins, l’origine du terme n’est pas certaine, comme en témoignent Noël et Carpentier dans *Philologie française* : « Ces officiers, qui étaient des espèces de gardes des archives, de notaires ou huissiers, se tenaient renfermés dans des bureaux, en latin cancelli, d’où leur nom est dérivé. « *Aiunt cancellos angustiores esse fenestras, quales utique hi qui libros describunt aptare sibi solent ad recipiendum lumen paginis ; unde et puto cancellarios eos appellari qui chartis conscribendis ex officio deputantur.* » *Sancti Bernardi opera*, pag. 1459, in-fol. Paris 1690. D’autres pensent qu’il vient de ce que « cet officier examinait toutes les requêtes et suppliques qui étaient présentées au prince et les cancellait quand elles n’étaient pas admissibles, ou de ce qu’il signait avec griffe et paraphe faite en forme de grillage, les lettres patentes, commissions et brevets accordés par l’empereur. Du Cange enfin, d’après Jean De la Porte, fait venir ce mot de la Palestine, où les faîtes des maisons étaient nommés *cancelli* : il dit qu’on appela *cancellarii* ceux qui montaient sur ces terrasses pour y réciter des harangues ; que cette dénomination passa aussi à ceux qui plaidaient au barreau, qu’on les appelait *cancelli sorenses*, ensuite au juge même qui présidait, et enfin au premier secrétaire du roi. » Merlin, au mot *Chancelier*. » Paris, 1831, p.186. Voir, au paragraphe suivant, la thèse retenue par Hobbes. (NdT)

¹⁵¹ Coke ajoute (*Ibid.*) “a digniori parte”. (NdT)

¹⁵² Coke ajoute « under the great seale » (*Ibid*) (NdT)

¹⁵³ Coke dit (*Ibid.*) : « en barrant ce qui y est inscrit » (« damming the inolment thereof ») (NdT)

¹⁵⁴ L’édition Vrin, qui suit Cropsey, considère que la partie qui va de « la plus haute cour ordinaire » jusqu’à « common-law » est dite par le philosophe. (NdT)

¹⁵⁵ Employé aux *cancelli*, Chancelier. Le terme est employé par Coke p.88 de 4. *Institutes*. (NdT)

les juges du common-law. Mais, dans les temps qui suivirent, cette diligence disparut peu à peu à cause des guerres civiles continuelles qui s'élevaient lors du choix de l'empereur. Ensuite, comme je l'ai lu chez un grand spécialiste du droit civil romain, le nombre des plaintes ayant beaucoup augmenté et étant supérieur à ce que l'Empereur pouvait expédier, il nomma un greffier pour recevoir toutes les requêtes. Ce greffier fit installer une cloison dans la salle qui convenait, sur laquelle cloison il fit installer, à une hauteur adaptée à la taille humaine et à des distances convenues, des barres, de sorte que, quand un plaideur venait donner sa requête au greffier, qui était parfois absent, il n'avait rien d'autre à faire que de jeter sa requête entre ces barres qu'on appelle *cancelli* en latin. Non que les formes particulières de ces barres ou les barres elles-mêmes fussent nécessaires, car on aurait pu jeter les requêtes par l'espace libre de la cloison mais, parce que c'étaient des *cancelli*, le greffier préposé et qui tenait cette fonction fut appelé *Cancellarius*. Et la barre d'une cour peut être assez correctement appelée *cancelli*, ce qui ne signifie pas un treillis car (57) ce n'est qu'une simple hypothèse qui n'est ni fondée sur l'histoire, ni fondée sur la grammaire, mais qui fut d'abord très probablement inventée par quelque élève qui ne trouvait pas d'autre mot dans le dictionnaire pour traduire treillis en latin, sinon *cancelli*.¹⁵⁶ La fonction du Chancelier fut d'abord simplement de résumer l'objet des requêtes pour faciliter la tâche de l'Empereur mais, les plaintes augmentant chaque jour en nombre, elles furent trop nombreuses, surtout si l'on songe aux autres affaires plus nécessaires que l'Empereur devait déterminer. Cela amena l'Empereur à commettre au Chancelier leur détermination.¹⁵⁷ Quelle raison Sir Édouard Coke allègue-t-il pour prouver que la partie la plus haute du pouvoir judiciaire du Chancelier est d'annuler (cancel) les lettres patentes de son maître alors qu'elles sont scellées du sceau de son maître ? A moins qu'il ne conteste leur validité, qu'il dise qu'elles ne reflètent pas l'intention du Roi, qu'elles ont été obtenues de façon subreptice ou qu'on en fait un abus, autant de causes qui sont des causes d'équité. Aussi, vu que le Chancelier ne tient sa charge que du fait que le Roi lui a confié le Grand Sceau, sans autre instruction ou limitation des procédures qu'il voudra utiliser dans sa cour, il est évident que, dans toutes les causes qu'il aura à entendre, il peut, pour entendre et examiner les témoins, avec ou sans jury, utiliser la manière qui lui

¹⁵⁶ Il faut reconnaître que tout ce passage est assez laborieux... (NdT)

¹⁵⁷ Il s'agit ici des requêtes. (NdT)

semblera la meilleure pour l'exactitude, la diligence et l'équité de ses jugements. Et donc, s'il juge que la coutume de procéder par jury, qui est conforme à la coutume des Cours du common-law d'Angleterre, tend davantage à l'équité, qui est ou devrait être le but de tous les juges du monde, il doit utiliser cette méthode. S'il croit qu'il est meilleur de procéder autrement, il peut le faire, si ce n'est pas interdit par un statut.

Le légiste : je crois que votre raisonnement est (58) assez bon mais il faut aussi avoir un grand respect pour les coutumes qui ne sont pas raisonnables et c'est pourquoi, selon moi, Sir Édouard Coke n'a pas tort de dire que, dans les cas où le Chancelier procède selon la règle du common-law, il doit transmettre les registres au Banc du Roi; et il est également nécessaire que le Grand Chancelier prenne garde à ne pas aller au-delà des limites fixées par les statuts.

Le philosophe : Quels sont les statuts qui limitent sa juridiction? Je sais que, par 27 *Élisabeth* c.8, il ne peut pas casser un jugement pour dette, restitution, etc., rendu devant le Banc du Roi et, avant le statut, il ne pouvait pas, en vertu de sa fonction, casser un jugement, pour les Plaids de la Couronne, rendu devant le Banc du Roi qui avait connaissance de ces procès. Il n'en avait pas besoin car les juges eux-mêmes, quand ils croient qu'il est nécessaire de venir en aide à un homme parce qu'il est tourmenté par un faux témoin, ou parce que le pouvoir de gens importants règne sur le jury, ou parce qu'il y a une erreur du jury, même dans le cas de félonie, peuvent retarder l'exécution et informer le Roi qui donnera à cet homme son secours en équité. Quant aux égards que nous devons à la coutume, nous considérerons la question plus loin.

Le légiste : D'abord, pendant un Parlement qui se tint la 13^{ème} année du règne de Richard II, ¹⁵⁸ les Communes adressèrent au roi une pétition ¹⁵⁹ qui stipulait que ni le Chancelier, ni un autre Chancelier ne pouvait faire une ordonnance contre le common-law et qu'aucun jugement ne serait rendu sans la procédure légale qui convenait.

¹⁵⁸ Coke : 4. *Institutes*, p.88. (NdT)

¹⁵⁹ « pétition ». Il s'agit ici très certainement d'un bill, d'un projet de loi, puisque le paragraphe suivant ne parle plus de « pétition » mais de « statut ». (NdT)

Le philosophe : Ce n'est pas une pétition déraisonnable car le common-law n'est rien d'autre que l'équité et, par ce statut, il apparaît que les Chanceliers, avant ce statut, étaient plus audacieux qu'ils ne le furent ensuite à l'égard des Cours de common-law. Mais il n'apparaît pas, dans ce statut, que common-law signifiait autre chose (59), en général, que la loi temporelle du royaume, ni qu'il ait été imprimé, ce qui m'aurait permis d'en prendre connaissance. Qu'il y ait eu un statut ou pas, je ne saurai rien tant que vous ne m'aurez pas dit ce que le Parlement ¹⁶⁰ répondit à cette pétition.

Le légiste : La réponse du Roi fut que les usages qui avaient prévalu jusqu'alors demeureraient, de sorte que les droits du Roi seraient saufs. ¹⁶¹

Le philosophe : C'est totalement contraire à ce que dit Sir Édouard Coke sur la Chancellerie.

Le légiste : Un autre acte du Parlement (17 *Richard II* ¹⁶²) stipule, à partir d'une pétition des Communes, que : Vu que des gens étaient contraints de venir devant le Conseil du Roi ou devant la Chancellerie à cause de brefs fondés sur de fausses suggestions, le Chancelier, dans le temps de sa fonction, immédiatement après qu'on se sera aperçu de leur fausseté et qu'on l'aura prouvée, aura pouvoir pour ordonner et accorder des dommages et intérêts, à sa discrétion, à celui qui a subi lesdits désagréments.

Le philosophe : Par ce statut, il apparaît que, quand une plainte est déposée à la Chancellerie à partir de fausses suggestions, le Chancelier devra examiner lesdites suggestions et, tout comme il peut accorder ¹⁶³ des dommages et intérêts quand les suggestions sont fausses, il peut aussi poursuivre la procédure pour déterminer la cause, qu'elle soit réelle ou personnelle, pourvu qu'elle ne soit pas criminelle.

¹⁶⁰ Voir si Cropsey ne dit pas « king » au lieu de parlement.

¹⁶¹ Croke : *Ibid.* (NdT)

¹⁶² Exactement 17 *Richard II* c.6 : *Costs to be allowed up upon an untrue suggestion in the Chancery*, 1393. Le texte de l'acte est parfaitement cité de "Forasmuch" jusqu'à la fin du paragraphe. Le texte cité figure chez Coke : *Ibid.*, pp.88,89. (NdT)

¹⁶³ La traduction Vrin se fonde certainement sur le texte de Cropsey qui donne « he may avoid ». (NdT)

Le légiste : Les Communes pétitionnèrent aussi dans un Parlement de 2. *Henry IV* (pétition non imprimée) de cette façon : aucun bref ou sceau privé ¹⁶⁴ ne pourra procéder de la Chancellerie ou de l’Échiquier pour obliger un homme à comparaître tel jour sous peine de... devant le Roi et le Conseil ou en tout autre lieu, contrairement au cours ordinaire du common-law. ¹⁶⁵

Le philosophe : Quelle réponse le roi fit-il à cette pétition ?

(60) **Le légiste** : Que de tels écrits ne seraient pas accordés sans nécessité. ¹⁶⁶

Le philosophe : Ici encore, vous voyez que le Roi peut refuser ou accepter les pétitions du Parlement, soit comme il le pense nécessaire, comme ici, soit comme il le croit préjudiciable ou non à ses droits, comme dans la réponse à la précédente pétition qui prouve assez qu’aucune partie de son pouvoir législatif, aucune partie essentielle de ses droits ne peut lui être ôtée par un statut. Or, vu qu’il est accordé que l’équité est la même chose que la loi de la raison et vu que Sir Édouard Coke (1. *Inst. Sec.xxi.*) définit l’équité comme une certaine raison qui n’est comprise dans aucun écrit mais qui consiste seulement en la droite raison qui interprète et amende la loi écrite, ¹⁶⁷ je voudrais bien savoir à quelle fin il n’y aurait absolument aucune autre Cour d’Équité, soit devant le Chancelier, soit devant une autre personne que les juges des Plaids Civils et des Plaids Communs. Mieux ! Je suis sûr que vous ne pourrez alléguer aucune autre raison que celle-ci, qu’il était nécessaire qu’une Cour d’Équité supérieure aux Cours de common-law remédie aux erreurs des jugements rendus par les juges des cours inférieures et que les erreurs de la Chancellerie ne pouvaient être modifiées, sinon par le Parlement ou par une commission spéciale nommée pour cela par le Roi.

Le légiste : Mais Sir Édouard Coke dit que, vu les affaires qui sont jugées, en common-law, par un jury de douze hommes, cette cour ne doit pas tirer les cas *ad aliud examen*, ¹⁶⁸ c’est-à-dire vers une autre sorte d’examen, à savoir des

¹⁶⁴ Il faut bien sûr entendre un écrit revêtu du sceau privé du roi. (NdT)

¹⁶⁵ Hobbes cite ici 4.*Institutes*, p.83. (NdT)

¹⁶⁶ *Ibid.* (NdT)

¹⁶⁷ « Aequitas est perfecta quaedam ratio quae jus scriptum interpretatur & emendat, nulla scripturâ comprehensa, sed solum in vera ratione consistens » 1. *Institutes*, section 21. (NdT)

¹⁶⁸ L’expression est aussi utilisée par Coke en d’autres passages, par exemple 2. *Institutes*, p.602. L’expression (souvent utilisée avec le verbe « to draw »)

dépositions de témoins qui ne sont, pour le jury, ¹⁶⁹ que des pièces du dossier susceptibles de produire une conviction. (evidence) ¹⁷⁰

Le philosophe : La déposition de témoins n'est-elle pour le Grand Chancelier rien de plus ou de moins qu'une pièce du dossier susceptible de produire une conviction ? Ce (61) n'est donc pas une autre sorte d'examen et un jury n'est pas plus capable qu'un Grand Chancelier d'examiner correctement les témoignages. De plus, vu que toutes les cours sont tenues de juger selon l'équité et que tous les juges, en un cas d'équité, peuvent être trompés, quel mal y a-t-il pour un homme ou l'État s'il existe une subordination des juges d'équité et des juges de common-law ? Vu qu'il est prévu par un Acte du Parlement de faire en sorte qu'il n'y ait pas de vexations et que ¹⁷¹ des brefs de *subpoena* ¹⁷² ne soient pas accordés tant qu'une caution ne serait pas trouvée pour satisfaire la partie lésée et vexée quant à ses dommages et dépenses, s'il arrive que ce qui est contenu dans la requête ne soit pas recevable.

Le légiste : Il y a un autre statut, ¹⁷³ 31 Henry VI c.2 ¹⁷⁴ qui comporte une clause citée par Sir Édouard Coke en ces termes : « *Il est stipulé qu'aucune*

signifie « vers une autre juridiction ou vers une autre sorte de procédure ». (NdT)

¹⁶⁹ Coke ajoute « in actions real, personall or mixt. 4. *Institutes*, p.84. Sinon, ce paragraphe cite parfaitement Coke. (NdT)

¹⁷⁰ “viz. deposition of witnesses, which should be but *evidence* to a jury”. Le mot « evidence » est d'une traduction particulièrement difficile. La traduction Vrin se trompe en choisissant trop étroitement « preuves testimoniales ». En effet, l'évidence est une preuve qui, dans un procès, s'obtient non seulement par des témoignages ou des serments mais aussi par des écrits, des précédents et des jugements. (Thomas Edlyne Tomlins : *Law Dictionary*, vol.I de la 4ème édition, 1835, article evidence.) L'évidence ne désigne pas ici l'événement psychologique des jurés face aux différentes preuves mais les preuves elles-mêmes produisant une plus ou moins forte conviction. Le traducteur pourrait utiliser le mot français « évidence » avec une note explicative. J'ai personnellement choisi l'expression : « pièces du dossier susceptibles de produire une conviction ». (NdT)

¹⁷¹ A partir de cet endroit, Hobbes cite 15 Henry VI c.4, cité par Coke (4.*Institutes*, p.83 et non p.84, comme l'indique faussement la traduction Vrin). (NdT)

¹⁷² *Bref de subpoena*, écrit qui est une assignation à comparaître. (NdT)

¹⁷³ 1452. (NdT)

¹⁷⁴ Dont une partie (la suite) se trouve chez Coke, 4. *Institutes*, pp.83,84. (NdT)

question que les lois du Royaume peuvent décider ne sera, selon ledit Acte, décidée en une autre forme que d'après la procédure de la même loi qui, dans les Cours du Roi, décide de la même loi. »

Le philosophe : Cette loi ne fut faite que pour sept ans et elle ne fut jamais confirmée par un autre Parlement. Les raisons de cette loi furent les émeutes, extorsions, exactions, etc., qui se produisirent au moment de l'insurrection de John Cade, ¹⁷⁵ et les mises en accusation et condamnations arbitraires de cette autorité usurpée. Là-dessus, le Parlement ordonna que, pendant les sept ans à venir, aucune homme ne devrait désobéir aux brefs du Roi sous le Grand Sceau ¹⁷⁶ ou ne devrait refuser, suite à une proclamation du Roi, de comparaître devant le Conseil du Roi ou devant la Chancellerie pour répondre d'émeutes,

¹⁷⁵ C'est l'insurrection de 1450. « Le mécontentement du peuple anglais était trop général et trop profond pour que la chute d'un ministre pût le satisfaire : il en voulait à la famille royale elle-même. Suffolk venait à peine d'expirer que vingt mille hommes du comté de Kent se soulevèrent à la voix d'un Irlandais, John Cade. Cet imposteur se faisait passer pour un prince de sang victime des craintes de la maison de Lancastre, pour Jean Mortimer, parent du duc d'York, décapité illégalement, en 1445, comme soupçonné de haute trahison. A mesure qu'il avançait sur Londres, le nombre de ses adhérents augmentait (...). Bientôt une immense multitude campa sur la bruyère de Black-Heath, tout proche de Londres, et adressa de là une double requête au parlement. Les insurgés s'y plaignaient, entre autre griefs, de ce que les shérifs, sous-shérifs, et les collecteurs de taxes, se rendaient coupables d'exactions intolérables ; de ce que, dans l'élection des membres de la chambre des communes, le libre choix du peuple n'était plus qu'une fiction devant l'influence des lords (...). Pour toute réponse, Marguerite d'Anjou fit attaquer Cade et les siens par un détachement des troupes royales. Mais celles-ci furent repoussées, leur commandant tué, et Cade se revêtit de son armure. Le 3 juillet, il pénétra en vainqueur dans Londres et même dans la tour, d'où il arracha et fit décapiter Lord Say, l'un des conseillers du roi les plus détestés. (...) Mais ses gens s'étant mis à piller, les bourgeois prirent les armes et (...) parvinrent à refouler les déprédateurs hors de leurs murs. Une amnistie offerte par l'évêque de Winchester à tous les rebelles qui se disperseraient immédiatement acheva de désorganiser l'armée de Cade qui, atteint dans sa fuite, fut décapité dans le jardin même où il avait été saisi. » J.A. Fleury : Histoire d'Angleterre..., Paris, 1852, tome 1 pp.339,340. (NdT)

¹⁷⁶ L'acte dit «as well by his writs under his great seal as by his letters of privy seal ». (NdT)

d'extorsions, etc. La première fois, il perdrait etc. ¹⁷⁷ Il n'y a rien du tout sur la juridiction de la Chancellerie ou d'une autre cour (62) mais un pouvoir extraordinaire donné à la Chancellerie et au Conseil Privé du Roi pour décider des crimes qui, auparavant, n'étaient jugés que par le seul Banc du Roi ou par une commission spéciale. En effet, l'acte fut expressément fait pour punir le grand nombre de crimes commis par ceux qui avaient agi sous l'autorité dudit Cade, acte auquel fut ajoutée une clause qui est ici mentionnée, qui dit que les procédures de ces Cours de Chancellerie et du Conseil du Roi seraient telles que celles qui sont en usage dans les cours dont lesdites causes relevaient, c'est-à-dire que les causes criminelles seraient jugées suivant les procédures du Banc du Roi et que les causes non criminelles, c'est-à-dire contre l'équité, seraient jugées à la manière de la Chancellerie ou, dans certains cas, conformément aux procédures de l'Échiquier. Je me demande pourquoi Sir Édouard Coke cite un statut comme celui-ci, expiré depuis plus de deux cent ans, et deux pétitions, comme si c'étaient des statuts alors qu'elles ne passèrent pas devant le Roi; à moins qu'il ne l'ait fait avec le dessein de diminuer, comme il tente de le faire tout au long de ses *Institutes*, l'autorité du roi ou de faire croire aux gens que ses opinions personnelles forment le droit du pays. Il tente aussi, en insérant des phrases latines, aussi bien dans son texte que dans la marge, ¹⁷⁸ comme si elles étaient des principes de la loi de la raison alors qu'elles n'ont pas reçu l'autorité des anciens légistes et qu'elles ne portent aucune certitude rationnelle en elles-mêmes,

¹⁷⁷ « and these commandments have been disobeyed, hereafter, if disobedience to such writs or letters continue, the Lord Chancellor shall have power to issue a writ of proclamation directed to the Sheriff, commanding him to make open proclamation on three successive days that the person to whom the writ or letter was addressed should appear before the King's Council or before the Chancellor within a month after the last day of proclamation. If the defendant did not appear within the month, then a second writ of proclamation was to be issued. A lord, duke, marquis earl, viscount, or baron guilty of default after the first proclamation was to forfeit all offices, fees, annuities, or other possessions which he had received as gifts from the Crown, and, if guilty of default after the second proclamation, he was to lose for the term of his life the estate and name of lord and his place in Parliament.» (Cora.L Scofield : *A study of the court of star chamber*, Chicago, 1900, Introduction, p.xxix) (NdT)

¹⁷⁸ Il est vrai que Coke utilise abondamment la marge, le plus souvent pour indiquer des références. (NdT)

de faire croire aux hommes qu’elles sont les fondements mêmes du droit anglais. Or, pour ce qui est de l’autorité que vous attribuez à la coutume, je nie qu’une coutume, par sa nature propre, puisse s’élever jusqu’au niveau d’une loi car, si la coutume est (63) déraisonnable, vous devez, avec tous les autres légistes, avouer qu’elle n’est pas une loi et qu’elle doit être abolie et, si elle est raisonnable, ce n’est pas la coutume mais l’équité qui en fait une loi. En effet, quel besoin y a-t-il de faire de la raison une loi par une coutume, quelle que soit son ancienneté, quand la loi de la raison est éternelle? De plus, nous ne pouvons trouver dans aucun statut, bien que *lex* et *consuetudo* ¹⁷⁹ soient souvent mentionnés comme des choses qui doivent être suivies par les juges dans leurs jugements, que *consuetudines*, ¹⁸⁰ c’est-à-dire les coutumes et les usages, impliquaient une longue durée antérieure mais cela signifiait tel usage et telle coutume qui existaient avant que ne fût fait le statut. Vous ne trouverez pas non plus dans les statuts l’expression common-law qui ne puisse pas être interprétée comme n’importe laquelle des lois temporelles d’Angleterre car ce n’est pas la singularité de la procédure utilisée dans une cour qui peut distinguer un droit au point d’en faire un droit différent du droit de toute la nation.

Le légiste : Si toutes les cours étaient, comme vous le croyez, des cours d’équité, cela ne serait-il pas ennuyeux pour la république ?

Le philosophe : Je ne le pense pas, à moins, peut-être, que vous ne disiez que, vu que les juges, qu’ils entendent peu ou beaucoup de causes, reçoivent du roi les mêmes revenus, ils peuvent avoir fortement tendance à renvoyer vers d’autres cours les causes qu’ils ont l’habitude d’entendre pour alléger leur tâche, ce qui retarde la justice et porte préjudice aux parties en procès.

Le légiste : Vous vous trompez largement car, au contraire, il existe une rivalité entre les cours en matière de juridiction et c’est à qui aura le plus de causes portées devant son tribunal.

(64) **Le philosophe :** Je vous demande pardon, je n’avais pas flairé cela.

¹⁷⁹ La loi et la coutume (ou usage ou parfois même droit coutumier). (NdT)

¹⁸⁰ Coutumes. (NdT)

Le légiste : Vu aussi que tous les juges doivent rendre leur jugement selon l'équité, s'il se trouvait qu'une loi écrite aille contre la loi de la raison qui est l'équité, je ne saurais imaginer, en ce cas, comme un jugement peut être juste.

Le philosophe : Il est impossible qu'une loi écrite aille contre la raison car rien n'est plus raisonnable pour un homme que d'obéir à la loi à laquelle il a lui-même donné son assentiment.¹⁸¹ Mais la loi n'est pas toujours signifiée par la construction *grammaticale* de la lettre de la loi mais par ce que le législateur avait l'intention de mettre en vigueur. Souvent, je l'avoue, il est très difficile de retrouver cette intention dans les termes du statut, il faut faire preuve d'une grande intelligence, beaucoup méditer et considérer la combinaison des événements et des inconvénients qui ont exigé une nouvelle loi comme remède. Il n'existe guère de texte suffisamment clair qui, quand la raison qui a motivé sa rédaction est oubliée, ne puisse pas être déformé par un grammairien ignorant ou un logicien argutieux afin de porter préjudice à un honnête homme, l'opprimer ou peut-être causer sa mort. Et c'est pour cette raison que les juges méritent l'honneur et les avantages dont ils jouissent. Puisque déterminer de quelles causes particulières chaque cour particulière aura connaissance est une chose qui n'est pas encore suffisamment expliquée et qui est en elle-même si difficile que les sages du droit eux-mêmes (la raison, Sir Édouard Coke veut la laisser au droit lui-même) ne sont pas encore d'accord sur ce point, comment un homme qui n'est ni un spécialiste, ni un profond juriste, peut-il légalement commencer son procès ou conseiller son client sur cette question ?

(65) **Le légiste :** J'avoue que personne n'est tenu de prêter attention aux attributions des cours tant que les cours ne se seront pas mises d'accord entre elles. Mais je ne comprends pas quelle règle peut avoir un juge pour rendre un jugement sans jamais contredire la loi écrite ni déplaire au législateur.

Le philosophe : Je crois qu'il peut éviter les deux s'il prend garde, lorsqu'il rend son jugement, à ne pas punir un innocent et à ne pas le priver des dommages

¹⁸¹ Il faut comprendre cela à la lueur du contrat fondateur. « Et sans mentionner aussi qu'aucune loi ne peut être injuste, vu que tout homme fait (253) par consentement la loi à laquelle il est tenu d'obéir qui, par conséquent, doit être juste, à moins qu'on ne soit injuste envers soi-même. » (Hobbes, *Traité sur la liberté et la nécessité*, traduction de P. Folliot, *Les Classiques des Sciences Sociales*, 2009) (NdT)

et intérêts dus par celui qui lui a fait un procès de façon malveillante sans aucune cause raisonnable, ce qui, pour la plupart des hommes impartiaux et qui utilisent leur raison, n'est pas selon moi très difficile. Et bien qu'un juge puisse – comme tous les hommes le font – se tromper dans son jugement, il y a toujours dans le droit anglais un pouvoir qui puisse contenter les parties, soit dans la Chancellerie, soit par des commissaires de leur choix autorisés par le Roi; car tout homme est tenu d'acquiescer au jugement des juges qu'il choisit.

Le légiste : Dans quels cas la bonne interprétation de la lettre est-elle contraire à ce qu'a voulu dire le législateur ?

Le philosophe : Les cas sont très nombreux et Sir Edouard Coke en nomme trois, ¹⁸² l'escroquerie ¹⁸³, l'accident ¹⁸⁴ et l'abus de confiance; mais il y en a beaucoup d'autres car il y a un très grand nombre d'exceptions raisonnables à presque toutes les règles générales que les législateurs ne peuvent pas prévoir et de très nombreux termes, dans tous les statuts, surtout les longs, qui sont, pour ce qui est de la *grammaire*, d'une signification ambiguë (qui sont pourtant assez clairs pour ceux qui savent à quelle fin le statut fut fait), et il y a des renvois où la référence est douteuse, ce qui peut permettre à un *grammairien* d'ergoter, même si l'intention du législateur n'a jamais été aussi claire. Et ce sont les difficultés que les (66) juges doivent maîtriser, ce qu'ils sont capables de faire, vu les aptitudes pour lesquelles ils ont été choisis, autant qu'on peut l'espérer. Il y a cependant d'autres hommes qui en sont capables ou, autrement, les juges ne pourraient pas être remplacés de temps en temps. Les évêques sont en général les hommes les plus raisonnables et les plus capables et ils sont obligés, par leur profession, d'étudier l'équité parce que c'est la loi de Dieu et ils sont donc capables d'être juges dans une cour d'équité. Ce sont eux qui apprennent au peuple ce qui est péché, c'est-à-dire qu'ils sont des docteurs des cas de

¹⁸² Coke (4. *Institutes*, p.89) se contente de dire : « three things are to be judged in the cour of conscience. » (NdT)

¹⁸³ Coke utilise le mot « fraud » mais aussi l'archaïsme « covin » (4. *Institutes*, p.84) (NdT)

¹⁸⁴ Hobbes utilise comme Coke le mot « accident ». Coke précise (*ibid.*) : « comme quand le serviteur d'un débiteur est envoyé pour payer l'argent du jour et est victime d'un vol. » Il semble que la notion d'*accident* regroupe tous les cas où un détenteur ou porteur de fonds ou de biens perd ces fonds ou ces biens sans négligence de sa part (nauffrage, incendie, vol, etc.). (NdT)

conscience. Pouvez-vous m’indiquer la raison pour laquelle il est inconvenant et dommageable pour la république qu’un évêque soit Chancelier. Les Chanceliers étaient le plus souvent des évêques sous le règne d’Henry VIII et il y en eut un depuis, sous le règne du Roi Jacques.

Le légiste : Mais Sir Édouard Coke dit que, peu après la nomination d’un Chancelier qui n’était pas spécialiste du droit, il trouva dans les minutes du Parlement une grave plainte du corps entier du royaume et une pétition qui demandait que ce soient les hommes les plus sages et les plus capables du royaume qui soient choisis comme Chanceliers. ¹⁸⁵

Le philosophe : Cette pétition était raisonnable mais elle ne dit pas qui sont les hommes les plus capables, les juges du common-law ou les évêques.

Le légiste : Ce n’est pas la question importante pour ce qui est de la compétence d’un juge. Les uns et les autres sont des hommes capables, chacun à leur manière. Mais, quand un juge d’équité doit, presque en chaque cas, considérer aussi bien le droit statuaire que la loi de la raison, ¹⁸⁶ il ne peut accomplir sa charge parfaitement que s’il est aussi au point sur les statuts.

Le philosophe : Je ne pense pas qu’il soit nécessaire qu’il soit au point sur les statuts. Quand ils entendent une cause, sont-ce les juges (67) du common-law qui informent l’avocat sur ce qu’est le statut ou est-ce l’avocat qui informe les juges ?

Le légiste : C’est l’avocat qui informe les juges.

Le philosophe : Pourquoi ne peut-il pas aussi bien informer le Chancelier ? A moins que vous ne disiez qu’un évêque ne comprend pas aussi bien qu’un juriste ce qu’est le sens de ce qu’il entend dire en anglais. Non, non, l’un et l’autre sont suffisamment capables mais ce n’est pas assez d’être suffisamment capable quand ce n’est pas la seule difficulté du cas qu’il faut surmonter mais aussi la passion du juge. J’ai oublié de vous parler du statut 36 Édouard III c.9 ¹⁸⁷ qui stipule que, si une personne se pense lésée en contradiction avec l’un des articles indiqués plus

¹⁸⁵ Coke ajoute « and that he seeks to redresse the enormities of the Chancery ». (4. *Institutes*, p.79) (NdT)

¹⁸⁶ Plus haut, Coke dit de Robert Parning (chancelier de 1341 à 1343) qu’il ne connaissait pas le common-law et qu’il ne put jamais correctement juger en équité. (NdT)

¹⁸⁷ Hobbes cite Coke, 4. *Institutes*, p.82. (NdT)

haut ou avec d’autres contenus dans divers statuts, elle (ou une autre personne pour elle) se présentera devant la Chancellerie et y déposera sa plainte. Elle obtiendra immédiatement remède par l’application desdits articles et statuts sans devoir faire un procès ailleurs pour obtenir ce remède. Par les termes de ce statut, il est très visible, selon moi, que la Chancellerie peut instruire un procès à partir de la plainte de la partie lésée, procès qui, en aucun cas, ne sera instruit en common-law parce que la partie obtiendra un remède immédiat en cette cour par l’application de cet acte sans faire un procès ailleurs pour avoir ce remède. ¹⁸⁸

Le légiste : Oui mais Sir Édouard Coke (4. *Institutes*, p.82) répond à cette objection de cette manière : cette expression, dit-il, *elle obtiendra remède* signifie seulement qu’elle y obtiendra immédiatement un bref de recours ¹⁸⁹ fondé sur ces statuts pour obtenir remède en common-law.

Le philosophe : Il est probable que Sir Édouard Coke pensait que, dès que la partie avait le bref, elle avait son remède, même si elle conservait le bref dans sa poche sans poursuivre (68) la plainte ailleurs ; ou peut-être pensait-il que le Banc Commun n’était pas ailleurs que dans la Chancellerie.

Le légiste : Puis il existe la Cour de ...

Le philosophe : Arrêtons-nous là car ce que vous avez dit me satisfait puisque je ne voulais rien de plus que distinguer la justice de l’équité. J’en conclus que la justice applique la loi et que l’équité interprète la loi et amende les jugements rendus à partir de la même loi. En quoi je ne m’écarte pas beaucoup de la définition de l’équité citée par Sir Édouard Coke (1. *Inst. Sec.xxi*) : l’équité est une certaine raison parfaite qui interprète et amende la loi écrite. Mais je l’interprète d’une autre façon que lui car personne ne peut amender une loi, sinon celui qui peut la faire, et je dis donc que l’équité n’amende pas la loi mais amende seulement les jugements quand ils sont erronés. Et maintenant, considérons les crimes ¹⁹⁰ en particulier, dont les procès sont généralement appelés les Plaids de

¹⁸⁸ Cette phrase, présente chez Molesworth mais qui n’est pas chez Coke, n’a pas été retenue par la traduction Vrin. (NdT)

¹⁸⁹ « a remedial writ ». (NdT)

¹⁹⁰ « Crime est un terme générique qui comprend tous les actes faits au mépris ou en violation de la loi, et tous délits justiciables des juges et des cours de justice sous la dénomination légale de trahisons (treasons), félonies (felonies) et forfaits (misdemeanors). » Alexandre Laya : *Droit anglais ou*

la Couronne, et les châtimens qui les accompagnent. Et, d'abord, voyons le crime le plus grave de tous, le crime de haute trahison. Dites-moi ce qu'est la haute trahison.

Le légiste ¹⁹¹ : Le premier statut qui a précisé ce qu'est la haute trahison est 25 Édouard III, ¹⁹² en ces termes : « Vu que, avant cette époque, il y eut diverses opinions sur ce qui est trahison et ne l'est pas, le Roi, à la demande des Lords et des Communes, a fait une déclaration de la manière qui suit : si un homme imagine ou prémédite la mort de notre Seigneur le Roi, de notre Dame la Reine, ou de leur fils aîné et héritier, ou si un homme viole la compagne du Roi ou la fille aînée et (69) non mariée du Roi ou la femme du fils aîné et héritier du Roi ou si un homme lève des armées contre notre Seigneur le Roi dans son royaume ou s'attache aux ennemis du Roi dans son royaume, leur donnant aide et commodités dans son royaume ou ailleurs, et si, par un acte manifeste ¹⁹³, il est convaincu, avec preuves, de culpabilité par des gens de sa condition ; ¹⁹⁴ et si un homme contrefait le Grand Sceau du Roi ou son Sceau Privé ou sa monnaie, si un homme fait entrer de la fausse monnaie dans ce royaume qui contrefait la monnaie d'Angleterre, comme la monnaie appelée Lushburgh ¹⁹⁵ ou d'autres monnaies qui ressemblent à ladite monnaie d'Angleterre, sachant que la monnaie est fausse, pour commercer ou faire des paiements au dol de notre dit Seigneur le Roi et de son peuple; et si un homme tue le Chancelier, le Trésorier ou les juges du Roi, d'un Banc ou de l'autre, les juges itinérants ou juges d'assises et tous les autres juges nommés pour entendre et déterminer pendant qu'ils sont à leur place et remplissent leur fonction ; et il faut comprendre dans les cas ci-dessus énumérés qu'on doit juger trahison ce qui concerne notre Seigneur le Roi et sa Majesté

résumé de la législation anglaise sous la forme de codes, Paris, 1850, tome 2, p.207. (NdT)

¹⁹¹ Dans la marge, à gauche, on lit désormais : Of crimes capital. (NdT)

¹⁹² C'est le *Treason Act* de 1351 (*A Declaration which Offences shall be adjudged Treason*). Voir Coke : 3. *Institutes*, pp.1, 2. Comme le signale Coke, cet acte (*De prodicionibus*) précise dans quels cas particuliers, une infraction sera considérée comme une trahison. (NdT)

¹⁹³ L'open deed ou overt act (overt fait) est un acte manifeste qui indique la volonté du criminel d'accomplir un crime. (NdT)

¹⁹⁴ « per pares, par les égaux », dit Coke dans 3. *Institutes*., p.14. (NdT)

¹⁹⁵ Ou «Lushbourg», fausse monnaie dont l'origine serait le Luxembourg. (NdT)

royale; et, pour ces trahisons, les biens confisqués étoient ¹⁹⁶ à notre Seigneur le Roi, aussi bien pour les terres que les immeubles tenus de lui ou d'un autre. Il y aussi une autre sorte de trahison, ¹⁹⁷ quand un serviteur tue son maître ou une femme son mari ou quand un homme, laïque ou religieux, tue son prélat à qui il doit foi et obéissance, et, pour cette trahison, les biens étoient au Seigneur de chaque fief. Et, parce que de nombreux autres cas semblables de trahison peuvent se présenter à l'avenir, qu'on ne peut pas concevoir ou préciser pour l'instant, il est accordé que, si un cas supposé de trahison qui n'est pas spécifié ci-dessus se présente devant (70) des juges, ils devront attendre, sans rendre de jugement pour trahison, jusqu'à ce que la cause soit montrée et précisée devant le Roi et son Parlement pour qu'ils décident s'il s'agit de trahison ou d'une autre félonie.

Le philosophe : Je désire comprendre ce qu'est la trahison et aucune énumération de faits ne peut me donner satisfaction. La trahison est un crime en soi, *malum in se*, ¹⁹⁸ et c'est donc un crime en common-law ; et la haute trahison est le crime le plus grave qui puisse exister en common-law. Ce n'est donc pas le statut seul mais la raison sans un statut qui en fait un crime. Cela apparaît dans le préambule où il est insinué que tous les hommes, quoique d'opinions différentes, la condamnaient sous le nom de trahison alors qu'ils ne savaient ce que le mot trahison signifiait et qu'ils furent forcés de demander au roi de le définir. Ce que je désire savoir, c'est comment le mot trahison aurait pu être défini sans le statut par un homme qui n'a d'autre faculté, pour le définir, que la seule raison naturelle.

Le légiste : Alors qu'aucun légiste ne l'a fait, vous ne devez pas espérer que je me lance tout à coup dans cette entreprise

Le philosophe : Vous savez que *salus populi est suprema lex*, ¹⁹⁹ c'est-à-dire que la sécurité du peuple est la loi la plus importante; et que la sécurité du peuple

¹⁹⁶ Retour de biens au seigneur d'un fief ou au souverain en certains cas comme l'absence d'héritiers, la haute trahison, etc. Dans le texte, le mot « escheats » désigne les biens concernés. (NdT)

¹⁹⁷ Petty trahison, petite trahison. (NdT)

¹⁹⁸ Le « malum in se » (mal en soi, mauvais en soi, mal naturel) se distingue du « malum prohibitum » qui n'est mal que par une interdiction légale. (NdT)

¹⁹⁹ Le salut du peuple est la loi suprême. « Le léviathan (...), le *salus populi* est sa fonction. » (*Léviathan*, Introduction) (NdT) (NdT)

d'un royaume consiste en la sécurité du Roi et de la force nécessaire pour défendre son peuple, aussi bien contre les ennemis extérieurs que contre les sujets rebelles. De là, j'infère que préméditer, c'est-à-dire projeter la mort du roi qui règne, était haute trahison avant la création de ce statut, comme étant le projet d'une guerre civile et de la destruction du peuple. 2. Que le dessein de tuer la femme (71) du roi, de bafouer sa chasteté, et aussi de bafouer la chasteté de la femme de l'héritier apparent ²⁰⁰ du Roi ou de sa fille aînée non mariée, en tant que tendant à la destruction de la certitude de la ligne royale et, par conséquent, à la naissance de conflits au sujet de la Couronne, et, par suite, à la destruction du peuple par une guerre civile, était donc haute trahison avant ce statut. 3. Que lever des troupes contre le Roi à l'intérieur du royaume et aider les ennemis du Roi, soit à l'intérieur, soit à l'extérieur du royaume, sont des actions qui tendent à détruire le Roi et à le déposséder ²⁰¹ et qui furent considérées comme haute trahison par le common-law avant ce statut. 4. Que la contrefaçon des principaux sceaux d'Angleterre par lesquels le Roi gouverne son peuple tend à jeter le trouble dans le gouvernement et, par conséquent, à détruire le peuple, et elle était donc une haute trahison avant le statut. 5. Si a un soldat projette de tuer son général ou un autre officier au moment de la bataille ou si un capitaine indécis hésite avec ses troupes avec l'intention de gagner la faveur de celui qui arrivera à obtenir la victoire, cela tend à la destruction du Roi et du peuple, que le Roi soit présent ou absent, et était une haute trahison avant le statut. 6. Si on avait emprisonné la personne du Roi, on l'aurait rendu incapable de défendre son peuple et cela aurait été haute trahison avant le statut. 7. Si un homme avait, avec le dessein de soulever une rébellion contre le Roi, par des écrits ou par des déclarations délibérées, nié que le Roi régnant était le Roi légitime, celui qui aurait écrit,

²⁰⁰ « *Heirs apparent* are such, whose right of inheritance is indefeasible, provided they outlive the ancestor ; as the eldest son or his issue, who must by the course of common law be heir to the father whenever he happens to die. *Heirs presumptive* are such, who, if the ancestor should die immediately, would, in the present circumstances of things, be his heirs; but whose right of inheritance may be defeated by the contingency of some nearer heir being born; as a brother or nephew, whose presumptive succession may be destroyed by the birth of a child. » T.E. Tomlins : *The law-dictionary explaining the rise, progress, and present state of the british law*, vol.I, Londres, 1835, article Descent. (NdT)

²⁰¹ « déshériter », dit le texte. (NdT)

prêché ou dit de tels propos tout en vivant sous la protection des lois du Roi se serait rendu coupable de haute trahison avant le statut, pour les raisons ci-dessus mentionnées. Et peut-être y a-t-il d'autres cas concernés (72) par ce statut auxquels je ne pense pas pour l'instant. Mais tuer un juge ou un autre officier, comme le statut le précise, n'est haute trahison que par le statut. Et, pour distinguer ce qui est trahison pour le common-law des autres crimes moins graves, nous devons considérer que, si une telle trahison arrivait, elle détruirait d'un seul coup toutes les lois, et si c'était le fait d'un sujet, ce serait le retour à l'hostilité ²⁰² par trahison. Par conséquent, ces traîtres peuvent, par la loi de la raison, être traités comme des ennemis infâmes et déloyaux. Mais les autres crimes les plus graves, pour la plupart, sont des infractions à une seule loi ou du moins à un très petit nombre de lois. ²⁰³

Le légiste : Que ce que vous disiez soit vrai ou faux, le droit est incontestable par un statut fait dans la 1^{ère} et 2^{ème} années de la *Reine Marie* qui stipule que rien ne doit être estimé trahison en dehors des nouvelles infractions spécialement mentionnées dans l'acte 25 *Édouard III*.

Le philosophe : Parmi les crimes les plus graves, le plus grave est celui qui est commis par un homme qui projette de tuer celui qui lui a donné confiance et amour car on ne saurait prendre vraiment garde d'un homme qu'on pense avoir obligé alors qu'un ennemi déclaré met en garde avant d'agir. Et c'est pourquoi le statut a déclaré qu'il y a une autre sorte de trahison, quand un serviteur tue son maître ou sa maîtresse, quand une femme tue son mari ou quand un clerc tue son prélat. Je pense que c'est aussi petite trahison – bien que l'expression ne figure pas dans le statut – quand le tenant d'un fief qui le tient par hommage et féauté ²⁰⁴ tue le seigneur de son fief car la féauté est un serment d'allégeance au seigneur du fief; sauf qu'il peut ne pas tenir (73) son serment sur quelque chose qu'il a juré mais qui est contraire au Roi. En effet, l'hommage, tel qu'il est exprimé dans un statut 17 *Édouard III* est la plus grande soumission qu'un homme puisse faire envers un autre. Le tenant tiendra ses mains jointes entre les

²⁰² Autrement dit l'état de nature qui est un état de guerre. (NdT)

²⁰³ Les lois de nature que la raison humaine pense pour sortir de l'état de guerre. (NdT)

²⁰⁴ Le féal (le fidèle, celui qui donne sa foi) est un homme soumis à l'autorité d'un seigneur ou du roi. (NdT)

main du seigneur et dira : je deviens votre homme à partir de ce jour pour la vie, pour les membres et pour l'honneur terrestre et je vous devrai fidélité pour les terres que je tiendrai de vous, sauf la fidélité que je dois à notre Souverain Seigneur le Roi et à d'autres seigneurs. ²⁰⁵ Cet hommage, s'il est fait au Roi, est équivalent à une promesse de simple obéissance et, s'il est fait à un autre seigneur, rien n'en est excepté sinon l'allégeance au Roi ; et ce qu'on appelle féalité n'est que la même chose confirmée par un serment.

Le légiste : Mais Sir Édouard Coke (3. ²⁰⁶ *Institutes*, p.11) nie qu'un traître, au sens légal, soit un ennemi du Roi car les ennemis, dit-il, sont hors de l'allégeance au roi et la raison qu'il fournit est que, si un sujet rejoint un ennemi étranger, entre en Angleterre avec lui et est fait prisonnier ici, il ne sera pas rançonné ni soumis aux procédés qu'on utiliserait pour un ennemi mais sera considéré comme traître au roi, alors que, si un ennemi vient ouvertement nous faire la guerre et qu'il est capturé, il sera exécuté selon la loi martiale ou rançonné. En effet, il ne peut pas être accusé de trahison car il n'a jamais été sous la protection du Roi et ne lui a jamais fait allégeance; et l'acte d'accusation pour trahison dit : *contra ligeantiam suam debitam*. ^{207 208}

Le philosophe : C'est un argument qui n'est pas digne du plus petit légiste. Sir Édouard Coke pensait-il qu'un Roi ne pouvait pas légitimement mettre à mort un homme (74) (quel que soit le type d'exécution) sans un acte d'accusation écrit ²⁰⁹

²⁰⁵ Selon ce texte de loi, le seigneur doit embrasser le tenant. (NdT)

²⁰⁶ Molesworth donne 4, ce qui est une erreur. (NdT)

²⁰⁷ Le texte de Coke est : «*Inimicus* in legall understanding is *hostis*, for the subjects of the King, though they be in open war or rebellion against the King, yet are they are not the Kings enemies, but traytors; for enemies be those that be out of the allegiance of the King. If a Subject jouyne with a foraine Enemy and come into England with him, he shall not be taken prisoner here and ransomed, or proceeded with as an enemy shall, but he shall be taken as a traytor to the King. An Enemy comming in open hostility into England, and taken, shall be either executed by Marshall-Law, or ransomed; for he cannot be indicted of treason, for that he never was within the protection or ligeance of the King, and the Indictment of Treason saith, *Contra ligeantiam suam debitam*. » (NdT)

²⁰⁸ Contraire à l'allégeance due. (NdT)

²⁰⁹ « an indictment », acte d'accusation écrit qui suppose le grand jury qui décide que l'accusation est fondée (« true bill ») ou non fondée (« not a true bill » ou « non found »). Voir Alexandre Laya : *Droit anglais ou résumé de*

quand il est manifestement prouvé que cet homme était un ennemi déclaré ? Cet acte d'accusation écrit (indictment) est particulier à l'Angleterre, vient du commandement de quelque souverain anglais, demeure toujours et est donc une loi pour ce pays d'Angleterre. S'il n'était pas légitime de mettre à mort autrement que par cette procédure, aucun ennemi ne pourrait être mis à mort dans les autres nations qui ne procèdent pas comme nous par cet acte d'accusation écrit. De plus, quand un ennemi déclaré est fait prisonnier et est mis à mort par jugement de la loi martiale, ce n'est pas la loi du général ou du conseil de guerre – qu'on en use ainsi avec un ennemi – mais la loi du Roi contenue dans les commissions, telles que celles que les rois, à différentes époques, ont jugé bon de faire (et la chose demeure dans leur volonté) et qui précisent si un ennemi déclaré, quand il est fait prisonnier, est mis à mort ou pas, et comment, s'il doit être rançonné ou pas et quel est le montant de la rançon. Et puis, pour ce qui est de la nature de la rébellion, n'est-ce pas un retour à l'hostilité -? Que signifie d'autre la rébellion ? Guillaume le Conquérant soumit ce royaume. Certains furent tués et il fit grâce à d'autres sous promesse de future obéissance et ces derniers devinrent ses sujets et lui jurèrent allégeance. Si donc ils reprennent la guerre contre lui, ne sont-ils pas de nouveau des ennemis déclarés ? Ou si certains d'entre eux, tapis sous ses lois, cherchent ainsi l'occasion de le tuer secrètement et qu'ils sont découverts, le Roi ne peut-il pas procéder avec eux comme avec ses ennemis, eux qui, même s'ils n'ont pas commis l'acte qu'ils projetaient, cependant, avaient certainement un dessein hostile. Le Long Parlement n'a-t-il pas déclaré ennemis de l'État tous ceux qui s'opposaient à ses procédés contre le feu Roi ? Mais Sir Édouard Coke fait (76) rarement une bonne distinction quand il y a deux noms différents pour une seule et même chose. Bien que l'un contienne l'autre, il les distingue toujours, comme s'il était impossible qu'un seul et même homme soit un ennemi et un traître. Mais voyons maintenant son commentaire sur ce statut. Le statut (comme il est écrit en anglais) dit : quand un homme prémédite ou imagine la mort de notre Seigneur le Roi, etc. Quel est le sens du mot préméditer ou du mot imaginer ?

la législation anglaise sous la forme de codes, Paris, 1850, tome 2, p.51.
(NdT)

Le légiste : Dans ce passage, Sir Édouard Coke dit ²¹⁰ que, avant que cet acte fût fait, *Voluntas reputabatur pro facto*, la volonté était prise pour l'acte. Et ce que dit aussi Bracton : *Spectatur voluntas & non exitus, & nihil interest utrum quis occidat, aut causam mortis praebeat*, ²¹¹ c'est-à-dire la cause de la mort. Or Sir Édouard Coke dit que c'était la loi avant le statut et qu'être cause de la mort, c'est la déclarer par quelque acte visible tendant à l'exécution de l'intention ou qui pourrait être la cause de la mort. ²¹²

Le philosophe : Existe-t-il un Anglais qui soit capable de comprendre que causer la mort d'un homme et la déclarer sont une seule et même chose? Et s'il en était ainsi et que tel était le common-law avant le statut, par quels termes du statut cela a-t-il été supprimé ?

Le légiste : Cela n'est pas supprimé mais la manière dont on doit prouver la chose est ainsi déterminée : qu'elle doit être prouvée par des actes manifestes comme le fait de se fournir en armes, poudre, poison, armes d'assaut ou envoi de lettres, etc.

Le philosophe : Mais quel est le crime lui-même dont le statut fait une trahison? Car, telle que je comprends l'expression préméditer et imaginer la mort du roi, etc., le (76) fait de préméditer (comme c'est dit en anglais) est la seule chose qui soit considérée comme haute trahison; de sorte que c'est non seulement le fait de tuer mais aussi l'intention qui est une haute trahison, ou, comme le dit le texte français, *fait compasser*, c'est-à-dire que faire en sorte que les autres préméditent ou projettent la mort du Roi est une haute trahison ; et les mots *par overt fait* ²¹³ ne sont pas ajoutés pour spécifier une trahison ou un autre crime mais pour spécifier seulement la preuve qui est exigée par la loi. Donc, vu que le crime est l'intention et le projet de tuer le Roi ou de faire en sorte qu'il soit tué et

²¹⁰ 3. *Institutes*, p.5. (NdT)

²¹¹ « On regarde la volonté et non le résultat et peu importe qui a tué ou qui a fourni* la cause [de la mort]. » Traduction d'Isabelle Folliot. * : le verbe utilisé est *praebeo* qui signifie fournir mais aussi causer, présenter, montrer, exposer. (NdT)

²¹² « So as when the Law was so holden, he must *causam mortis praebere*, that is, declare the same by some open deed tending to the execution of his intent, or which might be cause of death » (*Ibid.*) (NdT)

²¹³ L'open deed ou overt act (overt fait) est un acte manifeste qui indique la volonté du criminel d'accomplir un crime. (NdT)

qu'il est caché dans le cœur²¹⁴ de celui qui est accusé, quelle autre preuve pouvait-il y avoir que des paroles prononcées ou écrites ? Par conséquent, s'il y a des témoignages suffisants qu'il a déclaré par des mots qu'il avait une telle intention, il est hors de doute que le cas tombe sous le coup du statut. Sir Édouard Coke ne nie pas que, s'il avoue son intention, soit par des paroles, soit par des écrits, il tombe sous le coup du statut. Pour ce qui est du dicton qu'utilise Sir Édouard Coke, que de simples paroles peuvent faire un hérétique mais pas un traître,²¹⁵ il est peu opportun, vu que ce statut ne considère pas que ce sont les paroles qui font la trahison mais l'intention dont les mots ne font que témoigner. Et ce dicton, tel qu'on le dit habituellement, est faux. En effet, différents statuts furent faits ensuite (mais qui ne sont plus en vigueur) qui font de simples paroles, sans un autre acte, une trahison, comme 1. *Élisabeth* c.6 et 13 *Élisabeth* c.1 : si un homme prêchait publiquement que le Roi est un usurpateur ou que le droit de la couronne appartient à un autre homme que le Roi régnant, il n'y a aucun doute que ce serait une trahison, non seulement selon ce statut d'*Édouard III* mais aussi selon (77) le statut 1. *Édouard VI* c.12,²¹⁶ deux statuts qui sont encore en vigueur.

²¹⁴ « that is secret in the heart. » 3. *Institutes*, p.14. (NdT)

²¹⁵ « And it is commonly said, that bare words may make an heretick, but not a traytor without an overt act. And the wisdom of the makers of this law would not make words only to be treason, seeing such variety amongst the witnesses are about the same, as few of them agree together. » 3. *Institutes*, p.14. (NdT)

²¹⁶ C'est l'acte d'abrogation de certaines lois sur la trahison (1547), fait pendant la régence. En voici quelques phrases (traduction non littérale de P. Folliot). « Rien n'est plus pieux, plus souhaitable, entre un prince et ses sujets, que le prince, le chef suprême, fasse preuve de clémence et d'indulgence plutôt que de montrer son pouvoir royal par une trop grande sévérité, et que les sujets obéissent par amour du souverain plutôt que par crainte de ses lois sévères et rigoureuses. Pourtant, il est des temps où, dans la république, il est nécessaire et utile de réprimer l'insolence et l'indiscipline des hommes et de prévoir des remèdes contre les rébellions et les insurrections (...). C'est ce que fit le très grand roi Henri VIII avec l'accord des Nobles et des Communes, dans différentes sessions du parlement, (...) et les lois faites alors ont pu sembler aux hommes des royaumes extérieurs dures, terribles, extrêmes (...) alors qu'elles furent faites pour éviter de plus grands inconvénients. La tempête et l'hiver demandent les vêtements qui conviennent ; le calme et le beau temps permettent d'utiliser des habits plus

Le légiste : Non seulement cela mais, si un sujet conseillait à un homme de tuer le Roi, la Reine ou l'héritier apparent de la Couronne, il serait aujourd'hui condamné pour haute trahison et il ne s'agirait pourtant que de simples paroles. Dans la troisième année du Règne du Roi Jacques, Henry Garnet ²¹⁷ un prêtre jésuite, à qui certains traîtres de la Conspiration des poudres ²¹⁸ avaient révélé leur dessein par la confession, leur donna l'absolution sans les dissuader d'accomplir leur projet et sans prendre de dispositions contre le danger. Il fut donc condamné et exécuté comme un traître, bien que l'absolution ne soit rien d'autre que de simples paroles. Je trouve aussi, dans les registres de Sir John Davis, procureur général d'Irlande, que, à l'époque du Roi Henry VI, un homme fut condamné pour trahison parce qu'il avait dit que le Roi est un idiot congénital incapable de gouverner. Pourtant, cette clause du Statut de Édouard III – que la préméditation doit être prouvée par quelque acte manifeste – ne fut pas insérée sans grandes sagesse et prévoyance par les législateurs car, comme Sir Édouard Coke l'a très bien remarqué, quand on examine les témoins sur les seules paroles, ils ne sont jamais, ou rarement, d'accord sur les détails des paroles sur lesquelles ils prêtent serment.

Le philosophe : Je ne nie pas que ce fut assez sagement fait mais la question n'est pas ici celle de la trahison, qui est un fait ou une intention, mais celle de la

libres et plus légers. C'est ainsi qu'on a vu abroger des lois sévères d'un souverain au parlement par un autre souverain au même parlement. » (Statutes of the realm, Traduction de P. Folliot) Sont indiquées les lois abrogées, essentiellement celles d'Henri VIII touchant la religion et les doctrines. Il est aussi précisé que ceux qui agiront une première fois contre le roi, ses successeurs et ses héritiers seront emprisonnés pendant un temps décidé par le roi et verront leurs biens confisqués, que, la deuxième fois, ils seront emprisonnés à vie et que, la troisième fois, on appliquera la peine prévue pour haute trahison. (NdT)

²¹⁷ Bayle et d'autres ont voulu que ce prêtre fût complice de la conspiration des poudres mais il semble qu'il n'ait fait qu'avoir connaissance du complot. Voir par exemple Maximilien de Béthune : *Mémoires de Sully, principal ministre de Henri-Le-Grand*, tome 4, Paris, 1814, p.305. (NdT)

²¹⁸ Hobbes dit simplement « gunpowder traitors ». Il s'agit de la Conspiration des Poudres (the gunpowder plot). C'était le projet catholique (dont l'initiateur fut Castesby) de tuer toute la famille royale et une partie de la noblesse en faisant exploser une partie du palais de Westminster. Hobbes y fait allusion dans le *Béhémot*, p.20 de l'édition Tönnies. (NdT)

preuve qui, quand elle est douteuse, doit être jugée par un jury de douze hommes choisis selon la loi. Quelle est selon vous la meilleure preuve de l'intention qu'a un homme de tuer, qu'il la déclare de sa propre bouche, de sorte qu'on puisse en témoigner ou qu'il se fournisse en armes, (78) poudre à canon, poison ou armes d'assaut ? S'il déclare son intention par des paroles, le jury n'a rien de plus à faire que de considérer si les témoins ont été choisis selon la loi, si les témoignages concordent et si les paroles ont été dites délibérément. En effet, elles pourraient avoir été dites dans une dispute, pour simplement s'exercer, ou celui qui les a dites pourrait ne pas avoir l'usage de la raison ou ne pas avoir l'intention ou le désir de mettre à exécution ce qu'il disait. Mais comment un jury, d'une fourniture ou d'un achat d'armes, d'un achat de poudre à canon ou par d'autres actes qui ne sont pas en eux-mêmes une trahison, peut-il inférer un dessein de tuer le Roi si ne se révèlent pas des paroles qui indiquent à quelle fin l'homme a fait de telles réserves, je ne peux facilement le concevoir. Donc, de même que le jury fondera son jugement concernant l'intention ou l'absence d'intention sur tout, paroles et actes, de même, il devra en raison donner son verdict. Mais, pour en venir à la trahison de celui qui contrefait le grand sceau ou le sceau privé, vu qu'il y a de nombreuses façons pour des contrefacteurs de faire usage de ces sceaux au dol du Roi et de son peuple, pourquoi tous ces abus ne sont-ils pas de la haute trahison, aussi bien que la fabrication d'un faux sceau ?

Le légiste : Ils sont bien cela car Sir Édouard Coke produit des minutes qui rapportent le cas d'un homme qui avait été tiré et pendu ²¹⁹ pour avoir pris le grand sceau sur une patente expirée et qui l'avait appliqué sur une fausse commission de perception d'argent. Mais il n'approuva pas le jugement parce que c'était un jugement pour petite trahison et aussi parce que le jury ne l'avait pas trouvé coupable de l'infraction précisée sur l'acte d'accusation – la contrefaçon du grand sceau – mais avait considéré que le cas était spécial, ²²⁰ ce pour quoi l'homme qui avait commis l'infraction fut tiré et pendu. ²²¹

²¹⁹ “drawn and hanged”. Dans de nombreux procès-verbaux, figure l'expression “drawn on sledge to the place of execution and hanged”, tiré sur une claie sur la place d'exécution et pendu. (NdT)

²²⁰ Si j'ai bien compris ce que dit Coke (3. *Institutes*, p.15), l'individu était, selon l'acte, accusé de contrefaçon (donc de haute trahison) et il plaidait non coupable et le jury considéra en effet qu'il ne s'agissait pas d'une contrefaçon parce que le coupable n'avait pas fabriqué un faux sceau mais

(79) **Le philosophe** : Vu que le crime d'avoir pris le grand sceau sur un document et de l'avoir appliqué sur un autre n'a pas été jugé haute trahison par le jury et qu'on n'a pas pu montrer que, comme cas spécial, il appartenait à l'autre sorte de trahison mentionnée dans le même statut, quelle raison a eu le jury de considérer que c'était une trahison ou le juge de prononcer sa sentence ?

Le légiste : Je ne saurais le dire. Sir Édouard Coke semble penser que ce sont de fausses minutes car il dit, pour avertir le lecteur, qu'on voit comme il est dangereux de rapporter oralement un cas. ²²²

Le philosophe : C'est vrai mais il ne montre pas que le cas fut rapporté de façon erronée. Au contraire, il reconnaît avoir examiné les minutes mêmes; et on peut, s'il est possible de le faire sans preuve de la fausseté, faire la même objection à toutes les minutes, quelles qu'elles soient. Pour ma part, étant donné que le crime produit le même mal que la contrefaçon, je pense qu'il est raisonnable qu'il tombe sous le coup de ce statut. Quant à la différence des peines, qui sont toutes les deux capitales, je crois qu'il ne vaut pas la peine de s'y arrêter, vu que la mort, qui est *ultimum supplicium* ²²³, satisfait la loi, comme l'affirme Sir Édouard Coke lui-même en un autre passage. Mais voyons maintenant les autres crimes.

Le légiste : Lié à ce crime, il existe un autre crime appelé mépris de trahison ²²⁴ qui est le fait de cacher ce qu'on sait et l'expression vient du français

avait transféré le vrai sceau sur une fausse commission, ce qui releva, semble-t-il dans ce cas, de la petite trahison (et le philosophe a raison de s'étonner dans le paragraphe suivant). (NdT)

²²¹ Et non « hanged, drawn and quartered », châtiment réservé à la haute trahison. Comme le dit Coke (*Ibid.*) : « If it had been high treason, for then it should have be drawne, hanged and quartered. » (NdT)

²²² La chose n'est pas claire, comme le fera remarquer le philosophe au prochain paragraphe, puisque Coke prétend avoir « the record ». La seule façon de rendre clair le passage est de considérer que le mot « record » ne doit pas être traduit par « minutes » mais par « rapport », auquel cas le document dont parle Coke ne serait pas un document officiel. (NdT)

²²³ Le dernier supplice. (NdT)

²²⁴ « misprision of treason ». Voir par exemple, plus haut, le cas de Henry Garnet. On traduit parfois par « non-révélation de trahison ». (NdT)

mespriser ²²⁵ qui signifie mépriser ou sous-estimer. ²²⁶ En effet, ce n'est pas un moindre crime pour un sujet de prendre si peu à cœur un danger connu ²²⁷ qui atteint la personne du Roi et, par conséquent, le royaume entier, de ne pas révéler non seulement (80) ce qu'il sait mais aussi ce qu'il soupçonne alors que sa révélation permettrait de vérifier la vérité de la chose. Mais, pour une telle révélation, même si l'on prouve que la chose est fausse, le dénonciateur ne doit pas être considéré comme un faux accusateur si, pour ce qu'il affirme, il fournit une preuve raisonnable et si, pour son soupçon, il y a quelque vraisemblance. En effet, autrement, le dissimulateur semblerait justifiable par le souci de se préserver des souffrances et des dommages, chose admise pour tout homme.

Le philosophe : J'y consens.

Le légiste : Tous les autres crimes simplement temporels sont compris dans la félonie ou la transgression.

Le philosophe : Quel est le sens du mot félonie? Est-ce un crime en soi ou quelque chose qui est devenu crime par un statut? En effet, je me souviens de certains statuts qui considèrent comme félonie le transport de chevaux et d'autres choses à l'extérieur du royaume, lesquels transports, avant que ne fussent faits ces statuts et après leur abrogation, n'étaient pas des crimes plus graves que les commerces habituels d'un marchand.

Le légiste : Sir Édouard Coke fait dériver le mot félonie du mot latin *fel*, ²²⁸ le fiel d'une créature vivante et, en accord avec cette étymologie, il définit la félonie comme un acte fait *animo felleo*, ²²⁹ c'est-à-dire un acte violent, cruel.

²²⁵ Coke (3. *Institutes*, p.36) dit que l'expression vient du mot français *mespris*. (NdT)

²²⁶ Coke (*ibid.*) emploie aussi le verbe « to neglect », négliger, ne pas tenir compte, dédaigner. (NdT)

²²⁷ Mais le cas de simple « misprision » peut concerner par exemple le fait de tenir caché un trésor qu'on a découvert et qui appartient au Roi. (NdT)

²²⁸ Comme le rappelle Blackstone, certains l'ont fait dériver du grec phélos (trompeur, imposteur), d'autres du latin fallo, fefelli, etc. (Pour le détail des hypothèses étymologiques, voir *Commentaires sur les lois anglaises*, traduction française, tome IV, Paris, 1823, p.353 sq. (NdT)

²²⁹ « un cœur plein de fiel », « une âme pleine de fiel ». Voir la bile jaune dans la théorie des humeurs. (NdT)

Le philosophe : Les étymologies ne sont pas des définitions et, cependant, quand elles sont vraies, elles donnent beaucoup de lumières pour découvrir une définition. Mais celle de Sir Edouard Coke est très peu probable car le statut considère comme félonies de nombreuses choses qui ne procèdent absolument pas d’un esprit violent et même beaucoup qui procèdent du contraire.

(81) **Le légiste** : C’est une question pour la critique qui relève de la connaissance de l’histoire et des langues étrangères, et sans doute en connaissez-vous plus que moi sur le sujet.

Le philosophe : Tout ce qu’on peut dire sur cette question n’ira pas plus loin qu’une conjecture raisonnable, insuffisante pour soutenir un point dans une controverse juridique. Le mot ne se trouve dans aucune des vieilles lois saxonnes présentées par M. Lambarde²³⁰ ni dans aucun statut imprimé avant la Magna Carta. Le mot s’y trouve. Or la Magna Carta fut faite à l’époque d’Henry III, petit-fils d’Henry II, Duc d’Anjou, né Français et élevé au cœur de la France, dont la langue pouvait très bien avoir conservé certains mots de ses ancêtres Franks Germaines, comme nous des Saxons Germaines, et aussi de nombreux mots de la langue des Gaulois, tout comme les Gaulois avaient conservé de nombreux mots de la colonie grecque implantée à Marseille. Mais il est certain que les juristes français, aujourd’hui, utilisent le mot félon, tout comme nos juristes, alors que le petit peuple de France utilise le mot *filou* dans le même sens. Mais le filou n’est pas l’homme qui a commis l’acte qu’ils appellent félonie mais celui qui fait métier de vivre par des infractions et un mépris général de toutes les lois. Le terme englobe tout ce que les gens indisciplinés appellent coupeurs de bourses, crocheteurs, tire-laine, fabricants de fausse monnaie, faussaires, voleurs, agresseurs,²³¹ assassins et quiconque fait usage d’iniquité sur terre ou sur mer comme métier ou moyen de vivre. Les Grecs de la côte d’Asie, où vécut Homère, furent ceux qui implantèrent une colonie à Marseille. Ils avaient un mot qui signifiait la même chose que félon, le mot (82) *philètès*²³², *filetes*, et ce *filetes* d’Homère était exactement la même chose que le félon chez nous. Donc, chez

²³⁰ William Lambarde (1536-1601) publia une collection des lois anglo-saxonnes (*Archæionomia*) en 1568.

²³¹ Le mot utilisé est « robber ». Le « robbery » est un vol avec violence. (NdT)

²³² En caractères grecs dans le texte. (NdT)

Homère, Apollon appelle Mercure philètèn²³³, *fileteen*²³⁴ et *arkhon philètôn*²³⁵. Je ne soutiens pas que cette étymologie soit bonne mais elle est certainement plus rationnelle que l'*animus felleus* de Sir Édouard Coke. Pour ce qui est de la chose elle-même, il est assez évident que ce que nous appelons aujourd'hui assassinat, agression²³⁶, vol et autres pratiques des félons, c'est la même chose que ce que nous appelons félonie, et ce sont des crimes en eux-mêmes sans qu'on ait besoin d'un statut. Ce n'est pas non plus le type de châtiment qui distingue la nature d'un crime de la nature d'un autre crime mais l'état d'esprit du criminel, le mal qu'il projette, considérés ensemble avec les circonstances de personnes, de temps et de lieux.

Le légiste : Parmi les félonies, le plus grave est l'assassinat.

Le philosophe : Et qu'est-ce qu'un assassinat ?

Le légiste : L'assassinat est le fait de tuer un homme avec une préméditation malveillante, comme par une arme, un poison, ou de toute autre façon où l'acte est fait avec préméditation. On peut dire que l'assassinat est le fait de tuer un homme de sang froid.

Le philosophe : Je pense qu'il y a une bonne définition de l'assassinat établi par le statut 52 *Henry III* c.25²³⁷ en ces termes : le meurtre,²³⁸ désormais, ne sera pas jugé devant nos juges si l'on s'aperçoit qu'il ne s'agit que d'un homicide par malchance²³⁹. Il le sera quand ceux qui ont été tués l'ont été par félonie, et

²³³ En caractères grecs dans le texte. (NdT)

²³⁴ Le doublement du « e » étonne. (NdT)

²³⁵ En caractères grecs dans le texte. Si la référence donnée par Cropsey est bonne (*Hymne à Hermès*, vers 292), on pourrait traduire cette expression par « roi des voleurs ». (NdT)

²³⁶ « robbery » : vol avec violence. (NdT)

²³⁷ Murder Act de 1267. La phrase qui suit en est un fidèle extrait (qu'on retrouve chez Coke à la référence donnée). (NdT)

²³⁸ « murder ». On ne peut traduire ici par assassinat puisque l'homicide par malchance est considéré comme « murder ». (NdT)

²³⁹ « misfortune » (*per infortunium*, dit Coke. Le traducteur français de Blackstone (Chompré) traduit par « homicide par malheur »). Les exemples donnés par Coke (tuer un homme par une pierre qu'on a lancée sans intention de toucher l'homme ou rater sa cible et transpercer un homme d'une flèche) font songer à ce que l'on appelle en français l'homicide involontaire. Blackstone, dans ses *Commentaires*, donne l'exemple de

pas autrement. ²⁴⁰ Et Sir Édouard Coke, interprétant ce statut (2.*Institutes* p.148), dit que ce qui était mal avant ce statut, c'était que, si quelqu'un avait tué un homme par malchance ²⁴¹ par un acte non contraire à la loi et que l'homme mourait, alors que ce n'était pas l'intention de l'homme qui avait tué, l'acte était jugé assassinat. ²⁴² Mais je ne le vois pas alléguer des preuves et je ne trouve pas une telle loi parmi les lois des Saxons recueillis (83) par M. Lambarde. Le mot est, comme Sir Édouard Coke le fait remarquer, un vieux mot saxon qui signifie qu'un homme a été tué dans un champ ou ailleurs et que celui qui a été tué n'est pas connu. En accord avec cela, Bracton, qui vivait à l'époque de la Magna Carta, définit le mot ainsi (fol. 134) : le meurtre est le fait de tuer secrètement un homme quand seul le tueur et ses compagnons l'ont vu et su; de sorte qu'on ne savait pas qui avait tué et qu'une poursuite immédiate ²⁴³ du tueur ne pouvait être entreprise. C'est pourquoi toutes ces infractions sont appelées des meurtres avant qu'on puisse savoir s'ils sont faits par félonie ou non, car on peut trouver le cadavre de quelqu'un qui s'est suicidé ou qui a été légalement tué. Le terme meurtre devint d'autant plus horrible que l'acte était commis secrètement, ce qui fait que chaque homme se considérait personnellement en danger et que, quand on voyait un cadavre, on hésitait à avancer comme le fait un cheval devant un cheval mort. ²⁴⁴ Et, pour prévenir ces problèmes, ils avaient en vigueur des lois qui, quand un meurtre avait été commis, punissaient chaque centaine ²⁴⁵ d'une somme définie par la loi qui était le prix de l'homme mort ? En effet, à cette époque, la vie de tous les hommes était estimée par de l'argent et la valeur était établie dans les lois écrites. C'est pourquoi Sir Édouard Coke se trompe quand il pense que le

l'ouvrier dont le fer de la cognée s'échappe du manche et tue un passant. (NdT)

²⁴⁰ Hobbes cite ici Coke, 2. *Institutes*, p. 148 (chap.26), qui cite lui-même le statut de Marlebridge (voir plus loin). (NdT)

²⁴¹ « per infortunium », ajoute Coke (*Ibid.*) (NdT)

²⁴² Voir les trois exemples donnés plus haut. (NdT)

²⁴³ « fresh suit ». On dit aussi « fresh poursuit ». (NdT)

²⁴⁴ La note de Cropsey qui renvoie au second discours de Rousseau est déplacée et elle l'est d'autant plus que Rousseau utilise cet exemple pour fonder le droit naturel sur la pitié (et l'amour de soi). (NdT)

²⁴⁵ Hundred : Subdivision géographique qui correspond à la surface capable de nourrir cent familles (ou, peut-être, de fournir cent hommes d'armes). (NdT)

fait de tuer un homme par malchance était, avant le statut de Marlebridge, ²⁴⁶ considéré comme un assassinat ²⁴⁷ et que ces secrets assassinats étaient détestés par le peuple qui était assujetti à une peine pécuniaire quand il laissait le coupable s’échapper. ²⁴⁸ Mais cette charge fut allégée dès que Canut ²⁴⁹ régna car il fit une loi qui stipulait que le comté, dans ce type de cas, ne serait pas taxé, sauf si c’était un Anglais qui était tué. Mais, si c’était un (84) Français (et par Français, il fallait entendre tous les étrangers et surtout les Normands), même si le tueur s’échappait, le comté ne devait pas être taxé. Cette loi, bien qu’elle fût dure, qu’elle mît à la charge des amis du mort de prouver qu’il était bien anglais, et bien qu’elle fût déraisonnable en refusant la justice à un étranger, ne fut pourtant pas abrogée avant la 14ème année du règne d’Édouard III. Par cela, vous voyez que les statuts (et non le common-law sans les statuts) font la distinction entre l’assassinat et l’homicide et que le premier est compris sous le terme général de félonie.

Le légiste : Et il en est ainsi de la petite trahison et, je pense, aussi de la haute trahison. En effet, dans le statut ci-dessus mentionné, 25 Édouard III, concernant la trahison, il y a cette clause : Et, parce que de nombreux autres cas semblables de trahison peuvent se présenter à l’avenir, qu’on ne peut pas concevoir ou préciser pour l’instant, il est accordé que, si un cas supposé de trahison qui n’est pas spécifié ci-dessus se présente devant des juges, ils devront attendre, sans rendre de jugement pour trahison, jusqu’à ce que la cause soit montrée et précisée devant le Roi et son Parlement pour qu’ils décident s’il s’agit de trahison ou d’une autre félonie. ²⁵⁰ On voit par là que le Roi et le Parlement pensaient que la trahison était l’une des sortes de félonie.

Le philosophe : Et je le crois aussi.

²⁴⁶ Il s’agit de 52 Henry III (1267), qu’on trouve chez Coke : 2.*Institutes*, p.101.

²⁴⁷ « He that killed a man by misadventure was put to death. » (*Ibid.* p.148). (NdT)

²⁴⁸ « If a man kill a man by misadventure, if he escape, the towne shall be amerced. » (*Ibid.*) (NdT)

²⁴⁹ Canut le Grand, ou Knud le Grand, roi d’Angleterre (sous le nom de Canut Ier) de 1016 à 1035. (NdT)

²⁵⁰ Répétition mot à mot d’un passage des pages 69 et 70. (NdT)

Le légiste : Mais Sir Édouard Coke nie qu'il en soit ainsi aujourd'hui car (1. *Institutes*, sec.745), ²⁵¹ au mot félonie, il dit que, dans les temps anciens, ce mot *félonie* était d'un sens si large qu'il incluait la haute trahison ²⁵² mais que, ensuite, il fut décidé que, dans la grâce ou charte royale, le mot *félonie* (85) s'étendrait seulement aux félonies communes. A ce jour, la loi inclut dans la félonie la petite trahison, l'assassinat, l'homicide, l'incendie volontaire de maison, le vol avec effraction, le vol avec violence, le viol, etc., la chaude-colle, ²⁵³ l'homicide *se defendendo* ²⁵⁴ et le petit larcin ²⁵⁵. ²⁵⁶

Le philosophe : Il dit que ce fut décidé; mais par qui ?

Le légiste : Par les juges d'assises, à l'époque d'Henry IV, comme il semble être dit dans la marge.

Le philosophe : Les juges d'assises ont-ils le pouvoir, par leur commission, de changer la langue du pays et le sens reçu des mots ? La question de savoir si les infractions seront dites félonies est-elle renvoyée devant les juges qui en décident comme la question de savoir quelles infractions seront dites trahisons est renvoyée devant le Parlement par le statut d'Édouard III ? Je ne le pense pas. Et peut-être encore peuvent-ils être obligés ²⁵⁷ de rejeter une grâce pour trahison quand, mentionnant toutes les félonies, elle ne nomme pas la trahison et ne précise pas l'infraction par une description des faits.

²⁵¹ Page 391. (NdT)

²⁵² Et coke ajoute : « And therefore in our antient bookes, by the pardon of all felonies, high-treason, ou counterfeiting of the great seale, and of the king's coine, etc. was pardoned. » (NdT)

²⁵³ Ou chaude-mêlée, homicide fait sous le coup d'une colère soudaine. Le terme anglais est *chancemedley*, formé de *chance*, rappelle Coke (3. *Institutes*, p.56) parce qu'il n'y a pas préméditation et de *meddle* ou *melle*, ancien mot français qui signifie bagarre, querelle. (NdT)

²⁵⁴ Dans une querelle sans préméditation, si l'un des deux se trouve dans la situation où il va mourir s'il ne tue pas son adversaire, l'homicide est un homicide *se defendendo* (par exemple s'il fuit et que son adversaire le poursuit pour le tuer). Il s'agit d'une sorte de légitime défense. (NdT)

²⁵⁵ Vol d'un bien de peu de valeur, cette valeur étant précisée par la loi de l'époque.

²⁵⁶ Tous ces types d'infractions sont donnés par Coke. (*Ibid.*) (NdT)

²⁵⁷ « may be obliged ». Cropsey choisit « may be desobliged ». Sur cette question, voir sa note 36 et la note 61 de la traduction Vrin. (NdT)

Le légiste : Il existe une autre sorte d'homicide, appelé simplement homicide ou meurtre [sans préméditation] ²⁵⁸, et qui n'est pas un assassinat : c'est quand un homme, le sang échauffé, en tue un autre dans une querelle soudaine.

Le philosophe : Si deux hommes se rencontrent dans la rue, en viennent à se disputer pour savoir qui aura le haut du pavé ²⁵⁹, se battent à cause de cela et que l'un tue l'autre, je crois vraiment que celui qui a tiré en premier son épée a prémédité l'acte avec malveillance, bien que la préméditation ne fût pas longue. S'il y a félonie ou pas, on peut en douter. Il est vrai que le mal commis est le même que s'il y avait félonie mais la méchanceté de l'intention est loin d'être aussi importante. En supposant qu'il y ait eu félonie, il est alors manifeste, par le statut de Marlebridge, que c'était un assassinat. (86) Quand un homme tire son épée et en tue un autre pour un mot ou une broutille, peut-on imaginer qu'il n'y ait pas eu avant malveillance ?

Le légiste : Il est très probable qu'il y ait eu plus ou moins de malveillance et c'est pour cela que la loi a ordonné que la peine soit la même que pour l'assassinat, sauf quand le coupable a le bénéfice de sa clergie. ²⁶⁰

Le philosophe : Le bénéfice de clergie est valable dans un autre cas et ne signifie pas une atténuation du crime. En effet, ce n'est qu'une relique ²⁶¹ du vieux privilège papal usurpé qui, maintenant, a été tant rogné par les nombreux

²⁵⁸ La différence essentielle entre « murder » (assassinat) et « manslaughter » (meurtre) est l'absence de préméditation dans le cas du deuxième homicide. (NdT)

²⁵⁹ J'hésitais sur la traduction de « who shall go nearest to the wall » jusqu'au moment où j'ai parcouru un livre (Rowland Strong : *Sensations of Paris*, Londres, 1912, p.166) où était expliqué la disposition des rues du vieux Paris. Le milieu de la rue, en creux, servait à récupérer les eaux pluviales (et certainement aussi certaines eaux usées) tandis que les côtés, *plus hauts et près des murs*, demeuraient secs et propres. Les gens de rang supérieur choisissaient ce *haut du pavé* tandis que les gens du peuple passaient au milieu. Dans notre texte, peu importe qu'il s'agisse du sens propre ou du sens figuré. Le résultat est le même. (NdT)

²⁶⁰ Le privilège de clergie était le privilège des clercs d'être jugés par un tribunal ecclésiastique puis des gens sachant lire d'échapper à l'exécution capitale. Ici, « a le bénéfice de sa clergie » signifie « a le bénéfice de son savoir ». (NdT)

²⁶¹ « relic ». Hobbes utilise très souvent le terme quand il s'agit du pape, pour des raisons évidentes. (NdT)

statuts qu’il n’est plus qu’une façon légale de faire preuve d’indulgence, non seulement pour le clergé mais aussi pour les laïques.

Le légiste : La fonction de juge, voyez-vous, est très difficile et elle requiert un homme qui a la faculté de distinguer les dissemblances dans des cas que le jugement commun juge être identiques. Une petite circonstance peut faire un grand changement et c’est pourquoi celui qui ne sait pas bien distinguer [les choses] ne doit pas se charger de la fonction de juge.

Le philosophe : Vous le dites très bien car si les juges devaient suivre les jugements les uns des autres dans des cas précédents, toute la justice du monde, à la longue, dépendrait de la sentence de quelques hommes instruits ou non, de quelques ignorants, et elle n’aurait plus rien à voir avec l’observation de la raison.

Le légiste : Il y a une troisième sorte d’homicide, quand un homme en tue un autre, soit par malchance, soit parce qu’il doit nécessairement défendre sa vie ou celle du Roi ou celle de ses lois car il ne s’agit ni de félonie, ni de crime, sauf, comme le dit Sir Édouard Coke (3.*Institutes*, p.56) que, si l’acte que l’homme est en train de faire, quand il tue un autre homme, est illégal, c’est alors un assassinat. Par exemple, si A veut (87) voler un cerf dans le parc de B, qu’il tire le cerf et, par ricochet de la flèche, tue un enfant caché dans un buisson, c’est un assassinat car l’acte était illégal; mais si le propriétaire du parc fait la même chose en tirant un cerf ²⁶² qui lui appartient, il a tué l’enfant par malchance et ce n’est pas félonie.

Le philosophe : Aucun statut ne fait cette distinction, ce n’est que le common-law de Sir Édouard Coke. Je ne crois pas un mot de cela. Si un garçon, volant des pommes, tombe sur un homme qui se trouve sous l’arbre, lui brise le cou et, par le même hasard, sauve sa vie, Sir Édouard Coke, semble-t-il, le fera prendre comme si sa chute était préméditée. Dans ce cas, tout ce qu’on peut appeler crime n’est qu’une simple transgression avec, peut-être, un dommage de six pence ou un schilling. J’avoue que la transgression était une infraction à la loi mais pas la chute et ce n’est pas par la transgression que l’homme a été tué mais par la chute. Il doit être quitte de cette mort et il doit aussi donner réparation pour la transgression. Mais je crois que la raison pour laquelle Sir Édouard se trompe, c’est qu’il n’a pas bien compris Bracton, qu’il cite dans la marge. En effet, il dit ceci (fol.120b lib.iii. cap.4) : *Sed hic erit distinguendum, utrum quis dederit*

²⁶² « sans mauvaise intention », ajoute Coke. (NdT)

operam rei licitæ, vel illicitæ; si illicitæ, ut si lapidem projiciebat quis versus locum per quem consueverunt homines transitum facere, vel dum insequitur quis equum vel bovem, et aliquis a bove vel equo percussus fuerit, et hujusmodi, hoc imputatur ei. C'est-à-dire : mais ici, nous devons discerner si ce que fait l'homme est légal ou illégal. Si c'est illégal, comme quand un homme jette une pierre en un lieu où les hommes ont l'habitude de passer ou pourchasse un cheval ou un bœuf qui, à cause de cela, heurte un homme, (88) cela doit lui être imputé. C'est très raisonnable car le fait de commettre cet acte illégal, comme on l'entend ici, est un argument qui montre suffisamment qu'il y avait une intention de félonie ou, du moins, un espoir de tuer l'un ou l'autre (peu importe qui), ce qui est pire que de projeter la mort d'un homme déterminé et c'est un assassinat. Au contraire, si la chose que fait un homme est légale et qu'elle entraîne par hasard la mort de quelqu'un, il peut s'agir d'une félonie. En effet, si un charretier conduit sa charrette dans Cheapside,²⁶³ au milieu d'une foule de gens, et qu'il tue un homme, bien qu'il n'y ait pas malveillance, pourtant, comme il voyait qu'il y avait un très grand danger, on peut raisonnablement inférer qu'il avait envisagé le risque de tuer une personne ou une autre, même si ce n'était pas la personne qui fut tuée.

Le légiste : C'est aussi un félon, celui qui se tue volontairement²⁶⁴ et il est appelé *felo de se*²⁶⁵ non seulement par les légistes du common-law mais aussi par divers statuts.²⁶⁶

Le philosophe : Et il en est bien ainsi car les noms imposés par les statuts équivalent à des définitions. Mais je ne conçois pas comment un homme peut porter en lui *animum felleum*,²⁶⁷ une telle malveillance envers lui-même qu'il se

²⁶³ Rue de Londres. (NdT)

²⁶⁴ Coke précise pourquoi il ajoute « volontairement ». On peut se tuer involontairement, par exemple dans une rixe où l'on se jette sur le couteau de l'autre involontairement.

²⁶⁵ Félon de soi, celui qui fait une félonie à son propre égard. (NdT)

²⁶⁶ « Un *felo de se* est un homme ou une femme qui, ayant atteint l'âge de raison, étant maître de lui-même et ayant une mémoire saine, se suicide, ce qui sera attesté par le serment de douze hommes et entraînera la confiscation des biens de la partie qui a commis cette infraction. » 3. *Institutes*, p.54. (NdT)

²⁶⁷ Voir note ci-dessus. (NdT)

nuît volontairement à lui-même et, ce qui est pire, se suicide. En effet, naturellement et nécessairement, l'intention de tout homme vise ce qui est bon pour lui-même et tend à sa conservation. Il me semble donc que, s'il se suicide, il faut présumer qu'il n'est pas *compos mentis* ²⁶⁸, qu'il est aliéné ²⁶⁹ à cause d'un tourment intérieur ou d'une crainte de quelque chose de pire que la mort. ²⁷⁰

Le légiste : Oui, à moins qu'il ne soit *compos mentis*, il n'est pas *felo de se*, ²⁷¹ comme le dit Sir Édouard Coke (3. *Institutes*, p.54) et il ne peut donc être jugé *felo de se* à moins qu'il ne soit d'abord prouvé qu'il est *compos mentis*.

(89) **Le philosophe :** Comment peut-on le prouver d'un homme mort, surtout si on ne peut pas prouver par des témoins que l'homme, peu avant sa mort, parlait comme les autres hommes le font d'ordinaire ? C'est un point difficile et, avant d'en faire une common-law, il faudra l'éclaircir.

Le légiste : J'y penserai. Il existe un statut, 3 *Henry VII*, C.14 qui considère comme félonie le fait, pour un serviteur de la maison du Roi dont le rang est inférieur à celui d'un lord, de préméditer la mort d'un membre du Conseil Privé du Roi. Les termes sont ceux-ci : Que désormais l'intendant, le trésorier et le contrôleur de la maison du roi, pendant le temps de leur fonction, ou l'un d'eux, aient pleine autorité et plein pouvoir pour faire faire une enquête par douze hommes sérieux et discrets du rôle de l'Échiquier de l'honorable maison du Roi pour savoir si un serviteur, admis pour être son serviteur juré et dont le nom est au rôle de l'Échiquier, quel qu'il soit, quel que soit son service, office ou place

²⁶⁸ Maître de lui, maître de son esprit. (NdT)

²⁶⁹ « distracted ». (NdT)

²⁷⁰ « C'est l'usage ordinaire des jurés, dans les cas de suicide, de déclarer le défunt insensé, probablement parce que se détruire soi-même est un acte si contraire au sentiment inné qui nous attache à la vie, qu'il suppose qu'on ne peut se donner la mort que dans un accès de folie. » Alexandre Laya : *Droit anglais ou résumé de la législation anglaise sous la forme de codes*, Paris, 1850, tome 2, p.303. (NdT)

²⁷¹ Un homme qui se tue alors qu'il n'est pas maître de lui, dit Coke, n'est pas félon de soi car, selon la loi, il ne peut assassiner (au sens défini dans notre texte) quelqu'un et il ne peut donc s'assassiner lui-même. Coke va jusqu'à préciser : Si un homme, pendant qu'il n'est pas maître de lui, se donne un coup mortel, recouvre la mémoire et meurt, il n'est pas félon de soi parce que le coup qui a été cause de sa mort a été donné alors qu'il n'était pas maître de lui. (*Ibid.*) (NdT)

réputés, eus et pris au-dessous de la condition de lord, fait partie d’une conspiration, d’un complot et prémédite et imagine avec d’autres d’assassiner le Roi ou un lord de son royaume ou toute autre personne jurée de la maison du Roi, intendant, trésorier ou contrôleur. S’il est trouvé, par aveu ou autrement, que ces individus sont coupables, ladite infraction sera jugée félonie. ²⁷²

Le philosophe : Par ce statut, on voit que ce n’est pas seulement le fait de préméditer la mort, comme vous dites, d’un conseiller privé qui est félonie mais aussi de préméditer la mort d’un lord du royaume, si cela est fait par un serviteur de la maison du Roi dont le rang est inférieur à celui d’un lord.

Le légiste : Non. Sir Édouard Coke, de ces termes *un lord de ce royaume ou toute autre personne jurée du conseil du Roi* (3. *Institutes*, p.38), infère qu’on doit (90) comprendre seulement un lord qui soit conseiller privé.

Le philosophe : En exceptant les lords du Parlement de ce privilège, il tire le statut un peu au-delà de sa portée réelle. Mais comment ces félonies sont-elles jugées?

Le légiste : La mise en accusation doit être prononcée devant l’intendant, le trésorier et le contrôleur de la maison du Roi ou devant l’un d’eux par douze serviteurs de la maison du Roi. Pour le jugement, le petit jury doit être formé de douze autres serviteurs du Roi et les juges sont encore l’intendant, le trésorier et le contrôleur ou deux d’entre eux ; et, pourtant, je vois que ces hommes, d’ordinaire, n’étudient pas beaucoup le droit. ²⁷³

Le philosophe : Ainsi vous pouvez être assuré que soit le Roi et le Parlement furent très négligents en choisissant des officiers à vie pour être juges des procès de common-law, soit Sir Édouard Coke a pris trop de liberté en attribuant tout le pouvoir de juger, tant en droit qu’en équité, aux légistes du common-law; comme si ni les laïques, ni les hommes d’honneur, ni aucun des lords spirituels, qui sont les plus versés dans l’examen de l’équité et des cas de conscience, n’étaient pas capables, quand ils entendent lire et plaider les statuts, de juger de leur intention et de leur sens. Je sais que ni les grands personnages, ni les évêques n’ont d’ordinaire des emplois qui leur laissent le loisir d’être assez habiles pour plaider

²⁷² 3. *Institutes*, p.37. (NdT)

²⁷³ « are not usually great students of the law. » (NdT)

des causes à la barre mais ils sont certainement, surtout les évêques, les plus capables de juger des questions de raison, c’est-à-dire (de l’aveu de Sir Édouard Coke) des questions de common-law, à l’exception des affaires de sang.

(91) **Le légiste** : Une autre sorte de félonie sans meurtre (manslaughter) est le vol avec violence (robbery) et Sir Édouard Coke le définit ainsi (3. *Institutes*, p.68) : le vol avec violence, selon le common-law, est une félonie commise par l’attaque violente de la personne d’autrui, en lui faisant peur et en lui prenant son argent ou d’autres biens, de quelque valeur qu’ils soient.

Le philosophe : Le vol avec violence (robbery) n’est distingué du simple vol (theft) par aucun statut. Le *Latrocinium* ²⁷⁴ comprend les deux et les deux sont des félonies, punies de mort. Les distinguer correctement est donc le travail de la raison seule. La première différence, évidente pour tous les hommes, est que cette infraction se commet en utilisant la violence et en faisant peur, ce qui n’est jamais le cas dans le simple vol (theft) car le vol est un acte secret et tout ce qui est pris en utilisant la violence et en faisant peur, soit sur la personne, soit en sa présence, est toujours du vol avec violence (robbery). Mais si on prend quelque chose secrètement, de jour comme de nuit, sur la personne, dans son parc ou sa pâture, on appelle cela un simple vol. C’est la force et la fraude seules qui font la distinction entre le simple vol et le vol avec violence qui, tous les deux, comme l’intention est de nuire, sont des félonies par nature. Mais il y a tant d’échappatoires juridiques découverts par les méchants que je ne sais comment les ranger dans cette catégorie de félonie. Supposez que j’entre secrètement, de jour ou de nuit, sur le champ de blé mur et sur pied d’un autre homme, que je remplisse ma charrette de blé et que je l’emporte, est-ce vol ou vol avec violence ?

Le légiste : Ni l’un, ni l’autre. C’est une transgression (trespass). Mais, si vous mettez par terre le blé que vous avez coupé et que vous le mettez ensuite dans votre charrette, c’est alors une félonie.

Le philosophe : Et pourquoi ?

²⁷⁴ Brigandage. Le mot fut utilisé par le pape Léon Ier pour désigner le concile d’Ephèse de 449, concile de brigands, de bandits. (NdT)

Le légiste : Sir Édouard Coke vous en donne la raison (92) (3.*Institutes*, p.107) car il définit le vol (theft) ²⁷⁵ comme étant, selon le common-law, le fait qu'un homme ou une femme prenne et emporte avec félonie et de façon frauduleuse les simples biens personnels de quelqu'un, non sur la personne ni de nuit dans la maison du propriétaire. A partir de cette définition, il argumente ainsi, page 109 : toute sorte de blé ou de grain qui pousse sur le sol est un bien personnel et les exécuteurs testamentaires du propriétaire auront ce grain, même s'il n'est pas coupé. Cependant, aucun vol de ce grain ne peut être commis parce qu'il est annexé aux biens réels. ²⁷⁶ Il en est de même de l'herbe qui pousse sur le sol, des pommes ou de tous fruits sur un arbre, etc. ²⁷⁷ Il en est de même d'une boîte ou d'un coffre contenant des chartes, ²⁷⁸ on ne peut pas commettre un vol parce que les chartes font partie des biens réels et que la boîte ou le coffre, même d'une grande valeur, est de la même nature que les chartes. *Et omne magis dignum trahit ad se minus.* ²⁷⁹

Le philosophe : Cette définition est-elle tirée d'un statut ou est-elle chez Bracton ou Littleton ou la trouve-t-on chez quelqu'un qui a écrit sur la science du droit ?

Le légiste : Non, c'est la sienne et vous pouvez remarquer par les sentences de logique qu'on trouve dans ses œuvres qu'il était assez bon logicien pour former une définition.

Le philosophe : Mais, si ses définitions doivent être la règle du droit, qu'y a-t-il dont il ne puisse faire ou non une félonie selon son plaisir. Mais, vu qu'il ne dit

²⁷⁵ Coke utilise le mot « larceny ». (NdT)

²⁷⁶ Blackstone dit de la propriété qu'elle est « 1) *personnelle*, ce qui comprend les marchandises, l'argent, tous autres chattels mobiliers, ce qui en dépend, tout ce qui peut se transporter avec la personne d'un homme, en quelque lieu qu'il passe ; choses qui, de là, tirent leur dénomination de propriétés personnelles. 2) *réelle*, ce qui consiste dans les objets permanents, fixes, immobiliers, tels que les biens-fonds, ténements et héritages de toute espèce, non annexés à la personne et qui ne peuvent être déplacés du lieu où ils se trouvent. » Blackstone : *Commentaires sur les lois anglaises*, traduction Chompré, Paris, 1823, tome IV, p.244

²⁷⁷ « de buissons ou de bois qui pousse », ajoute Coke.

²⁷⁸ « charters » : ici, titres de propriété et documents de même type. (NdT)

²⁷⁹ Toute chose de valeur tire à elle ce qui est de moindre valeur. La maxime, d'ordinaire se termine par « sit antiquius ». (NdT)

pas le droit statuaire, il faut que ce soit la parfaite raison ou, alors, ce n'est absolument pas du droit; et cette définition me semble si loin de la raison que je la juge ridicule. Mais examinons-la. Il ne peut y avoir, dit-il, de vol (larceny) de blé, d'herbe ou de fruits qui poussent, c'est-à-dire que ces choses ne peuvent être volées. Mais pourquoi ? Parce qu'elles (93) font partie des biens réels, c'est-à-dire qu'elles font partie de la terre. Il est vrai que la terre ne peut pas être volée et il en est de même du droit de tenure de quelqu'un mais le blé, les arbres et les fruits, même sur pied, peuvent être coupés et emportés secrètement et avec félonie en dépit et au mépris de la loi. Ne sont-ils pas alors volés ? Et y a-t-il un acte qui soit commis avec félonie et qui ne soit rien de plus qu'une transgression (trespass) ? Qui comprend la langue anglaise ne peut en douter. Il est vrai que, si un homme prétend avoir un droit sur une terre et que, vu cette prétention, il prenne les fruits de cette terre en signe de prise de possession de son bien, ce n'est rien de plus qu'une transgression, à moins qu'il ne le fasse en cachette car, dans ce cas, il ne fait qu'obliger celui qui était avant en possession de la terre à exhiber sa plainte, laquelle intention n'est pas de la félonie mais est une intention légitime. En effet, rien ne permet de distinguer ce qui est félonie et ce qui ne l'est pas, sinon l'intention. J'ai entendu dire que si un homme en accuse calomnieusement un autre de lui avoir volé un arbre sur pied, aucune action ne sera entreprise et pour cette raison, c'est qu'il est impossible de voler un arbre sur pied. La raison de cette impossibilité, c'est que la tenure franche (freehold) ²⁸⁰ de quelqu'un ne peut pas être volée, ce qui est un sophisme très évident. En effet, tenure franche signifie non seulement le tènement ²⁸¹ (tenement) mais aussi la tenure ²⁸² (tenure) et, bien qu'il soit vrai qu'une tenure ne peut pas être volée, tout le monde peut néanmoins voir que des arbres et du blé sur pied (standing) peuvent être facilement volés. Et, dans la mesure où les arbres, etc., sont des parties de la tenure franche (freehold), ils sont aussi des biens personnels. Tout ce qui est tenure franche fait partie de la succession et revient aux héritiers et rien ne peut revenir aux exécuteurs testamentaires que ce qui est simplement personnel. Et,

²⁸⁰ Terre achetée pour laquelle le propriétaire ne paie plus de droits à un seigneur. Dans le cas d'une tenure à bail, l'occupant n'est évidemment pas propriétaire du bien. (NdT)

²⁸¹ L'objet, la terre et ce qu'elle contient. (NdT)

²⁸² Le mode de possession de la terre. (NdT)

bien qu’une boîte ou une caisse d’attestations ²⁸³ doive revenir (94) aux héritiers, pourtant, à moins que vous ne me montriez une loi positive qui stipule le contraire, ils tomberont dans les mains des exécuteurs testamentaires pour être remis aux héritiers. En outre, qu’il est choquant de voir que celui qui vole pour un schilling de bois que le vent a fait tomber ou qui pourrit à terre sera pendu alors que celui qui prend un arbre d’une valeur de vingt ou quarante schillings devra seulement répondre du dommage !

Le légiste : C’est un peu difficile à accepter mais c’est la pratique depuis des temps immémoriaux. Il y a ensuite la sodomie ²⁸⁴ et le viol ²⁸⁵ qui sont tous les deux des félonies. ²⁸⁶

Le philosophe : Je le sais et il dit justement de la première qu’elle est détestable, ²⁸⁷ étant une sorte d’apostasie de la nature humaine mais, en aucun d’eux, il n’y a de l’*animus felleus*. Les statuts qui en font des félonies sont exposés à la lecture de tout le monde mais, comme les commentaires de Sir Édouard Coke sur ces félonies sont si appliqués et si précis qu’ils ne peuvent être affranchis d’une certaine obscénité, ²⁸⁸ nous sauterons ces questions en

²⁸³ « evidences » : preuves, témoignages, documents à produire devant un juge. (NdT)

²⁸⁴ « La sodomie est un péché détestable et abominable, qui ne doit pas être nommé parmi les chrétiens, qui est commise par la connaissance charnelle contre l’agencement du créateur et l’ordre de la nature, entre un homme et un homme ou entre un homme et une bête ou entre une femme et une bête. (...) Nos anciens auteurs concluent qu’elle mérite la mort » 3. *Institutes*, p.58. (NdT)

²⁸⁵ « Selon le common-law, le viol est une félonie et le parlement déclare que c’est la connaissance charnelle et illégitime et l’abus d’une femme de plus de dix ans contre sa volonté ou d’un enfant de sexe féminin de moins de dix ans avec sa volonté ou contre sa volonté, et celui qui commet cette félonie n’aura pas le privilège de la clergie. » 3. *Institutes*, p.60. (NdT)

²⁸⁶ « Si une personne pratique la sodomie avec un humain ou une bête, par l’autorité du Parlement, cette infraction sera jugée félonie, sans bénéfice de la clergie. » (*Ibid*, p.58) (NdT)

²⁸⁷ Le mot figurait dans le statut, 25 H 8, comme le rappelle Coke p.59. (NdT)

²⁸⁸ Coke parle de pénétration, d’émission de sperme (par exemple, quand il signale que, malgré l’émission de sperme, il n’y a pas viol s’il n’y a pas pénétration), ce qui pouvait peut-être choquer certains lecteurs de l’époque. (NdT)

remarquant seulement en passant qu'il laisse un échappatoire à l'impuissant, bien que son but soit le même et qu'il le poursuive de toutes ses forces. ²⁸⁹

Le légiste : Il y a deux autres grandes félonies, l'effraction (breaking) et l'incendie volontaire de maison. Aucune de ces félonies n'est définie dans un statut. La première est définie ainsi par Sir Édouard Coke (3. *Institutes*, p.63) : le vol avec effraction (Burglary) ²⁹⁰, selon le common-law, est le fait de commettre une effraction et d'entrer dans la résidence ²⁹¹ d'autrui, de nuit, ²⁹² avec l'intention de tuer une créature raisonnable ou de commettre une autre félonie dans cette résidence, que l'intention soit mise ou non à exécution. Et il définit la nuit : c'est quand un homme ne peut plus voir le visage ²⁹³ (95) d'autrui comme de plein jour. Et, comme parties de la résidence, il reconnaît tous les bâtiments qui appartiennent au ménage, comme les granges, les écuries, les laiteries, l'office, la cuisine, les chambres, etc. L'effraction de jour, bien qu'il s'agisse de félonie punie comme un vol avec effraction, n'est pas dans le statut.

Le philosophe : Je n'ai rien à dire ici contre son interprétation mais je n'apprécie pas qu'un particulier ait la prétention de déterminer si un acte est prévu ou non dans les termes d'un statut car il n'appartient qu'au jury, quand il donne son verdict, de dire si le fait exposé devant lui est un vol avec effraction, un vol avec violence, un simple vol ou une autre félonie (burglary, robbery, theft, or

²⁸⁹ Chez Coke, je n'ai pas trouvé trace de cet échappatoire dans le chapitre sur la sodomie et dans le chapitre sur le viol. (NdT)

²⁹⁰ La traduction par « vol avec effraction » n'est pas satisfaisante et la traduction par « cambriolage » serait pire (puisque l'on peut cambrioler sans effraction. Comme le rappelle Coke p.64, si un individu s'introduit dans une maison par la porte ouverte et vole, il y a bien « theft » mais pas « burglary »). Il s'agit, comme le dit ce paragraphe, d'un bris et d'une entrée avec l'intention d'une félonie (tuer, violer, voler). Or, dira-t-on de celui qui commet une effraction et qui tue le propriétaire de la maison qu'il a commis un *vol avec effraction*. Néanmoins, il semble que le mot ait été surtout utilisé pour les vols avec effraction, ce que veut certainement suggérer Coke quand il rappelle une possible étymologie : « burgh » qui signifie « maison » et « larron » qui signifie « voleur ». (NdT)

²⁹¹ Le terme rappelle que la maison doit être habitée pour qu'il y ait « burglary ». (NdT)

²⁹² Coke signale que l'infraction est d'autant plus grave, la nuit étant le moment où les bêtes courent après leurs proies. (NdT)

²⁹³ Hobbes utilise le mot « face » et Coke le mot « countenance ». (NdT)

other felony). En effet, c’est donner au jury un jugement orienté, jury qui ne doit pas prêter attention aux Institutes d’un juriste privé mais aux statuts eux-mêmes qui sont plaidés devant lui pour qu’il ait des directions.

Le légiste : L’incendie [volontaire] (burning), définie par Sir Édouard Coke (Ibid. p.66), est, en common-law, une félonie commise par celui qui, par malveillance ²⁹⁴ et volontairement, de nuit ou de jour, brûle la maison d’autrui. ²⁹⁵ Et il en infère que si un homme met le feu à la maison et que le feu ne prend pas, le cas n’est pas prévu par le statut. ²⁹⁶

Le philosophe : Si un homme, secrètement et avec malveillance, dépose une quantité de poudre ²⁹⁷ sous la maison d’un autre homme suffisante pour la faire exploser et s’il dépose une traînée de poudre, met le feu à cette traînée et qu’un accident empêche l’effet, n’est-ce pas un incendie [volontaire] ? Qu’est-ce donc ? Quel crime ? Ce n’est ni une trahison, ni un assassinat, ni un vol avec effraction, ni un vol avec violence, ni un simple vol, ni (il n’y a eu aucun dommage) une transgression, ni une chose contraire à un statut. Et pourtant, étant donné que le common-law est la loi de la raison, c’est un péché et un péché dont on peut être convaincu et accusé et, (96) par conséquent, c’est un crime prémédité commis avec malveillance. L’homme ne sera-t-il pas puni pour sa tentative ? Je vous accorde qu’un juge n’a, par le droit statutaire ou par le common-law, aucun mandat, aucune commission pour fixer le châtement mais le Roi a certainement le pouvoir de le punir, sur sa vie ou sur ses membres, comme il lui plaît et, avec l’accord du Parlement, sinon sans cet accord, de faire de ce crime un crime capital à l’avenir.

²⁹⁴ Selon Coke, le mobile le plus habituel est la vengeance. (NdT)

²⁹⁵ Si le feu se propage à une maison voisine qui n’était pas visée par la malveillance, il y a aussi félonie pour cette deuxième maison car l’intention de départ était malveillante. (*Ibid.*) (NdT)

²⁹⁶ « Si quelqu’un met le feu à une partie d’une maison et qu’elle ne brûle pas, ce n’est pas une félonie car les termes de l’acte d’accusation sont *incendit et combussit*. » (*Ibid.*) (NdT)

²⁹⁷ Peut-être Hobbes pense-t-il à la Conspiration des Poudres dont il a déjà parlé. (NdT)

Le légiste : Je ne sais pas. Outre ces crimes, il y a la conjuration des esprits, ²⁹⁸ la sorcellerie, la magie et les enchantements, qui sont des crimes capitaux depuis le statut 1. *James*. C.12.

Le philosophe : Mais je ne désire pas parler de ce sujet car, bien que, sans aucun doute, ces crimes soient les signes d’une grande méchanceté, je me suis toujours trouvé trop lourd d’esprit pour concevoir la nature de tout cela et comment le diable a le pouvoir de faire ces nombreuses choses dont les sorcières sont accusées. Mais voyons maintenant les crimes non capitaux.

Le légiste : Négligerons-nous le crime d’hérésie que Sir Édouard Coke place avant l’assassinat ? Mais l’étude de ce crime sera peut-être un peu longue.

Le philosophe : Reportons cela à cet après-midi.

Le légiste ²⁹⁹ : Pour l’hérésie, Sir Édouard Coke (3. *Institutes*, p.39) dit qu’il faut considérer cinq choses : 1) Qui sont les juges de l’hérésie ? 2) Qu’est-ce qui sera jugé hérétique ? 3) Quel est le jugement rendu contre un homme convaincu d’hérésie ? 4) Que la loi lui permet-elle pour sauver sa vie ? 5) Quelles confiscations le jugement rendu contre lui ordonnera-t-il ?

Le philosophe : La principale chose à considérer, l’hérésie elle-même, il l’omet, c’est-à-dire : en quels faits ou en quels mots elle consiste ? Quelle loi est violée, la loi statutaire ou la loi de la raison ? La (97) raison pour laquelle il l’omet est peut-être celle-ci : la question est extérieure à sa profession et elle n’appartient pas à son savoir. L’assassinat, le vol avec violence, le simple vol, etc., ce sont des choses que tout le monde sait être mal et ce sont des crimes définis par le droit statutaire, de sorte que chacun peut les éviter s’il le veut. Mais qui peut être certain d’éviter l’hérésie (si l’on ose expliquer sa foi), à moins de savoir d’abord ce qu’elle est.

²⁹⁸ L’acte parle aussi de l’évocation des esprits malins (wicked spirits) et des charmes. Cet acte vise les effets préjudiciables de ces pratiques plutôt que les pratiques elles-mêmes. (NdT)

²⁹⁹ On lit désormais dans la marge, à gauche : De l’hérésie. (NdT)

Le légiste : Dans le préambule du statut 2 *Henri IV*, c.15, ³⁰⁰ l’hérésie est ainsi définie : prêcher ou écrire ³⁰¹ une doctrine contraire à ce qu’a déterminé la Sainte Église.

³⁰⁰ C’est l’acte De haeretico comburendo (1401), dont voici quelques extraits : « (...) Des personnes fausses et perverses (...) pensent des choses odieuses contre la loi de Dieu et de l’Eglise, usurpent la fonction de prédicateur, agissent de façon perverse et avec l’intention de nuire en divers endroits dudit royaume et, sous une apparence de sainteté, ces hommes prêchent et enseignent en ce moment, en public mais aussi en secret, différentes doctrines nouvelles et des opinions malveillantes et erronées, contraires à la foi et aux résolutions de la Sainte Eglise, (...) ils se réunissent illégalement et conspirent, ils tiennent des écoles et enseignent, font et écrivent des livres, ils instruisent et informent le peuple avec malice et ils peuvent ainsi le pousser à la sédition et à l’insurrection, créer des querelles et des divisions, (...) subvertir ladite foi catholique et la doctrine de la Sainte Eglise, affaiblir le culte de Dieu, détruire l’Etat, les droits et les libertés de ladite Eglise d’Angleterre. Par cette secte et par les sermons malveillants et trompeurs, par les doctrines et opinions desdites personnes fausses et perverses, les âmes courent les plus grands dangers, mais d’autres maux, d’autres calomnies, d’autres périls que Dieu prohibe peuvent venir en ce royaume, à moins que sa majesté le roi ne nous aide rapidement de façon importante, surtout depuis que les diocèses dudit royaume ne peuvent pas, par leur juridiction spirituelle, sans l’assistance de ladite majesté royale, punir lesdites personnes fausses et perverses, ni empêcher leur malice parce que lesdites personnes fausses et perverses vont de diocèse en diocèse et refusent de comparaître devant les évêques, condamnant et méprisant cette juridiction spirituelle et les remontrances et critiques de l’Eglise. Ainsi, leurs sermons malveillants et leurs doctrines se propagent, visant l’entière destruction de tout ordre, de toute règle de droit et de raison. A cause de ces nouveautés et des excès ci-dessus cités, les prélats et le clergé ci-dessus mentionnés, et aussi les Communes dudit royaume, réunis en ce parlement, ont prié notre seigneur souverain, le roi, d’accepter par sa grandeur royale qu’un remède soit trouvé. Notre seigneur souverain, le roi, (...) a accordé, établi et ordonné (...) que personne, dans ledit royaume et dans les autres possessions de sa majesté royale, n’ait le droit de prêcher, en public ou en secret, sans avoir d’abord demandé et obtenu l’autorisation de l’évêque de l’endroit, à l’exception des vicaires en leur église, des personnes ayant jusqu’à maintenant un privilège et d’autres prévues par la Loi Canon. Que personne ne prêche quelque chose, ne soutienne, n’enseigne, n’instruise, en public ou en secret, ne fasse ou écrive un livre contraire à la foi catholique ou aux résolutions de la Sainte Eglise. (...) Tout particulier, de ce fait, détenant des livres ou des écrits contenant ces mauvaises doctrines et opinions, devra remettre ou faire remettre ces livres et écrits à l’évêque du

Le philosophe : Il est donc hérétique à ce jour de prêcher ou d'écrire contre le culte des Saints ou l'infaillibilité de l'Église de Rome ou sur autre chose qui a été déterminé par cette Église. Par Sainte Église, à cette époque, il fallait entendre l'Église de Rome et, chez nous, aujourd'hui, il faut entendre par Sainte Église l'Église d'Angleterre. Et les opinions qui sont dans ce statut sont aujourd'hui et étaient alors la véritable foi chrétienne. Le même statut d'Henri IV déclare, dans le même préambule, que l'Église d'Angleterre n'a jamais été troublée par l'hérésie.

Le légiste : Mais ce statut a été abrogé.

Le philosophe : Alors est aussi abrogée la déclaration, la définition de l'hérésie.

Le légiste : Mais, dites-moi, qu'est-ce que l'hérésie ?

Le philosophe : Je dis que l'hérésie est une singularité de doctrine ou d'opinion contraire à la doctrine d'un autre homme ou d'autres hommes, et le mot signifie proprement la doctrine d'une secte, laquelle doctrine est adoptée en se fiant à un homme réputé pour sa sagesse et qui fut le premier auteur de cette doctrine. ³⁰² Si vous voulez comprendre la (97) vérité de tout cela, vous devez

lieu dans les quarante jours à compter de la proclamation de cette ordonnance. Si une personne (...) va contre ladite ordonnance royale, (...) ou ne remet pas les livres sus-mentionnés, (...) elle sera arrêtée et détenue sous bonne garde en prison (...) jusqu'à ce qu'elle se disculpe canoniquement ou abjure les sermons, doctrines et opinions hérétiques et erronées, comme les lois de l'Eglise le demandent et l'exigent. Si une personne (...) refuse d'abjurer ou si, après avoir abjuré, la même personne est déclarée relapse, (...) elle sera confiée à la cour séculière (...) et les maires et shérifs (...) seront personnellement présents pour prononcer la sentence requise par l'évêque et (...) devant le peuple, sur un endroit élevé, la personne sera brûlée pour qu'un tel châtiment imprime la peur dans l'esprit des autres. » (Statutes of the realm, Traduction de Philippe Folliot) (NdT)

³⁰¹ « ou enseigner », dit aussi cet acte. (NdT)

³⁰² « Le mot *hérésie* est grec et il signifie le fait de prendre quelque chose et, en particulier, le fait de choisir une opinion. Après que l'étude de la philosophie eut commencé en Grèce et que les philosophes, en désaccord, eurent fait naître de nombreuses questions, aussi bien sur les choses naturelles que sur les choses morales et civiles, comme chacun prit l'opinion qui lui plaisait, chaque opinion distincte fut appelée une *hérésie*, ce qui ne

lire les histoires et les autres écrits des anciens Grecs dont c’est le mot, lesquels écrits existent encore aujourd’hui et sont faciles à se procurer. Vous y verrez que, peu de temps avant l’époque d’Alexandre le Grand, vivaient en Grèce de nombreux excellents esprits qui employaient leur temps en recherchant la vérité dans toutes sortes de sciences dignes de leur labeur et qui, avec éloges et grand honneur, publièrent leurs écrits, certains sur la justice, les lois et le gouvernement, d’autres sur les bonnes et les mauvaises manières, d’autres encore sur les causes des choses naturelles et des événements perceptibles par les sens, et certains autres sur tous ces sujets. Parmi ces auteurs, les principaux furent Pythagore, Platon, Zénon, Épicure et Aristote, hommes qui se prêtaient à des méditations profondes et difficiles. Ils ne gagnaient pas leur pain avec leur philosophie, ayant les moyens de vivre, et ils étaient en honneur chez les princes et les grands. Bien que ces hommes fussent supérieurs aux autres en sagesse, leurs doctrines étaient pourtant en désaccord sur de nombreux points, ce qui fit que, en étudiant leurs doctrines, certains inclinèrent vers Protagoras, d’autres vers Platon, d’autres vers Aristote, d’autres vers Zénon et d’autres vers Épicure. Mais la philosophie était alors tellement à la mode que les riches s’efforçaient de faire éduquer leurs enfants dans la doctrine de tel ou tel de ces philosophes qui étaient si réputés pour leur sagesse. Ceux qui suivirent Pythagore furent appelés pythagoriciens, ceux qui suivirent Platon furent appelés académiciens, ceux qui suivirent Zénon stoïciens, ceux qui suivirent Épicure épicuriens et ceux qui suivirent Aristote péripatéticiens, et ce sont là les noms des hérésies grecques, l’hérésie n’étant rien de plus que le choix d’une opinion, et lesdits pythagoriciens, académiciens, stoïciens, péripatéticiens, etc., étaient nommés par les noms des différentes hérésies. Tous les hommes, vous le savez, sont sujets à l’erreur et les voies de l’erreur sont très différentes. Il n’est donc pas étonnant que ces sages et zélés chercheurs de vérité, malgré leurs aptitudes excellentes, aient différé sur de nombreux points. Mais cette louable habitude des grands et des riches de faire apprendre à tout prix la philosophie à leurs enfants suggéra à des individus

signifiait rien de plus qu’une opinion privée et cela sans référence à sa vérité ou à sa fausseté. » Hobbes : *Récit historique sur l’hérésie et son châtement* (traduction de P. Folliot) (*Les Classiques des Sciences Sociales*, 2009) (NdT)

paresseux et nécessiteux ³⁰³ une façon commode et expéditive de gagner leur pain, enseigner la philosophie, certains celle de Platon, d'autres celle d'Aristote, etc. À cette fin, ils avaient lu leurs livres mais sans être capables et sans s'efforcer beaucoup d'examiner les raisons de leurs doctrines et ils ne prenaient que les conclusions telles qu'ils les trouvaient. ³⁰⁴ Et, s'établissant avec cela, ils se donnèrent le titre de philosophes et parvinrent à devenir les maîtres d'école de la jeunesse grecque. Mais, étant en compétition pour ces emplois, ils se haïssaient et se raillaient les uns les autres avec tous les termes les plus cruels qu'ils pouvaient inventer; et, très souvent, quand, à l'occasion, ils étaient en civile compagnie, ils commençaient à disputer et, pour leur honte, en venaient aux coups, au grand trouble de la compagnie. Pourtant, parmi tous leurs termes calomnieux, le mot *hérétique* ne venait jamais parce qu'ils étaient tous également hérétiques, leurs doctrines n'étant pas les leurs, ayant été prises en se fiant aux auteurs ci-dessus

³⁰³ « Mais les autres, des ignorants et très souvent des fripons nécessiteux, ayant appris par cœur les opinions de ces philosophes admirés et prétendant les suivre, les utilisèrent pour gagner leur vie en enseignant aux enfants d'hommes riches qui étaient tombés amoureux de ces grandes renommées. Mais, à cause de leurs discours sans pertinence et de leurs manières sordides et ridicules, ils furent généralement méprisés, de quelque secte ou de quelque hérésie qu'ils fussent, *pythagoriciens*, *académiciens* (disciples de *Platon*), *péripatéticiens* (disciples d'*Aristote*), *épicuriens* ou *stoïciens* (disciples de *Zénon*). » Hobbes : *Récit historique sur l'hérésie et son châtement* (traduction de P. Folliot) (*Les Classiques des Sciences Sociales*, 2009) (NdT)

³⁰⁴ Dans l'Appendice au Léviathan latin, on peut lire : « sectatores tamen eorum philosophos dicendos esse non puto ; qui praeterquam quod scirent quatenus fuerint magistrorum suorum sententiae, nihil intelgebant. Principia enim et ratiocinationes, quibus eorum dogmata innitebantur, nesciebant ; neque quicquam ad philosophiae speciem in vita habuerunt, praeterquam quod tristes incederent, barbam promitterent, et pallium tritum amicerentur ; homines alioqui avari, fastuosi, iracundi, et amore civili alieni. » (*Opera philosophica...*, Molesworth, 1841, vol.III, Appendice, chapitre 2, page 540). « A l'exception de la connaissance qu'ils avaient de la pensée de leurs maîtres, ils ne comprenaient rien. En fait, ils ne connaissaient pas les principes et les raisonnements sur lesquels s'appuyaient les dogmes de leurs maîtres ; et ils n'avaient rien dans leur vie qui pût leur donner l'aspect de philosophes, sinon leur allure austère, la barbe qu'ils se laissaient pousser, le vêtement qu'ils portaient. Du reste, ils étaient des hommes cupides, dédaigneux, irascibles et étrangers à toute civilité. » (Traduction d'Isabelle Folliot, 2009) (NdT)

mentionnés. De sorte que, bien que nous trouvions l’hérésie souvent mentionnée par Lucien et d’autres auteurs païens, nous ne trouvons pourtant chez aucun d’eux le mot *haereticus* pour désigner un hérétique. Ces conflits entre les philosophes continuèrent (100) longtemps entre Grèce et, contaminant aussi les Romains, furent à leur apogée à l’époque des apôtres et de l’Église primitive jusqu’à l’époque du concile de Nicée et un peu après. Mais, finalement, l’autorité des stoïciens et des épicuriens ne fut plus beaucoup estimée et seules les philosophies de Platon et d’Aristote furent en grand crédit ; Platon avec les meilleurs qui fondaient leur doctrine sur les conceptions et les idées des choses et Aristote avec ceux qui raisonnaient seulement sur le nom des choses selon l’échelle des *catégories*. Néanmoins, bien que ce ne fussent pas des sectes de philosophie, de nouvelles opinions continuaient à naître.

Le légiste : Mais comment le mot hérétique devint-il un mot d’opprobre ?

Le philosophe : Attendez un peu. Après la mort de notre Sauveur, ses apôtres et ses disciples, comme vous le savez, se dispersèrent dans diverses parties du monde pour prêcher l’Évangile et ils convertirent beaucoup de gens, surtout en Asie mineure, en Grèce et en Italie où ils constituèrent de nombreuses Églises. Tout en voyageant de lieu en lieu, ils laissaient des évêques enseigner et diriger les convertis et désignaient des prêtres à leurs ordres pour les assister en cette tâche et pour consolider la foi des fidèles en exposant la vie et les miracles de notre Sauveur tels qu’ils les avaient reçus des écrits des apôtres et des évangélistes. C’est par eux et non par l’autorité de Platon ou d’Aristote qu’ils devaient être instruits. Or, on ne saurait douter que, parmi tant de païens convertis à l’époque des apôtres, il y avait des hommes de toutes les professions et de toutes les dispositions et que certains n’avaient absolument jamais pensé à la philosophie et n’étaient absorbés que par leur fortune ou leur plaisir ; (101) que certains avaient un grand usage de la raison, d’autres un moindre ; et que certains, qui avaient étudié la philosophie mais n’en faisaient pas profession, étaient d’ordinaire les hommes du meilleur rang ; et que certains, qui en avaient fait profession pour mieux s’en abstenir, n’en connaissaient rien de plus que ce qui était nécessaire pour en parler et en disputer ; et que certains étaient de vrais chrétiens tandis que d’autres faisaient semblant, dans l’intention d’user de la

charité des chrétiens sincères qui, à cette époque, était très grande.³⁰⁵ Maintenant, dites-moi, parmi ces sortes de chrétiens, lesquels avaient le plus de chances d'être les hommes les plus aptes à propager la foi en prêchant et écrivant ou dans les disputes privées ou publiques. Je veux dire : qui étaient les plus susceptibles d'être faits prêtres ou évêques ?

Le légiste : Certainement ceux qui, *caeteris paribus*,³⁰⁶ pouvaient le mieux faire usage de la rhétorique et de la logique d'Aristote.

Le philosophe : Et qui étaient ceux qui étaient les plus enclins à l'innovation ?

Le légiste : Ceux qui avaient le plus confiance en la philosophie naturelle d'Aristote et de Platon (leurs anciens maîtres) car ils étaient les plus susceptibles de forcer les écrits des apôtres et toutes les Écritures dans le sens de la doctrine où leur réputation était engagée.³⁰⁷

Le philosophe : Et c'est à cause de ces évêques, de ces prêtres et d'autres sectaires que le mot hérésie devint parmi les chrétiens un terme d'opprobre. En effet, dès que l'un d'eux prêchait ou publiait une doctrine qui déplaisait à la plupart des fidèles ou aux plus influents, une querelle s'élevait qui ne pouvait être tranchée que par un concile d'évêques de la province où il vivait, concile où celui qui ne voulait pas se soumettre au décret général était appelé hérétique en tant qu'il ne voulait pas renoncer à la philosophie de sa secte.³⁰⁸ Le reste du concile

³⁰⁵ « des milliers d'hommes se convertirent à la foi chrétienne, certains réellement, d'autres en apparence, à des fins factieuses ou par nécessité (car les chrétiens vivaient alors en communauté et étaient charitables). » Hobbes : *Récit historique sur l'hérésie et son châtement* (traduction de P. Folliot) (*Les Classiques des Sciences Sociales*, 2009) (NdT)

³⁰⁶ « toutes choses égales ». (NdT)

³⁰⁷ « Mais, comme ils conservaient de nombreuses doctrines que l'autorité de leurs précédents maîtres et le respect qu'ils avaient pour eux leur avaient fait adopter, ils s'efforcèrent pour la plupart de (138) tirer les Ecritures vers leur hérésie personnelle. » Hobbes : *Récit historique sur l'hérésie et son châtement* (traduction de P. Folliot) (*Les Classiques des Sciences Sociales*, 2009) (NdT)

³⁰⁸ « (...) les principaux pasteurs des Eglises avaient coutume, dès que naissait une nouvelle opinion, de s'assembler pour l'examiner et pour prendre une résolution à son égard. Si l'auteur de l'opinion était convaincu de son erreur et souscrivait à la sentence de l'Eglise assemblée, alors tout allait bien de nouveau. Mais, s'il persistait dans son erreur, l'Eglise le mettait de côté et

se nommait catholique ³⁰⁹ et il donnait à son (102) Église le nom d'Église catholique. C'est ainsi qu'apparurent les termes contraires de catholique et d'hérétique.

Le légiste : Je comprends comment le mot devint un terme d'opprobre mais je ne comprends pas comment il s'ensuit que toute opinion condamnée par une Église qui est ou se dit catholique doive nécessairement être une erreur ou un péché. L'Église d'Angleterre nie cette conséquence et [prétend] qu'on ne peut prouver que la doctrine qu'elle soutient est erronée que par l'Écriture qui ne saurait se tromper. Mais l'Église, n'étant constituée que d'hommes, peut à la fois se tromper et pécher.

Le philosophe : Dans ce cas, nous devons aussi considérer que l'erreur, par sa propre nature, n'est pas un péché. On ne peut se tromper à dessein ou avoir l'intention de se tromper et rien n'est péché s'il n'y a pas une intention pécheresse. Sont encore moins des péchés les erreurs qui ne nuisent ni à la république, ni aux particuliers et qui ne contredisent aucune loi positive ou naturelle, comme ces erreurs pour lesquelles des hommes furent brûlés à l'époque où le Pape avait le gouvernement de cette Église.

ne le considérait plus que comme un païen, ce qui, pour un chrétien sincère, était une grande ignominie, assez grave pour lui faire mieux reconsidérer sa propre doctrine et, parfois, cela l'amenait à reconnaître la vérité. Mais l'Église ne pouvait pas infliger d'autre châtement car ce droit était réservé au pouvoir civil. » Hobbes : *Récit historique sur l'hérésie et son châtement*, p.138 (traduction de P. Folliot) (*Les Classiques des Sciences Sociales*, 2009) (NdT)

³⁰⁹ Le mot grec *katholicos* a été employé par Aristote et d'autres au sens d'universel, de général ou de total (On trouve « *kata olou* » dans le *Ménon* de Platon (77a) et la définition du *katholou* dans *Le sophiste*. Selon Joseph Owens (*the grounds of universality in Aristotle*, *American Philosophical Quarterly*, Vol.3, N°2, 1966), c'est Aristote qui donna au mot son sens technique). Ignace d'Antioche est le premier, semble-t-il, à avoir utilisé l'expression « Église catholique » : « *Là où est le Christ Jésus, là est l'Église catholique.* » (Lettre d'Ignace d'Antioche aux Smyrniotes, in *Les écrits des pères apostoliques*, Ed. du Cerf, 2001, page 208) L'expression signifie que l'Église forme un seul tout parfaitement unifié, qui se distingue de ceux qui ont dévié de la foi apostolique. (NdT)

Le légiste : Puisque vous m'avez dit comment l'hérésie devint un mot, dites-moi aussi comment elle devint un crime et quelles furent les hérésies qui furent d'abord considérées comme des crimes.

Le philosophe : Puisque l'Église chrétienne, et nulle autre, pouvait déclarer que des doctrines étaient hérétiques mais n'avait pas le pouvoir de faire des statuts pour punir les hérétiques avant qu'il n'y ait un Roi chrétien, il est manifeste que l'hérésie ne pouvait être considérée comme un crime avant le premier Empereur chrétien qui fut Constantin le Grand. A cette époque, un certain Arius, ³¹⁰ prêtre d'Alexandrie, au cours d'une dispute avec son évêque, ³¹¹ nia publiquement la divinité du Christ et soutint sa doctrine ensuite à la chaire, ce qui fut la cause d'une émeute et d'une effusion de sang chez les citoyens et (103) les soldats de cette cité. ³¹² Pour empêcher qu'une semblable chose n'advînt à l'avenir,

³¹⁰ Quelques extraits du *Banquet* d'Arius (conservés par Athanase) permettront d'éclairer le lecteur sur l'arianisme : « Dieu n'a pas toujours été Père ; il y a eu un moment où il était seul et n'était pas encore Père ; plus tard, il l'est devenu. Le Fils n'est pas de toute éternité, il est tiré du néant (...). Dieu est (...) ineffable, et rien (pas même le Fils par conséquent) n'est égal ou semblable à lui, rien n'approche de sa gloire. Ce Dieu sans commencement a fait le Fils au commencement des créatures , et il l'a adopté pour son Fils. (...). Le Fils n'a rien dans sa propre nature de semblable à Dieu, rien qui égale l'être de Dieu (...). Les trois personnes de la Trinité ne sont pas semblables en gloire, les hypostases ne sont pas confondues et l'une est infiniment plus glorieuse que les autres. (...) Ce qu'est le Fils, il l'est par le Père. » Cité par Hefele : *Histoire des conciles d'après les documents originaux*, tome 1, Letouzey et Ané, 1907, pp.377, 378. (NdT)

³¹¹ « L'évêque Alexandre parla un jour, en présence de tout le clergé, du mystère de la Trinité, et insista particulièrement sur l'unité dans la Trinité, philosophant sur ce grave sujet, et pensant recueillir quelque honneur de son argumentation. Mais Arius, avide de dispute, crut découvrir le sabellianisme dans la doctrine de l'évêque. Il le contredit vivement, et prétendit que si le Père avait engendré le Fils, l'être de celui qui était engendré avait eu un commencement (...), et qu'il y avait eu par conséquent un moment où il n'était pas, (...) qu'il s'ensuivait donc que le Fils tenait son être du néant. » Socrate : *Histoire ecclésiastique*, cité par Hefele, *Histoire des conciles d'après les documents originaux*, tome 1, Letouzey et Ané, 1907, pp.357, 358. D'après Sozomène, l'affaire ne se passa pas ainsi et ce fut Arius qui commença à répandre ses erreurs. (Ibid. p.360) (NdT)

³¹² « unde nata est paulo post in urbe Alexandrina seditio et caedes » (Opera philosophica..., Molesworth, 1841, vol.III, Appendice, Chapitre 2, page 544). (NdT)

l’Empereur convoqua un concile général d’évêques dans la cité de Nicée. ³¹³
 Quand ses membres furent réunis, il les exhorta ³¹⁴ à se mettre d’accord sur une
 confession de foi chrétienne, leur promettant qu’il ferait en sorte que tout ce sur
 quoi ils s’accorderaient soit observé. ³¹⁵

Le légiste : A ce sujet, je pense que l’Empereur a été un peu trop
 indifférent. ³¹⁶

³¹³ En 325. (NdT)

³¹⁴ Sur le contenu de ce discours fait en latin, voir la traduction de Turmel dans *Constantin et la Papauté* (in *Revue catholique des Eglises*, 1906, T.III, pp.204, 205). On peut retenir ce passage : « Mais pour que mes vœux soient comblés, il faut que vos cœurs soient unis et que l’on voie régner parmi vous la paix dont votre consécration à Dieu vous fait un devoir d’être les apôtres. » (NdT)

³¹⁵ « Quand *Constantin* le Grand (grand grâce à l’aide et à la bravoure des soldats chrétiens) eut réussi à être le seul empereur *romain*, il se fit aussi chrétien, fit démolir les temples des dieux païens et permit à la religion chrétienne d’être la seule religion publique. Mais, vers la fin de son règne, naquit une dispute dans la cité d’*Alexandrie* entre l’évêque *Alexandre* et *Arius*, un prêtre de la même cité. Arius soutenait d’abord que le Christ était inférieur à son Père et, ensuite, qu’il n’était pas Dieu, alléguant les paroles du Christ : *Mon père est plus grand que moi*. L’évêque, au contraire, alléguait les paroles (141) de Saint Jean : *Et la parole fut Dieu* ; et les paroles de Saint Thomas : *Mon Seigneur et mon Dieu*. Parmi les habitants et les soldats d’*Alexandrie*, cette controverse devint bientôt une querelle et fut la cause de nombreux massacres dans et autour de la ville et il était alors probable que cette querelle allait s’étendre, comme la suite le montra. Le gouvernement civil de l’empereur fut si inquiet qu’il jugea nécessaire de convoquer un concile général de tous les évêques et de tous les autres théologiens éminents. Ils vinrent de tout l’empire *romain* pour s’assembler en la ville de Nicée. Quand ils furent rassemblés, ils présentèrent à l’empereur les libelles où ils s’accusaient les uns les autres. Quand l’empereur eut ces libelles en main, il fit un discours où il exhorta les Pères rassemblés à s’entendre et à se mettre d’accord sur le règlement de la question des articles de foi, raison pour laquelle ils étaient réunis. Quoi que vous décrétiez, leur dit-il, je ferai en sorte que ce soit observé » Hobbes : *Récit historique sur l’hérésie et son châtement*, p.138 (traduction de P. Folliot) (*Les Classiques des Sciences Sociales*, 2009) (NdT)

³¹⁶ « Il est possible que cela semble une indifférence plus grande que celle qu’on approuverait aujourd’hui mais l’histoire est ainsi faite et, à cette époque, on ne jugeait pas le nombre des articles de foi nécessaires au salut aussi élevé que celui qui fut établi ensuite par l’Eglise de *Rome*. » Hobbes :

Le philosophe : Dans ce concile fut établi l'essentiel du credo que nous utilisons aujourd'hui et que nous appelons le credo de Nicée, qui va jusqu'aux mots *Je crois en l'Esprit Saint*. Le reste fut établi par les trois conciles généraux qui suivirent. Par les termes de ce credo, presque toutes les hérésies qui existaient alors, et surtout celle d'Arius, furent condamnées ; de sorte que, désormais, toutes les doctrines publiées par écrit ou en paroles qui sont contraires à cette confession des quatre premiers conciles, contenue dans le credo de Nicée, furent interdites par la loi impériale et considérées comme des crimes; comme celle d'Arius qui niait la divinité du Christ, celle d'Eutychès³¹⁷ qui niait les deux natures du Christ, celle des nestoriens³¹⁸ qui niaient la divinité du Saint Esprit, celle des anthropomorphites,³¹⁹ celle des anabaptistes,³²⁰ celle des manichéens³²¹ et bien d'autres.³²²

Récit historique sur l'hérésie et son châtement, p.141 (traduction de P. Folliot) (*Les Classiques des Sciences Sociales*, 2009) (NdT)

³¹⁷ Eutychès enseignait (dans sa volonté de combattre le nestorianisme qui affirmait qu'il y avait deux personnes dans le Christ) que, par l'incarnation, la nature humaine et la nature divine s'étaient confondues et ne formaient plus qu'une seule nature. Il refusa donc que Jésus fût consubstantiel à son Père et consubstantiel à l'homme. La nature humaine avait été absorbée par la nature divine et il n'y avait plus rien d'humain chez le Christ (ce qui rendait problématique la passion et la rédemption). Le monophysisme fut définitivement condamné au concile de Chalcédoine (451). (NdT)

³¹⁸ Le nestorianisme est une hérésie qui s'est surtout développée dans le monde oriental. Nestor refusait que le Christ soit *une seule personne* Dieu-Homme ayant les attributs de la divinité et les attributs de l'humanité (union hypostatique). Il y aurait donc, selon lui, dans le christ, *deux personnes*. Sinon, il faudrait dire que la divinité, dans le Christ, a souffert, qu'elle était sujette aux passions humaines, etc., ce qui risque de ramener à une forme de paganisme. Le nestorianisme a été condamné par le concile de Rome de 252 et le concile d'Ephèse de 431.

³¹⁹ Dans le *Récit historique sur l'hérésie et son châtement*, Hobbes fait remarquer que le concile de Nicée lui-même ne pouvait condamner les anthropomorphites qui n'apparurent que sous l'empereur Valens, quarante ou cinquante ans après le concile de Nicée. (NdT)

³²⁰ Qui, affirmant que le baptême ne pouvait être fondé que sur la foi, ne donnaient aucune valeur au baptême des enfants. « D'autres, qui soutenaient que baptiser des enfants ou ceux qui ne comprennent pas en quoi ils entrent par le baptême est sans effet, étaient pour cela appelés anabaptistes. » (*Béhémoté*, Tönnies p.3) (NdT)

Le légiste : Quel fut le châtiment d'Arius ?

Le philosophe : D'abord, pour avoir refusé de souscrire, il fut privé de sa charge et fut banni mais, ensuite, ayant satisfait l'Empereur sur sa future obéissance (car l'Empereur fit faire cette confession, non par souci de la vérité doctrinale, mais pour conserver la paix, surtout entre ses soldats chrétiens qui lui avaient fait obtenir l'empire et qui devaient (104) lui permettre de la conserver), il rentra en grâce mais mourut avant de recouvrer son bénéfice. Mais, après l'époque de ces conciles, la loi impériale décida que l'hérésie serait punie de mort mais le type d'exécution était laissé aux préfets dans leurs différentes juridictions; ³²³ et cela dura jusqu'à peu près l'époque de l'Empereur Frédéric Barberousse. Mais, la papauté, ayant pris le dessus sur l'Empereur, introduisit l'usage de mettre au bûcher les hérétiques et les apostats et les papes, de temps en temps, considéraient comme hérésies d'autres points de doctrines (car ils voyaient que cela conduisait à la supériorité du siège sur le trône) en plus de celles qui avaient été déterminées par le concile de Nicée et ils introduisirent l'usage du bûcher ³²⁴; et, conformément à cette loi papale, du temps de Guillaume le Conquérant, on brûla un apostat à Oxford pour s'être converti au judaïsme. ³²⁵ Mais d'hérétiques brûlés en Angleterre, on n'en fait mention qu'après le statut 2. Henri IV, ³²⁶ statut en vertu duquel les disciples de Wycliff, ³²⁷ appelés lollards,

³²¹ Hérésie affirmant l'existence de deux principes, Dieu et le prince des ténèbres. (NdT)

³²² Pour plus de détails, voir ma traduction du *Récit historique sur l'hérésie et son châtiment* et les notes qui l'accompagnent. (NdT)

³²³ Idem dans *Récit historique sur l'hérésie et son châtiment*, p.155. (NdT)

³²⁴ Répétition étrange. (NdT)

³²⁵ Il est difficile d'affirmer qu'il s'agit du diacre dont parlent plusieurs annales et qui fut mis au bûcher en 1222 (même s'il est vrai que de graves mesures discriminatoires furent prises à cette époque contre les juifs). De plus, Hobbes parle de l'époque de Guillaume le Conquérant. Si son propos est à prendre au sens le plus étroit, les dates ne concordent pas. (NdT)

³²⁶ C'est l'acte *De haeretico comburendo*, dont nous avons déjà donné un extrait. (NdT)

³²⁷ « Il attaque dans ses dialogues le Pape, les ordres religieux, les richesses du clergé, les sacrements, les prières pour les morts. Il dit que le pape est simoniaque, hérétique ; qu'il n'a point d'ordre dans l'Eglise de Dieu, mais dans la société des démons ; que depuis la dotation de l'Eglise, tous les papes sont les précurseurs de l'Antéchrist, et les vicaires du Démon ; que les

Papes et les cardinaux sont institués, non par J.C., mais par le Diable ; qu'il faut conseiller aux fidèles de ne point demander d'indulgences au Pape, parce que la bonté de Dieu n'est pas renfermée dans l'enceinte des murs de Rome ou d'Avignon ; que, ni le Pape, ni aucune puissance sur la terre, n'a le pouvoir de nous empêcher de profiter des moyens de salut que J.C. a établis ; que le Pape et ses collègues sont des pharisiens et des scribes, qui prétendent avoir droit de fermer la porte du ciel, où ils n'entreront point, et où ils ne veulent pas permettre d'entrer. Les évêques n'ont qu'une puissance imaginaire ; un simple prêtre, dont les mœurs sont réglées, a plus de puissance spirituelle, que les prélats élus par les cardinaux et nommés par le Pape. Il donne aux ordres religieux le nom de secte. Il se déchaîne surtout contre les quatre ordres mendiants ; ces ordres sont fondés, selon lui, sur l'hypocrisie ; les sarrazins qui rejettent l'Evangile, sont coupables devant Dieu, mais moins que ces quatre sectes ; le musulmanisme et la vie des cardinaux conduisent par des routes différentes, mais également sûres, à l'Enfer. Si les fidèles sont obligés d'honorer le corps de l'Eglise, leur sainte mère, il n'en est point qui ne doive travailler à la purger de ces sectes qui sont quatre humeurs mortelles, dont son corps est infecté. La confession est une pratique instituée par Innocent III, et rien n'est plus inutile ; il suffit de se repentir ; il condamne l'usage du crême dans l'administration du baptême, il attaque le dogme de la transsubstantiation. Le livre du sermon du Seigneur sur la montagne contient quatre livres ; là il prétend que les Apôtres ayant travaillé de leurs mains pour vivre, et n'ayant pris sur les aumônes que le simple nécessaire, il est clair que les clercs qui entrent dans l'état ecclésiastique, avec une intention différente, sont simoniaques. Les seigneurs temporels sont en droit de dépouiller tous les ecclésiastiques de leurs possessions ; ils n'ont pas besoin, pour user de ce droit, d'un décret du Pape. C'est favoriser l'hérésie, que de ne pas s'élever contre les possessions de l'Eglise ; quoique les ancêtres des fidèles se soient dépouillés de la propriété de ces biens, leurs descendants en corrigeant leurs erreurs recouvrent tous leurs droits, et ce titre est bien plus légitime, que le droit de conquête. Tous les dons que l'on fait au clergé devraient être des aumônes libres, non pas des impositions forcées ; le peuple est obligé en conscience de refuser la dîme aux mauvais ministres, et l'on ne doit point craindre les censures que l'on encourt pour avoir rempli ce devoir. (...) Dans le livre intitulé de l'ordre chrétien, il attaque le dogme de la présence réelle, et renouvelle l'erreur des Berengariens. Il assure que les enfants morts sans baptême sont sauvés. (...) il regarde comme un concubinage le mariage contracté par des personnes qui ne peuvent avoir d'enfants ; il nie que l'extrême-onction soit un sacrement. Il prétend que l'homme le plus saint est celui qui a le plus de pouvoir dans l'Eglise et la seule autorité légitime. Il avance, que pour avoir un droit légitime de posséder quelque chose sur la terre, il faut être juste ; et qu'un homme perdait son droit à ses possessions lorsqu'il commettait un péché mortel. (...) Un maître qui ne traite pas son

furent ensuite brûlés; et cela pour des doctrines que l’Église d’Angleterre, depuis la première année du règne de la Reine Élisabeth, avait approuvées comme de pieuses doctrines et qui, sans aucun doute, l’étaient. Et ainsi, vous voyez comment tant d’hommes ont été mis au bûcher au nom de la sainteté.

Le légiste : Ce n’était pas bien mais il n’est pas étonnant que nous lisions qu’il n’y avait pas d’hérétiques avant l’époque d’Henri IV car, dans le préambule du statut, il est dit que, avant ces lollards, il n’y avait jamais eu d’hérésie en Angleterre.

Le philosophe : Je le pense aussi car, envers le pape, nous formons la nation la plus disciplinée du monde entier. Mais quels statuts ont été faits depuis sur l’hérésie ?

domestique comme il voudrait être traité, s’il était à sa place, pêche contre la charité, perd la grâce, il est déchu de tous ses droits, et dépouillé de toute autorité légitime sur son serviteur. Il faut en dire autant des rois, des papes et des évêques, selon Wiclef, lorsqu’ils commettent un péché mortel. » (François Pluquet : *Dictionnaire des hérésies*, Paris, 1762, tome II, pp.640-643)

Le légiste : Le statut 2 *Henri V* c.7 ³²⁸ qui ajoute au (105) bûcher la confiscation des terres et des biens ³²⁹ et puis plus rien jusqu'à 25 *Henri VIII*

³²⁸ « Acte sur les Lollards. Parce que des ligues, de grands soulèvements et de grandes conspirations venant de différents suzerains du Roi appartenant aussi bien à la secte hérétique des Lollards qu'à d'autres qui sont de la même conspiration, qui sont de la même confession et de la même tendance, qui sont arrivés récemment en Angleterre avec le but d'abolir, de subvertir la foi chrétienne et la loi de Dieu dans ce royaume, de détruire notre plus souverain seigneur, le Roi lui-même et tous les ordres du même royaume, aussi bien spirituels que temporels, et aussi tout gouvernement et enfin toutes les lois du pays, notre même seigneur le Roi, pour l'honneur de Dieu, pour la conservation et le renforcement de la foi chrétienne, pour le salut de sa royauté et le bien-être de tout son royaume, souhaitant prévoir un remède plus général et un châtiment plus approprié pour la malice de ces hérétiques et des Lollards que ce qui a été prévu antérieurement, pour que ces lois et ces châtiments puissent à l'avenir permettre d'éradiquer rapidement ces hérétiques et les Lollards, par l'acte et l'approbation sus-mentionnés, et à la prière des Communes, a ordonné et établi que : premièrement, le chancelier, le trésorier, les juges des deux cours, les juges d'assises, les juges de paix, les shérifs, les maires et les baillis des villes et des communes et tous les autres officiers ayant une autorité sur le peuple, qui sont en fonction aujourd'hui ou qui seront en fonction dans le futur, prêteront régulièrement serment d'assumer leurs charges et leurs responsabilités de façon à appliquer tous leurs efforts et toute leur diligence pour éradiquer et faire éradiquer toutes les sortes d'hérésies et d'erreurs appelés communément lollardisme, de supprimer et de détruire cette hérésie. » The roll of the Parliament held at Westminster on the morrow of the feast of St John before the latin gate in the fifth year of the reign of King Richard the second, (avril 1414) §12, In Parliament Rolls of medieval England. Traduction de Philippe Folliot, 2009. L'acte de 1414 prévoit la pendaison et le bûcher (et la confiscation des biens) pour les hérétiques et ceux qui liraient une traduction anglaise de la Bible (entendons celle de Wyclif) et une interdiction de publication sans le contrôle de l'université d'Oxford ou de Cambridge. (NdT)

³²⁹ « Sous le règne du roi suivant, Henri V, pendant la seconde année, fut fait un acte du Parlement qui déclarait que l'intention des hérétiques appelés *Lollards* était de subvertir la foi chrétienne, la loi de Dieu, l'Eglise et le royaume et qu'il fallait, (157) en plus du châtiment du bûcher, confisquer toutes les terres en pleine propriété, tous les biens et effets d'un hérétique reconnu coupable. » Hobbes : *Récit historique sur l'hérésie et son châtiment*, (traduction de P. Folliot) (*Les Classiques des Sciences Sociales*, 2009) (NdT)

c.14 ³³⁰ qui confirme les deux précédents et donne des règles nouvelles pour les appliquer à l'avenir. Mais, par le statut 1 Édouard VI c.12, ³³¹ tous les actes du

³³⁰ C'est le « treasons act » de 1534 dont voici un extrait : « Vu qu'il est absolument nécessaire, tant pour le gouvernement courant que pour le devoir des sujets, que soient, par dessus tout, prohibées (...) toutes sortes de calomnies infamantes, de périls, de dangers touchant le souverain seigneur le roi, la reine ou leurs héritiers, (...) il est décrété, par l'accord et le consentement de notre seigneur souverain le roi, des lords spirituels et temporels et des Communes assemblés dans le présent parlement et par l'autorité dudit parlement que, si une ou plusieurs personnes, après le premier jour de février prochain, manifestent le souhait, la volonté, le désir, par des paroles ou des écrits, ou par des ruses, de s'en prendre à la personne très royale du roi, de la reine ou de leurs héritiers, ou font des publications ou des déclarations diffamatoires par des écrits ou paroles exprès dans lesquels ils disent que le roi est hérétique, schismatique, tyrannique, infidèle ou usurpateur de la couronne ou si, en rebelles, ils détiennent, conservent ou dissimulent à notre seigneur souverain ou à ses héritiers ou successeurs des forteresses, des places fortes, des camps militaires à l'intérieur du royaume ou dans d'autres possessions du roi ou aux frontières, et qu'ils détiennent, conservent ou dissimulent à la grandeur dudit roi (...) des navires, des équipements militaires, de l'artillerie ou d'autres munitions et fortifications de guerre, et qu'ils ne les rendent pas humblement au dit seigneur souverain (...), dans les six jours après le commandement qui leur sera donné par ledit seigneur souverain (...), toutes les personnes qui auront désobéi à ces points, après ledit premier jour de février, leurs complices et associés seront jugés traîtres (...) et accusés de haute trahison (...). Etant légalement convaincus de l'infraction, ils subiront la peine de mort ou d'autres peines fixées par la coutume dans les cas de haute trahison. » (*Statutes of the realm*, Traduction de P. Folliot, 2009) (NdT)

³³¹ C'est l'*acte d'abrogation de certaines lois sur la trahison* (1547), fait pendant la régence. En voici quelques phrases (traduction non littérale de P. Folliot). « Rien n'est plus pieux, plus souhaitable, entre un prince et ses sujets, que le prince, le chef suprême, fasse preuve de clémence et d'indulgence plutôt que de montrer son pouvoir royal par une trop grande sévérité, et que les sujets obéissent par amour du souverain plutôt que par crainte de ses lois sévères et rigoureuses. Pourtant, il est des temps où, dans la république, il est nécessaire et utile de réprimer l'insolence et l'indiscipline des hommes et de prévoir des remèdes contre les rébellions et les insurrections (...). C'est ce que fit le très grand roi Henri VIII avec l'accord des Nobles et des Communes, dans différentes sessions du parlement, (...) et les lois faites alors ont pu sembler aux hommes des royaumes extérieurs dures, terribles, extrêmes (...) alors qu'elles furent faites pour éviter de plus grands inconvénients. La tempête et l'hiver

Parlement faits avant pour punir toutes les sortes de doctrines religieuses sont abrogés. En effet, ce statut, après avoir rappelé différents actes, ordonne que tout autre acte et tous les autres actes du Parlement concernant les doctrines et les questions religieuses, tous les paragraphes, articles, déclarations, questions, peines et confiscations qui y sont contenus, mentionnés ou spécifiés d'une autre manière dans lesdits actes du Parlement ou statuts soient désormais abrogés, entièrement nuls et sans effet. ³³² De sorte que, à l'époque du Roi *Édouard VI*, non seulement tous les châtiments de l'hérésie étaient supprimés, mais aussi sa nature redevint ce qu'elle était à l'origine, une opinion privée. De nouveau, dans *2 Philippe & Marie*, ³³³ ces anciens statuts *2 Henri IV* c.15, *2 Henri V* c.17, ³³⁴ *25 Henri VIII* c.14 furent remis en vigueur et la partie de *1 Édouard VI* c.12 touchant la doctrine, sans être spécialement nommée, semble être ceci, que ce statut confirme le statut de *25 Édouard III* concernant les trahisons. ³³⁵ Finalement, par *1. Élisabeth* c.1, ³³⁶ lesdits statuts de la Reine *Marie* furent abrogés et, de cette

demandent les vêtements qui conviennent ; le calme et le beau temps permettent d'utiliser des habits plus libres et plus légers. C'est ainsi qu'on a vu abroger des lois sévères d'un souverain au parlement par un autre souverain au même parlement. » (*Statutes of the realm*, Traduction de P. Folliot) Sont indiquées les lois abrogées, essentiellement celles d'Henri VIII touchant la religion et les doctrines. Il est aussi précisé que ceux qui agiront une première fois contre le roi, ses successeurs et ses héritiers seront emprisonnés pendant un temps décidé par le roi et verront leurs biens confisqués, que, la deuxième fois, ils seront emprisonnés à vie et que, la troisième fois, on appliquera la peine prévue pour haute trahison. (NdT)

³³² Dans son *Récit historique sur l'hérésie et son châtiment*, Hobbes précise que cet acte fut fait après le refus de l'autorité papale (voir l'acte de suprématie de 1534). (NdT)

³³³ Cropsey donne : 1 et 2 et il a certainement raison puisqu'on lit dans le *Récit historique sur l'hérésie et son châtiment*, p.157 : « De plus, au parlement, en la première et deuxième années du règne de la reine *Marie*, l'acte d'*Édouard VI* ne fut pas abrogé mais rendu inutile par la remise en vigueur du statut de la vingt-cinquième année du règne d'Henri VIII. » (NdT)

³³⁴ Cropsey donne : c.7 et, vérification faite, il a raison. (NdT)

³³⁵ Sur l'obscurité de ce passage, voir Cropsey, note 7, p.128. (NdT)

³³⁶ « Et il peut aussi plaire à votre grandeur que soit aussi promulgué, par l'autorité ci-dessus mentionnée, que l'acte fait en la première et deuxième années du roi *Philippe* et de la reine *Marie*, intitulé Acte pour le rétablissement des trois lois faites pour punir les hérésies (...) soit

façon, le statut 1. *Édouard* c.12 fut remis en vigueur, de sorte qu'il ne restait plus aucun statut pour punir les hérétiques. Mais la Reine *Élisabeth*, par un avis de son Parlement, donna une commission,³³⁷ qui fut appelée la Haute Commission, à certaines personnes parmi lesquelles il y avait de nombreux évêques pour déclarer ce qui, à l'avenir, serait hérésie, mais avec cette restriction, qu'ils ne jugeraient (106) hérétique que ce qui avait été déclaré tel par les quatre premiers conciles.³³⁸

Le philosophe : Avec ce que vous m'avez montré, je pense que nous pouvons en venir à l'examen de ce qu'écrit l'érudit Sir Édouard Coke sur l'hérésie. Dans son chapitre sur l'hérésie, 3. *Institutes*, p.40, il reconnaît lui-même qu'aucun statut contre l'hérésie n'était alors en vigueur quand, dans la neuvième année du règne du Roi Jacques, Bartholomew Legat fut brûlé pour arianisme³³⁹ et que, en vertu

totalelement abrogé, nul et sans effet. » (*Acte de suprématie de 1559, Statutes of the realm*, traduction de P. Folliot, 2009) (NdT)

³³⁷ « par des lettres patentes », disait Hobbes dans son *Récit historique sur l'hérésie et son châtement*. (NdT)

³³⁸ « Votre grandeur, vos héritiers et successeurs, reines ou rois de ce royaume, auront tout pouvoir et toute autorité, en vertu de cet acte, par des lettres patentes sous le grand sceau de l'Angleterre, pour nommer, quand ils le voudront, aussi souvent qu'ils le voudront et pour la durée qu'ils choisiront, des personnes, nées sujets du souverain, pour exécuter, sous votre grandeur, (...) toutes les sortes de juridictions, de privilèges et prééminences concernant la juridiction spirituelle ou ecclésiastique dans les royaumes d'Angleterre, d'Irlande, et dans toutes les possessions de votre grandeur, pour réformer, redresser, corriger et amender les erreurs, les hérésies, les schismes, les abus, les calomnies et la démesure. » (*Acte de suprématie de 1559, Statutes of the realm*, traduction de P. Folliot, 2009) (NdT)

³³⁹ « Bartolomew Legat fut appelé devant la Cour épiscopale de Saint-Paul et accusé de nier la Trinité. Son obstination fut à l'épreuve des arguments du prélat : elle résista même à la théologie du roi. L'évêque le livra au bras séculier (3 mars 1612) et Jacques ordonna qu'il fût brûlé dans Smithfield (18 mars). » John Lingard : *Histoire d'Angleterre depuis la première invasion des Romains*, Paris, 1826, vol.IX, p.252. On peut lire le bref du roi, « delivering him to the secular power » dans : Daniel Neal : *The history of the puritan...*, Londres 1837, vol I, p.456. Sur Legat, voir aussi plus loin, page 128. Sur les détails de l'accusation et de l'exécution, voir *A true relation of the commissions and warrants for the condemnation and burning of Bartholomew Legatt...* Publié par autorité, Londres, 1561. (NdT)

de l'autorité de l'acte 2. *Henri IV* c.15 ³⁴⁰ et d'autres actes cités en marge, on

³⁴⁰ C'est l'acte *De haeretico comburendo* (1041) dont voici quelques extraits : « (...) Des personnes fausses et perverses (...) pensent des choses odieuses contre la loi de Dieu et de l'Eglise, usurpent la fonction de prédicateur, agissent de façon perverse et avec l'intention de nuire en divers endroits dudit royaume et, sous une apparence de sainteté, ces hommes prêchent et enseignent en ce moment, en public mais aussi en secret, différentes doctrines nouvelles et des opinions malveillantes et erronées, contraires à la foi et aux résolutions de la Sainte Eglise, (...) ils se réunissent illégalement et conspirent, ils tiennent des écoles et enseignent, font et écrivent des livres, ils instruisent et informent le peuple avec malice et ils peuvent ainsi le pousser à la sédition et à l'insurrection, créer des querelles et des divisions, (...) subvertir ladite foi catholique et la doctrine de la Sainte Eglise, affaiblir le culte de Dieu, détruire l'Etat, les droits et les libertés de ladite Eglise d'Angleterre. Par cette secte et par les sermons malveillants et trompeurs, par les doctrines et opinions desdites personnes fausses et perverses, les âmes courent les plus grands dangers, mais d'autres maux, d'autres calomnies, d'autres périls que Dieu prohibe peuvent venir en ce royaume, à moins que sa majesté le roi ne nous aide rapidement de façon importante, surtout depuis que les diocèses dudit royaume ne peuvent pas, par leur juridiction spirituelle, sans l'assistance de ladite majesté royale, punir lesdites personnes fausses et perverses, ni empêcher leur malice parce que lesdites personnes fausses et perverses vont de diocèse en diocèse et refusent de comparaître devant les évêques, condamnant et méprisant cette juridiction spirituelle et les remontrances et critiques de l'Eglise. Ainsi, leurs sermons malveillants et leurs doctrines se propagent, visant l'entière destruction de tout ordre, de toute règle de droit et de raison. A cause de ces nouveautés et des excès ci-dessus cités, les prélats et le clergé ci-dessus mentionnés, et aussi les Communes dudit royaume, réunis en ce parlement, ont prié notre seigneur souverain, le roi, d'accepter par sa grandeur royale qu'un remède soit trouvé. Notre seigneur souverain, le roi, (...) a accordé, établi et ordonné (...) que personne, dans ledit royaume et dans les autres possessions de sa majesté royale, n'ait le droit de prêcher, en public ou en secret, sans avoir d'abord demandé et obtenu l'autorisation de l'évêque de l'endroit, à l'exception des vicaires en leur église, des personnes ayant jusqu'à maintenant un privilège et d'autres prévues par la Loi Canon. Que personne ne prêche quelque chose, ne soutienne, n'enseigne, n'instruise, en public ou en secret, ne fasse ou écrive un livre contraire à la foi catholique ou aux résolutions de la Sainte Eglise. (...) Tout particulier, de ce fait, détenant des livres ou des écrits contenant ces mauvaises doctrines et opinions, devra remettre ou faire remettre ces livres et écrits à l'évêque du lieu dans les quarante jours à compter de la proclamation de cette ordonnance. Si une personne (...) va contre ladite ordonnance royale, (...) ou ne remet pas les livres sus-mentionnés, (...) elle sera arrêtée et détenue

peut conclure que l'évêque diocésain a le pouvoir de juger l'hérésie. Je dis que cela n'est pas vrai car, pour ce qui est des actes du Parlement, il est évident que, d'actes abrogés, c'est-à-dire de choses qui n'existent plus, on ne peut rien déduire. Quant aux autres autorités signalées dans la marge, Fitzherbert, le docteur et l'étudiant (student), ³⁴¹ ils ne disent rien de plus que ce qui était loi à l'époque où ils écrivaient, c'est-à-dire quand il fallait obéir à l'autorité usurpée du pape. Mais, s'ils avaient écrit à l'époque du Roi Édouard VI ou à l'époque de la Reine Élisabeth, Sir Édouard Coke aurait aussi bien pu citer sa propre autorité que la leur car leurs opinions n'avaient pas plus force de loi que la sienne. Puis il cite le précédent de Legat et un autre, celui de Hammond, ³⁴² à l'époque de la Reine Élisabeth, mais des précédents prouvent seulement ce qui a été fait, non ce qui a été bien fait. Quelle juridiction sur l'hérésie l'évêque diocésain avait-il alors quand, en vertu du statut *Édouard VI*, C.12 alors en vigueur, l'hérésie n'existait pas et que toutes les peines pour opinions étaient interdites? En effet, l'hérésie est une doctrine contraire à ce qu'a déterminé l'Église mais, alors, l'Église n'avait absolument rien déterminé sur l'hérésie.

(107) **Le légiste** : Mais, étant donné que les membres de la Haute Commission avaient le pouvoir de corriger et rectifier les hérésies, ils devaient avoir le pouvoir de citer pour comparution devant eux ceux qui étaient accusés d'hérésie ou, autrement, ils n'auraient pas pu exécuter leur commission.

Le philosophe : S'ils avaient d'abord fait et publié une déclaration des articles [de foi] qu'ils jugeaient hérétiques pour que, quand un homme en entendrait un

sous bonne garde en prison (...) jusqu'à ce qu'elle se disculpe canoniquement ou abjure les sermons, doctrines et opinions hérétiques et erronées, comme les lois de l'Eglise le demandent et l'exigent. Si une personne (...) refuse d'abjurer ou si, après avoir abjuré, la même personne est déclarée relapse, (...) elle sera confiée à la cour séculière (...) et les maires et shérifs (...) seront personnellement présents pour prononcer la sentence requise par l'évêque et (...) devant le peuple, sur un endroit élevé, la personne sera brûlée pour qu'un tel châtement imprime la peur dans l'esprit des autres. » (*Statutes of the realm*, Traduction de Philippe Folliot) (NdT)

³⁴¹ Dans la marge, p.39. (NdT)

³⁴² Brûlé en 1588 par jugement de Scambler, évêque de Nordwich (Henry Hallam : *Histoire constitutionnelle d'Angleterre depuis l'avènement de Henry VII jusqu'à la mort de Georges II*, tome III, Paris, 1828, p.78). (NdT)

autre dire quelque chose de contraire à la déclaration, il pût informer les membres de la commission, alors la Haute Commission aurait vraiment eu le pouvoir de citer et d'emprisonner la personne accusée mais, avant de savoir ce qui était hérétique, comment aurait-il été possible d'accuser quelqu'un d'hérésie ? ³⁴³ Et, avant d'être accusé, comment aurait-on pu être cité ?

Le légiste : Peut-être prenait-on pour accordé que tout ce qui était contraire à l'un des quatre premiers conciles généraux devait être jugé hérétique.

Le philosophe : En l'admettant, je ne vois pas comment un homme pourrait en accuser plus facilement un autre avec ces quatre conciles car il n'est pas un homme sur dix mille qui les ait lus et ils ne furent jamais publiés en anglais, ce qui aurait permis aux hommes d'éviter de les enfreindre. Il est même possible qu'ils n'existent plus. Ceux qui ont été imprimés en latin sont-ils les actes véritables des conciles, c'est l'objet d'un grand débat entre les théologiens et je ne pense pas qu'il serait bon qu'ils soient traduits en langue vulgaire. Mais il n'est pas vraisemblable que ceux qui ont fait les statuts aient eu l'intention de juger hérétique tout ce qui était contraire à ces quatre conciles généraux. En effet, s'ils avaient eu cette intention, je crois que les anabaptistes, à un moment ou à un autre, auraient été questionnés sur cet article du credo de Nicée : *Je crois en un seul baptême pour la rémission des péchés*. La commission (108) elle-même ne fut enregistrée que longtemps après pour que, dans une telle incertitude, les gens prennent garde et, pour leur sécurité, s'abstiennent totalement de parler de religion. Mais en vertu de quelle loi cet hérétique Legat fut-il brûlé ? J'accorde

³⁴³ « Aucune doctrine ne pouvait être tenue pour hérétique à moins que les membres de la commission n'aient effectivement déclaré et publié que toutes les doctrines qui avaient été jugées hérétiques par ces quatre conciles seraient aussi désormais hérétiques. Mais je n'ai jamais entendu dire qu'une telle déclaration ait été faite, que ce soit (159) par proclamation, par enregistrement dans les Eglises ou par publication publique, comme il est nécessaire pour les lois pénales. Les infractions sont excusées par l'ignorance. En outre, si l'on avait puni l'hérésie par la peine capitale ou par une autre peine civile, il eût fallu imprimer ou afficher dans les églises paroissiales, en anglais, les quatre conciles généraux eux-mêmes ou, du moins, les points qui y étaient condamnés parce que, sans cela, personne n'aurait pu savoir comment se garder de telles infractions. » Hobbes : *Récit historique sur l'hérésie et son châtement*, (traduction de P. Folliot) (*Les Classiques des Sciences Sociales*, 2009) (NdT)

que c'était un arien et que son hérésie est contraire à ce qu'a déterminé l'Église d'Angleterre sur les points les plus importants du christianisme mais, vu qu'il n'y avait aucun droit statutaire permettant de le brûler et aucune peine (puisqu'elles étaient interdites), en vertu de quelle loi, par laquelle autorité fut-il brûlé ?

Le légiste : Que ce Legat fût accusé d'hérésie, ce n'était pas la faute des membres de la Haute Commission mais, quand il fut accusé, ils auraient été fautifs s'ils ne l'avaient pas examiné ou, l'ayant examiné et l'ayant trouvé arien, ils ne l'avaient pas jugé tel ou certifié tel. Tout ce qu'ils firent – et c'était tout ce qu'il leur appartenait de faire – c'est de ne pas se mêler du bûcher mais de le remettre au pouvoir séculier pour qu'il fasse ce qu'il voulait.

Le philosophe : Votre justification des membres de la Haute Commission n'a rien à voir avec la question. La question est de savoir en vertu de quelle loi il fut brûlé. La loi spirituelle ne donne aucun jugement sur les châtiments temporels et Sir Édouard Coke reconnaît qu'il ne pouvait pas être brûlé et que le bûcher était interdit par le droit statutaire. Mais alors, en vertu de quelle loi fut-il brûlé ?

Le légiste : En vertu du common law.

Le philosophe : Qu'est-ce ? Ce n'est pas la coutume car, avant l'époque de Henri IV, il n'existait pas une telle coutume en Angleterre. En effet, s'il avait existé une telle coutume, les lois qui vinrent ensuite n'étaient que des confirmations de la coutume et l'abrogation de ces lois fut donc l'abrogation de la coutume. Car, quand le Roi Édouard VI et la Reine Élisabeth abolirent ces statuts, (109) ils abolirent toutes les peines et, par conséquent, le bûcher, ou autrement ils n'auraient rien aboli. Et si vous voulez dire qu'il fut brûlé par la loi de la raison, vous devez me dire comment il peut y avoir proportion entre la doctrine et le bûcher. On ne peut assigner entre eux aucune égalité, aucune supériorité, aucune infériorité. La proportion qui est entre eux est la proportion du mal que la doctrine fait au mal qu'on doit infliger à celui qui divulgue la doctrine et il faut qu'elle soit mesurée par celui seul qui a la charge de gouverner le peuple. Par conséquent, le châtiment qu'on applique aux infractions ne peut être déterminé que par le Roi seul et, au cas où le châtiment toucherait la vie ou les membres, avec l'accord du Parlement.

Le légiste : Il ne tire pas un argument de la raison mais allègue le jugement contre Legat et une histoire sortie de Holinshed et Stow.³⁴⁴ Mais je sais que ni une histoire, ni des précédents ne passeront à vos yeux pour une loi. Et, bien qu'il y ait un bref *de haeretico comburedo*³⁴⁵ dans le registre³⁴⁶ – qu'on peut lire chez Fitzherbert – fondé sur les statuts 2 *Henri IV* c.15 et 2 *Henri V* c.7, vous me direz, vu que ces statuts sont nuls, que le bref l'est aussi.

Le philosophe : Oui, il est vrai que je le dirai. De plus, je ne comprends pas comment ce qu'il dit peut être vrai, que l'évêque diocésain a le pouvoir de juger les hérésies et que c'était ce qui était mis en usage pendant tout le règne d'Élisabeth alors que, par ce statut, il est manifeste que toute la juridiction spirituelle était donnée, sous les ordres de la Reine, aux membres de la Haute Commission. Comment un évêque diocésain pouvait-il en avoir une partie sans mandat de ces membres, chose qu'ils ne pouvaient pas accorder, vu leurs lettres patentes, et ce qui n'aurait pas été raisonnable car cette commission (110) n'était pas donnée aux seuls évêques mais aussi à divers laïques qui, craignant un empiétement sur le pouvoir temporel, pouvaient garder un œil sur les procédures. Mais, à ce jour, il n'existe aucun statut, aucune loi pour punir les doctrines, il n'y a que le pouvoir ecclésiastique ordinaire qui se conforme aux canons de l'Eglise d'Angleterre et qui est autorisé par le Roi seul, la Haute Commission étant depuis longtemps abolie. Venons-en donc maintenant aux causes criminelles qui ne sont pas capitales.

Le légiste³⁴⁷ : La plus grave infraction capitale est l'infraction au statut des proviseurs.³⁴⁸

³⁴⁴ Cette histoire se trouve dans les *Chroniques of England, Scotland and Ireland* de l'historien Raphaël Holinshed, p.1579 d'une édition dont je ne connais pas la date. La deuxième référence donnée par Coke (et qui concerne John Stow) renvoie à la page 1161 de l'une de ses chroniques. Je n'ai pu découvrir laquelle. Quant à l'histoire dont parle Hobbes, je n'en trouve aucune trace chez Coke qui donne en marge les deux références sans autre précision. (NdT)

³⁴⁵ Le « breve de haeretico comburendo » était le bref royal qui indiquait le transfert du coupable d'hérésie au bras séculier. (NdT)

³⁴⁶ Le registre des brefs originaux (Cour de Chancellerie) où se trouvent tous les types de brefs utilisables. (NdT)

³⁴⁷ On lit désormais dans la marge : Du praemunire. C'est d'abord un statut de 1353 mais le terme s'appliquait aussi au bref de comparution (qui

Le philosophe : Il faut que vous expliquiez cela.

Le légiste : Ce crime n'est pas différent de celui pour lequel un homme est mis hors-la-loi (outlawed) quand il ne veut pas comparaître devant une cour et se soumettre à la loi, sauf que, pour la mise hors-la-loi, il y a une longue procédure avant et que celui qui est mis hors-la-loi est mis hors de la protection de la loi. Mais, pour l'infraction au statut des proviseurs (qui est appelée *praemunire facias* à cause des termes utilisés dans le bref original), si le coupable ne se soumet pas à la loi dans l'espace de deux mois après notification, il est immédiatement mis hors-la-loi. Ce châtement, s'il n'est pas capital, équivaut au châtement capital car le hors-la-loi vit secrètement, à la merci de ceux qui savent où il se trouve et qui ne peuvent, pour éviter la même peine, que le dénoncer. On a beaucoup débattu, avant l'époque de la Reine Elisabeth, pour savoir si un hors-la-loi pouvait être légitimement tué comme on tue un loup.³⁴⁹ Cela ressemble au châtement en

commençait par les mos *praemunire facias*, ce que rappelle Coke : 1. *Institutes*, section 199) et à la peine. Cette loi interdisait qu'on porte devant des cours ecclésiastiques (intérieures ou extérieures au royaume) des causes qui relèvaient des tribunaux royaux et réaffirmait les principes du Statut des Provisours (voir note suivante). Ce statut, celui des proviseurs et de nombreux autres lois, dans leurs différentes versions, indiquent clairement la volonté anglaise de se démarquer de l'autorité papale. La version du Praemunire d'Edouard III se trouve dans Coke, 3. *Institutes*, p.119. (NdT)

³⁴⁸ Comme le rappelle Adam Smith (*Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, traduction par le Marquis Garnier, Paris, 1822, tome IV, p.231) « le mot anglais *provisor* désigne ceux qui sollicitaient des bulles du pape pour se faire investir d'un bénéfice ou d'une dignité ecclésiastique, ou qui se prévalaient de pareilles bulles. Ces bulles s'appelaient provision ou expectative parce qu'elles nommaient un successeur par avance et en attendant la vacance du bénéfice. » Le pape disposait ainsi à sa guise des bénéfices ecclésiastiques. Le *statut des proviseurs* (le 1er est de 1306) est une loi qui interdit aux membres du clergé anglais de demander une bulle du pape sans l'assentiment du roi. C'est la remise en question du droit de patronage de Rome. (NdT)

³⁴⁹ « Anciennement, un félon hors de la protection des lois était dit avoir *caput lupinum* et quiconque le rencontrait pouvait le frapper à la tête comme s'il eût été un loup. » Blackstone : *Commentaires sur les lois anglaises*, traduction Chompré, Paris, sans date, tome VI, p.200. Ce que dit Blackstone se vérifie dans le statut 25 *Edouard III*. Mais Coke ajoute : « Mais la reine Elisabeth et son parlement, n'aimant pas l'extrême et inhumaine rigueur de la loi sur ce point firent en sorte qu'il ne soit plus légitime de tuer un homme

usage chez les anciens Romains, être privé de l'usage du feu et de l'eau ³⁵⁰ et à l'excommunication majeure ³⁵¹ du pape, quand on ne pouvait pas boire et manger avec un excommunié sans encourir la même peine.

(111) **Le philosophe** : L'infraction pour laquelle ce châtiment fut ordonné la première fois était certainement un crime abominable ou un mal extraordinaire.

Le légiste : C'est vrai. En effet, le pape, vous le savez, longtemps avant la Conquête ³⁵², empiétait chaque jour sur le pouvoir temporel. Tout ce qui pouvait sembler être *in ordine ad spiritualia* ³⁵³ était, en toute république, revendiqué et tiré sous la juridiction du pape et, à cette fin, dans tout pays, il avait son tribunal ecclésiastique et il n'y avait guère de cause temporelle sur laquelle, par une astuce ou une autre, il ne pouvait mettre le grappin pour la faire juger dans ses propres tribunaux, à Rome, en France et même en Angleterre. De cette façon, on n'avait aucune considération pour les lois du Roi, les jugements rendus dans les cours du Roi étaient annulés et les présentations ³⁵⁴ aux évêchés, abbayes et autres bénéfices, fondés et dotés par le Roi et la noblesse d'Angleterre, étaient accordées par le Pape aux étrangers et à ceux qui, ayant de l'argent dans leur bourse, pouvaient aller à Rome pour se pourvoir de ces bénéfices. En accord avec cela, quand il y avait un problème au sujet d'une dîme ou d'un testament, même si la question était purement temporelle, le tribunal papal du lieu se l'appropriait ou, autrement, l'une des parties en appelait à Rome. Contre ces préjudices dont l'Église romaine était responsable et pour maintenir le droit et la dignité de la Couronne d'Angleterre, Édouard III fit un statut sur les proviseurs ³⁵⁵, c'est-à-dire ceux qui se font attribuer par Rome un bénéfice en Angleterre car, dans la

touché d'une façon ou d'une autre par le praemunire. » Coke : 1. *Institutes*, section 199. (NdT)

³⁵⁰ C'est la condamnation à l'exil. L'expression « igni et equa » figure par exemple dans la condamnation de Cicéron. (NdT)

³⁵¹ Elle vise essentiellement les hérétiques, apostats et relapses et elle retranche le pécheur du corps de l'Eglise. (NdT)

³⁵² Normande. (NdT)

³⁵³ L'expression est aussi utilisée dans le *Béhémoth*. Elle signifie : dans l'ordre spirituel, de l'ordre des choses spirituelles. (NdT)

³⁵⁴ Le droit de présentation d'un bénéfice ecclésiastique est le droit de choisir celui qui aura ce bénéfice ou, plus précisément, de présenter à l'évêque un candidat. Ce système bénéficial a assis l'autorité de Rome. (NdT)

³⁵⁵ Voir note ci-dessus sur les proviseurs. (NdT)

vingt-cinquième année de son règne, il ordonna, en Parlement plénier, que le droit d'élection des évêques et le droit de patronage³⁵⁶ et de présentation appartiennent au Roi et aux nobles qui étaient les fondateurs (112) de ces évêchés, abbayes et autres bénéfices. Il est stipulé plus loin que, si un clerc que lui ou l'un de ses sujets présentera est inquiété par un proviseur, ce proviseur perturbateur sera contraint par corps et, s'il est reconnu coupable, sera mis en prison jusqu'à ce qu'il ait payé une somme fixée par le Roi, qu'il ait donné réparation à la partie lésée, qu'il ait renoncé à son titre et donné la garantie qu'il ne fera pas des poursuites ultérieures; et que, s'il ne peut donner cette garantie, des brefs de mise hors-la-loi³⁵⁷ seront émis et les profits du bénéfice, pendant ce temps, seront mis entre les mains du Roi. Et le même statut est confirmé par 27 *Édouard III*, lequel statut donne deux mois aux proviseurs pour comparaître et stipule que, s'ils comparaissent avant d'être mis hors-la-loi, ils seront reçus pour répondre [de leurs actes] mais que, s'ils ne se rendent pas, leurs terres et biens, outre qu'ils seront hors-la-loi, seront confisqués. La même loi est confirmée par 16 *Richard II* c.5, statut dans lequel est ajouté – parce que ces proviseurs obtenaient parfois du pape que ces évêques anglais qui avaient été légalement institués et installés par les patrons choisis par le roi soient excommuniés – que, pour cela, ceux qui auront reçu et publié cet acte papal et ceux qui se le seront procuré subiront le même châtement.

Le philosophe : Laissez-moi voir ce statut 27 *Édouard III*.

Le légiste : Il se trouve devant vous, reproduit *verbatim*³⁵⁸ par Sir Édouard Coke lui-même, aussi bien en anglais qu'en français.^{359 360}

³⁵⁶ « right of advowsons ». On dit aussi « right of patronage ». C'est le droit de présentation qu'avait celui qui faisait bâtir un édifice religieux. Ce droit fut accordé aux évêques par le concile d'Orange. (NdT)

³⁵⁷ « exigents ». On trouve le mot « exigende » (du latin *exigo* : chasser, mettre dehors) dans de vieux textes de loi écrits en Franco-normand mais, à ma connaissance, le mot ne figure pas dans la langue française. (NdT)

³⁵⁸ Adverbe du latin médiéval formé à partir de *verbum*, adverbe signifiant mot à mot, textuellement. (NdT)

³⁵⁹ 3. *Institutes*, p.119. Voir aussi 1. *Institutes*, section 199. La référence donnée par la traduction Vrin est fausse. (NdT)

³⁶⁰ En anglais et en franco-normand. (NdT)

Le philosophe : C'est bien. Nous devons maintenant considérer ce qu'il signifie et si Sir Édouard Coke l'a bien ou mal interprété. Et, d'abord, on voit, par le (113) préambule – que Sir Édouard Coke reconnaît être le meilleur interprète du statut – que ce statut fut uniquement fait contre les empiétements de l'Église de Rome sur le droit du Roi et d'autres patrons de nommer à des évêchés et à d'autres bénéfices à l'intérieur du royaume d'Angleterre et contre le pouvoir des tribunaux spirituels d'instruire des procès pour trancher des litiges qui étaient de la compétence de l'une des cours du Roi, ³⁶¹ et de casser des jugements rendus dans ces cours, ³⁶² toutes choses qui tendaient à déposséder le Roi ³⁶³ et à détruire le common-law qui a toujours été en usage dans le royaume. ³⁶⁴ Envisageons maintenant le cas d'un homme qui aurait obtenu du pape qu'il casse un arrêt de chancellerie. Risquerait-il le Praemunire ?

Le légiste : Oui, certainement. Ou, si le jugement a été rendu dans la Cour du Grand Amiral ou dans n'importe quelle autre cour du Roi, soit de droit, soit d'équité. En effet, les cours d'équité sont plus proprement des cours du common-law d'Angleterre parce que l'équité et le common-law, comme le dit Sir Edouard Coke, sont la même chose. ³⁶⁵

Le philosophe : Alors l'expression common-law n'est pas, dans ce préambule, limitée aux seules cours où les procès sont faits avec un jury mais englobe toutes les cours temporelles du Roi, si ce n'est les cours des sujets qui sont seigneurs de baronies.

Le légiste : C'est très vraisemblable et, pourtant, je crois que tout le monde ne l'accordera pas.

³⁶¹ Le statut déclare que « des personnes ont été attirées hors du royaume pour répondre de choses dont la connaissance appartient aux cours du roi. » (3. *Institutes*, p.119) (NdT)

³⁶² IL faut entendre, comme le dit Coke (ibid. p.120) que ces procès furent commencés dans d'autres cours que les cours du roi. (NdT)

³⁶³ « that tend to the disherison of the King » : qui tendent à déshériter le roi. Le mot « disherison » est utilisé dans le statut lui-même. (NdT)

³⁶⁴ Hobbes paraphrase ici le statut de praemunire. (NdT) (NdT)

³⁶⁵ La référence donnée par Cropsey (1.*Institutes* fol 97b) est discutable car Coke ne dit pas que l'équité et le common-law sont la même chose mais que « le common-law n'est rien d'autre que la raison. » (97b). (NdT)

Le philosophe : Le statut dit aussi que ceux qui attirent hors du royaume des hommes pour des procès dont la connaissance appartient à la cour du Roi, relèvent du praemunire. Mais qu'en est-il si (114) on attire à Lambeth ³⁶⁶ quelqu'un pour un procès dont le jugement a déjà été rendu à Westminster. Est-il, par cette clause, compris dans le praemunire?

Le légiste : Oui car, bien que ce ne soit pas à l'extérieur du royaume, cela entre dans l'intention du statut parce que c'était une cour papale, non une cour royale, qui se trouvait alors à Lambeth.

Le philosophe : Mais, à l'époque de Sir Edouard Coke, c'était la cour du roi qui se trouvait à Lambeth, non une cour papale.

Le légiste : Vous savez bien que la Cour spirituelle n'a pas le pouvoir d'instruire des procès de common-law.

Le philosophe : Je le sais bien mais je ne sais pour quelle raison un simple particulier qui se trompe et ne choisit pas la bonne cour serait mis hors de la protection du Roi, perdrait son patrimoine et tous ses biens, personnels et réels ³⁶⁷, et, s'il était pris, serait mis en prison à vie. Sir Édouard Coke, même en torturant ce statut, ne parvient pas à le lui faire dire. De plus, les simples particuliers ignorent dans quelle cour ils doivent trouver un recours et c'est une coutume confirmée par l'usage perpétuel que ces ignorants soient guidés par leur conseiller juridique. Il est donc manifeste que ceux qui ont fait le statut n'entendaient pas empêcher les hommes d'intenter un procès pour défendre leurs droits dans la Cour de la Chancellerie, dans la Cour de l'Amirauté ou dans une autre cour, à l'exception des cours ecclésiastiques qui tenaient leur juridiction de l'Église de Rome. De plus, quand le statut dit « qui fait un procès dans une autre cour ou fait annuler un jugement de la cour du Roi », que signifie autre cour? Une autre cour que quelle cour? S'agit-il du Banc du Roi ou de la Cour des Plaids Communs? Est-ce qu'il y a un praemunire pour tout homme qui fait un procès devant la Cour de la Chancellerie alors qu'il aurait pu obtenir un recours devant la Cour des Plaids Communs? En vertu de (115) ce statut, peut-il y avoir un praemunire contre le Lord Chancelier? Le statut s'applique seulement à la partie

³⁶⁶ Où siégeaient les tribunaux ecclésiastiques. La cour royale de justice se trouve à Westminster.(NdT)

³⁶⁷ Sur cette distinction, voir note ci-dessus. (NdT)

qui fait un procès, non au juge qui s'occupe du procès. Il ne pouvait pas non plus, en vertu de ce statut ou en vertu de 16 *Richard II*, y avoir un *praemunire* contre des juges qui n'étaient alors punissables que par l'autorité du pape. Donc, vu que la partie qui fait un procès a une juste excuse, le conseil de son homme de loi, et que le juge temporel et le légiste ne sont pas concernés par le statut, personne ne peut encourir le châtement du *praemunire*.

Le légiste : Mais Sir Édouard Coke, dans le même chapitre, ³⁶⁸ rapporte deux précédents pour prouver que, bien que les cours spirituelles d'Angleterre soient désormais les cours du Roi, quiconque, cependant, y fait un procès qui pouvait être jugé en common-law tombe sous le coup d'un *praemunire*. L'un est que, alors que, dans la vingt-deuxième année de Henri VIII, une convocation du clergé d'Angleterre reconnu par un acte public ³⁶⁹ que le Roi était le chef suprême de l'Église d'Angleterre, pourtant, après ceci, à savoir 24 *Henri VIII*, le statut [de *praemunire*] était [toujours] en vigueur. ³⁷⁰

Le philosophe : Pourquoi pas ? Une convocation ³⁷¹ du clergé ne pouvait pas modifier le droit de suprématie. Leurs tribunaux étaient toujours les tribunaux du pape. L'autre précédent, ³⁷² dans la vingt-cinquième année de Henri VIII concernant l'évêque de Norwich ³⁷³ peut recevoir la même réponse car le Roi ne fut pas déclaré chef de l'Église par un acte du Parlement avant la vingt-sixième

³⁶⁸ P.121. (NdT)

³⁶⁹ « fait par tous les évêques et tout le clergé d'Angleterre », dit Coke. (NdT)

³⁷⁰ Coke dit très exactement : « Après ceci, à savoir 24 *Henri VIII*, il apparaît que le statut de *praemunire* était resté en vigueur contre les juges ecclésiastiques qui tenaient des procès qui pouvaient être simplement jugés en common-law. » (p.121) (NdT)

³⁷¹ Au sens d'assemblée. (NdT)

³⁷² *Ibid.* p.121. (NdT)

³⁷³ L'évêque de Norwich fut frappé de *praemunire*. Dans la ville de Thetford, il était de coutume que toutes les causes ecclésiastiques fussent jugées par le doyen du lieu qui avait une juridiction ecclésiastique particulière. Un habitant de la ville alla cependant plaider une cause dans le tribunal ecclésiastique de Richard Nick, évêque de Norwich. Cet habitant fut convoqué par le maire et dut payer une amende. L'évêque de Norwich menaça le maire d'excommunication s'il n'annulait pas sa procédure et il fut pour cela frappé de *praemunire*, en vertu du statut 16 R.2, à la cour du Banc du roi. (3. *Institutes*, p.121) (NdT)

année de son règne. ³⁷⁴ Si Sir Édouard Coke n'avait pas eu des doutes sur son propre droit, il n'eût pas fait appel à des preuves aussi faibles que ces précédents. Quant à la condamnation de praemunire contre l'Évêque de Norwich, ni le statut ni l'autre statut de Richard II ne la justifiait. Il fut condamné pour avoir menacé d'excommunier un homme (116) qui avait intenté un procès contre un autre

³⁷⁴ Ce fut fait par l'*Acte de suprématie* dont voici l'essentiel du texte : « Bien que sa majesté le roi soit et doive être, en toute justice et selon le droit, le chef suprême de l'Eglise d'Angleterre et qu'il soit ainsi reconnu par le clergé de ce royaume dans ses assemblées, pourtant, pour corroborer et confirmer ce titre, pour développer la vertu de la religion chrétienne en ce royaume d'Angleterre et pour réprimer et extirper toutes les erreurs, hérésies et autres démesures et abus en usage dans ce royaume, il est décrété, par l'autorité du présent parlement, que le roi sera considéré comme le seul chef suprême sur la terre de l'Eglise d'Angleterre, appelée Eglise anglicane, et qu'il jouira, unis à la couronne impériale du royaume, aussi bien du titre et du droit que de tous les honneurs, dignités, prééminences, juridictions, privilèges, autorités, immunités, profits et avantages de ladite dignité de chef suprême de cette Eglise qui dépend de lui ; et que notre dit seigneur souverain, ses héritiers et successeurs, rois de ce royaume, auront les pleins pouvoirs et une pleine autorité pour, régulièrement, inspecter, réprimer, redresser, enregistrer, ordonner, corriger, empêcher et rectifier de telles erreurs, hérésies, abus, offenses, outrages et démesures, quels qu'ils soient, ce qu'aucune autorité ou juridiction spirituelle ne pourra faire (...), cela pour le plus grand plaisir de Dieu Tout-Puissant, pour développer la vertu de la religion chrétienne, et pour conserver la paix, l'unité et la tranquillité du royaume, et en opposition avec toute coutume, pays étranger, autorité étrangère, ordonnance et autres choses contraires. » (*Statutes of the realm*, traduction de P. Folliot) Cet acte n'est pas, comme on a pu le dire, l'acte d'adoption du protestantisme ou de naissance de l'anglicanisme, il établit essentiellement une séparation entre Rome et l'Eglise anglicane mais, dans les faits, la liturgie demeura fidèle à l'Eglise de Rome, comme le suggère Hobbes dans son *Récit historique sur l'hérésie* et comme en témoigne, en 1539, l'*acte des six articles* (les deux premiers portant sur la transsubstantiation eucharistique, le troisième sur l'interdiction du mariage des prêtres, le quatrième, sur la chasteté et le veuvage, le cinquième maintenant les messes privées, et le dernier affirmant la nécessité de la confession – la suite signalant que celui qui refuserait ce culte pourrait être jugé félon et subir la peine de mort ainsi que la confiscation de ses biens. Cet acte abolit la diversité des opinions, comme il est dit dès la première ligne). (NdT)

homme devant le Maire. ³⁷⁵ Mais ce statut n'interdit pas cela mais interdit qu'on introduise ou qu'on publie des excommunications ou d'autres actes de Rome ou d'ailleurs. Avant la vingt-sixième année de Henri VIII, il est hors de doute que, pour une cause temporelle jugée dans une cour spirituelle, il y avait *praemunire* et, si, peut-être, un juge ou un autre a, depuis cette époque, jugé autrement, son jugement était erroné.

Le légiste : Oui mais, par le statut 16 *Richard II* c.5, il apparaît le contraire, comme Sir Édouard Coke vous le montrera ici. ³⁷⁶ L'effet, dit-il, du statut de Richard II est que si quelqu'un fait un procès ou fait faire un procès devant le Tribunal de Rome ou ailleurs sur quelque chose qui touche le Roi, qui va contre sa couronne, son droit régalien ou son royaume, ses notaires, etc., ³⁷⁷ seront mis hors de la protection du Roi.

Le philosophe : Je vous prie de me dire quels sont les termes qui se trouvent dans le statut.

Le légiste : Tout de suite. Les termes sont : *Si quelqu'un, devant la Cour de Rome ou ailleurs, fait ou fait faire un procès, fait des actions juridiques, obtient des transferts [de bénéfices ecclésiastiques], des condamnations pour excommunication, des bulles ou d'autres types d'actes qui touchent le Roi, contre sa personne, sa couronne, son droit régalien ou ses royaumes, comme il a été dit ci-dessus etc.*

Le philosophe : Si quelqu'un fait un procès de common-law dans une cour spirituelle, qui est maintenant une cour du Roi, et que le juge de cette cour spirituelle tient ce procès, par quelle interprétation pouvez-vous faire en sorte que cela tombe sous le coup des termes que nous venons de lire? Faire un procès pour défendre ses droits devant une cour du Roi n'est pas faire un procès pour obtenir

³⁷⁵ Hobbes se trompe. Coke ne dit rien de tel. Tout ce que dit Coke, c'est que, après avoir fait un procès dans le tribunal ecclésiastique de Richard Nick, évêque de Norwich (alors que, selon la coutume, il aurait dû le faire à Thetford), cet habitant fut convoqué par le maire et dut payer une amende. Quant à l'excommunication, elle ne visait pas celui qui avait fait un procès mais le maire lui-même, convoqué par l'évêque pour qu'il annule le jour-même la sentence qui avait frappé l'homme. (NdT)

³⁷⁶ 3. *Institutes*, p.119. (NdT)

³⁷⁷ « their notaries, procurators, &, fautors, &, » dit Coke. Le statut dit « proctors, maintainers, abettors, favourers and counsellors ». (NdT)

des transferts d'évêchés (117) qui ont été rédigés ou obtenus à la Cour de Rome ou ailleurs, c'est seulement faire un procès devant la cour du Roi et ce n'est pas un procès fait contre le Roi, sa couronne, son droit régalien ou son royaume, c'est le contraire. Pourquoi serait-ce donc un *praemunire*? Non. Celui qui apporte ou exhibe un écrit, quel que soit le lieu, où il est dit que le Roi a abandonné sa juridiction et que, donc, si un sujet est condamné faussement, sa soumission au jugement du Roi n'est d'aucun effet, ou qui dit qu'il n'y a aucune nécessité que le Roi, en dehors des sessions du Parlement, lève de l'argent pour la défense du royaume, cet homme-là, selon moi, tombe davantage sous le coup du statut des proviseurs que celui qui entame un procès dans une cour spirituelle pour une cause temporelle. Mais quel argument tiré de la raison Sir Édouard Coke a-t-il puisque le droit statutaire ne peut pas l'aider?

Le légiste : Il dit que ces cours *sont appelées autres cours parce qu'elles procèdent soit par les règles d'un autre droit, comme le droit canon ou le droit civil, soit par d'autres procès que ceux que le common-law autorise. En effet, les procès autorisés par le droit d'Angleterre pour les questions de fait se font par le verdict de douze hommes devant le juge du common-law et non par l'examen de témoins comme dans la Cour d'Équité. De sorte que alia curia* ³⁷⁸ *est soit ce qui est gouverné par aliam legem,* ³⁷⁹ *soit ce qui tire la partie ad aliud examen.* ³⁸⁰ *Car si...* ³⁸¹

Le philosophe : Arrêtez ici. Considérons ce que vous avez lu, que, *en effet, les procès autorisés par le droit d'Angleterre se font par le verdict de douze hommes.* Qu'entend-il ici par le droit d'Angleterre ? Ne permet-il pas les procès devant la Cour de Chancellerie et devant la Cour de l'Amirauté par témoins ?

(118) **Le légiste :** Par le droit d'Angleterre, il entend le droit utilisé au Banc du Roi, c'est-à-dire le common-law.

Le philosophe : C'est exactement ce que j'ai dit, que deux cours autorisaient leur propre mode de procès mais que les procès des autres cours n'étaient

³⁷⁸ Une autre cour. (NdT)

³⁷⁹ Une autre loi ou un autre droit. (NdT)

³⁸⁰ Vers un autre examen, vers un autre procès, une autre cour. (NdT)

³⁸¹ Hobbes cite parfaitement Coke, 3. *Institutes*, p.120. On notera que *autres cours* est entre parenthèses chez Coke.(NdT)

autorisés que par le Roi. Seules les cours de common-law se donnaient à elles-mêmes cette autorité. De cette façon, vous voyez que *alia curia* était mal exposé. Dans les cours de common-law, tous les procès se font avec douze hommes qui sont juges du fait et, le fait connu et prouvé, les juges doivent déclarer le droit mais, dans les cours spirituelles, dans la Cour de l’Amirauté et dans toutes les cours d’équité, il n’y a qu’un seul juge, aussi bien du fait que du droit. C’est toute la différence. Si le statut entendait par *alia curia* cette différence, il y aurait un *praemunire* pour un procès tenu dans une cour n’étant pas la Cour du Roi. Le Banc du Roi et la Cour des Plaids Communs peuvent aussi être des cours d’un genre différent parce les procédures sont différentes mais il est clair que ce statut ne fait pas d’autre distinction entre les cours que celle entre les cours du Roi et les cours des États et des princes étrangers. Etant donné que vous voulez que ce soit le jury qui permette de faire la distinction entre les cours, quelle différence faites-vous entre les procès de common-law et les procès des autres cours ? Vous savez que, pour un procès qui porte sur un fait, naturellement et dans le monde entier, ce sont les témoins qui sont juges et il est impossible qu’il en soit autrement. Que peut donc juger un jury en Angleterre sinon la suffisance des témoignages ? Les juges n’ont rien à juger ou à faire sinon, quand le fait est prouvé, que de déclarer la loi, ce qui n’est pas jugement mais juridiction. De même, que (119) le procès se tienne dans Cour de la Chancellerie ou dans la Cour de droit civil, ce sont toujours les témoins qui sont juges du fait et celui qui a reçu la commission d’entendre la cause joue les deux rôles, c’est-à-dire celui de jury pour juger du témoignage et celui de juge pour déclarer la loi. Je dis que c’est là que se trouve la différence, ce qui, d’ailleurs, est suffisant pour créer (tel que le monde est) un conflit de juridiction. Mais, vu que cela ne tend ni à déposséder le roi ou le peuple, ni à subvertir la loi de la raison qui est le common-law, ni à subvertir la justice, ni à nuire au royaume, choses sans lesquelles il n’y a pas d’infractions à ces statuts, il ne peut pas y avoir un *praemunire*.

Le légiste : Laissez-moi lire la suite.³⁸² *En effet, si les terres en tenure franche, les successions, les biens, les créances et choses dues (choses sur lesquelles le Roi et le sujet ont droit et propriété en vertu du common-law) devaient être jugés per aliam legem ou être tirées ad aliud examen, les trois maux*

³⁸² Coke : *Ibid.* (NdT)

ci-dessus exprimés ³⁸³ s'ensuivraient : La destruction ³⁸⁴ du Roi et de sa couronne, la dépossession de ce qui appartient au peuple, la perte et la destruction du common-law qui a toujours été en usage.

Le philosophe : C'est-à-dire la loi de la raison. Il suit de là que, là où il n'y aucun jury et où les lois sont différentes des nôtres, c'est-à-dire dans tout le monde étranger, ni le Roi ni le Peuple n'ont de choses dont ils ont hérité, de biens ou de loi de la raison. Je n'irai pas plus loin dans l'examen de sa doctrine des cas criminels. Il ne définit nulle part le crime pour que nous sachions ce que c'est. Un terme odieux lui suffit pour faire de quelque chose un crime. Il a mis l'hérésie parmi les crimes les plus odieux sans savoir ce qu'elle est et (120) pour une seule raison, c'est que L'Église de Rome, pour rendre plus terrible son pouvoir usurpé, en prêchant longtemps contre elle, en se montrant cruelle envers des hommes pieux et savants de cette Église et d'autres Églises réformées, l'a fait paraître aux gens du peuple une chose détestable. Il la considère comme un plaid de la couronne à l'époque de la Reine Élisabeth alors que, pendant son règne, il n'y avait aucune doctrine hérétique. Mais le juge Stamford ³⁸⁵ l'en exclut parce que, quand l'hérésie était un crime, elle était un plaid de la mitre. ³⁸⁶ Je vois aussi que, dans ce catalogue de causes criminelles, il inclut les repas somptueux, ³⁸⁷ les habits somptueux ³⁸⁸ et les édifices ³⁸⁹ somptueux ³⁹⁰ bien que ces choses ne fussent contraires à aucun statut. Il est vrai que de mauvaises circonstances peuvent en faire des péchés mais ces péchés relèvent du jugement des pasteurs spirituels. Un juge du droit temporel (vu que c'est l'intention seule qui fait le péché) ne peut pas savoir s'il y a péché ou non, à moins qu'il n'ait le pouvoir

³⁸³ « Dans le préambule et dans l'acte », dit Coke. (NdT)

³⁸⁴ Coke (3. *Institutes*, p.120) n'emploie pas le mot « destruction » mais le mot « disherison », dépossession de quelque chose dont on hérite. (NdT)

³⁸⁵ William Stamford ou Staunford. Certainement dans *Les plees del coron divisees in plusiours & common lieux*, édit. Tottelli, 1557. La traduction Vrin, en donnant 1560, confond avec la traduction anglaise, *Pleas of the Crown*, Tottel, Londres, 1560. Je n'ai pas pu consulter ce texte. (NdT)

³⁸⁶ Métonymie : les tribunaux ecclésiastiques. (NdT)

³⁸⁷ Voir le chapitre intitulé *Of diet*, 3. *Institutes*, p.200. (NdT)

³⁸⁸ Voir le chapitre intitulé *Of apparell*, 3. *Institutes*, p.199. (NdT)

³⁸⁹ Je choisis ce terme très général car Coke parle même des tombes. (NdT)

³⁹⁰ Voir le chapitre intitulé *Of buidings*, 3. *Institutes*, p.200. (NdT)

d'entendre en confession. Il fait aussi du fait de flatter le Roi un crime.³⁹¹ Comment pouvait-il savoir quand un homme en flattait un autre ? Il veut donc dire que c'était un crime de plaire au roi et c'est pourquoi il cite les divers maux qu'ont connus ceux qui, dans le passé, ont été en grande faveur auprès des Rois qu'ils servaient, comme les favoris de Henri III, Édouard II, Richard II, Henri VI dont certains furent emprisonnés, d'autres bannis et mis à mort par les mêmes rebelles qui emprisonnèrent, bannirent et mirent à mort les mêmes rois sans meilleure raison que pour le comte de Strafford,³⁹² l'archevêque de Cantorbéry³⁹³ et le roi Charles Ier.³⁹⁴ Empson³⁹⁵ et Dudley³⁹⁶ n'étaient pas les favoris de Henri VII mais des parasites auxquels le Roi Henri (121) VIII fit rendre gorge avec raison. Le cardinal Wolsey³⁹⁷ fut, en vérité, pendant plusieurs années, un favori de Henri VIII mais il tomba en disgrâce, non pour avoir flatté le Roi mais pour ne pas l'avoir flatté dans l'affaire du divorce d'avec la Reine Catherine. Vous voyez son raisonnement ici : nous ne descendrons pas plus bas pour certaines causes.³⁹⁸ *Qui eorum vestigiis insistent, eorum exitus perhorrescant.*³⁹⁹ Cela a été inséré pour le favori du Roi Jacques. Mais laissons cela et parlons des châtiments légaux liés à ces crimes.

En premier lieu,⁴⁰⁰ je désire savoir qui, quand une infraction est commise, a le pouvoir de définir et de fixer le type particulier de châtiment car je suppose que vous n'êtes pas de l'opinion des stoïciens de l'antiquité, que toutes les fautes sont

³⁹¹ Pour le statut concernant la flatterie, fait avant Guillaume le Conquérant, et sur les raisons de sa rédaction, voir 3. *Institutes*, p.207. (NdT)

³⁹² Conseiller du roi, condamné par le parlement et exécuté en 1641. (NdT)

³⁹³ William Laud, condamné à mort par le parlement pendant la guerre civile. (NdT)

³⁹⁴ Décapité à la hache en 1649. (NdT)

³⁹⁵ Richard Empson, ministre de Henri VII. Il fut décapité en octobre 1510. (NdT)

³⁹⁶ Edmund Dudley, lui aussi ministre de Henri VII, décapité aussi en 1510. (NdT)

³⁹⁷ Thomas Wolsey, aumônier du roi, lord chancelier, évêque puis cardinal. On a dit effectivement que sa disgrâce fut due à son échec dans l'annulation du mariage du roi avec Catherine d'Aragon. (NdT)

³⁹⁸ 3. *Institutes*, p.208. (NdT)

³⁹⁹ 3. *Institutes*, p.208. Que ceux qui suivent leurs traces redoutent l'issue. (traduction d'Isabelle Folliot) (NdT)

⁴⁰⁰ On lit désormais dans la marge à droite : Des châtiments. (NdT)

égales et qu'on doit punir de la même façon celui qui a tué un homme et celui qui a tué une poule. ⁴⁰¹

Le légiste : Le type de châtiment de tous les crimes, quels qu'ils soient, doit être fixé par le common-law, c'est-à-dire que, si c'est un statut qui le détermine, le jugement doit alors être conforme au statut et que, s'il n'est pas spécifié par le statut, la coutume, dans de tels cas, doit être suivie; mais, si le cas est nouveau, je ne vois pas pourquoi le juge ne pourrait pas le fixer selon la raison.

Le philosophe : Mais selon la raison de qui ? Si vous entendez par raison la raison naturelle de tel ou tel juge que le Roi a autorisé à avoir connaissance de la cause, il y aura autant de raisons différentes qu'il y aura d'hommes différents. Le châtiment de tous les crimes sera incertain et aucun d'eux n'atteindra jamais le niveau d'une coutume. Un châtiment certain ne peut donc jamais être (122) fixé s'il prend racine dans les raisons naturelles des juges à qui le Roi a donné autorité ou dans la raison du juge suprême. En effet, si la loi de la raison fixait les châtiments, alors, pour les mêmes infractions, il y aurait, dans le monde entier et à toutes les époques, les mêmes châtiments parce que la loi de la raison est immuable et éternelle.

Le légiste : Si ce n'est ni la raison naturelle du Roi, ni la raison de quelqu'un d'autre qui est capable de prescrire un châtiment, comment peut-il exister des châtiments légaux?

Le philosophe : Pourquoi pas? En effet, je crois que c'est dans cette différence même entre les facultés rationnelles des individus que se trouve la vraie et parfaite raison qui rend tous les châtiments certains. Donnez à un homme quelconque l'autorité de définir les châtiments et laissez cet homme les définir, et c'est la droite raison qui les a définis, en supposant que la définition ait été faite et rendue

⁴⁰¹ « En effet, quoique toutes ces infractions méritent toutes le nom d'injustice, comme toutes les déviations par rapport à une ligne droite sont des courbures, ce que les stoïciens ont justement observé, cependant il ne s'ensuit pas que toutes les infractions soient également injustes, pas plus que toutes les lignes courbes ne suivent la même courbure, ce que n'ont pas observé les stoïciens qui tenaient pour une aussi grave infraction à la loi de tuer une poule que de tuer son père. » *Léviathan*, chapitre XXVII, Traduction de P. Folliot (*Les Classiques des Sciences Sociales*, 2002) Sur cette question, voir par exemple *Les paradoxes des stoïciens*, paradoxe 3. (NdT)

publique avant que l'infraction fût commise. Avoir une telle autorité, c'est jouer son atout au jeu de cartes, sauf que, en matière de gouvernement, quand tous les jeux sont à égalité,⁴⁰² ce sont les gourdins qui sont les cartes maîtresses.⁴⁰³ Donc, vu que tout homme sait, par sa propre raison, quelles actions sont contraires à la loi de la raison et qu'il connaît les châtiments qui ont été ordonnés par cette autorité pour toute mauvaise action, il est évidemment raisonnable que, pour avoir enfreint les lois connues, il subisse les châtiments connus. Or la personne⁴⁰⁴ à qui cette autorité de définir les châtiments a été donnée ne peut nulle part ailleurs

⁴⁰² Très exactement « quand rien d'autre ne peut s'élever ». (NdT)

⁴⁰³ Passage assez compliqué. Notons d'abord la confusion faite par la traduction Vrin entre piques et trèfles (clubs). Selon John Aubrey (*Brief lives*) le père de Hobbes, ayant joué aux cartes toute la nuit, s'était écrié dans son sommeil « Traffels is troumps » (clubs are trumps : c'est atout trèfle). Mais que signifie ici l'expression. Le mot « clubs » signifie aussi « gourdins ». Le sens devient clair. Quand aucun pouvoir n'a le dessus (n'a les cartes maîtresses), les hommes sont au même niveau (état de nature, état de guerre) et c'est la force qui fait le droit. Dans le *Léviathan* (Chapitre V), Hobbes utilise aussi l'image de l'atout, justement à l'occasion de la droite raison : « (...) de même que, quand il y a une controverse sur un calcul, les parties doivent, de leur propre accord, instituer, comme la droite raison, la raison de quelque arbitre, de quelque juge, à la sentence duquel il se tiendront tous deux (ou leur controverse en viendra aux poings, ou ne trouvera pas de solution, par défaut d'une droite raison constituée par Nature), de même en est-il dans tous les débats, quel que soit le genre de débat. Et quand des hommes qui se pensent plus sages que les autres exigent bruyamment la droite raison comme juge, et pourtant ne cherchent qu'une chose, que les choses sont décidées par aucun autre raison humaine que la leur, c'est aussi intolérable dans la société des hommes que dans le jeu de cartes, quand l'un des joueurs, après le tirage de l'atout, utilise comme atout, à chaque occasion qui l'arrange, la couleur qu'il a le plus en main. Car ils ne font rien d'autre que ceux qui veulent que chacune de leurs passions, quand elle en vient à prendre empire sur eux, soit considérée comme droite raison, et cela dans leur propre controverse, trahissant leur défaut de droite raison par la revendication qu'ils posent à son sujet. » Traduction de P. Folliot, *Les Classiques des Sciences Sociales*, 2002. On notera que la traduction Vrin, en traduisant faussement (et involontairement) « clubs » par « piques » parvient néanmoins à rendre compte avec bonheur du jeu de mots de Hobbes. Toutefois, en respectant le sens des mots employés par Hobbes, il semble bien que le jeu de mots soit intraduisible. (NdT)

⁴⁰⁴ Ici, au sens d'une personne civile, selon la distinction que Hobbes fait dans le *Léviathan* entre personne naturelle et personne civile. (NdT)

être autre que la même personne qui possède le pouvoir souverain, qu'il s'agisse d'un seul homme ou d'une assemblée. En effet, il serait vain de donner ce pouvoir à une personne qui n'aurait pas le commandement des forces de police pour que ce pouvoir soit suivi d'exécution car aucun pouvoir moindre ne peut accomplir cette tâche quand tant d'hommes qui enfreignent la loi (123) s'unissent et s'associent pour se défendre les uns les autres. Il y eut un cas soumis au Roi David par Nathan, ⁴⁰⁵ celui d'un homme riche qui avait de nombreux moutons et d'un pauvre homme qui n'en avait qu'un, une agnelle apprivoisée. Le riche reçut un étranger chez lui et, pour le nourrir tout en épargnant son propre troupeau, il prit au pauvre son agnelle. Sur ce cas, le Roi rendit son jugement : « Assurément, l'homme qui a fait cela doit mourir. » ⁴⁰⁶ Que pensez-vous de cela ? Était-ce un jugement royal ou un jugement tyrannique.

Le légiste : Je ne veux pas contredire les canons de l'Eglise d'Angleterre qui reconnaissent que le Roi d'Angleterre, à l'intérieur de ses domaines, a les mêmes droits que ceux que les bons Rois d'Israël avaient dans les leurs. Je ne nie pas que David ait été l'un de ces bons rois mais punir un homme de mort sans une loi antérieure, cela nous semblera être un dur procédé, nous qui entendons avec réticence parler de lois arbitraires et avec plus de réticence encore de châtiments arbitraires, à moins que nous ne soyons certains que nos Rois seront d'aussi bons Rois que David. Je veux seulement vous demander en vertu de quelle autorité le clergé peut avoir la prétention de faire et de fixer un canon sur le pouvoir de son propre Roi ou de faire une distinction entre les droits d'un bon Roi et d'un mauvais Roi.

Le philosophe : Ce n'est pas le clergé qui fait de ses canons des lois mais c'est le roi, par le grand sceau d'Angleterre, et c'est le Roi qui donne à ses membres le droit d'enseigner leurs doctrines en ceci qu'il les autorise à enseigner et prêcher publiquement la doctrine du Christ et de ses apôtres telle qu'elle est clairement contenue dans les Écritures. Mais s'ils avaient dénigré le pouvoir royal dans l'une des doctrines publiées, (124) ils auraient certainement été à blâmer. Mieux ! Je crois qu'ils seraient davantage tombés sous le coup du statut de praemunire de 16

⁴⁰⁵ 2. Samuel, XII, 1-6. (NdT)

⁴⁰⁶ La suite est : "And he shall restore the lamb fourfold, because he did this thing, and because he had no pity." (ce qui nous semblerait aujourd'hui être une peine suffisante) (King James Version) (NdT)

Richard II c.5 qu'un juge de la Cour d'équité qui aurait tenu des procès de common-law. Je ne cite pas ce précédent du Roi David pour approuver une violation de la grande charte ou pour justifier le châtement avec perte de la vie ou des membres infligé à tout homme qui offense le Roi mais pour vous montrer que, avant que la grande charte ne fût accordée, dans tous les cas où les châtements n'étaient pas prescrits, c'était le Roi seul qui pouvait les prescrire et pour vous montrer qu'aucun juge tenant son autorité du Roi ne pouvait punir un homme ayant enfreint la loi que par l'application de quelque statut ou par les termes de quelque commission et non *ex officio*.⁴⁰⁷ Les juges pouvaient, pour un outrage à la cour, parce que c'était un outrage au Roi, emprisonner un homme durant un temps laissé au choix du Roi ou lui infliger une amende (qui revenait au Roi) en fonction de la gravité de l'infraction mais tout cela n'allait pas plus loin que le fait de livrer le coupable au jugement du Roi. Quant à l'essorillement, le pilori et autres châtements corporels d'ordinaire infligés autrefois par la Chambre Étoilée,⁴⁰⁸ ils étaient permis par le statut d'Henri VIII⁴⁰⁹ qui lui donnait le

⁴⁰⁷ En vertu de sa fonction. (NdT)

⁴⁰⁸ «Haute Cour de justice en Angleterre, composée de membres du conseil du roi, réunis dans une chambre dont les ornements avaient donné le nom à ce tribunal. Quelques auteurs font remonter l'origine de la chambre étoilée à une époque assez reculée mais son existence n'est prouvée que par un bill porté sous le règne de Henri VII. Elle jugeait sans le concours du jury ; ses attributions n'ayant jamais été rigoureusement déterminées, elles pouvaient arbitrairement s'étendre sur toute espèce de causes. Son pouvoir fut terrible sous le règne de Henri VIII et sous celui d'Elisabeth : elle servit d'instrument à toutes les passions de ces deux souverains, condamnant à mort, à de fortes amendes ou à des peines corporelles, selon les ordres qu'elle recevait et selon les caprices du maître. Elle fut abolie par le Long Parlement.» Artaud de Montor : *Répertoire universel des sciences, des lettres et des arts*, tome 5, Paris, 1835, p.334. (NdT)

⁴⁰⁹ C'est l'acte donnant autorité à la Chambre étoilée (3 *Henri VII* c.1, 1487) dont voici un extrait : « (...) it is ordained for reformation of the premises by the authority of the said parliament, that the chancellor and treasurer of England for the time being and keeper of the king's privy seal, or two of them, calling to him a bishop and a temporal lord of the king's most honourable council, and the two chief justices of the king's bench and common pleas for the time being, or other two justices in their absence, upon bill or information put to the said chancellor for the king, or any other, against any person for any misbehaving before rehearsed, have authority to call before them by writ or privy seal the said misdoers, and them and other

pouvoir de punir parfois à sa discrétion.⁴¹⁰ En général, c'est une règle de la raison que tout juge d'un crime, au cas où le droit positif n'avait pas fixé de châtiments et qu'il n'avait pas d'autre ordre du Roi, consulte le Roi avant de prononcer la sentence d'un dommage irréparable pour le coupable. En effet, autrement, il n'aurait pas déclaré la loi, ce qui est sa fonction, mais il aurait fait la loi, ce qui est la fonction du Roi. Vous pouvez en déduire que la coutume de punir tel ou tel crime de telle ou telle manière n'a pas la force d'une (125) loi en elle-même mais tient sa force de la présomption assurée que l'origine de la coutume est le jugement d'un roi précédent; et c'est pour cette raison que les juges ne devraient pas remonter jusqu'à l'époque des Rois saxons ou jusqu'à l'époque de la Conquête⁴¹¹ pour retrouver les coutumes qui justifient leurs jugements. En effet, ce sont les précédents les plus proches dans le temps qui sont les garants les plus équitables de leurs jugements, tout comme ce sont les lois les plus récentes qui ont d'habitude la plus grande force parce qu'elles sont fraîches dans la mémoire de tous les hommes et qu'elles sont tacitement confirmées par le fait que le souverain législateur ne les a pas désapprouvées. Que peut-on dire contre cela ?

Le légiste : Sir Édouard Coke (3. *Institutes*, p.210), dans le chapitre sur les jugements et les exécutions, dit des jugements que certains se fondent sur le common-law, d'autres sur le droit statutaire et d'autres encore sur la coutume et, en cela, il fait une distinction entre, d'une part, le common-law et, d'autre part, le droit statutaire et la coutume.

Le philosophe : Mais vous savez que, dans d'autres passages, il dit que le common-law et la loi de la raison sont tout un,⁴¹² ce qui est d'ailleurs vrai s'il entend pas là la raison du Roi. Ce qu'il veut donc dire par cette distinction doit être qu'il y a des jugements qui se fondent sur la raison sans le droit statutaire et

by their discretions by whom the truth may be known to examine, and such as they find therein defective to punish them after their demerits, after the form and effect of statutes thereof made, in like manner and form as they should and ought to be punished if they were thereof convict after the due order of the law. » (NdT)

⁴¹⁰ L'acte 3 Henri VII c.1 emploie en effet l'expression « by their discretions ». (NdT)

⁴¹¹ Normande. (NdT)

⁴¹² Ce qui a été déjà dit page 4 du *Dialogue*. Nous avons donné la référence, 97b. (NdT)

des jugements qui se fondent, non sur le droit ou la raison, mais sur la coutume sans la raison. En effet, si une coutume est raisonnable, Sir Édouard Coke et d'autres juristes érudits disent alors que c'est le common-law. Si elle n'est pas raisonnable, ils disent qu'elle n'est absolument pas une loi.

Le légiste : Je crois que ce que Sir Édouard Coke voulait dire sur ce point n'est pas différent de ce que vous voulez dire mais qu'il a inséré le mot *coutume* parce que peu nombreux sont ceux qui sont capables de faire la distinction entre des coutumes raisonnables et des coutumes déraisonnables.

Le philosophe : Mais la coutume, pour autant qu'elle ait force de (126) loi, a plus de la nature d'un statut que de celle de la loi de la raison, surtout si la question n'est pas celle des terres et des biens mais celle des châtiments qui sont définis uniquement par l'autorité. Venons-en maintenant aux détails. Comment punit-on légalement la haute trahison ?

Le légiste : Être tiré sur une claie de la prison jusqu'au gibet, et là, être pendu par le cou, être étendu sur le sol vivant, avoir ses entrailles arrachées et brûlées alors qu'on est encore en vie, avoir la tête coupée, le corps divisé en quatre parties, la tête et ces quatre morceaux placés où le Roi le voudra.

Le philosophe : Vu qu'un juge doit rendre son jugement conformément à la loi et que ce jugement n'est précisé par aucun statut, comment Sir Édouard Coke le justifie-t-il par la raison ou comment le justifie-t-il par la coutume ?

Le légiste : Tout simplement ainsi : il est raisonnable que le corps du coupable, ses terres, ses biens, sa postérité, etc., soient arrachés, mis en pièces et détruits, lui qui avait l'intention de détruire la majesté du gouvernement. ⁴¹³

Le philosophe : Voyez comment il évite de dire la majesté du Roi. Mais cette raison n'est-elle pas aussi valable pour la punition d'un traître comme Metius Suffetius ⁴¹⁴ qui fut exécuté dans l'ancien temps par Tullus Hostilius, Roi de

⁴¹³ 3. *Institutes*, p. 210. (NdT)

⁴¹⁴ « « De même que tu as partagé ton cœur entre Rome et Fidènes, de même ton corps sera partagé, et ses lambeaux dispersés." On fait approcher ensuite deux chars, attelés de quatre chevaux, et Tullus y fait lier Mettius. Les chevaux, lancés en sens contraire, entraînent chacun, avec l'un des chars, les membres déchirés et sanglants de Mettius. » Tite-Live : *Histoire romaine*, I, 28. (NdT)

Rome, ou de Ravaillac, ⁴¹⁵ il n'y a pas longtemps en France, qui fut écartelé par quatre chevaux, qu'elle ne l'est pour le fait d'être tiré, pendu et mis en quatre morceaux.

Le légiste : Je pense que oui mais il confirme cela dans le même chapitre ⁴¹⁶ par la sainte Écriture. Ainsi Joab, pour trahison (1. *Rois*, II, 28), fut tiré des cornes ⁴¹⁷ de l'autel, ce qui justifie le fait de tirer sur une claie. En *Esther*, II, 22, Bigthan ⁴¹⁸ fut pendu pour trahison. C'est une justification de la pendaison. En *actes*, I, 18, Judas se pendit ⁴¹⁹ et ses entrailles se répandirent. Cela justifie la pendaison et le fait d'arracher les entrailles d'un homme vivant. En 2. *Samuel*, XVIII, 14, Joab perça le cœur d'Absalom, ce qui justifie qu'on arrache le cœur du traître. En 2. *Samuel*, XX, 22, Séba, le fils de Bochri, eut la tête coupée, ce qui est la preuve que la tête d'un traître doit être coupée. En 2. *Samuel*, IV, 12, ils tuèrent

⁴¹⁵ Il fut écartelé mais on sait « quelles affreuses tortures précédaient cette horrible exécution ! On tenait le coupable aux mamelles, aux bras, aux cuisses et gras des jambes avec des tenailles rouges ; on lui jetait du plomb fondu, de l'huile bouillante, de la cire et du soufre fondus ensemble, sur les plaies, et ensuite son corps était tiré à quatre chevaux, démembré et jeté au feu !!! Tels furent les supplices de Ravaillac et de Damiens. » Julien-Michel Dufour : *Code criminel avec instructions*, 2ème partie, Tome I, Paris, 1811, p.114. (NdT)

⁴¹⁶ 3. *Institutes*, p.210. (NdT)

⁴¹⁷ Un petit rappel en passant : les cornes de l'autel sont les quatre coins relevés de l'autel (voir *Exode*, XXVII, 2). (NdT)

⁴¹⁸ Et le deuxième oeunuque, Teresh, aussi (mais Coke n'en parle pas non plus) : « 21 In those days, while Mordecai sat in the king's gate, two of the king's chamberlains, Bigthan and Teresh, of those which kept the door, were wroth, and sought to lay hands on the king Ahasuerus. 22 And the thing was known to Mordecai, who told it unto Esther the queen; and Esther certified the king thereof in Mordecai's name. 23 And when inquisition was made of the matter, it was found out; therefore they were both hanged on a tree: and it was written in the book of the chronicles before the king. » (King James Version) (NdT)

⁴¹⁹ La King James Version (comme d'autres textes d'ailleurs) ne dit pas que Judas se soit pendu mais qu'il est tombé, s'est ouvert par le milieu et que ses entrailles se sont répandues. Le même passage, dans la *Vulgate*, ne parle pas non plus de pendaison mais du fait de se pencher en avant : « et pronus factus crepuit medius, et diffusa sunt omnia viscera eius. » En *Matthieu*, XXVII, il se pend. On a parfois voulu faire une synthèse en déclarant qu'il se pend, que la branche casse et qu'il tombe sur une pierre qui lui déchire le ventre. (Ndt)

Baana et Réchab et accrochèrent leur tête au-dessus du Bassin d'Hébron. Cela justifie qu'on expose les morceaux du corps du coupable. Et, enfin, pour justifier la confiscation des terres et des biens, il est dans le *psaume* CIX, 9-15 : *Que ses fils soient chassés et qu'ils mendient, que d'autres hommes pillent les fruits de leur travail, que leur souvenir soit effacé de la terre.* ⁴²⁰

Le philosophe : C'est dit de façon érudite et aucune minute du jugement ne doit être conservée. Aussi, les châtiments divisés entre ces traîtres doivent être réunis en un unique jugement pour un traître de chez nous.

Le légiste : Il ne veut pas dire cela mais il entend (vu qu'il traite de cette question) montrer qu'il a lu ou que son chapelain a lu la Bible.

Le philosophe : Vu donc que, pour la détermination du châtiment dans le cas de trahison, il n'apporte aucun argument fondé sur la raison naturelle, c'est-à-dire fondé sur le common-law et qu'il est manifeste que ce châtiment n'est pas la coutume générale du pays, qui est rarement ou qui n'est jamais exécutée pour un pair du royaume, et vu que le Roi peut remettre toute la peine s'il le veut, il s'ensuit que la détermination du châtiment dépend seulement de l'autorité du Roi. Mais il est certain qu'aucun juge ne doit rendre un autre jugement que celui qui est ordinairement donné et approuvé soit par un statut, soit par le consentement explicite ou implicite du pouvoir souverain. En effet, autrement, ce ne serait pas le jugement de la loi mais le jugement d'un homme assujetti à la loi.

(128) **Le légiste** : Pour la petite trahison, on est condamné à être traîné jusqu'au lieu de l'exécution et à être pendu par le cou ou, si c'est une femme, à être traînée et brûlée. ⁴²¹

Le philosophe : Pouvez-vous imaginer qu'une distinction aussi subtile puisse avoir un autre fondement que l'esprit (wit ⁴²²) d'un homme privé ?

Le légiste : Sir Édouard Coke, sur ce point, dit qu'une femme ne doit pas ⁴²³ être décapitée ou pendue.

⁴²⁰ Hobbes ne cite pas textuellement la King James Version. (NdT)

⁴²¹ 3. *Institutes*, p.210. (NdT)

⁴²² Au sens où l'on dit « avoir de l'esprit ». (NdT)

⁴²³ Effectivement, Coke dit « ought not ». (NdT)

Le philosophe : Cette décision n'est pas celle du juge qui ne doit rendre aucun autre jugement que celui que le statut ou le Roi précise, elle n'est pas non plus celle du shérif qui ne doit procéder à aucune autre exécution que celle prononcée par le juge, ⁴²⁴ à moins qu'il n'ait un mandat spécial du Roi. Et c'est ce que j'aurais pensé qu'il voulait dire s'il n'avait pas dit auparavant que le Roi a abandonné tout son droit de justice à ses cours de justice.

Le légiste : Le jugement pour félonie est ...

Le philosophe : L'hérésie se trouve avant la félonie dans le catalogue des plaids de la couronne.

Le légiste : Il a omis le jugement contre l'hérésie parce que, je pense, aucun jury ne pouvait décider qu'il y avait hérésie et aucun juge temporel n'a jamais prononcé un jugement contre une hérésie. En effet, le statut 2 *Henri V* c.7 ⁴²⁵ stipulait que l'évêque qui avait convaincu un homme d'hérésie devait le livrer au shérif et que le shérif devait croire l'évêque. Par conséquent, le shérif était tenu par le statut 2 *Henri IV* ⁴²⁶ de mettre cet homme au bûcher dès qu'il le lui aurait livré. Mais ce statut ayant été abrogé, le shérif n'avait pas le droit de le mettre au bûcher sans un bref de *heretico comburendo* et c'est pourquoi le shérif fit brûler Legat (9ème année du Roi Jacques) en vertu de ce bref qui fut accordé par les juges du common-law de cette époque et le jugement était énoncé dans ce bref. ⁴²⁷

(129) **Le philosophe** : C'est un étrange raisonnement. Alors que Sir Édouard Coke savait et avouait que les statuts sur lesquels se fondait le bref de *haeretico comberundo* étaient tous abrogés, comment peut-il croire que le bref lui-même pouvait être encore en vigueur ou que le statut qui avait abrogé les statuts pour brûler les hérétiques n'avait pas été fait dans l'intention d'interdire le bûcher? Il

⁴²⁴ « C'est une maxime en droit, que l'exécution doit être conforme au jugement. » Coke, 3. *Institutes*, p.211. (NdT)

⁴²⁵ C'est l'acte sur les lollards dont nous avons déjà parlé page 104. (NdT)

⁴²⁶ C'est l'acte *De haeretico comburendo* dont nous avons déjà parlé page 97. (NdT)

⁴²⁷ Pour les détails de ce bref, voir *A true relation of the commissions and warrants for the condemnation and burning of Bartholomew Legatt...* Publié par autorité, Londres, 1561 ou Littleton : *New natura brevium*, par exemple 6ème édition, 1718, page 594. (NdT)

est manifeste qu'il ne comprend pas ses livres de common-law. En effet, à l'époque de Henri IV et de Henri V, la parole de l'évêque servait de mandat au shérif et il n'était nul besoin de ce bref et il ne pouvait en être besoin avant la vingt-cinquième année d'Henri VIII, quand ces statuts furent abrogés et qu'un bref fut fait à cette intention et mis dans le registre, lequel writ est cité par Fitzherbert à la fin de son *Natura Brevium*.⁴²⁸ D'ailleurs, à la fin du règne de la Reine Élisabeth fut publié un registre corrigé des brefs originaux et des brefs judiciaires et le bref *de haeretico comburendo* fut omis parce ce statut 25 *Henri VIII* et tous les statuts contre les hérétiques étaient abrogés et que le bûcher était interdit. Et, quand il cite, comme ayant accordé ce bref, le Grand Juge, le Grand Juge de l'Échiquier et deux juges des Plaids Communs, c'est quasiment comme le Grand Juge contre la loi car ni les juges des Plaids Communs, ni les juges de l'Échiquier ne pouvaient tenir de procès de la Couronne sans une commission spéciale; et s'ils ne pouvaient tenir de procès, ils ne pouvaient donc pas condamner.

Le légiste : Le châtement pour félonie est que le félon soit pendu par le cou jusqu'à ce que mort s'ensuive et, pour prouver qu'il doit en être ainsi, il cite une sentence dont je ne connais pas l'origine : *Quod non licet felonem pro feloniam decollare*.^{429 430}

(130) **Le philosophe** : Il est vrai que ce n'est pas légal qu'un shérif le fasse de son propre chef ou le fasse autrement qu'il n'est commandé par le jugement, et il n'est pas légal non plus qu'un juge rende un jugement qui ne soit pas conforme au droit statuaire ou à l'usage auquel le Roi a donné son assentiment. Mais cela n'empêche pas le roi de changer son droit concernant les jugements s'il en voit une bonne raison.

⁴²⁸ On trouve dans les dernières pages, exactement à la page 194 de l'édition de 1718, le bref *de haeretico comburendo*. (NdT)

⁴²⁹ Qu'il n'est pas licite de décapiter un félon pour félonie. Coke cite cette formule au bas de la page 217 de 3. *Institutes*. Elle figure dans le *Henry VI* de Shakespeare (Acte I, scène 3) mais je n'ai pas retrouvé non plus son origine. (NdT)

⁴³⁰ Coke utilise l'infinitif passif « decollari » (être décapité), ce qui ne change pas vraiment le sens. (Note d'Isabelle Folliot)

Le légiste : Le Roi peut le faire s’il le veut et Sir Édouard Coke vous dit comment il a modifié des jugements de félonie et montré que, quand un jugement de pendaison avait été rendu contre un lord du Parlement, ce lord avait été cependant décapité. Un autre lord avait subi le même jugement pour une autre félonie et il ne fut pas pendu mais décapité. ⁴³¹ En même temps, il vous montre les inconvénients de tels procédés parce que, dit-il, si la pendaison peut être changée en décapitation, par la même raison, on peut la changer en mise au bûcher, en lapidation, etc. ⁴³²

Le philosophe : Peut-être pourrait-il y avoir de tels inconvénients mais c’est plus que je ne vois, qu’il ne montre ou qu’il arrive par les exécutions qu’il cite. En outre, il accorde que la mort, étant le *ultimum supplicium* ⁴³³, satisfait la loi. Mais quel rapport avec notre question quand il n’appartient qu’au Roi et au Parlement de considérer de tels inconvénients de gouvernement ? Ou qui, par l’autorité d’un juge délégué, peut tirer le pouvoir de censurer les actions du Roi qui l’a délégué ?

Le légiste : Pour la mort d’un homme par malchance ⁴³⁴, il n’y a pas, dit-il, de jugement exprès et il en est de même quand on tue un homme en légitime défense mais il dit que la loi, dans ces cas, juge que celui qui a ainsi tué un homme verra tous ses biens, terres, créances et choses dues confisqués. ⁴³⁵

Le philosophe : Si nous considérons ce que Sir Édouard Coke dit (1. *Institutes*. Section, 745), ⁴³⁶ au mot *félonie*, ces jugements sont d’une grande partialité car il y dit que tuer un homme en *chaude-colle* ⁴³⁷ ou *se defendendo* ⁴³⁸

⁴³¹ Ces exemples sont donnés par Coke Page 211 de 3. *Institutes*. (NdT)

⁴³² 3. *Institutes*, p.212. (NdT)

⁴³³ Le dernier supplice. (NdT)

⁴³⁴ « misfortune » (*per infortunium*, dit Coke. Le traducteur français de Blackstone (Chompré) traduit par « homicide par malheur »). Les exemples donnés par Coke (tuer un homme par une pierre qu’on a lancée sans intention de toucher l’homme ou rater sa cible et transpercer un homme d’une flèche) font songer à ce que l’on appelle en français l’homicide involontaire. Blackstone, dans ses *Commentaires*, donne l’exemple de l’ouvrier dont le fer de la cognée s’échappe du manche et tue un passant. (NdT)

⁴³⁵ 3. *Institutes*, p.220. (NdT)

⁴³⁶ Deuxième page de la section 745. (NdT)

⁴³⁷ Ou chaude-mêlée, homicide fait sous le coup d’une colère soudaine. (NdT)

est félonie. Ses termes sont : Par conséquent, en vertu de la loi d'aujourd'hui, sous le mot félonie, dans les commissions, etc., sont inclus ⁴³⁹ la petite trahison, l'assassinat, l'homicide, l'incendie volontaire de maisons, le vol avec effraction, le vol avec violence, le viol, etc., la *chaude-colle* et le *se defendendo*. » ⁴⁴⁰ Mais si nous considérons seulement l'intention de celui qui tue un homme par malchance ou pour sa propre défense, ces jugements seront jugés cruels et scandaleux. Comment ces infractions peuvent-elles être des *félonies* aujourd'hui, on ne peut le comprendre, à moins qu'il n'y ait un statut qui en fasse des félonies. Quant au statut 25 *Henri III* c.25, par ses termes « l'assassinat, désormais, ne sera plus jugé devant nos juges où il est seulement jugé homicide par malchance, mais il sera semblable aux cas où des hommes sont tués par félonie, et il n'en sera pas autrement », il est manifeste que, si ce sont des félonies, ces infractions doivent aussi être des assassinats, à moins qu'elles n'aient été considérées félonies par quelque statut ultérieur.

Le légiste : Ce statut postérieur n'existe pas et cela ne doit pas être dit dans les commissions. Ni une commission, ni autre chose qu'un autre statut ne doit considérer comme félonie une chose qui ne l'était pas auparavant.

Le philosophe : Voyez ce que c'est que distinguer la félonie en plusieurs sortes avant d'avoir compris le terme général de félonie, ce qu'il signifie. Mais qu'un homme, pour en avoir tué un autre seulement par malchance, sans mauvaise intention, ait ses biens, ses terres, ses créances et choses dues confisqués, c'est un jugement très sévère, à moins peut-être qu'ils ne soient donnés à la famille de la victime à titre de dédommagement. (132) Mais la loi n'est pas faite ainsi. Est-ce le common-law, qui est la loi de la raison, qui justifie ce jugement ou est-ce le droit statuaire? On ne peut pas en appeler à la raison si le cas est un cas de simple malchance. Si un homme est dans un pommier en train de cueillir ses pommes, que, par malchance, il fait une chute et que, tombant sur la tête d'un autre homme,

⁴³⁸ Dans une querelle sans préméditation, si l'un des deux se trouve dans la situation où il va mourir s'il ne tue pas son adversaire, l'homicide est un homicide *se defendendo* (par exemple s'il fuit et que son adversaire le poursuit pour le tuer). Il s'agit d'une sorte de légitime défense. (NdT)

⁴³⁹ Pour le vocabulaire qui suit, voir les notes antérieures. (NdT)

⁴⁴⁰ « and petite larceny », ajoute Coke, vol d'un bien de peu de valeur, cette valeur étant précisée par la loi de l'époque. (*Ibid.*). (NdT)

il tue l'homme, sauvant par chance sa vie, ⁴⁴¹ sera-t-il, à cause de sa malchance, puni par une confiscation de ses biens au profit du Roi ? La loi de la raison justifie-t-elle cela ? Il aurait dû, me direz-vous, regarder à ses pieds. C'est vrai mais, dans ce cas, celui qui était au-dessous aurait dû lever les yeux vers l'arbre. Par conséquent, dans ce cas, la loi de la raison, je pense, ordonne que chacun des deux supporte sa propre malchance.

Le légiste : Pour ce cas, je suis d'accord avec vous.

Le philosophe : Mais ce cas est un véritable cas de simple malchance et il suffit pour désapprouver l'opinion de Sir Édouard Coke.

Le légiste : Mais si la chute avait été faite par quelqu'un qui était en train de voler les pommes d'autrui ? Alors, comme Sir Édouard Coke le dit (3. *Institutes* p.56), ⁴⁴² il y aurait eu assassinat.

Le philosophe : En vérité, il est grandement nécessaire de faire des distinctions correctes dans les cas d'homicides par malchance. Mais, dans le cas, l'illégalité du vol de pommes ne peut pas faire de la chute un assassinat, à moins que la chute elle-même soit illégale. L'acte qui cause la mort doit être illégal et volontaire ou, autrement, selon la loi de la raison, ce n'est pas un assassinat. Or la mort de l'homme qui était sous l'arbre ne procède pas de ce que les pommes n'appartenaient pas à celui qui est tombé, mais procède de la chute. Si un homme, avec un arc ou un fusil, tire un cerf qui appartient à une autre personne et que, par malchance, il tue un homme, (133) le tir étant volontaire et illégal ⁴⁴³ et étant aussi la cause immédiate de la mort de l'homme, ⁴⁴⁴ parfois, peut-être un juge de common-law déduira-t-il assez bien de cela qu'il y a assassinat. De même, si un homme tire une flèche au-dessus d'une maison et, par hasard, tue un homme qui passait dans la rue, il est hors de doute que, selon la loi de la raison, c'est un assassinat car, même s'il n'avait pas l'intention malveillante de tuer cet homme, il est cependant manifeste qu'il ne se souciait pas de la personne qu'il risquait de

⁴⁴¹ Cet exemple a déjà été pris par Hobbes page 87. (NdT)

⁴⁴² Coke donne à la page 56 plusieurs exemples d'homicides par malchance. (NdT)

⁴⁴³ Bien que le tireur ne connaisse pas l'homme et qu'il n'ait aucune intention de le tuer, dit Coke. (NdT)

⁴⁴⁴ Hobbes a déjà aussi pris cet exemple page 87. (NdT)

tuer. ⁴⁴⁵ Dans cette difficulté qu'il y a à découvrir ce qu'ordonne la loi de la raison, qui doit décider de la question ?

Le légiste : Dans le cas de la malchance, je pense que cette décision appartient au jury car c'est seulement une question de fait. Mais quand on n'est pas certain que l'action d'où vient la malchance soit légale ou illégale, c'est au juge d'en juger.

Le philosophe : Mais si l'illégalité de l'action, comme le vol des pommes, n'a pas causé la mort de l'homme, le vol, qu'il soit transgression ou félonie, doit alors seul être puni comme la loi l'exige.

Le légiste : Mais, quand un homme est tué *se defendendo*, le jury, comme le dit ici Sir Édouard Coke, ⁴⁴⁶ ne dira pas dans son verdict que l'homicide a été *se defendendo* mais déclarera et éclaircira la manière dont le fait a eu lieu par un verdict spécial pour que le juge considère comment il faut l'appeler, si c'est un homicide *se defendendo*, un meurtre (manslaughter) ou un assassinat (murder).

Le philosophe : On penserait effectivement qu'il en est ainsi car il n'est pas souvent dans la capacité d'un jury de distinguer le sens des différents termes difficiles qui sont donnés par les juristes pour dire qu'un homme a été tué, comme assassinat ou félonie, que ni les lois, ni les législateurs n'ont encore définis. Les témoins disent que la personne a fait telle ou telle chose mais ils ne disent pas s'il s'agit d'assassinat ou de félonie. Le jury ne peut pas en (134) dire davantage car il ne doit dire rien d'autre que ce que disent les témoins et l'accusé. Le juge ne doit pas non plus fonder sa sentence sur autre chose que le cas particulier déclaré qui, selon qu'il est contraire ou non contraire au statut, doit être l'objet du jugement.

Le légiste : Mais je vous ai dit que, quand le jury a déclaré qu'il s'agit d'un homicide par malchance ou *se defendendo*, aucun jugement ne doit être rendu et la partie est graciée sans discussion, sauf que ses biens sont confisqués au profit du Roi.

Le philosophe : Mais je ne comprends pas comment il est possible qu'il y ait un crime pour lequel il n'y a eu aucun jugement et comment un châtement peut être infligé sans un jugement antérieur. Je ne comprends pas non plus sur quel

⁴⁴⁵ Le même exemple, avec une pierre, est donné par Coke p.56. (NdT)

⁴⁴⁶ 3. *Institutes*, p.220. (NdT)

fondement le shérif peut saisir les biens d'un homme tant qu'un jugement n'a pas stipulé qu'ils seraient confisqués. Je sais que Sir Édouard Coke dit que, dans la condamnation à la pendaison, la confiscation est sous-entendue, ce que je ne comprends pas, bien que je comprenne assez bien que le shérif, en vertu de sa fonction, puisse saisir les biens de quelqu'un qui a été convaincu de félonie. Je comprends encore moins comment la confiscation des biens peut être sous-entendue dans un non-jugement. Je ne comprends pas non plus, quand le jury a déclaré que la manière spéciale du fait est telle qu'il n'y a rien d'autre qu'un homicide *se defendendo* et qu'il n'y a donc aucune faute, pourquoi l'homme serait puni. Pouvez-vous m'en donner une raison?

Le légiste : La raison se trouve dans la coutume.

Le philosophe : Vous savez que les coutumes déraisonnables n'appartiennent pas au droit et qu'elles devraient être abolies. Là, existe-t-il une coutume plus déraisonnable que celle qui punit un homme qui n'a commis aucune faute.

Le légiste : Voyez alors le statut 24 *Henri VIII* c.5. ⁴⁴⁷

(135) **Le philosophe** : J'y trouve que, quand ce statut a été fait, il y a eu un débat entre les juristes sur le cas d'un homme qui, avec félonie, en tuerait un autre qui aurait tenté de le voler ou de le tuer sur une grande voie ou près d'une grande voie, sur une petite voie, un chemin cavalier ou un chemin piétonnier, dans sa maison, ses dépendances ou son habitation. La question était de savoir si cet homme se verrait confisquer ses biens comme c'est le cas pour celui qui en tue un autre en chaude-colle ou en se défendant. C'est le préambule et il est aussi bien écrit qu'aurait pu le souhaiter Sir Édouard Coke. Mais ce statut ne détermine pas qu'un homme se verra confisquer ses biens pour avoir tué un homme *se defendendo* ou par malchance, mais il le suppose seulement d'après l'opinion des juristes de l'époque. Le corps du statut est que, si un homme est poursuivi et accusé de la mort de quelqu'un qui a fait la tentative ci-dessus mentionnée et que le verdict déclare la chose par un jugement, rien ne lui sera confisqué et aucune charge ne sera retenue contre lui, comme si on l'avait trouvé non coupable. Vous

⁴⁴⁷ Ce statut déclare que « si une personne tente de commettre un vol sur une personne ou essaie de la tuer ou d'entrer de nuit par effraction dans sa maison ou de brûler cette maison, la victime peut tuer l'individu. Aucune charge ne sera retenue contre elle. » (NdT)

voyez le statut. Considérons maintenant le cas de celui qui tue *se defendendo*. D'abord, si un homme en tue un autre pour sa propre défense, il est manifeste que l'homme tué tentait de le voler, de le tuer ou de le blesser car autrement ce ne serait fait pour sa propre défense. Si donc l'acte est fait dans la rue ou près de la rue, comme dans une taverne, on ne lui confisque rien parce que la rue est une grande voie. Il en est de même pour toutes les autres voies publiques. Dans quels lieux un homme peut-il en tuer un autre pour sa propre défense tout en étant affranchi par ce statut de la confiscation?

Le légiste : Mais le statut dit que la tentative doit être faite avec félonie.

Le philosophe : Quand un homme m'agresse avec un couteau, une épée, (136) un gourdin ou une autre arme entraînant des blessures mortelles, existe-t-il une loi qui m'interdise de me défendre ou qui m'ordonne de rester à ne rien faire tant que je ne saurai pas s'il y a félonie ou non dans l'intention de l'agresseur ? Par conséquent, selon ce statut, au cas où l'homicide est déclaré *se defendendo*, la personne qui s'est défendue est affranchie de la confiscation. Si l'homicide est déclaré être autre, c'est la peine capitale. La lecture du statut de *Gloucester, Chapitre 9*, ⁴⁴⁸ fera disparaître la difficulté. En effet, par ce statut, si le jury trouve que l'homme a agi pour sa propre défense ou par malchance, alors, sur le rapport des juges au Roi, le Roi lui fera grâce s'il lui plaît. ⁴⁴⁹ De là, il s'ensuit, premièrement, qu'on pensait à l'époque que faisait partie du droit le fait que le jury puisse rendre le verdict général de *se defendendo*, ce que Sir Edouard Coke nie ; deuxièmement, que le juge devait rapporter la matière particulière au Roi ; troisièmement, que le Roi pouvait faire grâce à l'homme concerné s'il lui plaisait et, par conséquent, que les biens de cet homme n'étaient pas saisis tant que le Roi, après avoir entendu le rapport du juge, n'avait pas donné l'ordre au shérif de le faire ; quatrièmement, que le verdict général du Roi n'empêchait pas le Roi de pouvoir juger du cas à partir de la matière particulière. En effet, il arrive souvent que des personnes mal intentionnées provoquent un homme par des paroles ou par une autre façon afin de lui faire tirer l'épée pour pouvoir le tuer et prétendre que c'était pour leur propre défense. Dans ce cas, si le fait est manifeste, le Roi peut, sans aucunement offenser Dieu, le punir selon les besoins de la cause. Enfin,

⁴⁴⁸ 6 Edouard I. c.9. de 1278. (NdT)

⁴⁴⁹ 2. Institutes, p.315. (NdT)

contrairement à la doctrine de Sir Edouard Coke, il peut en son propre nom être juge du cas et annuler le verdict du jury, ce qu'un juge qui tient son autorité du Roi ne peut pas faire.

Le légiste : Il y a certains cas où un homme, même s'il a été jugé non coupable par le jury, aura (137) ses biens confisqués au profit du Roi. Par exemple, un homme est tué et un certain A, qui hait B, déclare que c'est B qui l'a tué. B, entendant la chose et craignant, s'il est jugé pour cela, d'être condamné à cause du grand pouvoir de A et d'autres qui cherchent à lui nuire, s'enfuit et, ensuite, est repris, jugé et, par des témoignages suffisants, est déclaré non coupable par le jury. Pourtant, parce qu'il a fui, il perdra ses biens bien qu'aucun jugement n'ait été rendu par le juge ou n'ait été fixé par un statut. Mais la loi elle-même autorise le shérif à saisir ses biens au profit du Roi.

Le philosophe : Je n'en vois pas la raison (qui est le common-law) et je suis certain que ce n'est fondé sur aucun statut.

Le légiste : Voyez Sir Édouard Coke, 1. *Institutes*, S. 709 et lisez. ⁴⁵⁰

Le philosophe : « Si un homme innocent est accusé de félonie et que, par crainte, il s'enfuit pour cette raison, même s'il est acquitté en justice, pourtant, s'il est déclaré qu'il a fui pour cette raison, tous ses biens, créances et choses dues seront confisqués malgré son innocence. » O peu chrétienne et abominable doctrine! Et qu'il contredit aussi ensuite par ses propres paroles « car », dit-il, « pour ce qui est de cette confiscation, le droit n'admet aucune preuve contre la présomption légale fondée sur sa fuite, et il en est ainsi dans de nombreuses autres cas; mais la règle générale est *Quod stabitur praesumptioni, donec probetur in contrarium*. ⁴⁵¹ Mais vous voyez qu'elle a de nombreuses exceptions. » ⁴⁵² Cette règle générale contredit ce qu'il a dit avant car il ne peut y avoir, en droit, d'exceptions à une règle générale que si quelque statut énonce expressément cette exception et, à une règle générale d'équité, il ne peut absolument pas y avoir d'exception.

⁴⁵⁰ Plus précisément, il s'agit de la note m de bas de page que Hobbes va citer ensuite fidèlement. (NdT)

⁴⁵¹ Sans rendre le futur passif, on peut traduire cette formule ainsi : *Qu'on s'en tiendra à la présomption jusqu'à preuve du contraire*. (Note d'Isabelle Folliot)

⁴⁵² Hobbes cite ici la fin de la note m de la section. (NdT)

Du pouvoir de punir, passons au pouvoir de gracier. ⁴⁵³

Le légiste : Sur le pouvoir de gracier, Sir Édouard Coke dit (3. *Institutes*, p.236) que personne ne peut obtenir une charte de grâce en dehors du Parlement et, pour cela, il cite le statut 2 Édouard III c.2; et il dit plus loin que, conformément à cela, il est écrit dans une minute du Parlement que, pour la paix du pays, il serait meilleur qu'aucune grâce ne soit accordée, sinon par le Parlement. ⁴⁵⁴

Le philosophe : Quel pouvoir légal entendait-il laisser au Roi en le rendant incapable de pratiquer la miséricorde ? Dans le statut qu'il cite pour prouver que le Roi ne doit pas accorder de chartes de grâce, sinon en Parlement, il n'y a pas ces termes, comme tout le monde peut le voir puisque le statut est imprimé ; et ce qu'il dit être dans la minute du Parlement n'est que le souhait de quelqu'un dont il ne parle pas et non une loi ; et il est étrange qu'un souhait privé soit minuté dans les actes du Parlement. Si quelqu'un vous fait tort, à qui, selon vous, appartient le droit de pardonner le tort ?

Le légiste : Sans aucun doute à moi seul si c'est à moi seul que le tort a été fait et c'est au Roi seul si c'est à lui seul que le tort a été fait ; et c'est aux deux ensemble si le tort a été fait aux deux.

Le philosophe : Mais, quand il s'agit d'accorder une grâce, qui cela regarde-t-il à part le Roi et la partie lésée ? Si vous n'offensez aucun membre de l'une ou de l'autre Chambre, pourquoi iriez-vous leur demander grâce ? Il est possible qu'un homme mérite une grâce ou qu'il soit de ceux dont, parfois, le Royaume a besoin pour sa défense. Le Roi ne peut-il pas gracier cet homme bien qu'il n'y ait aucune session du Parlement ? La loi de Sir Édouard Coke est trop générale sur ce point et je crois que, s'il (139) y avait réfléchi, il aurait fait exception pour certaines personnes, sinon pour tous les enfants du Roi et son héritier apparent ; et, pourtant, ce sont tous ses sujets et ils sont assujettis aux lois comme les autres hommes.

⁴⁵³ Nous lisons désormais, à gauche dans la marge, *Of pardoning*, du pardon, de la grâce. (NdT)

⁴⁵⁴ « For the peace of the land, it would much help, if good justices were appointed in every county, if such be let to mainprise doe put in good sureties, as esquires or gent, and that no pardon were granted but by parlement. » (3. *Institutes*, p.236) (NdT)

Le légiste : Mais si le Roi, de son propre chef, accordait des grâces pour assassinat et félonie, les hommes seraient très peu en sécurité, que ce soit chez eux ou au dehors, de jour ou de nuit, et c'est pour cette raison qu'on a prévu beaucoup de bons statuts qui interdisent aux juges d'admettre ces grâces quand le crime n'est pas spécialement nommé.

Le philosophe : Ces statuts qui interdisent aux juges de gracier les assassins sont, je le reconnais, raisonnables et très profitables. Mais quel est le statut qui interdit au Roi de le faire ? Il y a le statut 13 *Richard II* c.1, où il est dit que le Roi promet de ne pas gracier des assassins mais il existe une clause qui sauvegarde les droits régaliens du Roi. On peut inférer de là que le Roi n'abandonne pas ce pouvoir quand il juge bon d'en faire usage pour la république. Ces statuts ne sont pas des lois pour le Roi mais pour ses juges et, bien que le Roi ordonne aux juges de ne pas admettre de grâces dans de nombreux cas, cependant, si le Roi, par écrit, ordonne aux juges de les admettre, ils doivent le faire. Je pense que, si le Roi, en sa conscience, juge que c'est pour le bien de la république, il ne pèche pas en cela mais je ne soutiens pas que le Roi puisse gracier sans pécher si un autre homme a été lésé par le crime commis, à moins que le criminel, dans la mesure où il peut, donne réparation. Quoi qu'il en soit, que ce soit péché ou non, il n'existe pas de pouvoir en Angleterre qui puisse résister au Roi ou en dire du mal légalement.

(140) **Le légiste :** Sir Édouard Coke ne le nie pas et c'est pour cette raison, dit-il, que le roi peut gracier la haute trahison car il ne peut y avoir haute trahison que contre le Roi.

Le philosophe : C'est très bien. Il reconnaît donc que, quelle que soit l'infraction, le Roi peut gracier, même ce qui, dans cette infraction, lui fait tort, et cela en vertu de son droit propre, sans enfreindre aucune loi positive ou naturelle et sans remettre en question une chose octroyée, si sa conscience lui dit que cela ne nuit pas à la république. Vous savez que juger de ce qui est bon ou mauvais pour la république appartient au Roi seul. Maintenant, dites-moi ce qu'on dit être gracié.

Le légiste : Que cela peut-il être sinon la seule infraction ? Si un homme a commis un assassinat et est gracié, n'est-ce pas l'assassinat qui est pardonné ?

Le philosophe : Non, avec votre permission, si un homme est gracié pour assassinat ou pour toute autre infraction, c'est l'homme qui est gracié. L'assassinat demeure un assassinat. Mais qu'est-ce que la grâce ⁴⁵⁵ ?

Le légiste : Le mot pardon ⁴⁵⁶, comme le dit Sir Édouard Coke ⁴⁵⁷ (3. *Institutes*, p.233), vient de *per* et *dono* et il signifie remettre entièrement.

Le philosophe : Si le Roi remet l'assassinat et ne gracie pas l'homme qui l'a commis, à quoi sert la remise ?

Le légiste : Vous savez bien que, quand on dit qu'un assassinat ou quelque chose d'autre est gracié, tous les Anglais entendent par là que c'est le châtement causé par l'infraction qui est la chose remise.

Le philosophe : Mais, pour que nous nous comprenions l'un l'autre, vous auriez dû le dire en premier. Je comprends maintenant que gracier un assassinat ou une félonie est épargner totalement (141) au coupable le châtement qu'il doit subir pour son infraction en vertu de la loi.

Le légiste : ce n'est pas ainsi car Sir Édouard Coke, dans le même chapitre, page 238, dit : « un homme commet une félonie et est frappé d'infamie ⁴⁵⁸ et d'abjuration ⁴⁵⁹, le Roi gracie la félonie sans mentionner l'infamie et l'abjuration. La grâce est nulle. »

Le philosophe : Que signifie être frappé d'infamie ?

Le légiste : Cela signifie que la loi tient le sang du coupable pour entaché et corrompu, de sorte qu'aucun héritage ne peut passer de lui à ses enfants ou à quelqu'un d'autre qui le revendiquerait.

Le philosophe : L'infamie est-elle une partie du crime ou une partie du châtement?

⁴⁵⁵ En anglais « pardon ». (NdT)

⁴⁵⁶ Vu l'étymologie qui suit, je n'ai pu ici traduire « pardon » par « grâce ». (NdT)

⁴⁵⁷ En latin, dit Coke, on utilise le mot *perdonatio* qui vient de *per* et de *dono*. (NdT)

⁴⁵⁸ En anglais « attainted » : sali, entaché, flétri, ayant le « sang corrompu », donc déchu de ses droits. (NdT)

⁴⁵⁹ C'est l'exil, le *renoncement* à la patrie et la perte de tous les droits. Voir la définition donnée plus loin par le légiste. (NdT)

Le légiste : Elle ne saurait être une partie du crime puisqu'elle ne fait absolument pas partie de l'acte même du criminel. Elle est donc une partie du châtement, à savoir, pour le criminel, la perte de tout ce qui pourrait être laissé en succession.

Le philosophe : Si elle est une partie du châtement mérité et que, cependant, elle n'est pas graciée avec le reste, une grâce n'est alors pas une complète remise du châtement, comme Sir Édouard Coke le dit. Et qu'est que l'abjuration ?

Le légiste : Avant, quand un clerc était convaincu de félonie, il pouvait avoir la vie sauve en abjurant le royaume, c'est-à-dire en quittant le royaume à une certaine date déterminée et en prêtant serment de ne jamais revenir; mais, à ce jour, tous les statuts sur l'abjuration sont abrogés.

Le philosophe : C'est aussi un châtement qui est gracié quand on gracie la félonie, à moins qu'un statut en vigueur dise le contraire. Il y a aussi quelque chose dans le statut 13 *Richard II* c.1 sur l'acceptation des chartes de grâce que je ne comprends pas bien. Les termes sont : « Aucune charte de grâce ne sera désormais acceptée devant nos (142) juges ⁴⁶⁰ pour assassinat ou pour la mort d'un homme tué ⁴⁶¹ par embuscade ou par malveillance préméditée ⁴⁶² ou pour trahison ou pour viol d'une femme, ⁴⁶³ à moins que l'infraction ne soit spécifiée dans la même charte. » En effet, je pense qu'il s'ensuit que, si le Roi dit dans sa charte qu'il gracie l'assassinat, il n'enfreint alors pas le statut puisqu'il spécifie l'infraction; ou s'il dit qu'il gracie l'assassinat d'un homme par embuscade ou malveillance préméditée, il n'enfreint pas le statut, il spécifie l'infraction. Et s'il en dit assez pour que le juge ne puisse douter de l'intention du Roi de gracier, je pense que le juge doit accepter la grâce parce que le statut « sauvegarde la liberté du Roi et ses droits régaliens » ⁴⁶⁴ sur ce point, c'est-à-dire que le pouvoir de gracier le coupable, tel qu'il est exprimé dans les termes du statut, « nonobstant tout statut qui dit le contraire », est suffisant pour faire accepter la charte. En effet,

⁴⁶⁰ « parce que des chartes de grâce ont été [trop] facilement données pour ces cas », dit le statut (in Owen Ruffhead : *Statutes at large* ..., Londres, 1763, vol.1. (NdT) (NdT)

⁴⁶¹ « slain » est dans le statut mais non dans le texte de Hobbes. (NdT)

⁴⁶² « by assault » (agression), dit aussi ce statut (*Ibid.*). (NdT)

⁴⁶³ Coke (3. *Institutes*, p.236) ne nomme que l'assassinat, la trahison et le viol. (NdT)

⁴⁶⁴ J'ai ajouté des guillemets qui ne sont pas chez Hobbes parce que ce sont les mots même employés dans le statut. (NdT)

ces termes montrent manifestement que la charte n'a pas été accordée par surprise mais pour revendiquer et maintenir la liberté et le pouvoir du Roi de faire preuve de miséricorde quand il voit une raison de le faire. Ont le même sens les termes *perdonavimus omnimodam interfectionem*,⁴⁶⁵ c'est-à-dire nous avons pardonné l'homicide, de quelque manière qu'il ait été fait. Mais, ici, nous devons rappeler que le Roi ne peut gracier un homme sans péché que s'il fait en sorte que la victime soit dédommée, pour autant que le coupable en est capable, mais il n'est pas tenu de satisfaire la soif de vengeance des hommes car toute vengeance doit provenir de Dieu et, sous Dieu, du Roi. Maintenant, outre les chartes, comment ces infractions sont-elles spécifiées ?

Le légiste : Elles sont spécifiées par leur nom, comme trahison, petite trahison, assassinat, viol, félonie, etc.

Le philosophe : La petite trahison est une félonie, l'assassinat, le (143) viol, le vol avec violence et le simple vol aussi et, comme le dit Sir Édouard Coke,⁴⁶⁶ le petit larcin est une félonie. Or si, lors d'une amnistie parlementaire ou d'une amnistie⁴⁶⁷ à l'occasion d'un couronnement, toutes les félonies sont pardonnées, les petits larcins sont-ils pardonnés ?

Le légiste : Oui, certainement, ils sont pardonnés.

Le philosophe : Et vous voyez pourtant que le petit larcin n'est pas spécifié et que, cependant, il a moins en lui de la nature de la félonie que n'en a le vol avec violence. Le viol, le vol avec violence et le simple vol sont-ils concernés par l'amnistie de toutes les félonies ?

Le légiste : Je pense qu'ils sont tous amnistiés par les termes du statut, sauf ceux qu'il excepte; de sorte que cette spécification n'est utile que dans les chartes de grâce mais pas dans les amnisties générales car le statut *Richard II* c.1 n'interdit pas l'admission d'amnisties parlementaires ou d'amnisties liées à un couronnement. Par conséquent, les infractions graciées n'ont pas besoin d'être

⁴⁶⁵ « Nous avons pardonné les meurtres de toutes sortes. » (Note d'Isabelle Folliot)

⁴⁶⁶ 1. *Institutes*, section 745. (NdT)

⁴⁶⁷ Le terme « anglais » utilisé par Hobbes est toujours « pardon », que nous rendons parfois par « grâce », parfois par « pardon », parfois par « amnistie ». (NdT)

spécifiées mais peuvent passer sous l'expression générale *toutes les félonies*. Il n'est pas non plus vraisemblable que les membres du Parlement qui rédigeaient leur propre amnistie n'aient pas eu l'intention de la rendre aussi large que possible. Et, pourtant, Sir Édouard Coke (1. *Institutes*, sec. 145), ⁴⁶⁸ au mot *félonie*, semble être d'un autre avis. En effet, la piraterie est une espèce de félonie et, cependant, certains Anglais qui avaient fait de la piraterie dans la dernière année du règne de la Reine Élisabeth ⁴⁶⁹ et qui étaient rentrés au début du règne du Roi Jacques en se fiant à l'amnistie du couronnement qui gracieait toutes les félonies, furent mis en examen (Sir Édouard Coke était alors procureur général) pour piraterie devant des commissaires, conformément au statut 28 *Henri VIII* et, ayant été trouvés coupables, ils furent pendus. ⁴⁷⁰ La raison qu'il allègue est que l'infraction (144) devait être spécifiée dans la grâce ⁴⁷¹ sous le nom de piraterie et que donc, la grâce ne devait pas être admise.

Le philosophe : Pourquoi aurait-elle dû être davantage spécifiée que toute autre félonie ? Il aurait dû donc tirer son argument de la loi de la raison.

Le légiste : C'est aussi ce qu'il fait car le procès, dit-il, était en common-law et devant des commissaires, non devant la Cour du Grand Amiral, en droit civil. C'est pourquoi il dit que c'était une infraction dont le common-law ne pouvait connaître ⁴⁷² parce qu'elle ne pouvait pas être jugée par douze hommes.

Le philosophe : Si le common-law ne pouvait pas et ne devait pas connaître de ces infractions, comment les coupables pouvaient-ils être jugés par douze hommes, trouvés coupables et pendus comme ils le furent ? Si le common-law ne connaît pas de la piraterie, pour quelle autre infraction furent-ils pendus ? La piraterie est-elle deux félonies, l'une pour laquelle un homme sera pendu en droit civil et l'autre pour laquelle il le sera en common-law ? Vraiment, je n'ai jamais vu, chez aucun auteur de droit anglais, un raisonnement aussi faible que celui des

⁴⁶⁸ Voir aussi 3. *Institutes*, p.112. (NdT)

⁴⁶⁹ « Des pirates anglais qui avaient attaqué sur mer des marchands de Venise avec l'accord de la reine », dit Coke (*Ibid.*) (NdT)

⁴⁷⁰ « ils furent frappés d'infamie et exécutés », dit Coke (*Ibid.*). (NdT)

⁴⁷¹ « C'était une infraction particulière et elle devait être mentionnée de façon particulière. » (3. *Institutes*, p.112) (NdT)

⁴⁷² « connaître de » : prendre connaissance et juger. (NdT)

Institutes de Sir Édouard Coke, quelle que soit par ailleurs l'excellente façon qu'il pouvait avoir de plaider.

Le légiste : Bien que je l'aie souvent entendu critiquer par vous et par d'autres gens, il y a pourtant dans ces Institutes bon nombre d'excellentes choses, aussi subtiles que vraies.

Le philosophe : Pas meilleures que celles des autres juristes qui envisagent le droit comme une science. Ses citations d'Aristote, d'Homère et d'autres auteurs qui sont généralement lus par les gens de robe ne font, selon moi, qu'affaiblir son autorité car n'importe qui peut le faire faire par un serviteur. Mais, vu que toute la scène de cette époque s'en est allée et est passée, venons-en à quelque chose (145) d'autre. En quoi un *Acte d'Oubli* diffère-t-il d'une amnistie parlementaire?

Le légiste : Cette expression *Acte d'Oubli* ne figura jamais dans nos livres de droit avant 12 *Charles II* c.11, ⁴⁷³ et je souhaite qu'elle ne puisse jamais revenir. Mais d'où vient-elle, vous le savez peut-être mieux que moi.

⁴⁷³ 1660. Il y eut d'abord la fameuse déclaration de Breda dont voici un extrait : « Nous ne désirons rien tant qu'une exacte observation de la justice, et Nous sommes prêts d'y ajouter tout (22) ce que raisonnablement on peut espérer de notre indulgence ; or, afin que la crainte du châtement n'engage pas ceux qui se sentent coupables à persévérer dans le crime et à empêcher qu'on ne rende la tranquillité à l'état, en s'opposant au rétablissement du Roi, des Pairs, de la monarchie et des peuples qui la composent, chacun dans ses droits légitimes, anciens et fondamentaux, Nous déclarons, par ces présentes, que nous accordons un libre et général pardon, lequel nous serons prêts, quand nous en serons requis, de sceller du grand sceau d'Angleterre, à tous nos sujets, de quelque qualité qu'ils soient, qui, dans quarante jours après la publication de cette déclaration, s'en tiendront à notre présente grâce, et en feront leur soumission par un acte public, promettant d'être à l'avenir de bons et fidèles sujets ; de laquelle grâce Nous n'exceptons personne que ceux que notre Parlement jugera à propos d'en excepter ; hors ceux-là, tous les autres, quelque coupables qu'ils soient, doivent se reposer sur notre parole, comme sur la parole d'un Roi, que Nous donnons solennellement par la présente déclaration ; entendant qu'aucun crime de ceux qu'ils auront commis contre Nous, ou contre le feu Roi notre père, avant cette même déclaration, ne s'élève en jugement contre eux, et ne soit mis en question à leur préjudice, à l'égard de leurs vies, biens, liberté, non pas (23) même autant qu'il est en Nous, à l'égard de leur réputation, par aucun reproche, ni terme, qui les distingue de nos autres sujets ; car notre vouloir et plaisir royal est que dorénavant, parmi nos sujets, soient mises en

Le philosophe : Le premier et seul Acte d'Oubli que j'aie pu trouver dans un livre et qui devint une loi dans un État fut l'*amnistie* ou l'*oubli* de toutes les querelles entre les citoyens d'Athènes pour le temps qui précéda cet acte, sans aucune exception de crime ou de personne. Cet acte vint de cette occasion : les Lacédémoniens avaient totalement conquis les Athéniens, étaient entrés dans la cité d'Athènes et avaient ordonné que le peuple d'Athènes choisît trente personnes ⁴⁷⁴ de la cité qui allaient détenir le pouvoir souverain. Ayant été choisis, ils se comportèrent de façon si scandaleuse qu'ils causèrent une sédition, dans laquelle des citoyens des deux partis étaient tués chaque jour. Il y eut alors une personne sensée ⁴⁷⁵ qui fit à chacun des partis cette proposition, que tout homme retournerait chez soi et oublierait ce qui s'était passé, laquelle proposition devint, avec l'accord des deux partis, un acte public qui, pour cette raison, fut appelé un *oubli*. Quand le même type de trouble arriva à Rome lors de l'assassinat de Jules César, le même acte fut proposé par Cicéron et il est vrai qu'il passa mais, peu de jours après, il fut violé par Marc Antoine. C'est sur le modèle de cet acte que fut fait l'acte 12 *Charles II* c.11.

Le légiste : Il semble ainsi que l'Acte d'Oubli fait par le Roi Charles n'était pas différent d'une amnistie parlementaire puisqu'il contenait un grand nombre d'exceptions, comme le font les autres amnisties parlementaires alors que l'acte d'Athènes ne faisait aucune exception.

oubli toutes marques de discorde, de séparation, de différents partis : désirant avec passion qu'ils lient ensemble une amitié et une correspondance parfaite pour l'établissement de nos droits et des leurs, dans un libre Parlement, les conseils duquel Nous prétendons suivre, sur notre parole royale. Et parce que les passions des hommes et l'iniquité des temps ont produit dans les esprits diverses opinions touchant la Religion ; et que de là sont nés des partis et des animosités mutuelles ; pour contribuer à les adoucir par le commerce et la facilité de converser les uns avec les autres, Nous donnons la liberté aux consciences, et déclarons que dorénavant personne ne sera inquiété sur les opinions différentes en matière de religion, pourvu que l'on n'abuse point de cette indulgence pour troubler l'Etat. » (F.A.J. Mazure : *Histoire de la révolution de 1688 en Angleterre*, tome I, Gosselin, 1825) Cette déclaration devint ensuite l'*Act of Indemnity and Oblivion*. (NdT)

⁴⁷⁴ Les célèbres Trente tyrans. (NdT)

⁴⁷⁵ Il s'agit de Trasylbule. (NdT)

(146) **Le philosophe** : Mais il y a encore une autre différence entre le récent Acte d'Oubli fait ici et une amnistie parlementaire ordinaire car, pour une faute graciée en Parlement par un terme général, un procès peut s'élever pour savoir si tel coupable est désigné ou non par le terme ou si l'amnistie de toutes les félonies concerne ou non la piraterie. En effet, vous voyez que, dans les rapports de Sir Édouard Coke, malgré l'amnistie des félonies, une félonie maritime n'a pas été graciée alors qu'il était Procureur Général. Mais, sur le récent Acte d'Oubli qui amnistiait toutes les sortes d'infractions commises pendant la dernière guerre civile, aucun doute ne peut naître sur l'exception de certains crimes. Premièrement, parce que personne, en droit, ne peut accuser un homme d'un fait qui a été oublié par la loi. Deuxièmement, parce tous les crimes de ce temps – peut-on prétendre – qui venaient de la licence de l'époque et du silence de la loi occasionné par la guerre civile (à moins que les coupables en personne aient été aussi exceptés ou à moins que le crime n'ait été commis avant le début de la guerre) sont concernés par cette amnistie.

Le légiste : Vraiment, je pense que vous dites vrai car, si seul avait été gracié ce qui a été occasionné par la guerre, ce qui a produit la guerre elle-même n'aurait pas été gracié.

Le philosophe ⁴⁷⁶ : J'en ai fini avec les crimes et les châtiments. Venons-en maintenant aux lois du *meum* et du *teum*. ⁴⁷⁷

Le légiste : Vous devons alors examiner les statuts.

Le philosophe : Oui, nous devons examiner ce qu'ils ordonnent et interdisent mais nous ne devons pas nous demander s'ils sont justes car la loi de la raison ordonne que chacun observe la loi à laquelle il a donné son accord ⁴⁷⁸ et à obéir à la personne à qui il a promis obéissance et fidélité. (147) Considérons donc maintenant les commentaires de Sir Édouard Coke sur la Magna Carta et sur d'autres statuts. Pour la compréhension de la Magna Carta, il sera nécessaire de remonter aux temps anciens, aussi loin que l'histoire nous le permet, et de considérer non seulement les coutumes de nos ancêtres les Saxons mais aussi la

⁴⁷⁶ On lit désormais dans la marge, à gauche : *Des lois du meum et du teum*. (NdT)

⁴⁷⁷ « *du mien et du tien* », bref les lois sur la propriété. (NdT)

⁴⁷⁸ Par le contrat, explicite ou implicite, libre ou forcé. (NdT)

loi de nature, la plus ancienne de toutes les lois, concernant l'origine du gouvernement, l'acquisition de la propriété et les cours de justice. Et premièrement, il est évident que la souveraineté (dominion), le gouvernement et les lois sont beaucoup plus anciens que l'histoire ou que tout autre écrit et que la souveraineté a commencé à apparaître chez les hommes dans les familles où, à l'origine, le père de la famille, selon la loi de nature, était le seigneur absolu de sa femme et de ses enfants; ⁴⁷⁹ deuxièmement, qu'il faisait parmi eux les lois qu'il lui plaisait ; troisièmement, qu'il était juge de tous leurs litiges; quatrièmement, qu'il n'était obligé par aucune loi humaine de suivre une autre opinion que la sienne; cinquièmement, que la terre, quelle qu'elle soit, sur laquelle il s'installait et dont il faisait usage pour son profit et le profit de sa famille était sa propriété par la loi du premier occupant au cas où elle était auparavant inhabitée et l'était par le droit de guerre au cas où il la conquérait. Dans cette conquête, les ennemis qu'il capturait et à qui il laissait la vie sauve étaient ses serviteurs. De même, les hommes qui ne possédaient pas de terres mais qui pouvaient le pourvoir en arts nécessaires à la vie humaine venaient habiter dans sa famille pour être protégés, devenaient ses sujets et se soumettaient aux lois de sa famille. Tout cela est en accord non seulement avec la loi de nature mais aussi avec la pratique de l'humanité telle qu'elle est exposée dans l'histoire sacrée et profane.

Le légiste : Pensez-vous qu'il soit légitime qu'un seigneur, dirigeant (148) souverain de sa famille, fasse la guerre à un autre seigneur souverain comme lui et le dépossède de ses terres ?

Le philosophe : C'est légitime ou non légitime, selon l'intention de celui qui le fait. En effet, d'abord, étant un dirigeant souverain, il n'est assujéti à aucune loi humaine et, pour ce qui est de la loi de Dieu, quand l'intention est justifiable, l'action l'est aussi. L'intention peut être légitime dans différents cas par le droit de nature. L'un de ces cas, c'est quand ce seigneur souverain est contraint de faire cela par nécessité de subsister. C'est ainsi que les enfants d'Israël, outre que leurs chefs, Moïse et Josué, avaient un ordre direct de Dieu de déposséder les Cananéens, ⁴⁸⁰ avaient un juste prétexte de faire ce qu'ils ont fait par le droit de nature qu'ils avaient de préserver leurs vies, étant incapables de subsister

⁴⁷⁹ « le père et maître étant, avant l'institution de la République, le souverain absolu dans sa propre famille » *Léviathan*, XXII. (NdT)

⁴⁸⁰ Voir *Deutéronome* et *Josué*. (NdT)

autrement. Pour leur préservation, leur sécurité était un juste prétexte pour envahir ceux qu'ils avaient une juste raison de craindre, à moins qu'une garantie acceptable ne leur ait été donnée pour chasser leur crainte, laquelle garantie est, dans tout ce que je peux concevoir, totalement impossible. La nécessité et la sécurité sont les principales justifications devant Dieu de commencer la guerre. Des préjudices subis justifient une guerre défensive mais, pour des préjudices réparables, si une réparation a été proposée, toute invasion à ce titre est injuste. Si vous voulez des exemples, soit de l'Écriture, soit d'une autre histoire, de ce droit de nature de faire la guerre, vous pourrez en trouver tout à loisir dans vos lectures personnelles.

Le légiste : Quand vous dites que les terres ainsi gagnées par le seigneur souverain d'une famille sont sa propriété, vous niez, me semble-t-il, toute propriété des sujets, quelle que soit la contribution de ces derniers à la victoire.

(149) *Le philosophe* : C'est exact. Je ne vois pas de raison de dire le contraire car les sujets, quand ils entrent dans une famille, n'ont absolument aucun titre à demander une partie de la terre ou quelque chose d'autre que leur sécurité, sécurité à laquelle ils sont tenus de contribuer de toute leur force et, si besoin est, de toute leur fortune. En effet, on ne peut supposer qu'un seul homme puisse protéger tous les autres avec sa seule force personnelle. Et, dans la pratique, il est manifeste que, dans toutes les conquêtes, la terre du vaincu est au seul pouvoir du vainqueur et à sa disposition. Josué et le Grand Prêtre ne partagèrent-ils pas comme il leur plut le pays de Canaan entre les tribus d'Israël ? ⁴⁸¹ Les princes et les États romains et grecs n'envoyèrent-ils pas à leur propre discrétion leurs colonies habiter les provinces qu'ils avaient conquises ? Y a-t-il à ce jour parmi les Turcs un autre héritier de la terre que le Sultan ? Et, jadis, la terre d'Angleterre n'était-elle pas aux mains de Guillaume le Conquérant ? Sir Édouard Coke l'avoue lui-même. C'est donc une vérité universelle que toutes les terres conquises, immédiatement après la victoire, sont les terres de celui qui les a conquises.

Le légiste : Mais vous savez que tous les souverains sont dits avoir une double capacité, à savoir une capacité naturelle en tant qu'hommes et une capacité politique en tant que rois. Dans sa capacité politique, je vous accorde que le Roi

⁴⁸¹ Josué, ch. XIII et suivants. (NdT)

Guillaume le Conquérant était jadis l'unique et vrai propriétaire de toutes les terres d'Angleterre, mais non dans sa capacité naturelle.

Le philosophe : S'il les avait eues dans sa capacité politique, alors, elles auraient été à lui en n'en pouvant disposer d'aucune partie, sinon au profit de son peuple et cela selon sa propre décision ou selon la décision du peuple, (150) c'est-à-dire par un Acte du Parlement. Mais où voyez-vous que Guillaume le Conquérant ait disposé de ses terres (comme il le fit, certains pour des Anglais, d'autres pour des Français et d'autres encore pour des Normands, pour diverses tenures, comme les fiefs de haubert ⁴⁸² ou les tenures à socage, etc.) par un Acte du Parlement ? Ou qu'il ait jamais convoqué un Parlement afin d'avoir l'assentiment des Lords et des Communes d'Angleterre pour disposer de ces terres qu'il leur avait prises ? Ou pour conserver dans ses propres mains telles ou telles terres sous le nom de chasses, pour ses loisirs et sa splendeur personnels ? Vous avez peut-être entendu dire que certains légistes et d'autres hommes réputés sages et bons patriotes ont prétendu que toutes les terres que les Rois d'Angleterre avaient possédées leur avaient été données par le peuple afin qu'ils prissent en charge les frais de leurs guerres et paient les salaires de leurs ministres ; et que ces terres avaient été acquises par l'argent du peuple. C'est ce qui fut prétendu pendant la dernière guerre civile quand on prit au Roi sa ville de Kingston-upon-Hull. ⁴⁸³ Mais je sais que vous ne croyez pas cette prétention juste. On ne peut donc nier que les terres que le Roi Guillaume le Conquérant a données aux Anglais et à d'autres et qu'ils détiennent désormais par ses lettres parentes et autres actes de cession étaient proprement et réellement à lui ou, autrement, les titres de ceux qui les possèdent aujourd'hui doivent être considérés comme nuls.

Le légiste : Je suis d'accord. Comme vous m'avez montré l'origine des monarchies, laissez-moi entendre votre opinion sur leur développement.

Le philosophe : Les grandes monarchies sont issues de petites familles. D'abord par la guerre, quand le vainqueur non seulement élargissait son territoire

⁴⁸² Ou « tenure à service de chevalier » ou plus simplement « tenure de chevalier », fief de chevalier (qui portait le haubert). (NdT)

⁴⁸³ Ville appelée aujourd'hui plus simplement Hull, située au nord-est de l'Angleterre, sur les rives de la rivière Hull. Sur cette ville pendant la guerre civile anglaise, voir par exemple Thomas May : *Histoire du Long-Parlement convoqué par Charles Ier en 1640*, Paris, 1823. (NdT)

mais augmentait aussi le nombre (151) et la richesse de ses sujets. Quant aux autres formes de républiques, elles se sont agrandies d'autres manières. Premièrement, par une réunion volontaire de nombreux seigneurs de famille en une seule grande aristocratie. Deuxièmement, de la rébellion sortit d'abord l'anarchie et de l'anarchie vinrent d'autres formes auxquelles ceux qui vivaient ses calamités furent incités, que ce fût le choix d'un Roi héréditaire ou d'un Roi élu à vie ou que ce fût un accord, pour détenir le pouvoir souverain, sur un conseil de certaines personnes, ce qui est l'*aristocratie*, ou sur le conseil du peuple entier, ce qui est la *démocratie*. C'est de la première manière, la guerre, que grandirent tous les plus grands royaumes du monde, à savoir les monarchies égyptienne, assyrienne, perse et macédonienne ; c'est aussi vrai des grands royaumes d'Angleterre, de France et d'Espagne. L'aristocratie vénitienne doit son origine à la seconde manière. Par la troisième manière, la rébellion, grandirent diverses grandes monarchies à l'époque où l'on passait constamment d'une forme de république à une autre, comme à Rome où la rébellion contre les Rois produisit la démocratie, sur laquelle le sénat usurpa sous Sylla, et le peuple usurpa de nouveau sur le sénat sous Marius, et l'empereur usurpa sur le peuple sous César et ses successeurs.

Le légiste : Pensez-vous que cette distinction entre capacité naturelle et capacité politique n'ait aucune signification ?

Le philosophe : Non. Si le pouvoir souverain appartient à une assemblée d'hommes, cette assemblée, qu'elle soit *aristocratique* ou *démocratique*, peut posséder des terres mais cela relève de sa capacité politique puisque aucun homme naturel n'a un droit sur ces terres ou sur une partie de ces terres. De la même manière, l'assemblée peut ordonner un acte à la majorité des suffrages mais l'ordre de (152) l'un de ses membres n'est d'aucun effet. Mais, quand le pouvoir souverain appartient à un seul homme, la capacité naturelle et la capacité politique sont dans la même personne et, pour ce qui est de la possession de terres, elles ne peuvent être distinguées. Mais les actes et les ordres peuvent être correctement distingués de la façon suivante. Tout ce qu'un monarque ordonne ou fait par le consentement du peuple de son royaume peut proprement être dit fait par sa capacité politique et tout ce qu'il ordonne seulement par des paroles ou par des lettres signées de sa main ou scellées avec l'un de ses sceaux privés est fait par sa capacité naturelle. Néanmoins, ses ordres publics, bien que faits par sa capacité

politique, ont leur origine dans sa capacité naturelle car, quand des lois qui requièrent nécessairement son assentiment sont faites, son assentiment est naturel. De même, ces actes qui sont faits par le Roi avant de recevoir le Grand Sceau d'Angleterre, soit par des paroles, soit par un mandat portant son cachet ou son sceau privé, sont faits par sa capacité naturelle. Mais, quand ils reçoivent le Sceau d'Angleterre, ils doivent être considérés comme faits par sa capacité politique.

Le légiste : Je crois vraiment que votre distinction est une bonne distinction car la capacité naturelle et la capacité politique ne signifient rien de plus que le droit privé et le droit public. Laissons donc cette argumentation et considérons maintenant, dans la mesure où l'histoire le permettra, quelles étaient les lois et les coutumes de nos ancêtres.

Le philosophe : Les Saxons, comme aussi tout le reste de la Germanie qui n'était pas conquise par les empereurs romains et qui n'était pas contrainte d'utiliser les lois impériales, formaient un peuple sauvage et païen, ne vivant que de guerre et de rapine et, comme l'affirment certains spécialistes des antiquités romaines, ils tenaient leur nom de Germains de leur (153) ancien mode de vie, comme si *Germains* et *hommes de guerre* ⁴⁸⁴ étaient tout un. Leur gouvernement sur leur famille, serviteurs et sujets, était absolu ; leurs lois n'étaient autres que l'équité naturelle. De lois écrites, ils en avaient peu ou pas du tout. Très peu nombreux étaient ceux qui, à l'époque des Césars, savaient lire et écrire. Le droit au gouvernement était paternel ou venait de la conquête ou du mariage. La succession aux terres était déterminée par le bon plaisir des maîtres de famille, par donation ou par acte de leur vivant ; et les terres dont ils ne disposaient pas de leur vivant descendaient après leur mort à leurs héritiers. L'héritier était le fils aîné et, si ce dernier n'avait pas d'enfants, elles descendaient aux plus jeunes fils selon l'ordre de l'âge. A défaut de fils, elles descendaient aux filles jointes en un seul héritier ou étaient partagées entre elles et elles descendaient à leurs héritiers de la même manière. A défaut d'enfants, l'héritier était l'oncle paternel ou maternel, selon que les terres avaient été au père ou à la mère, et ainsi de suite selon les liens de sang. Et c'était une succession naturelle parce que, naturellement, plus on est proche par le sang, plus on est proche en affection. C'était considéré comme une loi de nature non seulement chez les Germains mais aussi dans la plupart des

⁴⁸⁴ « hommes de guerre » est en français dans le texte. (NdT)

nations avant qu’elles aient un droit écrit. Le droit de gouvernement, qui est appelé *jus regni*, descendait de la même manière, seulement avec une exception : après les fils, il revenait à la fille aînée et à ses héritiers. La raison en était que le gouvernement est indivisible. Et ce droit demeure encore en Angleterre.

Le légiste : Vu que toutes les terres que possédaient les seigneurs souverains étaient à eux en propriété, comment un sujet en vint-il à avoir une propriété sur leurs terres ?

(154) **Le philosophe** : Il y a deux sortes de propriété. L’une, c’est quand un homme tient ses terres du don de Dieu seul, terres que les civilistes ⁴⁸⁵ appellent *allodiales* ⁴⁸⁶ et que, dans un royaume, seul le Roi peut avoir. L’autre sorte, c’est quand un homme tient sa terre d’un autre homme qui la lui a donnée en fief contre des services et une obéissance. La propriété du premier genre est absolue, l’autre, d’une certaine manière, est conditionnelle parce que le don a été fait à la condition que certains services soient rendus au donateur. La propriété du premier genre exclut le droit de tous les autres, la seconde exclut le droit de tous les autres sujets à la même terre mais n’exclut pas le droit du souverain, quand le bien commun exige qu’on en fasse usage.

Le légiste : Quand ces rois se sont séparés de leurs terres, que leur restait-il pour soutenir leurs guerres, qu’elles soient offensives ou défensives ? Que leur restait-il pour entretenir la famille royale d’une manière qui, d’une part, convenait à la dignité d’un roi souverain et qui, d’autre part, était aussi nécessaire pour empêcher qu’on méprisât sa personne et son peuple ?

Le philosophe : Ils avaient des moyens suffisants et, outre ce qu’ils avaient donné à leurs sujets, il leur restait beaucoup de terres transformées en chasses pour leur divertissement. En effet, vous savez bien qu’une grande partie de la terre d’Angleterre a été donnée pour service militaire aux grands du royaume qui étaient pour la plupart des parents du Roi ou de grands favoris, beaucoup plus de terres qu’ils n’en avaient besoin pour leur entretien mais à charge d’avoir un ou plusieurs soldats, selon la quantité de terre donnée, ce qui fait que, à tout moment, on disposait de soldats prêts à résister à l’invasion d’un ennemi. Ces soldats, ces

⁴⁸⁵ Spécialistes du droit romano-germanique. (NdT)

⁴⁸⁶ Terres dont on a la propriété absolue, qui ne dépendent d’aucun seigneur. (NdT)

seigneurs étaient tenus de les entretenir à leurs frais pour un temps déterminé (155). Vous savez aussi que toute la terre est divisée en centaines ⁴⁸⁷ et ces dernières en dizaines ⁴⁸⁸. Dans chaque dizaine, tous les hommes, même les enfants de plus de douze ans, sont tenus de prêter le serment d'allégeance. Et vous devez croire que ces hommes qui tenaient leur terre en échange d'un service de labourage étaient tous tenus par la loi de nature de défendre avec leur corps et leur fortune le royaume contre les envahisseurs. Et il en était de même de ceux qu'on appelait les vilains qui tenaient leur terre d'un travail plus vil et qui étaient obligés de défendre de toutes leurs forces le royaume. Que dis-je ! Les femmes et les enfants, dans une telle nécessité, étaient tenus de rendre les services qu'ils pouvaient rendre, apporter des armes et des victuailles à ceux qui se battaient et creuser. Mais ceux qui tenaient leur terre d'un service militaire étaient assujettis à une plus grande obligation. En effet, lisez et remarquez la formule de l'hommage tel qu'il est établi dans le statut 17 Édouard II, laquelle formule, vous n'en doutez pas, était en usage avant cette époque et avant la Conquête.

***Le légiste :** Je deviens votre homme pour la vie, pour les membres et pour l'honneur terrestre et je vous devrai fidélité pour les terres que je tiens de vous.*

***Le philosophe :** Je vous prie de m'expliquer cette formule.*

***Le légiste :** Je pense que c'est comme si on disait : je vous promets d'être à vos ordres, d'agir au risque de ma vie, de mes membres et de toute ma fortune, comme je m'y suis engagé en recevant les terres que vous m'avez données, et de vous être fidèle à tout jamais. C'est la formule de l'hommage rendu directement au Roi. Mais, quand un sujet tient sa terre d'un autre sujet par un service militaire semblable, on ajoute alors une exception, à savoir *sauf la fidélité que je dois au Roi*.*

(156) ***Le philosophe :** Prêtait-il aussi serment ?*

***Le légiste :** Oui, et on appelle ce serment le serment de fidélité : *Je vous serai fidèle et, en accord avec la loi, je suivrai les coutumes et accomplirai les services, en tant que devoir envers vous, aux temps assignés et avec l'aide de Dieu et de**

⁴⁸⁷ Hundreds : Subdivisions géographiques qui correspondent à la surface capable de nourrir cent familles. (NdT)

⁴⁸⁸ Décennaries : Subdivisions géographiques qui correspondent à la surface capable de nourrir dix familles. (NdT)

tous ses Saints. Mais ces services et les services de labourage furent après rapidement transformés en rentes payables soit en argent, comme en Angleterre, soit en blé ou en d'autres denrées, comme en Écosse ou en France. Quand le service était militaire, la plupart de ceux qui tenaient une terre étaient tenus de servir le Roi dans ses guerres en fournissant une ou plusieurs personnes, selon le profit annuel de la terre.

Le philosophe : Étaient-ils tenus de fournir des cavaliers ou des fantassins ?

Le légiste : Je ne vois pas de loi qui exige qu'un homme, pour sa tenure, serve à cheval.

Le philosophe : Le tenant était-il obligé, au cas où il était appelé, de servir en personne.

Le légiste : Je pense qu'il en était ainsi au début car, quand les terres étaient données pour service militaire et que le tenant laissait un fils héritier, le seigneur avait la charge à la fois des terres et de la personne du fils jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de vingt et un ans. La raison en était que l'héritier qui n'avait pas atteint cet âge était présumé être incapable de servir le Roi dans ses guerres; laquelle raison aurait été insuffisante si l'héritier n'était pas tenu d'aller à la guerre en personne; ce qui, me semble-t-il, doit être toujours considéré comme loi, à moins qu'une autre loi vienne à la changer. Ces services, liés à d'autres droits, comme la tutelle, la première possession d'héritage des tenants, les licences d'aliéner, les biens des félons, les terres des félons (si elles étaient tenues du Roi) et le profit de la première année des terres, de qui elles fussent tenues, les (157) confiscations, les amendes et bien d'autres taxes ne pouvaient pas ne pas s'élever à un très important revenu annuel. Ajoutez à cela tout ce qu'un Roi pouvait raisonnablement imposer aux artisans et aux marchands (car tous les hommes que le Roi protégeait devaient contribuer à leur propre protection) ⁴⁸⁹ et considérez alors si les Rois de ces époques n'avaient pas des moyens suffisants, et même de l'avance (si Dieu n'était pas leur ennemi) pour défendre leurs sujets contre les ennemis étrangers et aussi pour les contraindre à conserver la paix entre eux.

⁴⁸⁹ Les parenthèses ont été ajoutées par nous. (NdT)

Le philosophe : Et il en aurait été ainsi des Rois suivants s'ils n'avaient jamais abandonné leurs droits et si leurs sujets avaient tenu leur serment et leur promesse. Mais de quelle manière ces anciens Saxons et les autres nations de Germanie, surtout du Nord, procédaient-ils pour faire des lois?

Le légiste : Sir Édouard Coke, à partir de différentes lois saxonnes réunies et publiées en saxon et en latin par M. Lambarde, infère que les Rois saxons, pour faire leurs lois, convoquaient les Lords et les Communes, à la manière utilisée à ce jour en Angleterre. Mais, par ces lois saxonnes publiées par M. Lambarde, il apparaît que les Rois convoquaient les évêques et une grande partie des hommes les plus sages et les plus sensés du royaume et qu'ils faisaient les lois en suivant leur avis.

Le philosophe : Je le pense aussi car il n'existe pas de Roi au monde, d'âge mur et sain d'esprit, qui ait fait une loi autrement car c'est l'intérêt des Rois de faire des lois telles que le peuple puisse les supporter et qu'il puisse observer sans impatience, qu'il vive dans la force et le courage pour défendre son Roi et son pays contre les voisins puissants. Mais (158) comment discernait-on la chose et qui déterminait quels étaient les plus avisés et les plus sensés? C'est une chose difficile, à notre époque, de savoir qui sont les plus sages. Nous savons bien qui élit un chevalier de comté et quelles villes ont à envoyer des députés au Parlement. Donc, si, à ces époques, on déterminait qui étaient les plus sages, j'avoue alors que les Parlements des anciens Saxons et les Parlements d'Angleterre, depuis, sont la même chose et Sir Édouard Coke a raison. Dites-moi donc, si vous le pouvez, quand ces villes qui, aujourd'hui, envoient des représentés au Parlement, commencèrent à le faire et pour quelle raison une ville avait ce privilège et une autre, même plus peuplée, ne l'avait pas.

Le légiste : A quelle époque commença cette coutume, je ne saurais le dire mais je suis sûr que c'est plus ancien que la ville de Salisbury parce qu'il y a au Parlement deux députés pour un lieu qui se situe à côté et qui s'appelle le Vieux Sarum et, si, en me promenant dans le coin, je le disais à un étranger qui ne saurait pas ce que le mot députés signifie, il penserait que c'est un couple de lapins, tellement l'endroit est un long trou perdu.⁴⁹⁰ Et, pourtant, un bon

⁴⁹⁰ « like a long cony-borough », littéralement « semblable à un long bourg de lapins » mais aussi « semblable à une longue garenne ». Hobbes joue sur la

argument peut être tiré de là pour montrer que les habitants de chaque ville étaient les électeurs de leurs propres députés et étaient juges de leur sagesse, et que la loi, qu'ils fussent ou ne fussent pas sages, voulait les supposer sages jusqu'à preuve du contraire. Donc, quand on dit que le Roi convoquait les hommes les plus sages du royaume, il faut entendre qu'il y avait des élections comme aujourd'hui. Par là, il est manifeste que ces grandes et générales assemblées réunies par les anciens Rois saxons étaient de même (159) nature que les assemblées parlementaires depuis la Conquête.

Le philosophe : Je crois que votre raisonnement est bon car je ne peux pas concevoir comment un Roi ou quelqu'un d'autre que les habitants des bourgs eux-mêmes pouvait connaître la sagesse ou la compétence de ceux qu'ils avaient à envoyer au Parlement. Quant à l'antiquité des villes à députés, puisqu'elle n'est pas mentionnée dans une histoire ou dans un registre existant de nos jours, tout homme est libre de proposer son hypothèse. Vous savez que ce pays a été envahi par les Saxons plusieurs fois et qu'il fut conquis par morceaux par plusieurs guerres; de sorte qu'il y avait en Angleterre plusieurs Rois en même temps et que, par conséquent, selon qu'il y avait plus ou moins de villes fortifiées sur le territoire d'un Roi, son Parlement avait plus ou moins de députés. Mais, quand tous ces petits royaumes se réunirent en un seul, c'est alors à un seul Parlement que vinrent les députés de tous les bourgs d'Angleterre. Et c'est peut-être la raison pour laquelle il y a beaucoup plus de bourgs ⁴⁹¹ dans l'ouest que dans toute autre partie du royaume, l'ouest étant plus peuplé et aussi plus susceptible d'être envahi. C'est peut-être, je pense, l'origine de ce privilège qu'ont certaines villes d'envoyer des députés au Parlement et pas d'autres.

Le légiste : L'hypothèse n'est pas improbable et, à défaut d'une plus grande certitude, on peut l'admettre. Mais, vu qu'il est couramment admis que, pour faire une loi, ils devaient avoir l'assentiment des Lords spirituels et des Lords

ressemblance phonétique entre borough (anciennement burough et burrough) (bourg) et burrow (terrier)(dont une forme archaïque pourrait être burrough). Il ne s'appuie pas sur la typographie du lieu pour suggérer l'existence de terriers car le Vieux Sarum est une colline mais il s'appuie sur le fait notoire que de très nombreux lapins vivaient sur le site (ce qui est encore vrai) pour se moquer d'un bourg quasiment vidé de ses électeurs au XVIIème. (NdT)

⁴⁹¹ C'est-à-dire de subdivisions envoyant des députés. (NdT)

temporels, qui, dans les Parlements des anciens Saxons, considérez-vous (160) comme Lords temporels et comme Lords spirituels? Car le livre intitulé *La façon de tenir les Parlements* s'accorde point par point avec la manière des les tenir aujourd'hui et il fut écrit, comme le dit Sir Édouard Coke, au temps des Saxons et avant la Conquête.

Le philosophe : M. Selden, ⁴⁹² un plus grand spécialiste de l'antiquité que Sir Édouard Coke, ⁴⁹³ dans la dernière édition de son livre sur les *Titres d'honneur*, ⁴⁹⁴ dit que ce livre intitulé *La façon de tenir les Parlements* ⁴⁹⁵ n'a pas été écrit avant environ l'époque de Richard II et il me semble qu'il le prouve. Mais, quoi qu'il en soit, il est visible, par les lois saxonnes exposées par M. Lambarde, qu'étaient toujours convoqués au Parlement certains grands personnages appelés Aldermen, ⁴⁹⁶ *alias* Comtes. Ainsi, vous avez une chambre des Lords et une chambre des Communes. Vous trouverez aussi dans le même passage que, après que les Saxons eurent accepté la foi du Christ, ces évêques qui étaient parmi eux participaient toujours aux grandes assemblées où ils faisaient leurs lois. Ainsi vous avez un Parlement anglais parfait, sauf que le nom de Barons n'était pas en usage chez eux, étant un titre français entré chez nous avec la Conquête. ⁴⁹⁷

Fin du dialogue

P. Folliot. Août 2009

Fin

⁴⁹² John Selden (1584-1654), juriste anglais. (NdT)

⁴⁹³ Il est fort probable que ce soit l'érastianisme de Selden qui lui vaut cet éloge. (NdT)

⁴⁹⁴ « le traité tout à fait excellent de M. *Selden* (...). ». *Léviathan*, X. (NdT)

⁴⁹⁵ Ouvrage d'Henry Elsynge (1598-1654), cité par Coke, 2. *Institutes*, bas de la page 7. (NdT)

⁴⁹⁶ L'*alderman* (en saxon, homme âgé, ancien) est ce qu'on a appelé ensuite le comte. (NdT)

⁴⁹⁷ Il est évident que le livre de Hobbes n'est pas terminé. Quelle en est la raison ? Nous n'en savons rien. (NdT)

“A dialogue between a philosopher & a student of the common laws of England”

by Thomas Hobbes
1681

in *The english works of Thomas Hobbes*. Molesworth. Vol. VI. London : John Bohn, Henrietta street, Covent Garden, MDCCCXL. Le texte anglais original, 1681.

[Retour à la table des matières](#)

Lawyer. What makes you say, that the study of the law is less rational than the study of the mathematics ?

Philosopher. I say not that ; for all study is rational, or nothing worth : but I say, that the great masters of the mathematics do not so often err as the great professors of the law.

L. If you had applied your reason to the law, perhaps you would have been of another mind.

P. In whatsoever study, I examine whether my inference be rational : and have looked over the titles of the statutes from Magna Charta downward to this present time. I left not one unread, which I thought might concern myself ; which was enough for me, that meant not to plead for any but myself. But I did not much examine which of them was more or less rational ; because I read them not to dispute, but to obey them, and saw in all of them sufficient reason for my obedience, and that the same reason, though the Statutes themselves were changed, remained constant. I have also diligently read over Littleton's book of *Tenures*, with the commentaries thereupon of the renowned lawyer Sir Edward Coke ; in

which I confess I found great subtilty, not of the law, but (4) of inference from law, and especially from the law of human nature, which is the law of reason : and I confess that it is truth which he says in the epilogue to his book, that by arguments and reason in the law, a man shall sooner come to the certainty and knowledge of the law : and I agree with Sir Edward Coke, who upon that text farther says, that reason is the soul of the law ; and upon section 138, *nihil, quod est contra rationem, est licitum* ; that is to say, nothing is law that is against reason ; and that reason is the life of the law, nay the common law itself is nothing else but reason ; and upon section 21, *Aequitas est perfecta quaedam ratio, quae jus scriptum interpretatur et emendat, nulla scriptura comprehensa, sed solum in vera rationis consistent* ; i.e. Equity is a certain perfect reason, that interpreteth and amendeth the law written, itself being unwritten, and consisting in nothing else but right reason. When I consider this, and find it to be true, and so evident as not to be denied by any man of right sense, I find my own reason at a stand ; for it frustrates all the laws in the world. For upon this ground any man, of any law whatsoever, may say it is against reason, and thereupon make a pretence for his disobedience. I pray you clear this passage, that we may proceed.

L. I clear it thus, out of Sir Edward Coke (I.Inst. sect. 138), that this is to be understood of an artificial perfection of reason, gotten by long study, observation, and experience, and not of every man's natural reason ; for *nemo nascitur artifex*. This legal reason is *summa ratio* ; and therefore if all the reason that is dispersed into so (5) many several heads, were united into one, yet could he not make such a law as the law of England is ; because by so many successions of ages it hath been fined and refined by an infinite number of grave and learned men.

P. This does not clear the place, as being partly obscure, and partly untrue. That the reason which is the life of the law, should be not natural, but artificial, I cannot conceive. I understand well enough, that the knowledge of the law is gotten by much study, as all other sciences are, which when they are studied and obtained, it is still done by natural, and not by artificial reason. I grant you, that the knowledge of the law is an art ; but not that any art of one man, or of many, how wise soever they be, or the work of one or more artificers, how perfect soever it be, is law. It is not wisdom, but authority that makes a law. Obscure also are the words *legal reason*. There is no reason in earthly creatures, but human reason. But I suppose that he means, that the reason of a judge, or of all the judges together

without the King, is that *summa ratio*, and the very law : which I deny, because none can make a law but he that hath the legislative power. That the law hath been fined by grave and learned men, meaning the professors of the law, is manifestly untrue ; for all the laws of England have been made by the kings of England, consulting with the nobility and commons in parliament, of which not one of twenty was a learned lawyer.

L. You speak of the statute law, and I speak of the common law.

P. I speak generally of law. of the law.

(6) L. Thus far I agree with you, that statute law of reason taken away, there would not be left, either here, or any where, any law at all that would conduce to the peace of a nation ; yet equity and reason, (laws Divine and eternal, which oblige all men at all times, and in all places), would still remain, but be obeyed by few : and though the breach of them be not punished in this world, yet they will be punished sufficiently in the world to come. Sir Edward Coke, for drawing to the men of his own profession as much authority as lawfully he might, is not to be reprehended ; but to the gravity and learning of the judges they ought to have added in the making of laws, the authority of the King, which hath the sovereignty : for of these laws of reason, every subject that is in his wits, is bound to take notice at his peril, because reason is part of his nature, which he continually carries about with him, and may read it, if he will.

P. It is very true ; and upon this ground, if I pretend within a month or two to make myself able to perform the office of a judge, you are not to think it arrogance ; for you are to allow to me, as well as to other men, my pretence to reason, which is the common law, (remember this, that I may not need again to put you in mind, that reason is the common law) : and for statute law, seeing it is printed, and that there be indexes to point me to every matter contained in them, I think a man may profit in them very much in two months.

L. But you will be but an ill pleader.

P. A pleader commonly thinks he ought to say all he can for the benefit of his client, and therefore has need of a faculty to wrest the sense (7) of words from their true meaning, and the faculty of rhetoric to seduce the jury, and sometimes the judge also, and many other arts which I neither have, nor intend to study.

L. But let the judge, how good soever he thinks his reasoning, take heed that he depart not too much from the letter of the statute : for it is not without danger.

P. He may without danger recede from the letter, if he do not from the meaning and sense of the law ; which may be by a learned man, (such as judges commonly are,) easily found out by the preamble, the time when it was made, and the inconveniences for which it was made. But I pray tell me, to what end were statute laws ordained, seeing the law of reason ought to be applied to every controversy that can arise.

L. You are not ignorant of the force of an irregular appetite to riches, to power, and to sensual pleasures, how it masters the strongest reason, and is the root of disobedience, slaughter, fraud, hypocrisy, and all manner of evil habits ; and that the laws of man, though they can punish the fruits of them, which are evil actions, yet they cannot pluck up the roots that are in the heart. How can a man be indicted of avarice, envy, hypocrisy, or other vicious habit, till it be declared by some action which a witness may take notice of ? The root remaining, new fruit will come forth, till you be weary of punishing, and at last destroy all power that shall oppose it.

P. What hope then is there of a constant peace in any nation, or between one nation and another ?

L. You are not to expect such a peace between (8) two nations ; because there is no common power in this world to punish their injustice. Mutual fear may keep them quiet for a time ; but upon every visible advantage they will invade one another ; and the most visible advantage is then, when the one nation is obedient to their king, and the other not. But peace at home may then be expected durable, when the common people shall be made to see the benefit they shall receive by their obedience and adhesion to their own sovereign, and the harm they must suffer by taking part with them, who by promises of reformation, or change of government, deceive them. And this is properly to be done by divines, and from arguments not only from reason, but also from the Holy Scripture.

P. This that you say is true, but not very much to that I aim at by your conversation, which is to inform myself concerning the laws of England. Therefore I ask you again, what is the end of statute-laws ?

L. I say then that the scope of all human law is peace, and justice in every nation amongst themselves, and defence against foreign enemies.

P. But what is justice ?

L. Justice is giving to every man his own.

P. The definition is good, and yet it is Aristotle's. What is the definition agreed upon as a principle in the science of the common law ?

L. The same with that of Aristotle.

P. See, you lawyers, how much you are beholden to the philosopher ; and it is but reason ; for the more general and noble science and law of all the world, is true philosophy, of which the common law of England is a very little part.

(9) **L.** It is so, if you mean by philosophy nothing but the study of reason ; as I think you do.

P. When you say that justice gives to every man his own, what mean you by his own ? How can that be given me, which is my own already ? Or, if it be not my own, how can justice make it mine ?

L. Without law, every thing is in such sort every man's, as he may take, possess, and enjoy, without wrong to any man ; every thing, lands, beasts, fruits, and even the bodies of other men, if his reason tell him he cannot otherwise live securely. For the dictates of reason are little worth, if they tended not to the preservation and improvement of men's lives. Seeing then without human law all things would be common, and this community a cause of encroachment, envy, slaughter, and continual war of one upon another, the same law of reason dictates to mankind, for their own preservation, a distribution of lands and goods, that each man may know what is proper to him, so as none other might pretend a right thereunto, or disturb him in the use of the same. This distribution is justice, and this properly is the same which we say is one's own ; by which you may see the great necessity there was of statute laws, for preservation of all mankind. It is also a dictate of the law of reason, that statute laws are a necessary means of the safety and well-being of man in the present world, and are to be obeyed by all subjects, as the law of reason ought to be obeyed, both by King and subjects, because it is the law of God.

P. All this is very rational ; but how can any laws secure one man from another, when the greatest part of men are so unreasonable, and so (10) partial to themselves as they are, and the laws of themselves are but a dead letter, which of itself is not able to compel a man to do otherwise than himself pleaseth, nor punish or hurt him when he hath done a mischief ?

L. By the laws, I mean laws living and armed. For you must suppose, that a nation that is subdued by war to an absolute submission to a conqueror, may, by the same arm that compelled it to submission, be compelled to obey his laws. Also, if a nation choose a man, or an assembly of men, to govern them by laws, it must furnish him also with armed men and money, and all things necessary to his office ; or else his laws will be of no force, and the nation remains, as before it was, in confusion. It is not therefore the word of the law, but the power of a man that has the strength of a nation, that make the laws effectual. It was not Solon that made Athenian laws, though he devised them, but the supreme court of the people ; nor, the lawyers of Rome that made the imperial law in Justinian's time, but Justinian himself.

P. We agree then in this, that in England it is the King that makes the laws, whosoever pens them ; and in this, that the King cannot make his laws effectual, nor defend his people against their enemies, without a power to levy soldiers ; and consequently, that he may lawfully, as oft as he shall really think it necessary to raise an army, (which in some occasions be very great) I say, raise it, and money to maintain it. I doubt not but you will allow this to be according to the law, at least of reason.

L. For my part I allow it. But you have heard (11) how, in and before the late troubles the people were of another mind. Shall the King, said they take from us what he pleases, upon pretence of a necessity whereof he makes himself the judge ? What worse condition can we be in from an enemy ? What can they take from us more than what they list ?

P. The people reason ill. They do not know in what condition we were, in the time of the Conqueror, when it was a shame to be an Englishman ; who, if he grumbled at the base offices he was put to by his Norman masters, received no other answer than this, *thou art but an Englishman*. Nor can the people, nor any man that humours their disobedience, produce any example of a King that ever

raised any excessive sums, either by himself or by the consent of his Parliament, but when they had great need thereof ; nor can show any reason that might move any of them so to do. The greatest complaint by them made against the unthriftness of their Kings, was for the enriching now and then a favourite, which to the wealth of the kingdom was inconsiderable, and the complaint but envy. But in this point of raising soldiers, what is, I pray you, the statute law ?

L. The last statute concerning it, is 13 Car. II. cap. 6, by which the supreme government, command, and disposing of the militia of England, is delivered to be, and always to have been, the ancient right of the Kings of England. But there is also in the same act a proviso, that this shall not be construed for a declaration, that the King may transport his subjects, or compel them to march out of the kingdom ; nor is it, on the contrary, declared to be unlawful.

P. Why is not that also determined ?

L. I can imagine cause enough for it, though I may be deceived. We love to have our King amongst us, and not to be governed by deputies, either of our own or another nation. But this I verily believe, that if a foreign enemy should either invade us, or put himself into a readiness to invade either England, Ireland, or Scotland, no Parliament then sitting, and the King send English soldiers thither, the Parliament would give him thanks for it. The subjects of those Kings who affect the glory, and imitate the actions, of Alexander the Great, have not always the most comfortable lives, nor do such Kings usually very long enjoy their conquests. They march to and fro perpetually, as upon a plank sustained only in the midst; and when one end rises, down goes the other.

P. It is Well. But where soldiers, in the judgment of the King's conscience, are indeed necessary, as in an insurrection, or rebellion at home ; how shall the kingdom be preserved without a considerable army ready and in pay ? How shall money be raised for this army, especially when the want of public treasure inviteth neighbour Kings to encroach, and unruly subjects to rebel ?

L. I cannot tell. It is matter of polity, not of law. But I know, that there be statutes express, whereby the King hath obliged himself never to levy money upon his subjects without the consent of his Parliament. One of which statutes is 25 Edw. I. c. 6, in these words : *We have granted for us, and our heirs, as well to archbishops, bishops, abbots, priors, and other folk of holy Church, as also to*

earls, barons, and to all the commonalty (13) of the land, that for no business from henceforth, we shall take such aids, tasks, or prizes, but by the common consent of the realm. There is also another statute of Edward I. (34 Edw. I. stat. 4) in these words : *No tallage, or aid shall be taken or levied by us or our heirs in our realm, without the good will and assent of the archbishops, bishops, earls, barons, knights, burgesses, and other freemen of the land;* which statutes have been since that time confirmed by divers other Kings, and lastly by the King that now reigneth.

P. All this I know, and am not satisfied. I am one of the common people, and one of that almost infinite number of men, for whose welfare Kings and other sovereigns were by God ordained : for God made Kings for the people, and not people for Kings. How shall I be defended from the domineering of proud and insolent strangers that speak another language, that scorn us, that seek to make us slaves, or how shall I avoid the destruction that may arise from the cruelty of factions in a civil war, unless the King, to whom alone, you say, belongeth the right of levying and disposing of the militia by which only it can be prevented, have ready money, upon all occasions, to arm and pay as many soldiers, as for the present defence, or the peace of the people, shall be necessary ? Shall not I, and you, and every man be undone ? Tell me not of a Parliament, when there is no Parliament sitting, or perhaps none in being, which may often happen. And when there is a Parliament, if the speaking and leading men should have a design to put down monarchy, as they had in the Parliament which began to sit the third of November, 1640, (14) shall the King, who is to answer to God Almighty for the safety of the people, and to that end is intrusted with the power to levy and dispose of the soldiery, be disabled to perform his office, by virtue of these acts of Parliament which you have cited ? If this be reason, it is reason also that the people be abandoned, or left at liberty to kill one another, even to the last man ; if it be not reason, then you have granted it is not law.

L. It is true, if you mean *recta ratio* ; but *recta ratio*, which I grant to be law, as Sir Edward Coke says, (1 *Inst.* sect. 138), is an artificial perfection of reason, gotten by long study, observation, and experience, and not every man's natural reason ; *for nemo nascitur artifex*. This legal reason is *summa ratio* ; and therefore, if all the reason that is dispersed into so many several heads, were united into one, yet could he not make such a law as the law of England is, because by

many successions of ages it hath been fined and refined by an infinite number of, grave and learned men. And this is it, he calls the common law.

P. Do you think this to be good doctrine. Though it be true, that no man is born with the use of reason, yet all men may grow up to it as well as lawyers ; and when they have applied their reason to the laws, (which were laws before they studied them, or else it was not law they studied), may be as fit for and capable of judicature, as Sir Edward Coke himself, who whether he had more or less use of reason, was not thereby a judge, but because the King made him so. And whereas he says, that a man who should have as much reason as is dispersed in so many several heads, could not (15) make such a law as this law of England is ; if one should ask him who made the law of England, would he say a succession of English lawyers or judges made it, or rather a succession of kings ? And that upon their own reason, either solely, or with the advice of the Lords and Commons in Parliament, without the judges or other professors of the law ? You see therefore that the King's reason, be it more or less, is that *anima legis*, that *summa lex*, whereof Sir Edward Coke speaketh, and not the reason, learning, or wisdom of the judges. But you may see, that quite through his *Institutes of Law*, he often takes occasion to magnify the learning of the lawyers, whom he perpetually termeth the sages of the Parliament, or of the King's council. Therefore unless you say otherwise, I say, that the King's reason, when it is publicly upon advice and deliberation declared, is that *anima legis*; and that *summa ratio* and that equity, which all agree to be the law of reason, is all that is or ever was law in England, since it became Christian, besides the Bible.

L. Are not the Canons of the Church part of the law of England, as also the imperial law used in the Admiralty, and the customs of particular places, and the by-laws of corporations and courts of judicature ?

P. Why not ? For they were all constituted by the Kings of England ; and though the civil law used in the Admiralty were at first the statutes of the Roman empire, yet because they are in force by no other authority than that of the King, they are now the King's laws, and the King's statutes. The same we may say of the Canons ; such of them (16) we have retained, made by the Church of Rome, have been no law, nor of any force in England, since the beginning of Queen Elizabeth's reign, but by virtue of the great seal of England.

L. In the said statutes that restrain the levying of money without consent of Parliament, is there any thing you can take exceptions to ?

P. No. I am satisfied that the kings that grant such liberties, are bound to make them good, so far as it may be done without sin : but if a King find that by such a grant he be disabled to protect his subjects, if he maintain his grant, he sins ; and therefore may, and ought to take no notice of the said grant. For such grants, as by error or false suggestion are gotten from him, are, as the lawyers do confess, void and of no effect, and ought to be recalled. Also the King, as is on all hands confessed, hath the charge lying upon him to protect his people against foreign enemies, and to keep the peace betwixt them within the kingdom : if he do not his utmost endeavour to discharge himself thereof, he committeth a sin, which neither King nor Parliament can lawfully commit.

L. No man, I think, will deny this. For if levying of money be necessary, it is a sin in the Parliament to refuse ; if unnecessary, it is a sin both in King and Parliament to levy. But for all that, it may be, and I think it is, a sin in any one that hath the sovereign power, be he one man or one assembly, being intrusted with the safety of a whole nation, if rashly, and relying upon his own natural sufficiency, he make war or peace, without consulting with such, as by their experience and employment abroad, and intelligence by letters, or other means, (17) have gotten the knowledge in some measure of the strength, advantages, and designs of the enemy, and the manner and the degree of the danger that may from thence arise. In like manner, in case of rebellion at home, if he consult not with those of military condition ; which if he do, then I think he may lawfully proceed to subdue all such enemies and rebels ; and that the soldiers ought to go on without inquiring whether they be within the country, or without. For who shall suppress rebellion, but he that hath right to levy, command, and dispose of the militia ? The last Long Parliament denied this. But why ? Because by the major part of their votes the rebellion was raised with the design to put down monarchy, and to that end maintained.

P. Nor do I hereby lay any aspersion upon such grants of the King and his ancestors. Those statutes are in themselves very good for the King and the people, as creating some kind of difficulty for such Kings as, for the glory of conquest, might spend one part of their subjects' lives and estates in molesting other nations, and leave the rest to destroy themselves at home by factions. That which I here

find fault with, is the wresting of those, and other such statutes, to the binding of our Kings from the use of their armies in the necessary defence of themselves and their people. The late Long Parliament, that in 1648 murdered their King, (a King that sought no greater glory upon earth, but to be indulgent to his people, and a pious defender of the Church of England,) no sooner took upon them the sovereign power, than they levied money upon the people at their own discretion. Did any of their subjects (18) dispute their power ? Did they not send soldiers over the sea to subdue Ireland, and others to fight against the Dutch at sea ; or made they any doubt but to be obeyed in all that they commanded, as a right absolutely due to the sovereign power in whomsoever it resides ? I say not this as allowing their actions, but as a testimony from the mouths of those very men that denied the same power to him whom they acknowledged to have been their sovereign immediately before; which is a sufficient proof, that the people of England never doubted of the King's right to levy money for the maintenance of his armies, till they were abused in it by seditious teachers, and other prating men, on purpose to turn the State and Church into popular government, where the most ignorant and boldest talkers do commonly obtain the best preferments. Again, when their new republic returned into monarchy by Oliver, who durst deny him money upon any pretence of *Magna Charta*, or of these other acts of Parliament which you have cited ? You may therefore think it good law, for all your books, that the King of England may at all times, that he thinks in his conscience it will be necessary for the defence of his people, levy as many soldiers and as much money as he please, and that himself is judge of the necessity.

L. Is there nobody hearkening at the door ?

P. What are you afraid of ?

L. I mean to say the same that you say : but there be very many yet, that hold their former principles, whom neither the calamities of the civil wars, nor their former pardon, have thoroughly cured of their madness.

(19) **P.** The common people never take notice of what they hear of this nature, but when they are set on by such as they think wise ; that is, by some sorts of preachers, or some that seem to be learned in the laws, and withal speak evil of the governors. But what if the King, upon the sight or apprehension of any great danger to his people, (as when their neighbours are borne down by the current of a

conquering enemy), should think his own people might be involved in the same misery ; may he not levy, pay, and transport soldiers to help those weak neighbours, by way of prevention to save his own people and himself from servitude ? Is that a sin ?

L. First, if the war upon our neighbour be just, it may be questioned whether it be equity or no to assist them against the right.

P. For my part, I make no question of that at all, unless the invader will, and can, put me in security, that neither he nor his successors shall make any advantage of the conquest of my neighbour, to do the same to me in time to come. But there is no common power to bind them to the peace.

L. Secondly, when such a thing shall happen, the Parliament will not refuse to contribute freely to the safety of themselves and the whole nation.

P. It may be so, and it may be not ; for if a Parliament then sit not, it must be called ; that requires six weeks' time ; debating and collecting what is given requires as much, and in this time the opportunity perhaps is lost. Besides, how many wretched souls have we heard to say in the (20) troubles ; what matter is it who gets the victory ? We can pay but what they please to demand, and so much we pay now. And this they will murmur, as they have ever done, whosoever shall reign over them, as long as their covetousness and ignorance hold together ; which will be till doomsday, if better order be not taken for their instruction in their duty, both from reason and religion.

L. For all this I find it somewhat hard, that a King should have right to take from his subjects, upon the pretence of necessity, what he pleaseth.

P. I know what it is that troubles your conscience in this point. All men are troubled at the crossing of their wishes ; but it is our own fault. First, we wish impossibilities ; we would have our security against all the world upon right of property, without paying for it ; this is impossible. We may as well expect that fish and fowl should boil, roast, and dish themselves, and come to the table, and that grapes should squeeze themselves into our mouths, and have all other the contentments and ease which some pleasant men have related of the land of Cognac. Secondly, there is no nation in the world where he or they that have the sovereignty, do not take what money they please for the defence of those respective nations, when they think it necessary for their safety. The late Long Parlia-

ment denied this ; but why ? Because there was a design amongst them to depose the King. Thirdly, there is no example of any King of England that I have read of, that ever pretended any such necessity for levying money against his conscience. The greatest sums that ever were levied, comparing the value of money, as it was at that (21) time, with what it is now, were levied by King Edward III and King Henry V ; kings in whom we glory now, and think their actions great ornaments to the English history. Lastly, as to the enriching now and then a favourite, it is neither sensible to the kingdom, nor is any treasure thereby conveyed out of the realm, but so spent as it falls down again upon the common people. To think that our condition being human should be subject to no incommmodity, were injuriously to quarrel with God Almighty for our own faults.

L. I know not what to say.

P. If you allow this that I have said, then say, that the people never were, shall be, or ought to be, free from being taxed at the will of one or other ; that if civil war come, they must levy all they have, and that dearly, from the one or from the other, or from both sides. Say, that adhering to the King, their victory is an end of their trouble ; that adhering to his enemies there is no end ; for the war will continue by a perpetual subdivision, and when it ends, they will be in the same estate they were before. That they are often abused by men who to them seem wise, when then their wisdom is nothing else but envy of those that are in grace and in profitable employments ; and that those men do but abuse the common people to their own ends, that set up a private man's propriety against the public safety. But say withal, that the King is subject to the laws of God, both written and unwritten, and to no other ; and so was William the Conqueror, whose right is all descended to our present King.

L. As to the law of reason, which is equity, it (22) is sure enough there is but one legislator, which is God.

P. It followeth, then, that which you call the common law, distinct from statute law, is nothing else but the law of God.

L. In some sense it is ; but it is not Gospel, but natural reason, and natural equity.

P. Would you have every man to every other man allege for law his own particular reason ? There is not amongst men a universal reason agreed upon in any

nation, besides the reason of him that hath the sovereign power. Yet though his reason be but the reason of one man, yet it is set up to supply the place of that universal reason, which is expounded to us by our Saviour in the Gospel ; and consequently our King is to us the legislator both of statute-law, and of common-law.

L. Yes, I know that the laws spiritual, which have been law in this kingdom since the abolishing of popery, are the King's laws, and those also that were made before. For the Canons of the Church of Rome were no laws, neither here, nor anywhere else without the Pope's temporal dominions, farther than kings and states in their several dominions respectively did make them so.

P. I grant that. But you must grant also, that those spiritual laws were made by the legislators of the spiritual law And yet not all kings and states make laws by consent of the Lords and Commons ; but our King here is so far bound to their assents, as he shall judge conducing to the good and safety of his people. For example, if the Lords and Commons should advise him to restore those laws spiritual, which in Queen Mary's time were in force, I think the King were by the law of reason obliged, without the help of any other law of God, to neglect such advice.

L. I grant you that the King is sole legislator ; but with this restriction, that if he will not consult with the Lords of Parliament, and hear the complaints and informations of the Commons, that are best acquainted with their own wants, he sinneth against God, though he cannot be compelled to any thing by his subjects by arms and force.

P. We are agreed upon that already. Since therefore the King is sole legislator, I think it also reason he should be sole supreme judge.

L. There is no doubt of that; for otherwise there would be no congruity of judgments with laws. I grant also that he is the supreme judge over all persons, and in all causes civil and ecclesiastical within his own dominions ; not only by act of Parliament at this time, but that he has ever been so by the common law. For the judges of both the Benches have their offices by the King's letters-patent ; and so as to judicature have the bishops. Also the Lord Chancellor hath his office by receiving from the King the Great Seal of England. And, to say all at once, there is no magistrate, or commissioner for public business, neither of judicature

nor execution, in State or Church, in peace or war, but he is made so by authority from the King.

P. It is true ; but perhaps you may think otherwise, when you read such acts of parliament, as say, that the King shall have power and authority to do this or that by virtue of that act, as *Elizabeth* c. 1 "that your highness, your heirs, and Kings, or Queens of this realm, shall have full power and authority, by virtue of this act, by letters-patent under the great seal of England, to assign, &c." Was it not this Parliament that gave this authority to the Queen ?

L. No. For the statute in this clause is no more than, as Sir Edward Coke useth to speak, an affirmance of the common-law. For she being head of the Church of England, might make commissioners for the deciding of matters ecclesiastical, as freely as if she had been Pope, who did, you know, pretend his right from the law of God.

P. We have hitherto spoken of laws without considering anything of the nature and essence of a law ; and now unless we define the word *law*, we can go no farther without ambiguity and fallacy, which will be but loss of time ; whereas, on the contrary, the agreement upon our words will enlighten all we have to say hereafter.

L. I do not remember the definition of law in any statute.

P. I think so : for the statutes were made by authority, and not drawn from any other principles than the care of the safety of the people. Statutes are not philosophy, as is the common-law, and other disputable arts, but are commands or prohibitions, which ought to be obeyed, because assented to by submission made to the Conqueror here in England, and to whosoever had the sovereign power in other commonwealths ; so that the positive laws of all places are statutes. The definition of law was therefore unnecessary for the makers of statutes, though very necessary to them whose work it is to teach the sense of the law.

(25) **L.** There is an accurate definition of a law in Bracton, cited by Sir Edward Coke : *Lex est sanctio justa, jubens honesta, et prohibens contraria*.

P. That is to say, law is a just statute, commanding those things which are honest, and forbidding the contrary. From whence it followeth, that in all cases it must be the honesty or dishonesty that makes the command a law ; whereas you

know that but for the law we could not, as saith St. Paul, have known what is sin. Therefore this definition is no ground at all for any farther discourse of law. Besides, you know the rule of honest and dishonest refers to honour, and that it is justice only, and injustice, that the law respecteth. But that which I most except against in this definition, is, that it supposes that a statute made by the sovereign power of a nation may be unjust. There may indeed in a statute-law, made by men, be found iniquity, but not injustice.

L. This is somewhat subtile. I pray deal plainly. What is the difference between injustice and iniquity :

P. I pray you tell me first, what is the difference between a court of justice, and a court of equity ?

L. A court of justice is that which hath cognizance of such causes as are to be ended by the positive laws of the land ; and a court of equity is that, to which belong such causes as are to be determined by equity ; that is to say, by the law of reason.

P. You see then that the difference between (26) injustice and iniquity is this ; that injustice is the transgression of a statute-law, and iniquity the transgression of the law of reason. But perhaps you mean by common-law, not the law itself, but the manner of proceeding in the law, as to matter of fact, by twelve men, freeholders ; though those twelve men are no court of equity, nor of justice, because they determine not what is just or unjust, but only whether it be done or not done ; and their judgment is nothing else but a confirmation of that which is properly the judgment of the witnesses. For to speak exactly, there cannot possibly be any judge of fact besides the witnesses.

L. How would you have a law defined ?

P. Thus ; a law is the command of him or them that have the sovereign power, given to those that be his or their subjects, declaring publicly and plainly what every of them may do, and what they must forbear to do.

L. Seeing all judges in ail courts ought to judge according to equity, which is the law of reason, a distinct court of equity seemeth to me to be unnecessary, and but a burthen to the people, since common-law and equity are the same law.

P. It were so indeed, if judges could not err ; but since they may err, and that the King is not bound to any other law but that of equity, it belongs to him alone to give remedy to them that, by the ignorance or corruption of a judge, shall suffer damage.

L. By your definition of a law, the King's proclamation under the Great Seal of England is a (27) law ; for it is a command, and public, and of the sovereign to his subjects.

P. Why not, if he think it necessary for the good of his subjects ? For this is a maxim at the common-law alleged by Sir Edward Coke himself, (I Inst. sect. 306) [P. Folliot : 2 et non 1], *Quando lex aliquid concedit, concedere videtur et id per quod devenitur ad illud*. And you know out of the same author, that divers Kings of England have often, to the petitions in Parliament which they granted, annexed such exceptions as these, *unless there be necessity, saving our regality*; which I think should be always understood, though they be not expressed ; and are understood so by common lawyers, who agree that the King may recall any grant wherein he was deceived.

L. Again, whereas you make it of the essence of a law to be publicly and plainly declared to the people, I see no necessity for that. Are not all subjects bound to take notice of all acts of Parliament, when no act can pass without their consent ?

P. If you had said that no act could pass without their knowledge, then indeed they had been bound to take notice of them ; but none can have knowledge of them but the members of the houses of Parliament ; therefore the rest of the people are excused. Or else the knights of the shire should be bound to furnish people with a sufficient number of copies, at the people's charge, of the acts of Parliament, at their return into the country ; that every man may resort to them, and by themselves, or friends, take notice of what they are obliged to. For otherwise it were impossible they should be (28) obeyed : and that no man is bound to do a thing impossible, is one of Sir Edward Coke's maxims at the common-law. I know that most of the statutes are printed; but it does not appear that every man is bound to buy the book of statutes, nor to search for them at Westminster or at the Tower, nor to understand the language wherein they are for the most part written.

L. I grant it proceeds from their own faults ; but no man can be excused by ignorance of the law of reason, that is to say, by ignorance of the common-law, except children, madmen, and idiots. But you exact such a notice of the statute-law, as is almost impossible. Is it not enough that they in all places have a sufficient number of the penal statutes ?

P. Yes ; if they have those penal statutes near them. But what reason can you give me why there should not be as many copies abroad of the statutes, as there be of the Bible ?

L. I think it were well that every man that can read, had a statute-book ; for certainly no knowledge of those laws, by which men's lives and fortunes can be brought into danger, can be too much. I find a great fault in your definition of law ; which is, that every law either forbiddeth or commandeth something. It is true that the moral law is always a command or a prohibition, or at least implieth it. But in the Levitical law, where it is said that he that stealeth a sheep shall restore fourfold, what command or prohibition lieth in these words ?

P. Such sentences as that are not in themselves general, but judgments ; nevertheless, there is in those words implied a commandment to the judge, to cause to be made a fourfold restitution.

L. That is right.

P. Now define what justice is, and what actions and men are to be called just.

L. Justice is the constant will of giving to every man his own ; that is to say, of giving to every man that which is his right, in such manner as to exclude the right of all men else to the same thing. A just action is that which is not against the law. A just man is he that hath a constant will to live justly ; if you require more, I doubt there will no man living be comprehended within the definition.

P. Seeing then that a just action, according to your definition, is that which is not against the law ; it is manifest that before there was a law, there could be no injustice ; and therefore laws are in their nature antecedent to justice and injustice. And you cannot deny but there must be law-makers, before there were any laws, and consequently before there was any justice, (I speak of human justice) ; and that law-makers were before that which you call *own*, or property of goods or lands, distinguished by *meum, tuum, alienum*.

L. That must be granted; for without statute-laws, all men have right to all things ; and we have had experience, when our laws were silenced by civil war, there was not a man, that of any goods could say assuredly they were his own.

P. You see then that no private man can claim a propriety in any lands, or other goods, from any title from any man but the King, or them that have the sovereign power ; because it is in virtue of the sovereignty, that every man may not enter (30) into and possess what he pleaseth ; and consequently to deny the sovereign anything necessary to the sustaining of his sovereign power, is to destroy the propriety he pretends to. The next thing I will ask you is, how you distinguish between law and right, or *lex* and *jus*.

L. Sir Edward Coke in divers places makes *lex* and *jus* to be the same, and so *lex communis* and *jus communis*, to be all one ; nor do I find that he does in any place distinguish them.

P. 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 lays upon me an obligation. But my right is a liberty left me by the 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 Edward Coke see no difference between being bound and being free ?

L. I know not what he saw, but he has not mentioned it. Though a man may dispense with his own liberty, he cannot do so with the law.

P. But what are you better for your right, if a rebellious company at home, or an enemy from abroad, take away the goods, or dispossess you of the lands you have a right to ? Can you be defended or repaired, but by the strength and authority of the King ? What reason therefore can be given by a man that endeavours to preserve his propriety, why he should deny or malignly contribute to the strength that should defend him or repair him ? Let us see now what your books say to this point, and other points of (31) the right of sovereignty. Bracton, the most authentic author of the common law, (fol. 55), saith thus : *Ipse Dominus Rex habet omnia jura in manu sua, sicut Dei vicarius ; habet etiam ea quae sunt pacis ; habet etiam coercionem, ut delinquentes puniat ; item habet in potestate sua leges. Nihil enim prodest jura condere, nisi sit qui jura tueatur*. That is to say : Our Lord the

King hath all right in his own hands ; is God's vicar ; he has all that concerns the peace ; he has the power to punish delinquents ; all the laws are in his power: to make laws is to no purpose, unless there be somebody to make them obeyed. If Bracton's law be reason, as I and you think it is, what temporal power is there which the King hath not ? Seeing that at this day all the power spiritual, which Bracton allows the Pope, is restored to the crown ; what is there that the King cannot do, excepting sin against the law of God ? The same Bracton, (*lib. ii. c. 8, fol. 5*), saith thus : *Si autem a Rege petatur, cum breve non currat contra ipsum, locus erit supplicationi quod factum suum corrigat et emendet ; quod quidem si non fecerit, satis sufficit ei ad paenam, quod Dominum expectet ultorem : nemo quidem de factis suis praesumat disputare, multo fortius contra factum suum venire*. That is to say : If any thing be demanded of the King, seeing a writ lieth not against him, he is put to his petition, praying him to correct and amend his own fact ; which if he will not do, it is a sufficient penalty for him, that he is to expect a punishment from the Lord : no man may presume to dispute of what he does, much less to resist him. You see by this, that this doctrine concerning the rights of sovereignty, so much cried (32) The King is the down by the Long Parliament, is the ancient common-law, and that the only bridle of the Kings or England, ought to be the fear of God. And again, Bracton, (*lib. ii, c. 24, fol. 55*), says, that the rights of the Crown cannot be granted away : *Ea vero quae jurisdictionis sunt et pacis, et ea quae sunt justitiae et paci annexa, ad nullum pertinent nisi ad coronam et dignitatem Regiam, nec a corona separari poterunt, nec a privata persona possideri*. This is to say : those things which belong to jurisdiction and peace, and those things that are annexed to justice and peace, appertain to none but to the crown and dignity of the King, nor can be separated from the crown, nor be possessed by a private person. Again, you will find in Fleta, a law-book written in the time of Edward II, that liberties, though granted by the King, if they tend to the hinderance of justice, or subversion of the regal power, were not to be used, nor allowed ; for in that book, (*lib. i. c. 20, §54*) concerning articles of the crown, which the justices itinerant are to enquire of, the 54th article is this : You shall inquire, *de libertatibus concessis quae impediunt communem justitiam, et Regiam potestatem subvertunt*. Now what is a greater hinderance to common justice, or a greater subversion of the regal power, than a liberty in subjects to hinder the King from raising money necessary to suppress or prevent rebellions, which doth destroy justice, and subvert the power of the sovereignty ? Moreover, when a

charter is granted by the King in these words : "*Dedita etc.... coram etc.... pro me et haeredibus meis* :" the grantor by the common-law, as Sir Edward Coke says in his Commentaries on Littleton, is to warrant his gift ; and I think it reason, especially if the gift be upon consideration of a price paid. Suppose a foreign state should lay claim to this kingdom, (it is no matter as to the question I am putting, whether the claim be unjust), how would you have the King to warrant to every freeholder in England the lands they hold of him by such a charter ? If he cannot levy money, their estates are lost, and so is the King's estate ; and if the King's estate be gone, how can he repair the value due upon the warranty ? I know that the King's charters are not so merely grants, as that they are not also laws ; but they are such laws as speak not to all the King's subjects in general, but only to his officers ; implicitly forbidding them to judge or execute any thing contrary to the said grants. There be many men that are able judges of what is right reason, and what not ; when any of these shall know that a man has no superior nor peer in the kingdom, he will hardly be persuaded he can be bound by any law of the kingdom, or that he who is subject to none but God, can make a law upon himself, which he cannot also as easily abrogate as he made it. The main argument, and that which so much taketh with the throng of people, proceedeth from a needless fear put into their minds by such men as mean to make use of their hands to their own ends. For if, say they, the King may notwithstanding the law do what he please, and nothing to restrain him but the fear of punishment in the world to come, then, in case there come a king that fears no such punishment, he may take away from us, not only our lands, goods, and liberties, but our lives also if he (34) will. And they say true ; but they have no reason to think he will, unless it be for his own profit ; which cannot be, for he loves his own power ; and what becomes of his power when his subjects are destroyed or weakened, by whose multitude and strength he enjoys his power, and every one of his subjects his fortune ? And lastly, whereas they sometimes say the King is bound, not only to cause his laws to be observed, but also to observe them himself ; I think the King causing them to be observed is the same thing as observing them himself. For I never heard it taken for good law, that the King may be indicted, or appealed, or served with a writ, till the Long Parliament practised the contrary upon the good King Charles ; for which divers of them were executed, and the rest by this our present King pardoned.

L. Pardoned by the King and Parliament.

P. By the King in Parliament if you will, but not by the King and Parliament. You cannot deny, but that the pardoning of injury belongs to the person that is injured ; treason, and other offences against the peace and against the right of the sovereign, are injuries done to the King ; and therefore whosoever is pardoned any such offence, ought to acknowledge he owes his pardon to the King alone : but as to such murders, felonies, and other injuries as are done to any subject how mean soever, I think it great reason that the parties endamaged ought to have satisfaction before such pardon be allowed. And in the death of a man, where restitution of life is impossible, what can any friend, heir, or other party that may appeal, require more than reasonable satisfaction some other way ? Perhaps (35) he will be content with nothing but life for life ; but that is revenge, and belongs to God, and under God to the King, and none else ; therefore if there be reasonable satisfaction tendered, the King without sin, I think, may pardon him. I am sure, if the pardoning him be a sin, that neither King, nor Parliament, nor any earthly power can do it.

L. You see by this your own argument, that the Act of *Oblivion*, without a Parliament, could not have passed ; because, not only the King, but also most of the Lords, and abundance of common people had received injuries ; which not being pardonable but by their own assent, it was absolutely necessary that it should be done in Parliament, and by the assent of the Lords and Commons.

P. I grant it ; but I pray you tell me now what is the difference between a general pardon, and an act of *oblivion* ?

L. The word Act of *Oblivion* was never in our books before ; but I believe it is in yours.

P. In the state of Athens long ago, for the abolishing of the civil war, there was an act agreed on ; that from that time forward, no man should be molested for anything before that act done, whatsoever, without exception ; which act the makers of it called an act of *oblivion* ; not that all injuries should be forgotten (for then we could never have had the story), but that they should not rise up in judgment against any man. And in imitation of this act, the like was propounded, though it took no effect, upon the death of Julius Csesar, in the senate of Rome. By such an act you may easily conceive that all accusations for offences past were (36) abso-

lutely dead and buried ; and yet we have no great reason to think, that the objecting one to another of the injuries pardoned, was any violation of those acts, except the same were so expressed in the act itself.

L. It seems then that the act of *oblivion* was here no more, nor of other nature, than a general pardon.

P. Since you acknowledge that in all controversies, the judicature originally belongeth to the King, and seeing that no man is able in his own person to execute an office of so much business : what order is taken for deciding of so many and so various controversies ?

L. There be divers sorts of controversies, some of which are concerning men's titles to lands and goods ; and some goods are corporeal, as lands, money, cattle, corn, and the like, which may be handled or seen ; and some incorporeal, as privileges, liberties, dignities, offices, and many other good things, mere creatures of the law, and cannot be handled or seen ; and both of these kinds are concerning *meum* and *tuum*. Others there are concerning crimes punishable divers ways : and amongst some of these, part of the punishment is some fine or forfeiture to the King ; and then it is called a plea of the Crown, in case the King sue the party ; otherwise it is but a private plea, which they call an appeal. And though upon judgment in an appeal the King shall have his forfeiture, yet it cannot be called a plea of the Crown, but when the Crown pleadeth for it. There be also other controversies concerning the government of the Church, in order to religion and virtuous life. The offences (37) both against the Crown and against the laws of the Church, are crimes : but the offences of one subject against another, if they be not against the Crown, the King pretendeth nothing in those pleas but the reparation of his subjects injured.

P. A crime is an offence of any kind whatsoever, for which a penalty is ordained by the law of the land : but you must understand that damages awarded to the party injured, has nothing common with the nature of a penalty, but is merely a restitution or satisfaction, due to the party grieved by the law of reason, and consequently is no more a punishment than is the paying of a debt.

L. It seems by this definition of a crime, you make no difference between a crime and a sin.

P. All crimes are indeed sins, but not all sins crimes. A sin may be in the thought or secret purpose of a man, of which neither a judge, nor a witness, nor any man can take notice ; but a crime is such a sin as consists in an action against the law, of which action he can be accused, and tried by a judge, and be convinced or cleared by witnesses. Farther ; that which is no sin in itself, but indifferent, may be made sin by a positive law : as when the statute was in force that no man should wear silk in his hat, after the statute such wearing of silk was a sin, which was not so before. Nay, sometimes an action that is good in itself, by the statute law may be made a sin ; as if a statute should be made to forbid the giving of alms to a strong and sturdy beggar, such alms, after that law, would be a sin, but not before ; for then it was charity, the object whereof is not the strength or other quality of the poor man, but his poverty. Again, (38) he that should have said in Queen Mary's time, that the Pope had no authority in England, should have been burnt at a stake ; but for saying the same in the time of Queen Elizabeth, should have been commended. You see by this, that many things are made crimes, and no crime, which are not so in their own nature, but by diversity of law, made upon diversity of opinion or of interest by them which have authority : and yet those things, whether good or evil, will pass so with the vulgar, if they hear them often with odious terms recited, for heinous crimes in themselves, as many of those opinions, which are in themselves pious and lawful, were heretofore, by the Pope's interest therein, called detestable heresy. Again, some controversies are of things done upon the sea, others of things done upon the land. There need be many courts to the deciding of so many kinds of controversies. What order is there taken for their distribution ?

L. There be an extraordinary great number of courts in England. First, there be the King's courts, both for law and equity, in matters temporal ; which are the Chancery, the King's Bench, the Court of Common Pleas ; and, for the King's revenue, the Court of the Exchequer : and there be subjects' courts by privilege, as the Courts in London and other privileged places. And there be other courts of subjects, as the Court of Landlords, called the Court of Barons, and the Courts of Sheriffs. Also the Spiritual Courts are the King's courts at this day, though heretofore they were the Pope's courts. And in the King's courts, some have their jurisdiction by office, and some by commission ; and some authority to hear and determine, and some only to inquire, (39) and to certify into other courts. Now for the

distribution of what pleas every court may hold, it is commonly held, that all the pleas of the Crown, and of all offences contrary to the peace, are to be holden in the King's Bench, or by commissioners. For Bracton saith : *Sciendum est, quod si actiones sunt criminales, in Curia Domini Regis debent determinari ; cum sit ibi paena corporalis infligenda, et hoc coram ipso rege, si tangat personam suam, sicut crimen laesae majestatis, vel coram justitiariis ad hoc specialiter assignatis* : that is to say, that if the plea be criminal, it ought to be determined in the Court of our Lord the King, because there they have power to inflict corporal punishment ; and if the crime be against his person, as the crime of treason, it ought to be determined before the King himself ; or if it be against a private person, it ought to be determined by justices assigned, that is to say, before commissioners. It seems by this, that heretofore Kings did hear and determine pleas of treason against themselves, by their own persons ; but it has been otherwise a long time, and is now ; for it is now the office of the Lord Steward of England, in the trial of a peer, to hold that plea by a commission especially for the same. In causes concerning *meum* and *tuum*, the King may sue, either in the King's Bench, or in the Court of Common Pleas ; as it appears by Fitzherbert in his *Natura Brevium*, at the writ of escheat.

P. A king perhaps will not sit to determine of causes of treason against his person, lest he should seem to make himself judge in his own cause ; but that it shall be judged by judges of his own making can never be avoided, which is all one as if he were judge himself.

(40) **L.** To the King's Bench also, I think, belongeth the hearing and determining of all manner of breaches of the peace whatsoever, saving always to the King that he may do the same, when he pleaseth, by commissioners. In the time of Henry III and Edward I (when Bracton wrote) the King did usually send down every seven years into the country, commissioners called justices itinerant, to hear and determine generally all causes temporal, both criminal and civil ; whose places have been now a long time supplied by the justices of assize, with commissions of the peace of *oyer* and *terminer*, and of gaol-delivery.

P. But why may the King only sue in the King's Bench or Court of Common Pleas, which he will, and no other person may do the same ?

L. There is no statute to the contrary, but it seemeth to be the common-law. For Sir Edward Coke (iv th Instit.), setteth down the jurisdiction of the King's Bench ; which, he says, has : first, jurisdiction in all pleas of the Crown. Secondly, the correcting of all manner of errors of other justices and judges, both of judgments and process, except of the Court of Exchequer, which, he says, is to this court *proprium quarto modo*. Thirdly, that it has power to correct all misdemeanours *extrajudicial*, tending to the breach of the peace, or oppression of the subjects, or raising of factions, controversies, debates, or any other manner of misgovernment. Fourthly, it may hold plea by writ out of the Chancery of all trespasses done *vi et armis*. Fifthly, it hath power to hold plea by bill for debt, detinue [P. Folliot : detinue ?], covenant, promise, and all other personal actions. But of the jurisdiction of the King's Bench in actions real (41) he says nothing ; save, that if a writ in a real action be abated by judgment in the Court of Common Pleas, and that the judgment be by a writ of error reversed in the King's Bench, then the King's Bench may proceed upon the writ.

P. But how is the practice ?

L. Real actions are commonly decided, as well in the King's Bench, as in the Court of Common Pleas.

P. When the King by authority in writing maketh a Lord Chief Justice of the King's Bench ; does he not set down what he makes him for ?

L. Sir Edward Coke sets down the letters-patent, whereby of ancient time the Lord Chief Justice was constituted, wherein is expressed to what end he hath his office ; *pro conservatione nostra, & tranquillitatis regni nostri, & ad justitiam universis & singulis de regno nostro exhibendam constituerimus dilectum et fidelem nostrum P.B. Justiciarium Angliae quamdiu nobis placuerit capitalem*, etc.: that is to say, for the preservation of ourself, and of the peace of our realm, and for the doing of justice to all and singular our subjects, we have constituted our beloved and faithful P. B. during our pleasure, Chief Justice of England, &c.

P. Methinks it is very plain by these letters-patent, that all causes temporal within the kingdom, except the pleas that belong to the Exchequer, should be decidable by this Lord Chief Justice. For as for causes criminal, and that concern the peace, it is granted him in these words, "for the conservation of our self, and peace of the kingdom," wherein are contained all pleas criminal ; and, in the do-

ing of justice to all and singular the King's or courts, subjects are comprehended all pleas civil. And as to the Court of Common Pleas, it is manifest it may hold all manner of civil pleas, except those of the Exchequer, by *Magnat Charta*, cap. ii. So that all original writs concerning civil pleas are returnable into either of the said courts. But how is the Lord Chief Justice made now ?

L. By these words in their letters-patent : *Constituimus vos Justitiarium nostrum Capitem ad placita coram nobis tenenda, durante beneplacito nostro* : that is to say, we have made you our Chief Justice, to hold pleas before ourself, during our pleasure. But this writ, though it be shorter, does not at all abridge the power they had by the former. And for the letters-patent for the Chief Justice of the Common Pleas, they go thus : *Constituimus dilectum et fidelem, etc., Capitem Justitiarium de Communi Banco, habendum, etc., quamdiu nobis placuerit, cum vadiis et faedis ab antiquo debitis et consuetis*. Id est, We have constituted our beloved and faithful, &c., Chief Justice of the Common Bench, to have, &c., during our pleasure, with the ways and fees thereunto heretofore due, and usual.

P. I find in history, that there have been in England always a Chancellor and a Chief Justice of England, but of a Court of Common Pleas there is no mention before *Magna Charta*. Common pleas there were ever both here, and, I think, in all nations ; for common pleas and civil pleas I take to be the same.

L. Before the statute of *Magna Charta*, common pleas, as Sir Edward Coke granteth, (2 Inst. p. 21), might have been holden in the King's (43) Bench ; and that court being removeable at the King's will, the returns of writs were *Coram nobis ubicunque fuerimus in Anglia* ; whereby great trouble of jurors ensued, and great charges of the parties, and delay of justice ; and for these causes it was ordained, that the common pleas should not follow the King, but be held in a place certain.

P. Here Sir Edward Coke declares his opinion, that no common plea can be holden in the King's Bench, in that he says they might have been holden then. And yet this doth not amount to any probable proof, that there was any Court of Common Pleas in England before *Magna Charta*. For this statute being to ease the jurors, and lessen the charges of parties, and for the expedition of justice, had been in vain, if there had been a Court of Common Pleas then standing ; for such a court was not necessarily to follow the King, as was the Chancery and the

King's Bench. Besides, unless the King's Bench, wheresoever it was, held plea of civil causes, the subject had not at all been eased by this statute. For supposing the King at York, had not the King's subjects about London, jurors and parties, as much trouble and charge to go to York, as the people about York had before to go to London ? Therefore I can by no means believe otherwise, than that the erection of the Court of Common Pleas was the effect of that statute of Magna Charta, cap. 11 ; and before that time not existent, though I think that for the multiplicity of suits in a great kingdom there was need of it.

L. Perhaps there was not so much need of it as you think. For in those times the laws, for the most part, were in settling, rather than settled ; (44) and the old Saxon laws concerning inheritances were then practised, by which laws speedy justice was executed by the King's writs, in the courts of Barons, which were landlords to the rest of the freeholders ; and suits of barons in County courts ; and but few suits in the King's courts, but when justice could not be had in those inferior courts. But at this day there be more suits in the King's courts, than any one court can despatch.

P. Why should there be more suits now, than formerly ? For I believe this kingdom was as well peopled then as now.

L. Sir Edward Coke (4 Inst. p. 76) assigneth for it six causes : 1. Peace. 2. Plenty. 3. The dissolution of religious houses, and dispersing of their lands among so many several persons. 4. The multitude of informers. 5. The number of concealers. 6. The multitude of attorneys.

P. I see Sir Edward Coke has no mind to lay any fault upon the men of his own profession, and that he assigns for causes of the mischiefs, such things as would be mischief and wickedness to amend. For if peace and plenty be the cause of this evil, it cannot be removed but by war and beggary ; and the quarrels arising about the lands of religious persons cannot arise from the lands, but from the doubtfulness of the laws. And for informers, they were authorized by statutes ; to the execution of which statutes they are so necessary, as that their number cannot be too great ; and if it be too great, the fault is in the law itself. The number of concealers are indeed a number of cozeners, which the law may easily correct. And lastly, for the multitude of attorneys, it is the (45) fault of them that have the power to admit or refuse them. For my part, I believe that men at this day have

better learned the art of cavilling against the words of a statute, than heretofore they had, and thereby encourage themselves and others to undertake suits upon little reason. Also the variety and repugnancy of judgments of common-law, do oftentimes put men to hope for victory in causes whereof in reason they had no ground at all : also the ignorance of what is equity in their own causes, which equity not one man in a thousand ever studied. And the lawyers themselves seek not for their judgments in their own breasts, but in the precedents of former judges : as the ancient judges sought the same, not in their own reason, but in the laws of the empire. Another, and perhaps the greatest cause of multitude of suits, is this, that for want of registering of conveyances of land, which might easily be done in the townships where the lands lay, a purchase cannot easily be had which will not be litigious. Lastly, I believe the covetousness of lawyers was not so great in ancient time, which was full of trouble, as they have been since in time of peace ; wherein men have leisure to study fraud, and get employment from such men as can encourage to contention. And how ample a field they have to exercise this mystery in, is manifest from this, that they have a power to scan and construe every word in a statute, charter, feoffment, lease, or other deed, evidence, or testimony. But to return to the jurisdiction of this Court of the King's Bench, where, as you say, it hath power to correct and amend the errors of all other judges, both in process and (46) in judgments ; cannot the judges of the Common Pleas correct error in process in their own courts, without a writ of error from another court ?

L. Yes ; and there be many statutes which command them so to do.

P. When a writ of error is brought out of the King's Bench, be it either error in process or in law, at whose charge is it to be done ?

L. At the charge of the client.

P. I see no reason for that ; for the client is not in fault, who never begins a suit but by the advice of his counsel, learned in the law, whom he pays for his counsel given. Is not this the fault of his counsellor ? Nor when a judge in the Common Pleas hath given an erroneous sentence, is it always likely that the judge of the King's Bench will reverse the judgment, (though there be no question, but as you may find in Bracton and other learned men, he has power to do it) ; because being professors of the same common-law, they are persuaded, for the most part, to give the same judgments. For example : if Sir Edward Coke, in the last

term that he sat as Lord Chief Justice in the Court of Common Pleas, had given an erroneous judgment, is it likely that when he was removed, and made Lord Chief Justice of the King's Bench, he would therefore have reversed the said judgment ? It is possible he might, but not very likely. And therefore I do believe there is some other power, by the King constituted, to reverse erroneous judgments, both in the King's Bench and in the Court of Common Pleas.

L. I think not ; for there is a statute to the contrary, made 4 Henry IV, cap. 23, in these words : Whereas, as well in plea real, as in plea personal, after judgment in the court 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 anew, to the great impoverishing of the parties aforesaid, and to the subversion of the common-law of the land, it is ordained and established, that after judgment given in the court of our Lord the King, the parties and their heirs shall be there in peace, until the judgment be undone by attain, or by error, if there be error, as hath been used by the laws in the times of the King's progenitors.

P. This statute is so far from being repugnant to that I say, as it seemeth to me to have been made expressly to confirm the same. For the substance of the statute is, that there shall be no suit made by either of the parties for anything adjudged, either in the King's Bench, or Court of Common Pleas, before the judgment be undone by error, or corruption proved ; and that this was the common-law before the making of this statute, which could not be, except there were before this statute some courts authorized to examine and correct such errors as by the plaintiff should be assigned. The inconvenience which by this statute was to be remedied was this, that often judgment given in the King's courts, by which are meant in this place the King's Bench and Court of Common Pleas, the party against whom the judgment was given, did begin a new suit, and cause his adversary to come before the King himself. Here, by the King himself must be understood the (48) King in person : for though in a writ by the words *coram nobis* is understood the King's Bench, yet in a statute it is never so ; nor is it strange, seeing in those days the King did usually sit in court with his council to hear causes, as sometimes King James. And sometimes the same parties commenced their suit before the Privy Council, though the King were absent, and sometimes before the Parliament, the former judgment yet standing. For remedy whereof, it was ordained by

this statute, that no man should renew his suit till the former judgment was undone by attaint or error ; which reversing of a judgment had been impossible, if there had been no court besides the aforesaid two courts, wherein the errors might be assigned, examined, and judged ; for no court can be esteemed, in law or reason, a competent judge of its own errors. There was therefore before this statute, some other court existent for the hearing of errors, and reversing of erroneous judgments. What court this was, I inquire not yet ; but I am sure it could not be either the Parliament or the Privy Council, or the court wherein the erroneous judgment was given.

L. *The Doctor and Student* discourses of this statute (cap. 18 et seq.) much otherwise than you do. For the author of that book saith, that against an erroneous judgment all remedy is by this statute taken away. And though neither reason, nor the office of a King, nor any law positive, can prohibit the remedying of any injury, much less of an unjust sentence ; yet he shows many statutes, wherein a man's conscience ought to prevail above the law.

P. Upon what ground can he pretend, that all remedy in this case is by this statute prohibited ?

L. He says it is thereby enacted, that judgment given by the King's Courts shall not be examined in the Chancery, Parliament, nor elsewhere.

P. Is there any mention of Chancery in this act ? It cannot be examined before the King and his council, nor before the Parliament ; but you see that before the statute it was examined somewhere, and that this statute will have it examined there again. And seeing the Chancery was altogether the highest office of judicature in the kingdom for matter of equity, and that the Chancery is not here forbidden to examine the judgments of all other courts, at least it is not taken from it by this statute. But what cases are there in this chapter of the Doctor and Student, by which it can be made probable, that when law and conscience, or law and equity, seem to oppugn one another, the written law should be preferred ?

L. If the defendant wage his law in an action of debt brought upon a true debt, the plaintiff hath no means to come to his debt by way of compulsion, neither by *subpoena*, nor otherwise; and yet the defendant is bound in conscience to pay him.

P. Here is no preferring, that I see, of the law above conscience or equity. For the plaintiff in this case loseth not his debt for want either of law, or equity, but for want of proof ; for neither law nor equity can give a man his right, unless he prove it.

L. Also if the grand jury in attain affirm a false verdict given by the petty jury, there is no further remedy, but the conscience of the party.

P. Here again the want of proof is the want of remedy. For if he can prove that the verdict given (50) was false, the King can give him remedy such way as himself shall think best, and ought to do it, in case the party shall find surety, if the same verdict be again affirmed, to satisfy his adversary for the damage and vexation he puts him to.

L. But there is a statute made since, viz. 27 *Eliz* c. 8, by which that statute of 4 *Hen. IV.* 23, is in part taken away. For by that statute, erroneous judgments given in the King's Bench, are by a writ of error to be examined in the Exchequer-chamber, before the justices of the Common Bench and the Barons of the Exchequer ; and by the preamble of this act it appears, that erroneous judgments are only to be reformed by the High Court of Parliament.

P. But here is no mention, that the judgments given in the Court of Common Pleas should be brought in to be examined in the Exchequer-chamber. Why therefore may not the Court of Chancery examine a judgment given in the Court of Common Pleas ?

L. You deny not but, by the ancient law of England, the King's Bench may examine the judgment given in the Court of Common Pleas.

P. It is true. But why may not also the Court of Chancery do the same, especially if the fault of the judgment be against equity, and not against the letter of the law ?

L. There is no necessity of that; for the same court may examine both the letter and the equity of the statute.

P. You see by this, that the jurisdiction of courts cannot easily be distinguished, but by the King himself in his Parliament. The lawyers themselves (51) cannot do it ; for you see what contention there is between courts, as well as between particular men. And whereas you say, that law of 4 *Hen. IV.* 23, is by that

of 27 *Eliz.* c. 8, taken away, I do not find it so. I find indeed a diversity of opinion between the makers of the former and the latter statute, in the preamble of the latter and conclusion of the former. The preamble of the latter is, forasmuch as erroneous judgments given in the Court called the King's Bench, are only to be reformed in the High Court of Parliament ; and the conclusion of the former is, that the contrary was law in the times of the King's progenitors. These are no parts of those laws, but opinions only concerning the ancient custom in that case, arising from the different opinions of the lawyers in those different times, neither commanding nor forbidding anything ; though of the statutes themselves, the one forbids that such pleas be brought before the Parliament, the other forbids it not. But yet, if after the act of *Hen. IV* such a plea had been brought before the Parliament, the Parliament might have heard and determined it. For the statute forbids not that ; nor can any law have the force to hinder the Parliament of any jurisdiction whatsoever they please to take upon them, seeing it is a court of the King and of all the people together, both Lords and Commons.

L. Though it be, yet seeing the King (as Sir Edward Coke affirms, 4 *Inst.* p. 71) hath committed all his power judicial, some to one court, and some to another, so as if any man would render himself to the judgment of the King, in such case where the King hath committed all his power (52) judicial to others, such a render should be to no effect. And p. 73, he saith farther : that in this court, the Kings of this realm have sitten on the high bench, and the judges of that court on the lower bench, at his feet ; but judicature belongeth only to the judges of that court, and in his presence they answer all motions.

P. I cannot believe that Sir Edward Coke, how much soever he desired to advance the authority of himself and other justices of the common-law, could mean that the King in the King's Bench sat as a spectator only, and might not have answered all motions, which his judges answered, if he had seen cause for it. For he knew that the King was supreme judge then in all causes temporal, and is now in all causes both temporal and ecclesiastical ; and that there is an exceeding great penalty ordained by the laws for them that shall deny it. But Sir Edward Coke, as he had (you see) in many places before, hath put a fallacy upon himself, by not distinguishing between committing and transferring. He that transferreth his power, hath deprived himself of it : but he that committeth it to another to be exercised in his name and under him, is still in the possession of the same power.

And therefore, if a man render himself, that is to say, appealeth to the King from any judge whatsoever, the King may receive his appeal ; and it shall be effectual.

L. Besides these two courts, the King's Bench for Pleas of the Crown, and the Court of Common Pleas for causes civil, according to the common-law of England, there is another court of justice, that hath jurisdiction in causes both civil and (53) criminal, and is as ancient a court at least as the Court of Common Pleas, and this is the Court of the Lord Admiral; but the proceedings therein are according to the laws of the Roman empire, and the causes to be determined there are such as arise upon the marine sea : for so it is ordained by divers statutes, and confirmed by many precedents.

P. As for the statutes, they are always law, and reason also ; for they are made by the assent of all the kingdom ; but precedents are judgments, one contrary to another ; I mean divers men in divers ages, upon the same case give divers judgments. Therefore I will ask your opinion once more concerning any judgments besides those of the King, as to their validity in law. But what is the difference between the proceedings of the Court of Admiralty, and the Court of Common-law ?

L. One is, that the Court of Admiralty proceedeth by two witnesses, without any either grand-jury to indict, or petty to convict ; and the judge giveth sentence according to the laws imperial, which of old time were in force in all this part of Europe, and now are laws, not by the will of any other Emperor or foreign power, but by the will of the Kings of England that have given them force in their own dominions ; the reason whereof seems to be, that the causes that arise at sea are very often between us, and people of other nations, such as are governed for the most part by the self-same laws imperial.

P. How can it precisely enough be determined at sea, especially near the mouth of a very great river, whether it be upon the sea, or within the land ? For the rivers also are, as well as their banks, within or a part of one country or other.

(54) **L.** Truly the question is difficult ; and there have been many suits about it, wherein the question has been, whose jurisdiction it is in.

P. Nor do I see how it can be decided but by the King himself, in case it be not declared in the Lord Admiral's letters-patent.

L. But though there be in the letters-patent a power given to hold plea in some certain cases, not contrary to any of the statutes concerning the Admiralty, the justices of the common-law may send a prohibition to that court, to proceed in the plea, though it be with a *non-obstante* of any statute.

P. Methinks that that should be against the right of the Crown, which cannot be taken from it by any subject. For that argument of Sir Edward Coke's, that the King has given away all his judicial power, is worth nothing : because, as I have said before, he cannot give away the essential rights of his Crown, and because by a *non-obstante* he declares he is not deceived in his grant.

L. But you may see by the precedents alleged by Sir Edward Coke, the contrary has been perpetually practised.

P. I see not that perpetually. For who can tell but there may have been given other judgments, in such cases, which have either been not preserved in the records, or else by Sir Edward Coke, because they were against his opinion, not alleged ? For this is possible, though you will not grant it to be very likely. Therefore I insist only upon this, that no record of a judgment is a law, save only to the party pleading until he can by law reverse the former judgment. And as to the proceeding without juries, by two sufficient witnesses, I do not see what harm (55) can proceed from it to the commonwealth, nor consequently any just quarrel that the justice of the common-law can have against their proceedings in the Admiralty. For the proof of the fact in both courts lieth merely on the witnesses ; and the difference is no more, but that in the imperial law, the judge of the court judgeth of the testimony of the witnesses, and the jury doth it in a court of common-law. Besides, if a court of common-law should chance to encroach upon the jurisdiction of the Admiral, may not he send a prohibition to the court of common-law to forbid their proceeding ? I pray you tell me what reason there is for the one, more than for the other ?

L. I know none but long custom, for I think it was never done. The highest ordinary court in England is the Court of Chancery, wherein the Lord Chancellor, or otherwise Keeper of the Great Seal, is the only judge. This court is very ancient, as appears by Sir Edward Coke, 4 *Inst.* p. 78, where he nameth the Chancellors of King Edgar, King Etheldred, King Edmund, and King Edward the Confessor. His office is given to him, without letters-patent, by the King's delivery to him of the

Great Seal of England ; and whosoever hath the keeping of the Great Seal of England, hath the same, and the whole jurisdiction that the Lord Chancellor ever had by the statute of 5 *Eliz*, c. 18, wherein it is declared, that such is, and always has been the common-law. And Sir Edward Coke says, he has his name of Chancellor from the highest point of his jurisdiction, viz. *a cancellando* ; that is, from cancelling the King's letters-patent, by drawing strokes through it like a lattice.

(56) **P.** Very pretty. It is well enough known that *Cancellarius* was a great officer under the Roman empire, whereof this island was once a member, and that the office came into this kingdom, either with, or in imitation of the Roman government. Also, it was long after the time of the twelve Caesars, that this officer was created in the state of Rome. For till after Septimius Severus his time, the emperors did diligently enough take cognizance of all causes and complaints for judgments given in the Courts of the Praetors, which were in Rome the same that the judges of the common-law are here. But by the continual civil wars in after times for the choosing of Emperors, that diligence by little and little ceased. And afterwards, as I have read in a very good author of the Roman civil law, the number of complaints being much increased, and being more than the Emperor could dispatch, he appointed an officer as his clerk, to receive all such petitions ; and that this clerk caused a partition to be made in a room convenient, in which partition-wall, at the heighth of a man's reach, he placed at convenient distances certain bars ; so that when a suitor came to deliver his petition to the clerk, who was sometimes absent, he had no more to do but to throw in his petition between those bars, which in Latin are called properly *cancelli* ; not that any certain form of those bars, or any bars at all were necessary, for they might have been thrown over, though the whole space had been left open ; but because they were *cancelli*, the clerk attendant, and keeping his office there, was called *Cancellarius*. And any court bar may properly enough be called *cancelli*, which does not signify a lattice ; for that is but (57) a mere conjecture grounded upon no history nor grammar, but taken up at first, as is likely, by some boy that could find no other word in the dictionary for a lattice, but *cancelli*. The office of this Chancellor was at first but to breviate the matter of the petitions, for the easing of the Emperor ; but complaints increasing daily, they were too many, considering other businesses more necessary for the Emperor to determine ; and this caused the Emperor to commit the determination of them to the Chancellor again. What reason doth Sir

Edward Coke allege to prove, that the highest point of the Chancellor's jurisdiction is to cancel his master's letters-patent, after they were sealed with his master's seal ; unless he hold plea concerning the validity of them, or of his master's meaning in them, or of the surreptitious getting of them, or of the abusing of them, which are all causes of equity ? Also, seeing the Chancellor hath his office only by the delivery of the Great Seal, without any instruction, or limitation of the process of his court to be used ; it is manifest, that in all causes whereof he has the hearing, he may proceed by such manner of hearing and examining of witnesses, with jury or without jury, as he shall think fittest for the exactness, expedition, and equity of the decrees. And therefore, if he think the custom of proceeding by jury, according to the custom of England in Courts of common-law, tend more to equity, which is the scope of all the judges in the world, or ought to be, he ought to use that method ; or if he think better of another proceeding, he may use it, if it be not forbidden by a statute.

L. As for this reasoning of yours, I think it well (58) enough. But there ought to be had also a reverend respect to customs not unreasonable ; and therefore, I think, Sir Edward Coke says not amiss, that in such cases where the Chancellor will proceed by the rule of the common-law, he ought to deliver the record in the King's Bench ; and also it is necessary for the Lord Chancellor to take care of not exceeding as it is limited by statutes.

P. What are the statutes by which his jurisdiction is limited ? I know that by the 27 Eliz c. 8, he cannot reverse a judgment given in the King's Bench for debt, detinue, &c. ; nor before the statute could he ever, by virtue of his office, reverse a judgment in pleas of the Crown, given by the King's Bench, that hath the cognizance of such pleas. Nor need he ; for the judges themselves, when they think there is need to relieve a man oppressed by ill witnesses, or power of great men prevailing on the jury, or by error of the jury, though it be in case of felony, may stay the execution and inform the King, who will in equity relieve him. As to the regard we ought to have to custom, we will consider of it afterwards.

L. First, in a Parliament holden the 13th of Richard II, the Commons petitioned the King, that neither the Chancellor, nor other Chancellor, do make any order against the common-law, nor that any judgment be given without due process of law.

P. This is no unreasonable petition ; for the common-law is nothing else but equity : and by this statute it appears, that the Chancellors, before that statute, made bolder with the Courts of common-law than they did afterward ; but it does not appear that common-law in this statute signifies any thing (59) else but generally the law temporal of the realm, nor was this statute ever printed, that such as I might take notice of it. But whether it be a statute or not, I know not, till you tell me what the Parliament answered to this petition.

L. The King's answer was, the usages heretofore shall stand, so as the King's royalty be saved.

P. This is flatly against Sir Edward Coke, concerning the Chancery.

L. In another Parliament, 17 *Rich.* II, it is enacted, at the petition of the Commons, that forasmuch as people were compelled to come before the King's Council, or in Chancery, by writs grounded upon untrue suggestions, the Chancellor for the time being, presently after such suggestions be duly found and proved untrue, shall have power to ordain and award damages according to his discretion, to him which is so travelled unduly as is aforesaid.

P. By this statute it appears, that when a complaint is made in Chancery upon undue suggestions, the Chancellor shall have the examination of the said suggestions, and as he may award damages when the suggestions are untrue, so he may also proceed by process to the determining of the cause, whether it be real or personal, so it be not criminal.

L. Also the Commons petitioned in a Parliament of 2 *Hen.* IV (not printed) that no writs, nor privy seals, be sued out of Chancery, Exchequer, or other places, to any man to appear at a day upon a pain, either before the King and his Council, or in any other place, contrary to the ordinary course of common-law.

P. What answer was given to this petition by the King ?

(60) **L.** That such writs should not be granted without necessity.

P. Here again, you see, the King may deny or grant any petitions in Parliament, either as he thinks it necessary, as in this place, or as he thinks it prejudicial or not prejudicial to his royalty ; as in the answer of the former petition, which is a sufficient proof that no part of his legislative power, or any other essential part of royalty, can be taken from him by a statute. Now seeing it is granted that equity is

the same thing with the law of reason, and seeing Sir Edward Coke (1 Inst. sec. xxi.), defines equity to be a certain reason comprehended in no writing, but consisting only in right reason, which interpreted and amendeth the written law ; I would fain know to what end there should be any other Court of Equity at all, either before the Chancellor or any other person, besides the Judges of the Civil or Common Pleas ? Nay, I am sure you can allege none but this, that there was a necessity for a higher Court of Equity than the Courts of common-law, to remedy the errors in judgment given by the justices of inferior courts ; and the errors in Chancery were irrevocable, except by Parliament, or by special commission appointed thereunto by the King.

L. But Sir Edward Coke says, that seeing matters of fact by the common-law are triable by a jury of twelve men, this court should not draw the matter ad aliud examen, that is, to another kind of examination, viz. deposition of witnesses, which should be but evidence to a jury.

P. Is the deposition of witnesses any more or less, than evidence to the Lord Chancellor ? It (61) is not therefore another kind of examination ; nor is a jury more capable of duly examining witnesses than a Lord Chancellor. Besides, seeing all courts are bound to judge according to equity, and that all judges in a case of equity may sometimes be deceived, what harm is there to any man, or to the state, if there be a subordination of judges in equity, as well as of judges in common-law ? Seeing it is provided by an Act of Parliament, to avoid vexation, that *subpoenas* shall not be granted till surety be found to satisfy the party so grieved and vexed for his damages and expenses, if so be the matter may not be made good which is contained in the bill.

L. There is another statute of 31 *Hen.* VI. c. 2, wherein there is a proviso cited by Sir Edward Coke in these words : "*Provided that no matter determinate by the laws of the realm, shall be by the said Act determined in other form, than after the course of the same law in the King's Courts, having the determination of the same law.*"

P. This law was made but for seven years, and never continued by any other Parliament, and the motive of this law was the great riots, extortions, oppressions, &c. used during the time of the insurrection of John Cade, and the indictments and condemnations wrongfully had by this usurped authority. And thereupon the

Parliament ordained, that for seven years following no man should disobey any of the King's writs under the Great Seal, or should refuse to appear upon proclamation before the King's Council, or in the Chancery, to answer to riots, extortions, &c. ; for the first time he should lose, &c. Wherein there is nothing at all concerning the jurisdiction of the Chancery or any other court, (62) but an extraordinary power given to the Chancery, and to the King's Privy Council, to determine of those crimes, which were not before that time triable but only by the King's Bench or special commission. For the Act was made expressly for the punishment of a great multitude of crimes committed by those who had acted under the said Cade's authority ; to which Act the proviso was added which is here mentioned, that the proceedings in those Courts of Chancery, and of the King's Council, should be such as should be used in the courts, to which the said causes, before this Act was made, do belong : that is to say, such causes as were criminal, should be after the order of the King's Bench; and such causes as were not criminal, but only against equity, should be tried after the manner of the Chancery, or in some cases according to the proceedings in the Exchequer. I wonder why Sir Edward Coke should cite a statute, as this is, above two hundred years before expired, and other two petitions, as if they were statutes, when they were not passed by the King ; unless he did it on purpose to diminish, as he endeavours to do throughout his Institutes, the King's authority, or to insinuate his own opinions among the people for the law of the land ; for that also he endeavours by inserting Latin sentences, both in his text and in the margin, as if they were principles of the law of reason, without any authority of ancient lawyers, or any certainty of reason in themselves, to make men believe they are the very grounds of the law of England. Now as to the authority you ascribe to custom, I deny that any custom of its own nature can amount to the authority of a law. For if the custom be unreasonable, (63) you must, with all other lawyers, confess that it is no law, but ought to be abolished ; and if the custom be reasonable, it is not the custom, but the equity that makes it law. For what need is there to make reason law by any custom how long soever, when the law of reason is eternal ? Besides, you cannot find it in any statute, though *lex* et *consuetudo* be often mentioned as things to be followed by the judges in their judgments, that *consuetudines*, that is to say, customs or usages, did imply any long continuance of former time ; but that it signified such use and custom of proceeding, as was then immediately in being before the making of such statute. Nor shall you find in any statute the word common-law, which may not be there well

interpreted for any of the laws of England temporal ; for it is not the singularity of process used in any court that can distinguish it, so as to make it a different law from the law of the whole nation.

L. If all the courts were, as you think, courts of equity, would it not be incommodious to the commonwealth ?

P. I think not ; unless perhaps you may say, that seeing the judges, whether they have many or few causes to be heard before them, have but the same wages from the King, they may be too much inclined to put off the causes they use to hear, for the easing of themselves, to some other court, to the delay of justice, and damage of the parties suing.

L. You are very much deceived in that ; for on the contrary, the contention between the courts for jurisdiction is, of who shall have most causes brought before them. of courts,

(64) **P.** I cry you mercy, I smelt not that.

L. Seeing also all judges ought to give their sentence according to equity, if it should chance that a written law should be against the law of reason, which is equity, I cannot imagine in that case how any judgment can be righteous.

P. It cannot be that a written law should be against reason ; for nothing is more reasonable than that every man should obey the law which he hath himself assented to. But that is not always the law, which is signified by *grammatical* construction of the letter, but that which the legislature thereby intended should be in force ; which intention, I confess, is a very hard matter many times to pick out of the words of the statute, and requires great ability of understanding, and greater meditations and consideration of such conjuncture of occasions and incommodities, as needed a new law for a remedy. For there is scarce anything so clearly written, that when the cause thereof is forgotten, may not be wrested by an ignorant grammarian, or a cavilling logician, to the injury, oppression, or perhaps destruction of an honest man. And for this reason the Judges deserve that honour and profit they enjoy. Since the determination of what particular causes every particular court should have cognizance, is a thing not yet sufficiently explained, and is in itself so difficult, as that the sages of the law themselves, (the reason Sir Edward Coke will leave to law itself), are not yet agreed upon it ; how is it possi-

ble for a man who is no professed or no profound lawyer, to take notice in what court he may lawfully begin his suit, or give counsel in it to his client ?

(65) **L.** I confess that no man can be bound to take notice of the jurisdiction of courts, till all the courts be agreed upon it amongst themselves ; but what rule to give judgment by, a judge can have, so as never to contradict the law written, nor displease his legislator, I understand not.

P. I think he may avoid both, if he take care by his sentence that he neither punish an innocent man, nor deprive him of his damages due from one that maliciously sueth him without reasonable cause, which to the most of rational men and unbiassed, is not, in my opinion, very difficult. And though a judge should, as all men may do, err in his judgment, yet there is always such power in the laws of England, as may content the parties, either in the Chancery, or by commissioners of their own choosing, authorized by the King; for every man is bound to acquiesce in the sentence of the judges he chooseth.

L. In what cases can the true construction of the letter be contrary to the meaning of the lawmaker ?

P. Very many, whereof Sir Edward Coke nameth three : fraud, accident, and breach of confidence. But there be many more ; for there be a very great many reasonable exceptions almost to every general rule, which the makers of the rule could not foresee ; and very many words in every statute, especially long ones, that are, as to *grammar*, of ambiguous signification, and yet to them that know well to what end the statute was made, perspicuous enough ; and many connexions of doubtful reference, which by a *grammarian* may be cavilled at, though the intention of the lawmaker be never so perspicuous. And these are the difficulties which the (66) judges ought to master, and can do it in respect of their ability for which they are chosen, as well as can be hoped for ; and yet there are other men can do the same, or else the judges' places could not be from time to time supplied. The bishops commonly are the most able and rational men, and obliged by their profession to study equity, because it is the law of God ; and are therefore capable of being judges in a court of equity. They are the men that teach the people what is sin ; that is to say, they are the doctors in cases of conscience. What reason then can you show me, why it is unfit and hurtful to the commonwealth

that a bishop should be a Chancellor ; as they were most often before the time of Henry VIII, and since that time once in the reign of King James ?

L. But Sir Edward says, that soon after that a Chancellor was made which was no professor of the law, he finds in the rolls of the Parliament a grievous complaint by the whole body of the realm, and a petition that the most wise and able men within the realm might be chosen Chancellors.

P. That petition was reasonable ; but it does not say which are the abler men, the judges of the common-law, or the bishops.

L. That is not the great question as to the ability of a judge ; both of one and the other, there are able men in their own way. But when a judge of equity has need, almost in every case, to consider as well the statute-law, as the law of reason, he cannot perform his office perfectly, unless he be also ready in the statutes.

P. I see no great need he has to be ready in the statutes. In the hearing of a cause, do the judges (67) of the common-law inform the counsel at the bar what the statute is, or the counsel the judges ?

L. The counsel inform the judges.

P. Why may they not as well inform the Chancellor ? Unless you will say, that a bishop understands not as well as a lawyer what is sense, when he hears it read in English. No, no ; both the one and the other are able enough : but to be able enough is not enough, when not the difficulty of the case only, but also the passion of the judge is to be conquered. I forgot to tell you of the statute of 36 *Edw.* III, c.9, that if any person thinking himself grieved contrary to any of the articles above-written, or others contained in divers statutes, will come to the Chancery, or any for him, and thereof make his complaint, he shall presently there have remedy by force of the said articles and statutes, without elsewhere pursuing to have remedy. By the words of this statute it is very apparent, in my opinion, that the Chancery may hold plea upon the complaint of the party grieved, in any case triable at the common-law ; because the party shall have present remedy in that court, by force of this Act, without pursuing for remedy elsewhere.

L. Yes ; but Sir Edward Coke (4 *Inst.* p. 82) answers this objection in this manner. These words, says he, *he shall have remedy*, signify no more but that he

shall have presently there a remedial writ grounded upon those statutes, to give him remedy at the common-law.

P. Very like Sir Edward Coke thought, as soon as the party had his writ, he had his remedy, though he kept the writ in his pocket without pursuing (68) his complaint elsewhere : or else he thought, that the Common-bench was not elsewhere than in the Chancery.

L. Then there is the Court of ----

P. Let us stop here ; for this which you have said satisfies me, that seek no more than to distinguish between justice and equity ; and from it I conclude, that justice fulfils the law, and equity interprets the law, and amends the judgments given upon the same law. Wherein I depart not much from the definition of equity cited in Sir Edward Coke (1 *Inst.* sec.xxi.) ; viz. equity is a certain perfect reason, that interpreteth and amendeth the law written ; though I construe it a little otherwise than he would have done ; for no one can mend a law but he that can make it, and therefore I say it amends not the law, but the judgments only when they are erroneous. And now let us consider of crimes in particular, the pleas whereof are commonly called the Pleas of the Crown, and of the punishments belonging to them. And first of the highest crime of all, which is high-treason. Tell me, what is high-treason ?

L. The first statute that declareth what is high-treason, is the statute of the 25 *Edw.* III, in these words : " Whereas divers opinions have been before this time, in what case treason shall be said, and in what not ; the King, at the request of the Lords and of the Commons, hath made declaration in the manner as hereafter follows : that is to say, when a man doth compass or imagine the death of our Lord the King, of our Lady the Queen, or of their eldest son and heir ; or if a man doth violate the King's companion, or the King's eldest daughter (69) unmarried, or the wife of the King's eldest son and heir ; or if a man do levy war against our Lord the King in his realm, or be adherent to the King's enemies in his realm, giving to them aid and comfort in the realm or elsewhere ; and thereof be provably attainted by open deed by people of their condition: and if a man counterfeit the King's Great or Privy Seal, or his money : and if a man bring false money into this realm counterfeit to the money of England, as the money called Lushburgh, or other like to the said money of England, knowing the money to be false, to merchandize,

and make payment in deceit of our said Lord the King, and of his people : and if a man slay the Chancellor, Treasurer, or the King's Justices of one Bench or the other, Justices in Eyre, or Justices of Assizes, and all other justices assigned to hear and determine, being in their places and doing their offices. And is to be understood in the cases above rehearsed, that that ought to be adjudged treason, which extends to our royal Lord the King, and his royal Majesty ; and of such treason the forfeiture of the escheats pertains to our Lord the King, as well the lands and tenements holden of others, as himself. And moreover there is another manner of treason ; that is to say, when a servant slayeth his master, or a wife her husband ; or when a man, secular or religious, slayeth his prelate, to whom he oweth faith and obedience ; and of such treason the escheats ought to pertain to every Lord of his own fee. And because many other like cases of treason may happen in time to come, which a man cannot think nor declare at this present time, it is accorded, that if any case supposed treason, which is not above specified, doth happen before (70) any justices, the justices shall tarry without giving any judgment of the treason, till the cause be showed and declared before the King and his Parliament, whether it ought to be adjudged treason or other felony."

P. I desired to understand what treason is, wherein no enumeration of facts can give me satisfaction. Treason is a crime of itself, *malum in se*, and therefore a crime at the common-law ; and high-treason the highest crime at the common-law that can be. And therefore not the statute only, but reason without a statute makes it a crime. And this appears by the preamble, where it is intimated, that all men, though of divers opinions, did condemn it by the name of treason, though they knew not what treason meant, but were forced to request the King to determine it. That which I desire to know is, how treason might have been defined without the statute, by a man that has no other faculty to make the definition of it, than by mere natural reason.

L. When none of the lawyers have done it, you are not to expect that I should undertake it on such a sudden.

P. You know that *salus populi* is *suprema lex*, that is to say, the safety of the people is the highest law ; and that the safety of the people of a kingdom consisteth in the safety of the King, and of the strength necessary to defend his people, both against foreign enemies and rebellious subjects. And from this I infer, that to compass, that is, to design, the death of the then present King, was high

treason before the making of this statute, as being a designing of a civil war and the destruction of the people. 2. That the design to kill the King's (71) wife, or to violate her chastity, as also to violate the chastity of the King's heir-apparent, or of his eldest daughter unmarried, as tending to the destruction of the certainty of the King's issue, and by consequence to the raising of contentions about the Crown, and destruction of the people in succeeding time by civil war, was therefore high-treason before this statute. 3. That to levy war against the King within the realm, and aiding the King's enemies, either within or without the realm, are tending to the King's destruction or disherison, and was high-treason, before this statute, by the common-law. 4. That counterfeiting the principal seals of the kingdom, by which the King governeth his people, tendeth to the confusion of government, and consequently to the destruction of the people, and was therefore treason before the statute. 5. If a soldier design the killing of his general or other officer in time of battle, or a captain hover doubtfully with his troops, with intention to gain the favour of him that shall chance to get the victory, it tendeth to the destruction both of King and people, whether the King be present or absent, and was high-treason before the statute. 6. If any man had imprisoned the King's person, he had made him incapable of defending his people, and it was therefore high-treason before the statute. 7. If any man had, with design to raise rebellion against the King, by words written or advisedly uttered, denied the King regnant to be their lawful King, he that wrote, preached, or spoke such words, living then under the protection of the King's laws, it had been high-treason before the statute, for the reasons aforesaid. And perhaps there may be some other cases upon (72) this statute, which I cannot presently think upon. But the killing of a justice or other officer, as is determined by the statute, is not otherwise high-treason, but by the statute. And to distinguish that which is treason by the common-law from all other inferior crimes, we are to consider, that if such high-treason should take effect, it would destroy all laws at once ; and being done by a subject, it is a return to hostility by treachery ; and consequently, such as are traitors may, by the law of reason, be dealt withal as ignoble and treacherous enemies : but the greatest of other crimes, for the most part, are breaches of one only, or at least of very few laws.

L. Whether this you say be true or false, the law is now unquestionable, by a statute made in the 1st and 2nd years of *Queen Mary*, whereby there is nothing to

be esteemed treason, besides those few offences specially mentioned in the act of 25 *Edward III*.

P. Amongst these great crimes the greatest is that which is committed by one that has been trusted and loved by him whose death he so designeth : for a man cannot well take heed of those whom he thinks he hath obliged, whereas an open enemy gives a man warning before he acteth. And this it is for which the statute hath declared, that it is another kind of treason, when a servant killeth his master or mistress, or a wife killeth her husband. or a clerk killeth his prelate. And I should think it petty treason also, though it be not within the words of the statute, when a tenant in fee, that holdeth by homage and fealty, shall kill the lord of his fee ; for fealty is an oath of allegiance to the lord of the fee ; saving he may not keep (73) his oath in any thing sworn to, if it be against the King. For homage, as it is expressed in a statute of 17 *Edw. II*, is the greatest submission that is possible to be made to one man by another. For the tenant shall hold his hands together between the hands of his landlord, and shall say thus ; I become your man from this day forth for life, for member, and for worldly honour, and shall owe that my faith for the lands that I shall hold of you, saving the faith that I owe unto our Sovereign Lord the King, and to many other lords. Which homage, if made to the King, is equivalent to a promise of simple obedience, and if made to another lord, there is nothing excepted but the allegiance to the King ; and that which is called fealty, is but the same confirmed by an oath.

L. But Sir Edward Coke, (4 *Inst.* p. 11), denies that a traitor is in legal understanding the King's enemy. For enemies, saith he, be those that be out of the allegiance of the King. And his reason is, because, if a subject join with a foreign enemy, and come into England with him, and be taken prisoner here, he shall not be ransomed, or proceeded with as an enemy shall, but he shall be taken as a traitor to the King. Whereas an enemy coming in open hostility, and taken, shall either be executed by martial law, or ransomed ; for he cannot be indicted of treason, for that he never was in the protection and ligeance of the King ; and the indictment of the treason saith, *contra ligeantiam suam debitam*.

P. This is not an argument worthy of the meanest lawyer. Did Sir Edward Coke think it impossible for a King lawfully to kill a man, by what (74) death soever, without an indictment, when it is manifestly proved he was his open enemy ? Indictment is a form of accusation peculiar to England, by the command of

some King of England, and retained still, and therefore a law to this country of England. But if it were not lawful to put a man to death otherwise than by an indictment, no enemy could be put to death at all in other nations, because they proceed not, as we do, by indictment. Again, when an open enemy is taken and put to death by judgment of martial-law ; it is not the law of the general or council of war, that an enemy shall be thus proceeded with, but the law of the King contained in their commissions ; such as from time to time the Kings have thought fit, in whose will it always resteth, whether an open enemy, when he is taken, shall be put to death, or no, and by what death ; and whether he shall be ransomed, or no, and at what price. Then for the nature of treason by rebellion ; is it not a return to hostility ? What else does rebellion signify ? William the Conqueror subdued this kingdom ; some he killed ; some upon promise of future obedience he took to mercy, and they became his subjects, and swore allegiance to him. If therefore they renew the war against him, are they not again open enemies ? Or if any of them lurking under his laws, seek occasion thereby to kill him secretly, and come to be known, may he not be proceeded against as an enemy, who, though he had not committed what he designed, yet had certainly a hostile design ? Did not the Long Parliament declare all those for enemies to the state, that opposed their proceedings against the late King ? But Sir Edward Coke does seldom (75) well distinguish, when there are two divers names for one and the same thing : though one contain the other, he makes them always different ; as if it could not be that one and the same man should be both an enemy and a traitor. But now let us come to his comment upon this statute. The statute says (as it is printed in English) when a man doth compass, or imagine, the death of our Lord the King, &c. What is the meaning of the word compassing, or imagining ?

L. On this place Sir Edward Coke says, that before the making of this act, *voluntas reputabatur pro facto*, the will was taken for the deed. And so saith Bracton; *spectatur voluntas, et non exitus; et nihil interest utrum quis occidat, aut causam praebeat*, that is to say, the cause of the killing. Now Sir Edward Coke says, this was the law before the statute ; and that to be a cause of the killing, is to declare the same by some open deed tending to the execution of his intent, or which might be cause of death.

P. Is there any Englishman can understand, that to cause the death of a man, and to declare the same, is all one thing ? And if this were so, and that such was the common-law before the statute, by what words in the statute is it taken away ?

L. It is not taken away, but the manner how it must be proved is thus determined, that it must be proved by some open deed, as providing of weapons, powder, poison, assaying of armour, sending of letters, &c.

P. But what is the crime itself, which this statute maketh treason ? For as I understand the words, to compass or imagine the King's death, &c. the (76) compassing (as it is in the English) is the only thing which is made high-treason. So that not only the killing, but the design, is made high-treason ; or, as it is in the French record, *fait compasser*, that is to say, the causing of others to compass or design the King's death is high-treason ; and the words *par overt fait*, are not added as a specification of any treason, or other crime, but only of the proof that is required by the law. Seeing then the crime is the design and purpose to kill the King, or cause him to be killed, and lieth hidden in the breast of him that is accused ; what other proof can there be had of it than words spoken or written ? And therefore, if there be sufficient witness that he by words declared that he had such a design, there can be no question, but that he is comprehended within the statute. Sir Edward Coke doth not deny, but, that if he confess this design, either by word or writing, he is within the statute. As for that common saying, that bare words may make a heretic but not a traitor, which Sir Edward Coke on this occasion maketh use of, they are to little purpose ; seeing that this statute maketh not the words high-treason, but the intention, whereof the words are but a testimony : and that common saying is false as it is generally pronounced. For there were divers statutes made afterwards, though now expired, which made bare words to be treason without any other deed ; as, 1 *Eliz.* c.6, and 13 *Eliz.* c.1, if a man should publicly preach that the King were an usurper, or that the right of the crown belonged to any other than the King that reigned, there is no doubt but it were treason, not only within this statute of Edward III, but also within (77) the statute of I *Edw.* VI, c.12, which are both still in force.

L. Not only so ; but if a subject should counsel any other man to kill the King, Queen, or heir-apparent to the Crown, it would at this day be adjudged high-treason ; and yet it is no more than bare words. In the third year of King James, Henry Garnet, a Jesuit priest, to whom some of the gunpowder traitors had re-

vealed their design by way of confession, gave them absolution without any caution taken for their desisting from their purpose, or other provision against the danger, and was therefore condemned and executed as a traitor, though such absolution was nothing else but bare words. Also I find in the reports of Sir John Davis, Attorney-General for Ireland, that in the time of King Henry VI, a man was condemned of treason for saying the King was a natural fool, and unfit to govern. But yet this clause in the statute of *Edw. III*, viz. that the compassing there mentioned ought to be proved by some *overt act*, was by the framers of the statute not without great wisdom and providence inserted ; for as Sir Edward Coke very well observeth, when witnesses are examined concerning words only, they never, or very rarely, agree precisely about the words they swear to.

P. I deny not but that it was wisely enough done. But the question is not here of the treason, which is either fact or design, but of the proof, which when it is doubtful, is to be judged by a jury of twelve lawful men. Now whether think you is it a better proof of a man's intention to kill, that he declare the same with his own mouth, so as it may be witnessed, or that he provide weapons, (78) powder, poison, or assay arms ? If he utter his design by words, the jury has no more to do than to consider the legality of the witnesses, the harmony of their testimonies, or whether the words were spoken advisedly. For they might have been uttered in a disputation, for exercise only ; or when he that spake them, had not the use of reason, nor perhaps any design or wish at all, towards the execution of what he talked of. But how a jury, from providing or buying of armour, or buying of gunpowder, or from any other overt act, not treason in itself, can infer a design of murdering the King, unless there appear some words also signifying to what end he made such provision, I cannot easily conceive. Therefore, as the jury on the whole matter, words and deeds, shall ground their judgment concerning design or not design, so, in reason, they ought to give verdict. But to come to the treason of counterfeiting the great or privy-seal, seeing there are so many ways for a cheating fellow to make use of these seals, to the cozening of the King and his people ; why are not all such abuses high-treason, as well as the making of a false seal ?

L. So they are ; for Sir Edward Coke produceth a record of one that was drawn and hanged for taking the great seal from an expired patent, and fastening it to a counterfeit commission to gather money. But he approveth not the judgment, because it is the judgment for petty treason : also, because the jury did not

find him guilty of the offence laid in the indictment, which was, the counterfeiting of the great seal, but found the special matter, for which the offender was drawn and hanged.

(79) **P.** Seeing this crime of taking the great seal from one writing, and fastening it to another, was not found high-treason by the jury, nor could be found upon special matter to be the other kind of treason mentioned in the same statute; what ground had either the jury to find it treason, or the judge to pronounce sentence upon it ?

L. I cannot tell. Sir Edward Coke seems to think it a false record ; for hereupon he saith, by way of admonition to the reader, that hereby it appeareth how dangerous it is to report a case by the ear.

P. True ; but he does not make it apparent that this case was untruly reported; but on the contrary, confesseth that he had perused the same record ; and a man may, if it may be done without proof of the falsity, make the same objection to any record whatsoever. For my part, seeing this crime produced the same mischief that ariseth from counterfeiting, I think it reason to understand it as within the statute ; and for the difference between the punishments, which are both of them capital, I think it is not worthy to be stood upon ; seeing death, which is *ultimum supplicium*, is a satisfaction to the law, as Sir Edward Coke himself hath in another place affirmed. But let us now proceed to other crimes.

L. Appendant to this is another crime, called misprision of treason ; which is the concealing of it by any man that knows it ; and is called misprision from the French *mespriser*, which signifies to contemn or undervalue. For it is no small crime in any subject, so little to take to heart a known danger to the King's person, and consequently to the whole kingdom, as not to discover not only (80) what he knows, but also what he suspecteth of the same, that the truth therefore may be examined. But for such discovery, though the thing prove false, the discoverer shall not, as I think, be taken for a false accuser ; if for what he directly affirms, he produce a reasonable proof, and some probability for his suspicion. For else the concealment will seem justifiable by the interest, which is to every man allowed, in the preservation of himself from pain and damage.

P. This I consent to.

L. All other crimes merely temporal, are comprehended under felony or trespass.

P. What is the meaning of the word felony ? Does it signify anything that is in its own nature a crime, or that only which is made a crime by some statute ? For I remember some statutes that make it felony to transport horses, and some other things, out of the kingdom ; which transportation, before such statutes were made, and after the repealing of the same, was no greater crime than any other usual traffic of a merchant.

L. Sir Edward Coke derives the word felony from the Latin word *fel*, the gall of a living creature ; and accordingly defines felony to be an act done *animo felleo* ; that is to say, a bitter, a cruel act.

P. Etymologies are no definitions, and yet when they are true, they give much light towards the finding out of a definition. But this of Sir Edward Coke's carries with it very little of probability ; for there be many things made felony by the statute law, that proceed not from any bitterness of mind at all, and many that proceed from the contrary.

(81) L. This is matter for a critic, to be picked out of the knowledge of history and foreign languages, and you may perhaps know more of it than I do.

P. All that I, or I think any other, can say in this matter, will amount to no more than a reasonable conjecture, insufficient to sustain any point of controversy in law. The word is not to be found in any of the old Saxon laws, set forth by Mr. Lambard, nor in any statute printed before that of Magna Charta ; there it is found. Now Magna Charta was made in the time of Henry III, grand-child to Henry II, Duke of Anjou, a Frenchman born, and bred in the heart of France, whose language might very well retain many words of his ancestors the German Franks, as ours doth of the German Saxons ; as also many words of the language of the Gauls, as the Gauls did retain many words of the Greek colony planted at Marseilles. But certain it is, the French lawyers at this day use the word *felon*, just as our lawyers use the same ; whereas the common people of France use the word *filou* in the same sense. But *filou* signifieth, not the man that hath committed such an act as they call felony, but the man that maketh it his trade to maintain himself by the breaking and contemning of all laws generally ; and comprehendeth all those unruly people called cheaters, cutpurses, picklocks, catchcloaks, coiners of

false money, forgers, thieves, robbers, murderers, and whosoever make use of iniquity on land or sea as a trade or living. The Greeks upon the coast of Asia, where Homer lived, were they that planted the colony of Marseilles. They had a word that signified the same with felon, which was (82) *filetes* ; and this *filetes* of Homer signifies properly the same that a felon signifies with us. And therefore Horner makes Apollo to call Mercury *fileteen*, and *arkhon phileten*. I insist not upon the truth of this etymology, but it is certainly more rational than the *animus felleus* of Sir Edward Coke. And for the matter itself, it is manifest enough, that which we now call murder, robbery, theft, and other practices of felons, are the same that we call felony, and crimes in their own nature without the help of statute. Nor is it the manner of punishment, that distinguished the nature of one crime from another ; but the mind of the offender and the mischief he intendeth, considered together with the circumstances of person, time, and place.

L. Of felonies, the greatest crime is murder.

P. And what is murder ?

L. Murder is the killing of a man upon malice forethought, as by a weapon, or by poison, or any way, if it be done upon antecedent meditation ; or thus, murder is the killing of a man in cold blood.

P. I think there is a good definition of murder set down by statute, 52 *Henry III*, c.25, in these words : Murder, from henceforth, shall not be judged before our justices, where it is found misfortune only, but it shall take place in such as are slain by felony, and not otherwise. And Sir Edward Coke interpreting this statute, 2 *Inst.* p. 148, saith, that the mischief before this statute was, that he that killed a man by misfortune, as by doing any act that was not against law, and yet against his intent the death of a man ensued, this was adjudged murder. But I find no proof of that he allegeth, nor find I any such law among the laws of the Saxons set forth (83) by Mr. Lambard. For the word, it is, as Sir Edward or crimes Coke noteth, old Saxon, and amongst them it signified no more than a man slain in the field or other place, the author of his death not known. And according hereunto, Bracton, who lived in the time of Magna Charta, defineth it, fol. 134, thus : Murder is the secret killing of a man, when none besides the killer and his companions saw or knew it ; so that it was not known who did it, nor fresh suit could be made after the doer. Therefore, every such killing was called murder, before it could be

known whether it could be by felony or not ; for a man may be found dead that kills himself, or was lawfully killed by another. This name of murder came to be the more horrid, when it was secretly done, for that it made every man to consider of their own danger, and him that saw the dead body, to boggle at it, as a horse will do at a dead horse. And to prevent the same, they had laws in force, to amerce the hundred where it was done, in a sum defined by law to be the price of his life. For in those days, the lives of all sorts of men were valued by money, and the value set down in their written laws. And therefore Sir Edward Coke was mistaken, in that he thought that killing a man by misfortune before the statute of Marie-bridge, was adjudged murder. And those secret murders were abominated by the people, for that they were liable to so great a pecuniary punishment for suffering the malefactor to escape. But this grievance was by Canutus, when he reigned, soon eased. For he made a law, that the county in this case should not be charged, unless he were an Englishman that was so slain ; but if he were a (84) Frenchman, (under which name were comprehended all foreigners, and especially the Normans,) though the slayer escaped, the county was not to be amerced. And this law, though it were very hard and chargeable, when an Englishman was so slain, for his friend to prove he was an Englishman, and also unreasonable to deny the justice to a stranger, yet was it not repealed till the 14th *Edw.* III. By this you see that murder is distinguished from homicide by the statute laws, and not by any common-law without the statute ; and that it is comprehended under the general name of felony.

L. And so also is petit treason : and I think so is high-treason also. For in the abovesaid statute in the 25th *Edw.* III, concerning treasons, there is this clause : And because that many other like cases of treason may happen in time to come, which a man cannot think or declare at the present time ; it is accorded, that if any other case, supposed treason, which is not above specified, doth happen before any of the justices, the justices shall tarry without any going to judgment of the treason, till the cause be shewed and declared before the King and his Parliament, whether it be treason or other felony. Which thereby shews that the King and Parliament thought that treason was one of the sorts of felony.

P. And so think I.

L. But Sir Edward Coke denies it to be so at this day. For (1 *Inst.* sec. 745) at the word felony, he saith, that in ancient time this word *felony* was of so large an

extent, as that it included high-treason ; but afterwards it was resolved, that in the King's pardon or charter, this word *felony* should (85) extend only to common felonies ; and at this day, under the word felony, by law is included petite treason, murder, homicide, burning of houses, burglary, robbery, rape, &c. chance medley, *se defendendo*, and petite larceny.

P. He says it was resolved: but by whom ?

L. By the justices of assize in the time of Henry IV, as it seems in the margin.

P. Have justices of assize any power by their commission to alter the language of the land and the received sense of words ? Or in the question in what case felony shall be said, is it referred to the judges to determine ; as in the question in what case treason shall be said, it is referred by the statute of Edward III to the Parliament ? I think not ; and yet perhaps they may be obliged to disallow a pardon of treason, when mentioning all felonies it nameth not treason, nor specifies it by any description of the fact.

L. Another kind of homicide there is, simply called so, or by the name of manslaughter, and is not murder : and that is, when a man kills another man upon sudden quarrel, during the heat of blood.

P. If two meeting in the street chance to strive who shall go nearest to the wall, and thereupon fighting, one of them kills the other, I believe verily he that first drew his sword, did it of malice forethought, though not long forethought ; but whether it be felony or no, it may be doubted. It is true, that the harm done is the same as if it had been done by felony ; but the wickedness of the intention was nothing near so great. And supposing it had been done by felony, then it is manifest, by the statute of Marlebridge, that it was very murder. (86) And when a man for a word or a trifle sword and kill another man, can any man imagine that there was not some precedent malice ?

L. It is very likely there was malice, more or less : and therefore the law hath ordained for it a punishment equal to that of murder, saving that the offender shall have the benefit of his clergy.

P. The benefit of clergy comes in upon another account, and importeth not any extenuation of the crime. For it is but a relic of the old usurped papal privilege, which is now by many statutes so pared off, as to spread but to few offences,

and is become a legal kind of conveying mercy, not only to the clergy, but also to the laity.

L. The work of a judge, you see, is very difficult, and requires a man that hath a faculty of well distinguishing of dissimilitudes in such cases as common judgments think to be the same. A small circumstance may make a great alteration ; wherefore a man that cannot well discern, ought not to take upon him the office of a judge.

P. You say very well ; for if judges were to follow one another's judgments in precedent cases, all the justice in the world would at length depend upon the sentence of a few learned, or unlearned, ignorant men, and have nothing at all to do with the study of reason.

L. A third kind of homicide is when a man kills another, either by misfortune, or in the necessary defence of himself, or of the King, or of his laws ; for such killing is neither felony nor crime, saving, as Sir Edward Coke says (3 *Inst.* p. 56), that if the act that a man is doing, when he kills another man, be unlawful, then it is murder. As, if A meaning (87) to steal a deer in the park of B, shooteth at the deer, and by the glance of the arrow killeth a boy that is hidden in a bush, this is murder, for that the act was unlawful ; but if the owner of the park had done the like, shooting at his own deer, it had been by misadventure, and no felony.

P. This is not so distinguished by any statute, but is the common-law only of Sir Edward Coke. I believe not a word of it. If a boy be robbing an appletree, and falleth thence upon a man that stands under it and breaks his neck, but by the same chance saveth his own life, Sir Edward Coke, it seems, will have him hanged for it, as if he had fallen of prepensed malice. All that can be called crime in this business is but a simple trespass, to the damage perhaps of sixpence or a shilling. I confess the trespass was an offence against the law, but the falling was none, nor was it by the trespass but by the falling that the man was slain ; and as he ought to be quit of the killing, so he ought to make restitution for the trespass. But I believe the cause of Sir Edward Coke's mistake was his not well understanding of Bracton, whom he cites in the margin. For, fol. 120 b. lib. iii. cap. 4, he saith thus : *Sed hic erit distinguendum, utrum quis dederit operam rei licitæ, vel illicitæ ; si illicitæ, ut si lapidem projiciebat quis versus locum per quem consueverunt homines transitum facere, vel dum insequitur quis equum vel bovem, et*

aliquis a bove vel equo percussus fuerit, et hujusmodi, hoc imputatur ei. That is : But here we are to distinguish whether a man be upon a lawful or unlawful business ; if an unlawful, as he that throws a stone into a place where men use to pass ; or if he chase a horse or an ox, and thereby the man be stricken by the (88) horse or the ox; this shall be imputed to him. And it is most reasonable ; for the doing of such an unlawful act as is here meant, is a sufficient argument of a felonious purpose, or at least a hope to kill somebody or other, and he cared not whom, which is worse than to design the death of a certain adversary, which nevertheless is murder. Also, on the contrary, though the business a man is doing be lawful, and it chanceth sometimes that a man be slain thereby, yet may such killing be felony. For if a carman drive his cart through Cheapside in a throng of people, and thereby he kill a man, though he bare him no malice, yet because he saw there was very great danger, it may reasonably be inferred, that he meant to adventure the killing of somebody or other, though not of him that was killed.

L. He is a felon also that killeth himself voluntarily, and is called, not only by common lawyers, but also in divers statute laws, *felo de se*.

P. And it is well so ; for names imposed by statutes are equivalent to definitions. But I conceive not how any man can bear *animum felleum*, or so much malice towards himself, as to hurt himself voluntarily, much less to kill himself. For naturally and necessarily the intention of every man aimeth at somewhat which is good to himself, and tendeth to his preservation. And therefore, methinks, if he kill himself, it is to be presumed that he is not *compos mentis*, but by some inward torment or apprehension of somewhat worse than death, distracted.

L. Nay, unless he be *compos mentis*, he is not *felo de se*, as Sir Edward Coke saith, 3 *Inst.* p.54; and therefore he cannot be judged a *felo de se*, unless it be first proved he was *compos mentis*.

(89) **P.** How can that be proved of a man dead ; especially if it cannot be proved by any witness, that a little before his death he spake as other men used to do ? This is a hard place ; and before you take it for common-law, it had need to be cleared.

L. I will think on it. There is a statute of 3 *Hen.* VII, c. 14, which makes it felony in any of the King's household servants, under the degree of a Lord, to compass the death of any of the King's Privy Council. The words are these : That from

henceforth the steward, treasurer, and comptroller of the King's house for the time being, or one of them, have full authority and power, to inquire by twelve staid men and discreet persons of the chequer-roll of the King's honourable household, if any servant, admitted to be his servant sworn, and his name put into the chequer-roll, whatsoever he be, serving in any manner, office, or room, reputed, had, or taken under the estate of a Lord, make any confederacies, compassings, conspiracies, or imaginations with any person, to destroy or murder the King, or any Lord of this realm, or any other person sworn of the King's council, steward, treasurer, or comptroller of the King's house. And if such misdoers shall be found guilty by confession, or otherwise, that the said offence shall be judged felony.

P. It appears by this statute, that not only the compassing the death, as you say, of a privy-councillor, but also of any Lord of this realm, is felony ; if it be done by any of the King's house-hold servants, that is not a Lord.

L. No ; Sir Edward Coke upon these words, *any Lord of this realm, or other person sworn of the King's council*, infers (3 *Inst.*p. 38), that it is (90) to be understood of such a Lord only as is a privy-councillor.

P. For barring of the Lords of Parliament from this privilege, he strains this statute a little farther, in my opinion, than it reacheth of itself. But how are such felonies to be tried ?

L. The indictment is to be found before the steward, treasurer, and comptroller of the King's house, or one of them, by twelve of the King's house-hold servants. The petit jury for the trial must be twelve other of the King's servants. And the judges are again the steward, treasurer, and comptroller of the King's house, or two of them ; and yet I see that these men are not usually great students of the law.

P. You may hereby be assured, that either the King and Parliament were very much overseen in choosing such officers perpetually for the time being to be judges in a trial at the common-law, or else that Sir Edward Coke presumes too much to appropriate all the judicature, both in law and equity, to the common lawyers ; as if neither lay persons, men of honour, nor any of the Lords spiritual who are the most versed in the examination of equity and cases of conscience, when they hear the statutes read and pleaded, were fit to judge of the intention and meaning of the same. I know that neither such great persons, nor bishops, have

ordinarily so much spare time from their ordinary employment, as to be so skilful as to plead causes at the bar ; but certainly they are, especially the bishops, the best able to judge of matters of reason, that is to say (by Sir Edward Coke's confession) of matters, except of blood, at the common-law.

(91) **L.** Another sort of felony, though without manslaughter, is robbery ; and by Sir Edward Coke (3 *Inst.* p. 68), defined thus : Robbery by the common-law is a felony committed by a violent assault upon the person of another, by putting him in fear, and taking away from him his money, or other goods of any value whatsoever.

P. Robbery is not distinguished from theft by any statute. *Latrocinium* comprehendeth them both, and both are felony, and both punished with death. And therefore to distinguish them aright is the work of reason only. And the first difference, which is obvious to all men, is that robbery is committed by force or terror, of which neither is in theft. For theft is a secret act, and that which is taken by violence or terror, either from his person, or in his presence, is still robbery. But if it be taken secretly, whether it be by day or night, from his person, or from his fold, or from his pasture, then it is called theft. It is force and fraud only, that distinguisheth between theft and robbery; both which are, by the pravity only of the intention, felony in their nature. But there be so many evasions of the law found out by evil men, that I know not, in this predicament of felony, how to place them. For suppose I go secretly, by day or night, into another man's field of wheat, ripe and standing, and loading my cart with it I carry it away : is it theft or robbery ?

L. Neither, it is but trespass. But if you first lay down the wheat you have cut, and then throw it into your cart, and carry it away, then it is felony.

P. Why so ?

L. Sir Edward Coke tells you the reason of it (92) (3 *Inst.* P.107). For he defineth theft to be, by the common-law, a felonious and fraudulent taking and carrying away, by any man or woman, of the mere personal goods of another, not from the person, nor by night in the house of the owner. From this definition, he argues thus, p. 109 : Any kind of corn or grain, growing upon the ground, is a personal chattel, and the executors of the owner shall have them, though they be not severed ; but yet no larceny can be committed of them, because they are annexed to the realty ; so it is of grass standing on the ground, or of apples, or of any fruit

upon the trees, &c. ; so it is of a box or chest of charters, no larceny can be committed of them, because the charters concern the realty, and the box or chest though it be of great value, yet shall it be of the same nature the charters are of ; *et omne magis dignum trahit ad se minus*.

P. Is this definition drawn out of any statute, or is it in Bracton or Littleton, or any other writer upon the science of the laws ?

L. No, it is his own : and you may observe by the logic sentences dispersed through his works, that he was a logician sufficient enough to make a definition.

P. But if his definitions must be the rule of law, what is there that he may not make felony or not felony, at his pleasure ? But seeing it is not statute law that he says, it must be very perfect reason, or else no law at all ; and to me it seems so far from reason, as I think it ridiculous. But let us examine it. There can, says he, be no larceny of corn, grass, or fruits that are growing, that is to say, they cannot be stolen. But why ? Because they (93) concern the realty ; that is. because they concern the land. It is true, that the land cannot be stolen, nor the right of a man's tenure ; but corn, and trees, and fruit, though growing, may be cut down, and carried away secretly and feloniously, in contempt and despite of the law. And are they not then stolen ? And is there any act which is feloniously committed, that is not more than trespass ? Can any man doubt of it, that understands the English tongue ? It is true, that if a man pretend a right to the land, and on that pretence take the fruits thereof by way of taking possession of his own, it is no more than a trespass, unless he conceal the taking of them. For in that one case, he but puts the man that was in possession before, to exhibit his complaint, which purpose is not felonious, but lawful ; for nothing makes a distinction between felony and not felony, but the purpose. I have heard, that if a man slander another with stealing of a tree standing, there lies no action for it. And that upon this ground : to steal a standing tree is impossible ; and that the cause of the impossibility is, that a man's freehold cannot be stolen ; which is a very obvious fallacy. For freehold signifieth, not only the tenement, but also the tenure ; and though it be true that a tenure cannot be stolen, yet every man sees that the standing trees and corn may easily be stolen. And so far forth as trees, &c. are part of the free-hold, so far forth also, they are personal goods. For whatsoever is freehold is inheritance, and descendeth to the heir, and nothing can descend to the executors but what is merely personal. And though a box or case of evidences are to descend (94) to the heir, yet unless

you can shew me positive law to the contrary, they shall be taken into the executors' hands to be delivered to the heir. Besides, how unconscionable a thing is it, that he that steals a shilling's worth of wood, which the wind hath blown down, or which lieth rotting on the ground, should be hanged for it, and he that takes a tree, worth twenty or forty shillings, should answer only for the damage !

L. It is somewhat hard, but it has been so practised time out of mind. Then follows sodomy, and rape, both of them felonies.

P. I know that, and that of the former he justly says it is detestable, being in a manner an apostacy from human nature : but in neither of them is there anything of *animus felleus*. The statutes which make them felony, are exposed to all men's reading. But because Sir Edward Coke's commentaries upon them are more diligent and accurate than to be free from all uncleanness, let us leap over them both ; observing only by the way, that he leaves an evasion for an impotent offender, though his design be the same, and pursued to the utmost of his power.

L. Two other great felonies are, breaking and burning of houses ; neither of which are defined by any statute. The former of them is by Sir Edward Coke (3 *Inst.* p.63), defined thus : Burglary is by the common-law, the breaking and entering into the mansion-house of another, in the night, with intent to kill some reasonable creature, or to commit some other felony within the same, whether his intent be executed or not. And he defineth night to be then, when one man cannot know another's (95) face by daylight. And for the parts of a mansion-house, he reckoneth all houses that belong to house-keeping, as barns, stables, dairymans, buttery, kitchen, chambers, &c. But breaking of a house by day, though felony, and punished as burglary, is not within the statute.

P. I have nothing to say against his interpretations here ; but I like not that any private man should presume to determine, whether such or such a fact done be within the words of a statute or not, where it belongs only to a jury of twelve men to declare in their verdict, whether the fact laid open before them, be burglary, robbery, theft, or other felony. For this is to give a leading judgment to the jury, who ought not to consider any private lawyer's institutes, but the statutes themselves pleaded before them for directions.

L. Burning, as he defines it (*ibid.* p. 66), is a felony at the common-law, committed by any that maliciously and voluntarily, in the night or day, burneth

the house of an other. And he hereupon infers, if a man set fire to the house, and it takes not, that then it is not within the statute.

P. If a man should secretly and maliciously lay a quantity of gunpowder under another man's house, sufficient to blow it up, and set a train of powder in it, and set fire to the train, and some accident hinder the effect, is not this burning ? Or what is it ? What crime ? It is neither treason, nor murder, nor burglary, nor robbery, nor theft, nor (no damage being made) any trespass, nor contrary to any statute. And yet, seeing the common-law is the law of reason, it is a sin, and such a sin as a man may be accused of, and convicted ; and (96) consequently a crime committed of malice prepensed. Shall he not then be punished for the attempt ? I grant you that a judge has no warrant from any statute-law, common-law, or commission, to appoint the punishment ; but surely the King has power to punish him, on this side of life or member, as he please ; and with the assent of Parliament, if not without, to make the crime for the future capital.

L. I know not. Besides these crimes, there is conjuration, witchcraft, sorcery and enchantment ; which are capital by the statute 1 James, c. 12.

P. But I desire not to discourse of that subject. For though without doubt there is some great wickedness signified by those crimes ; yet I have ever found myself too dull to conceive the nature of them, or how the devil hath power to do many things which witches have been accused of. Let us now come to crimes not capital.

L. Shall we pass over the crime of heresy, which Sir Edward Coke ranketh before murder ? But the consideration of it will be somewhat long.

P. Let us defer it till the afternoon.

L. Concerning heresy, Sir Edward Coke (3 *Inst.* p. 39) says, that five things fall into consideration. 1. Who be the judges of heresy. 2. What shall be judged heresy. 3. What is the judgment upon a man convicted of heresy. 4. What the law alloweth him to save his life. 5. What he shall forfeit by judgment against him.

P. The principal thing to be considered, which is the heresy itself, he leaveth out, viz. what it is ; in what fact or words it consisteth ; what law it violateth, statute-law or the law of reason. The (97) cause why he omitteth it, may perhaps be this ; that it was not only out of his profession, but also out of his other learning.

Murder, robbery, theft, &c. every man knoweth to be evil, and are crimes defined by the statute-law, so that any man may avoid them, if he will. But who can be sure to avoid heresy, (if he but dare to give an account of his faith), unless he know beforehand what it is ?

L. In the preamble of the statute of 2 Hen. IV, c.15, heresy is laid down, as a preaching or writing of such doctrine as is contrary to the determination of Holy Church.

P. Then it is heresy at this day to preach or write against worshipping of Saints, or the infallibility of the Church of Rome, or any other determination of the same Church. For Holy Church, at that time, was understood to be the Church of Rome, and now with us the Holy Church I understand to be the Church of England ; and the opinions in that statute are now, and were then, the true Christian faith. Also the same statute of Hen. IV declareth, by the same preamble, that the Church of England had never been troubled with heresy.

L. But that statute is repealed.

P. Then also is that declaration or definition of heresy repealed.

L. What, say you, is heresy ?

P. I say, heresy is a singularity of doctrine or opinion contrary to the doctrine of another man, or men ; and the word properly signifies the doctrine of a sect, which doctrine is taken upon trust of some man of reputation for wisdom, that was the first author of the same. If you will understand the (98) truth hereof, you are to read the histories and other writings of the ancient Greeks, whose word it is ; which writings are extant in these days, and easy to be had. Wherein you will find, that in and a little before the time of Alexander the Great, there lived in Greece many excellent wits, that employed their time in search of the truth in all manner of sciences worthy of their labour, and which to their great honour and applause published their writings ; some concerning justice, laws, and government, some concerning good and evil manners, some concerning the causes of things natural and of events discernible by sense, and some of all these subjects. And of the authors of these, the principal were Pythagoras, Plato, Zeno, Epicurus and Aristotle, men of deep and laborious meditation, and such as did not get their bread by their philosophy, but were able to live of their own, and were in honour with princes and other great personages. But these men, though above the rest in

wisdom, yet their doctrine in many points did disagree ; whereby it came to pass, that such men as studied their writings, inclined some to Pythagoras, some to Plato, some to Aristotle, some to Zeno, and some to Epicurus. But philosophy itself was then so much in fashion, as that every rich man endeavoured to have his children educated in the doctrine of some or other of these philosophers, which were for their wisdom so much renowned. Now those that followed Pythagoras, were called *Pythagoreans* ; those that followed Plato, *Academics* ; those that followed Zeno, *Stoics* ; those that followed Epicurus, *Epicureans* ; and those that followed Aristotle, *Peripatetics* ; which are the (99) names of heresy in Greek, which signifies no more but taking of an opinion ; and the said *Pythagoreans*, *Academics*, *Stoics*, *Peripatetics*, &c. were termed by the names of so many several heresies. All men, you know, are subject to error, and the ways of error very different ; and therefore it is no wonder if these wise and diligent searchers of the truth did, notwithstanding their excellent parts, differ in many points amongst themselves. But this laudable custom of great wealthy persons to have their children at any price to learn philosophy, suggested to many idle and needy fellows an easy and compendious way of maintenance ; which was to teach the philosophy, some of Plato, some of Aristotle, &c : whose books to that end they read over, but without capacity or much endeavour to examine the reasons of their doctrines, taking only the conclusions, as they lay. And setting up with this, they soon professed themselves philosophers, and got to be the school-masters to the youth of Greece. But by competition for such employment, they hated and reviled one another with all the bitter terms they could invent ; and very often, when upon occasion they were in civil company, fell first to disputation, and then to blows, to the great trouble of the company and their own shame. Yet amongst all their reproachful words, the name of heretic came never in, because they were all equally heretics, their doctrine not being theirs, but taken upon trust from the aforesaid authors. So that though we find heresy often mentioned in Lucian and other heathen authors, yet we shall not find in any of them *haereticus* for a heretic. And this disorder among the philosophers continued a long time in Greece, and infecting also the Romans, was at the greatest in the times of the apostles and in the primitive Church, till the time of the Nicene Council, and somewhat after. But at last the authority of the Stoics and Epicureans was not much esteemed, only Plato's and Aristotle's philosophy were much in credit ; Plato's with the better sort, that founded their doctrine upon the conceptions and ideas of things, and Aris-

totle's with those that reasoned only from the names of things, according to the scale of the *categories*. Nevertheless, there were always, though not new sects of philosophy, yet new opinions continually arising.

L. But how came the word heretic to be a reproach ?

P. Stay a little. After the death of our Saviour, his apostles and his disciples, as you know, dispersed themselves into several parts of the world to preach the Gospel, and converted much people, especially in Asia the Less, in Greece, and Italy, where they constituted many churches ; and as they travelled from place to place, left bishops to teach and direct those their converts, and to appoint presbyters under them to assist them therein, and to confirm them by setting forth the life and miracles of our Saviour, as they had received them from the writings of the apostles and evangelists ; whereby, and not by the authority of Plato, or Aristotle, or any other philosopher, they were to be instructed. Now you cannot doubt but that among so many heathens converted in the time of the apostles, there were men of all professions and dispositions, and some that had never thought of philosophy at all, but were intent upon their fortunes or their pleasures ; (101) and some that had a greater, some a less use of reason ; and some that had studied philosophy, but professed it not, which were commonly the men of the better rank ; and some had professed it only for their better abstinence, and had it not farther than readily to talk and wrangle ; and some were Christians in good earnest, and others but counterfeit, intending to make use of the charity of those that were sincere Christians, which in those times was very great. Tell me now, of these sorts of Christians, which was the most likely to afford the fittest men to propagate the faith by preaching and writing, or public or private disputation ; that is to say, who were fittest to be made presbyters and bishops.

L. Certainly those who, *caeteris paribus*, could make the best use of Aristotle's rhetoric and logic.

P. And who were the most prone to innovation ?

L. They that were most confident of Aristotle's and Plato's (their former masters) natural philosophy. For they would be the aptest to wrest the writings of the apostles and all Scriptures to the doctrines in which their reputation was engaged.

P. And from such bishops and priests and other sectaries it was, that heresy, amongst the Christians, first came to be a reproach. For no sooner had one of

them preached or published any doctrine that displeased either the most, or the most leading men of the rest, but it became such a quarrel as not to be decided but by a Council of the bishops in the province where they lived ; wherein he that would not submit to the general decree, was called a heretic, as one that would not relinquish the philosophy of his sect. The rest of the Council gave themselves the name of Catholics, and to their (102) Church the name of Catholic Church. And thus came up the opposite terms of catholic and heretic.

L. I understand how it came to be a reproach, but not how it follows that every opinion condemned by a Church that is, or calls itself catholic, must needs be an error or a sin. The Church of England denies that consequence, and that such doctrine as they hold cannot be proved to be erroneous but by the Scripture, which cannot err ; but the Church, being but men, may both err and sin.

P. In this case we must consider also that error, in its own nature, is no sin. For it is impossible for a man to err on purpose ; he cannot have an intention to err ; and nothing is sin unless there be a sinful intention : much less are such errors sins, as neither hurt the commonwealth nor any private man, nor are against any law positive or natural ; such errors as were those for which men were burnt, in the time when the Pope had the government of this Church.

L. Since you have told me how heresy came to be a name, tell me also how it came to be a crime ; and what were the heresies that first were made crimes.

P. Since the Christian Church could declare, and none else, what doctrines were heresies, but had no power to make statutes for the punishment of heretics before they had a Christian King, it is manifest that heresy could not be made a crime before the first Christian Emperor, which was Constantine the Great. In his time, one Arius, a priest of Alexandria, in dispute with his bishop publicly denied the divinity of Christ, and maintained it afterwards in the pulpit, which was the cause of a sedition and much bloodshed both of citizens and (103) soldiers in that city. For the preventing of the like for the time to come, the Emperor called a general Council of bishops to the city of Nice ; who being met, he exhorted them to agree upon a confession- of the Christian faith, promising that whatsoever they agreed on he would cause to be observed.

L. By the way, the Emperor, I think, was here a little too indifferent.

P. In this Council was established so much of the creed we now use and call the Nicene creed, as reacheth to the words, *I believe in the Holy Ghost*. The rest was established by the three general Councils next succeeding. By the words of which creed almost all the heresies then in being, and especially the doctrine of Arius, were condemned ; so that now all doctrines published by writing or by word, and repugnant to this confession of the first four general Councils, and contained in the Nicene creed, were, by the imperial law forbidding them, made crimes ; such as are that of Arius, denying the divinity of Christ ; that of Eutiches denying the two natures of Christ ; that of the Nestorians, denying the divinity of the Holy Ghost ; that of the Anthropomorphites, that of the Manichees, that of the Anabaptists, and many other.

L. What punishment had Arius ?

P. At the first, for refusing to subscribe, he was deprived and banished ; but afterwards having satisfied the Emperor concerning his future obedience (for the Emperor caused this confession to be made, not for the regard of truth of doctrine, but for the preserving of the peace, especially among his Christian soldiers, by whose valour he had gotten the empire, and by the same was (104) to preserve it), he was received again into grace, but died before he could repossess his benefice. But after the time of those Councils, the imperial law made the punishment for heresy to be capital, though the manner of the death was left to the prefects in their several jurisdictions ; and thus it continued till somewhat after the time of the Emperor Frederick Barbarossa. But the papacy having gotten the upper hand of the Emperor, brought in the use of burning both heretics and apostates ; and the Popes from time to time made heresies of many other points of doctrine (as they saw it conduce to the setting up of the chair above the throne), besides those determined in the Nicene creed, and brought in the use of burning ; and according to this papal law, there was an apostate burnt at Oxford, in the time of William the Conqueror, for turning Jew. But of a heretic burnt in England, there is no mention made till after the statute of 2 *Hen. IV*, whereby some followers of Wicliff, called Lollards, were afterwards burned ; and that for such doctrines as by the Church of England, ever since the first year of Queen Elizabeth, have been approved for godly doctrines, and no doubt were godly then. And so you see how many have been burnt for godliness.

L. It was not well done. But it is no wonder we read of no heretics before the time of Henry IV : for in the preamble to that statute it is intimated, that before those Lollards there never was any heresy in England.

P. I think so too ; for we have been the tamest nation to the Pope of all the world. But what statutes concerning heresy have there been made since?

L. The statute of 2 *Hen.* V, c.7, which adds to (105) the burning the forfeiture of lands and goods ; and then no more till the 25 *Hen.* VIII, c.14, which confirms the two former, and giveth some new rules concerning how they shall be proceeded with. But by the statute of 1 *Edw.* VI, c.12, all acts of Parliament formerly made to punish any manner of doctrine concerning religion, are repealed. For therein it is ordained, after divers Acts specified, that all and every other Act or Acts of Parliament concerning doctrine or matters of religion, and all and every branch, article, sentence, and matter, pains and forfeitures contained, mentioned, or anywise declared in the same Acts of Parliament or statutes, shall be from henceforth repealed, utterly void, and of none effect. So that in the time of King Edward VI, not only all punishments of heresy were taken away, but also the nature of it was changed to what originally it was, a private opinion. Again, in 2 *Phil. & M.*, those former statutes of 2 *Hen.* IV, c.15, 2 *Hen.* V, c.17, 25 *Hen.* VIII, c.14, are revived ; and the branch of 1 *Edw.* VI, c.12, touching doctrine, though not specially named, seemeth to be this, that the same statute confirmeth the statute of 25 *Edw.* III, concerning treasons. Lastly, in the first year of Queen *Elizabeth*, c. 1, the aforesaid statutes of Queen *Mary* are taken away, and thereby the statute of 1 *Edw.* VI, c. 12, revived ; so as there was no statute left for the punishment of heretics. But Queen *Elizabeth* by the advice of her Parliament gave a commission, which was called the High Commission, to certain persons, amongst whom were very many of the bishops, to declare what should be heresy for the future, but with a restraint that they should judge (106) of heresy, nothing to be heresy, but what had been so declared in the first four general Councils.

P. From this which you have showed me, I think we may proceed to the examination of the learned Sir Edward Coke concerning heresy. In his chapter of heresy, 3 *Inst.* p. 40, he himself confesseth that no statute against heresy stood then in force, when in the 9th year of King James, Bartholomew Legat was burnt for Arianism ; and that from the authority of the act of 2 *Hen.* IV, c. 15, and other acts cited in the margin, it may be gathered that the diocesan hath the jurisdiction

of heresy. This I say is not true : for as to acts of Parliament, it is manifest, that from acts repealed, that is to say, from things that have no being, there can be gathered nothing. And as to the other authorities in the margin, Fitzherbert and the Doctor and Student, they say no more than what was law in the time when they writ ; that is, when the Pope's usurped authority was here obeyed. But if they had written this in the time of King Edward VI or Queen Elizabeth, Sir Edward Coke might as well have cited his own authority, as theirs ; for their opinions had no more the force of laws than his. Then he cites this precedent of Legat, and another of Hammond in the time of Queen Elizabeth ; but precedents prove only what was done, and not what was well done. What jurisdiction could the diocesan then have of heresy, when by the statute of *Edw. VI*, c. 12, then in force, there was no heresy, and all punishment for opinions was forbidden ? For heresy is a doctrine contrary to the determination of the Church ; but then the Church had not determined any thing at all concerning heresy.

(107) **L.** But seeing the high-commissioners had power to correct and amend heresies, they must have power to cite such as were accused of heresy to appear before them ; or else they could not execute their commission.

P. If they had first made and published a declaration of what articles they made heresy, that when one man heard another speak against their declaration, he might thereof inform the commissioners, then indeed they had had power to cite and imprison the person accused. But before they can know what should be heresy, how was it possible that one man should accuse another ? And before he be accused, how can he be cited ?

L. Perhaps it was taken for granted, that whatsoever was contrary to any of the four first general Councils, was to be judged heresy.

P. That granted, yet I see not how one man might accuse another any the better for those Councils. For not one man of ten thousand had ever read them, nor were they ever published in English, that a man might avoid offending against them ; nor perhaps are they extant. Nor if those that we have printed in Latin, are the very acts of the Councils, which is yet much disputed amongst divines, do I think it fit they were put in the vulgar tongues. But it is not likely that the makers of the statutes had any purpose to make heresy of whatsoever was repugnant to those four general Councils. For if they had, I believe the Anabaptists, of which

there was great plenty in those times, would one time or other have been questioned upon this article of the Nicene Creed, *I believe one baptism for the remission of sins*. Nor was the (108) commission itself for a long time after registered, that men might in such uncertainty take heed and abstain, for their better safety, from speaking of religion anything at all. But by what law was this heretic Legat burnt ? I grant he was an Arian, and his heresy contrary to the determination of the Church of England, in the highest points of Christianity. But seeing there was no statute-law to burn him, and no penalty forbidding, by what law, by what authority was he burnt ?

L. That this Legat was accused of heresy, was no fault of the high-commissioners ; but when he was accused, it had been a fault in them not to have examined him, or having examined him and found him an Arian, not to have judged him so, or not to have certified him so. All this they did, and this was all that belonged unto them ; they meddled not with his burning, but left him to the secular power to do with him what they pleased.

P. Your justification of the commissioners is nothing to the question. The question is by what law was he burnt ? The spiritual-law gives no sentence of temporal punishment ; and Sir Edward Coke confesseth that he could not be burned ; and burning being forbidden by statute-law, by what law then was he burned ?

L. By the common-law.

P. What is that ? It is not custom. For before the time of Henry IV, there was no such custom in England ; for if there had, yet those laws that came after were but confirmations of the custom, and therefore the repealing of those laws was a repealing of the custom. For when King Edward VI and Queen Elizabeth abolished those statutes, (109) they abolished all pains, and consequently burning, or else they had abolished nothing. And if you will say he was burnt by the law of reason, you must tell me how there can be proportion between doctrine and burning ; there can be no equality, nor majority, nor minority assigned between them. The proportion that is between them, is the proportion of the mischief which the doctrine maketh, to the mischief to be inflicted on the doctor ; and this is to be measured only by him that hath the charge of governing the people ; and conse-

quently the punishing of offences can be determined by none but by the King, and that, if it extend to life or member, with the assent of Parliament.

L. He does not draw any argument for it from reason, but allegeth for it this judgment executed upon Legat, and a story out of Holinshed and Stow. But I know that neither history nor precedent will pass with you for law. And though there be a writ de *haeretico comburendo* in the register, as you may read in Fitzherbert, grounded upon the statutes of 2 *Hen.* IV, c.15, and 2 *Hen.* V, c.7 ; yet seeing those statutes are void, you will say the writ is also void.

P. Yes, indeed will I. Besides this, I understand not how that it is true that he saith, that the diocesan hath jurisdiction of heresy, and that so it was put in use in all Queen Elizabeth's reign ; whereas by the statute it is manifest, that all jurisdiction spiritual was given under the Queen to the high-commissioners. How then could any one diocesan have any part thereof without deputation from them, which by their letters-patent they could not grant ? Nor was it reasonable they should ; for the trust (110) was not committed to the bishops only, but also to divers lay persons, who might have an eye upon their proceedings, lest they should encroach upon the power temporal. But at this day there is neither statute nor any law to punish doctrine, but the ordinary power ecclesiastical, and that according to the canons of the Church of England, only authorized by the King, the high-commission being long since abolished. Therefore let us come now to such causes criminal as are not capital.

L. The greatest offence not capital, is that which is done against the statute of provisors.

P. You have need to expound this.

L. This crime is not unlike to that for which a man is outlawed, when he will not come in and submit himself to the law ; saving that in outlawries there is a long process to precede it, and he that is outlawed is put out of the protection of the law. But for the offence against the statute of provisors (which is called *praemunire facias*, from the words in the original writ), if the offender submit not himself to the law within the space of two months after notice, he is presently an outlaw. And this punishment, if not capital, is equivalent to capital. For he lives secretly at the mercy of those that know where he is, and cannot, without the like peril to themselves, but discover him. And it has been much disputed, before the

time of Queen Elizabeth, whether he might not be lawfully killed by any man that would, as one might kill a wolf. It is like the punishment amongst the old Romans, of being barred the use of fire and water ; and like the great excommunication in the papacy, when a man might not eat nor drink with the offender without incurring the like penalty.

(111) **P.** Certainly the offence for which this punishment was first ordained was some abominable crime, or extraordinary mischief.

L. So it was. For the Pope, you know, from long before the Conquest, encroached every day upon the power temporal. Whatsoever could be made to seem to be *in ordine ad spiritualia*, was in every commonwealth claimed and haled to the jurisdiction of the Pope ; and for that end, in every country he had his court ecclesiastical, and there was scarce any cause temporal which he could not, by one shift or other, hook into his jurisdiction, in such sort as to have it tried in his own courts at Rome, or in France, or in England itself. By which means the King's laws were not regarded, judgments given in the King's courts were avoided, and presentations to bishoprics, abbeys, and other benefices, founded and endowed by the Kings and nobility of England, were bestowed by the Pope upon strangers, or such as with money in their purses could travel to Rome to provide themselves of such benefices. And suitably hereunto, when there was a question about a tithe, or a will, though the point were merely temporal, yet the Pope's court here would fetch them in, or else one of the parties would appeal to Rome. Against these injuries of the Roman Church, and to maintain the right and dignity of the Crown of England, Edward III made a statute concerning provisors, that is, such as provide themselves with benefices here from Rome. For in the twenty-fifth year of his reign he ordained, in a full Parliament, that the right of election of bishops, and right of advowsons and presentations, belonged to himself, and to the nobility that were the founders (112) of such bishoprics, abbeys, and other benefices. And he enacted further, that if any clerk which he or any of his subjects should present, should be disturbed by any such provisor, that such provisor or disturber should be attached by his body, and if convicted, lie in prison till he were ransomed at the King's will, and had satisfied the party grieved, renounced his title, and found sureties not to sue for it any further ; and that if they could not be found, then exponents should go forth to outlawry, and the profits of the benefice in the mean time be taken into the King's hands. And the same

statute is confirmed in the twenty-seventh year of King Edward III ; which statute alloweth to these provisors two months to appear : but if they appear before they be outlawed, they shall be received to make answer ; but if they render not themselves, they shall forfeit all their lands, goods, and chattels, besides that they stand outlawed. The same law is confirmed again by 16 *Rich. II* , c.5 ; in which is added, because these provisors obtained sometimes from the Pope, that such English bishops, as according to the law were instituted and inducted by the King's presentees, should be excommunicated, that for this also both they, and the receivers and publishers of such papal process, and the procurers, should have the same punishment.

P. Let me see the statute itself of 27 *Edw. III*.

L. It lies there before you, set down *verbatim* by Sir Edward Coke himself, both in English and French.

P. It is well. We are now to consider what it means, and whether it be well or ill interpreted by Sir Edward Coke. And first it appeareth by the (113) preamble, which Sir Edward Coke acknowledgeth to be the best interpreter of the statute, that this statute was made against the encroachments only of the Church of Rome upon the right of the King, and other patrons, to collate bishoprics and other benefices within the realm of England, and against the power of the courts spiritual to hold plea of controversies determinable in any of the courts of the King, or to reverse any judgment there given, as being things that tend to the disherison of the King and destruction of the common-law of the realm always used. Put the case now, that a man had procured the Pope to reverse a decree in chancery. Had he been within the danger of praemunire ?

L. Yes, certainly. Or if the judgment had been given in the Court of the Lord Admiral, or in any other King's court whatsoever, either of law or equity. For courts of equity are most properly courts of the common-law of England, because equity and common-law, as Sir Edward Coke says, are all one.

P. Then the word common-law is not in this preamble restrained to such courts only where the trial is by juries, but comprehends all the King's temporal courts, if not also the courts of those subjects that are lords of great manors.

L. It is very likely, yet I think it will not by every man be granted.

P. The statute also says, that they who draw men out of the realm in plea, whereof the cognizance pertaineth to the King's court, or of things whereof judgment is given in the King's court, are within the cases of prsemunire. But what if one (114) man draw another to Lambeth in plea, whereof judgment is already given at Westminster. Is he by this clause involved in a praemunire ?

L. Yes. For though it be not out of the realm, yet it is within the meaning of the statute ; because the Pope's court, not the King's court, was then perhaps at Lambeth.

P. But in Sir Edward Coke's time the King's court was at Lambeth, and not the Pope's.

L. You know well enough that the spiritual Court has no power to hold pleas of common-law.

P. I do so ; but I know not for what cause any simple man, that mistakes his right court, should be out of the King's protection, lose his inheritance and all his goods, personal and real, and if taken, be kept in prison all his life. This statute cannot be by Sir Edward Coke's torture made to say it. Besides, such men are ignorant in what courts they are to seek their remedy ; and it is a custom confirmed by perpetual usage, that such ignorant men should be guided by their counsel at law. It is manifest, therefore, that the makers of the statute intended not to prohibit men from suing for their right, neither in the Chancery, nor in the Admiralty, nor in any other court, except the Ecclesiastical courts, which had their jurisdiction from the Church of Rome. Again, where the statute says, "which do sue in any other court, or defeat a judgment in the King's court" : what is the meaning of another court ? Another court than what ? Is it here meant the King's Bench, or Court of Common Pleas ? Does a praemunire lie for every man that sues in Chancery for that which might be remedied in the Court of Common Pleas ? Or can (115) a praemunire lie by this statute against the Lord Chancellor ? The statute lays it only on the party that sueth, not upon the judge which holdeth the plea. Nor could it be laid, either by this statute or by the statute of 16 *Rich. II*, upon the judges, which were then punishable only by the Pope's authority. Seeing then the party suing has a just excuse upon the counsel of his lawyer, and the temporal judge and the lawyer both are out of the statute, the punishment of the praemunire can light upon nobody.

L. But Sir Edward Coke in this same chapter bringeth two precedents to prove, that though the spiritual courts in England be now the King's courts, yet whosoever sueth in them for any thing triable by the common-law, shall fall into a praemunire. One is, that whereas in the twenty-second year of *Hen. VIII* all the clergy of England in a convocation by public instrument acknowledged the King to be supreme head of the Church of England ; yet after this, viz. 24 *Hen. VIII*, this statute was in force.

P. Why not ? A convocation of the clergy could not alter the right of supremacy ; their courts were still the Pope's courts. The other precedent, in the twenty-fifth year of *Hen. VIII*, of the Bishop of Norwich, may have the same answer. For the King was not declared head of the Church by Act of Parliament till the twenty-sixth year of his reign. If he had not mistrusted his own law, he would not have laid hold on so weak a proof as these precedents. And as to the sentence of praemunire upon the Bishop of Norwich, neither doth this statute nor that other of Richard II warrant it. He was sentenced for threatening to excommunicate a man (116) which had sued another before the mayor. But this statute forbids not that, but forbids the bringing in or publishing of excommunications, or other process from Rome, or any other place. Before the twenty-sixth year of Henry VIII, there is no question but that for a suit in the spiritual court here in a temporal cause there lay a praemunire. And if perhaps some judge or other hath since that time judged otherwise, his judgment was erroneous.

L. Nay, but by the statute of 16 *Rich. II.* c.5, it appeareth to the contrary, as Sir Edward Coke here will show you. The effect, saith he, of the statute of Richard II is, that if any pursue, or cause to be pursued, in the Court of Rome or elsewhere, anything which toucheth the King, against him, his crown, or regality, or his realm, they, their notaries &c. shall be out of the King's protection.

P. I pray you let me know the very words of the statute as they lie.

L. Presently. The words are, *If any man purchase or pursue, or cause to be purchased or pursued, in the Court of Rome or elsewhere, any such translations, processes and sentences of excommunication, bulls, instruments, or any other things whatsoever, which touch the King, against him, his crown, and his regality, or his realm, as is aforesaid, &c.*

P. If a man bring a plea of common-law into the spiritual court, which is now the King's court, and the judge of this spiritual court hold plea thereof : by what construction can you draw it within the compass of the words you have now read ? To sue for my right in the King's court, is no pursuing of translations of bishoprics, made (117) or procured in the Court of Rome, or any place else, but only in the court of the King ; nor is this the suit against the King, nor his crown, nor his regality, nor his realm, but the contrary. Why then is it a praemunire ? No. He that brings in or setteth out a writing in any place whatsoever, wherein is contained, that the King hath so given away his jurisdiction, as that if a subject be condemned falsely, his submission to the King's judgment is of none effect ; or that the King upon no necessity whatsoever can out of Parliament-time raise money for the defence of the kingdom, is, in my opinion, much more within the statute of provisors, than they which begin suit for a temporal matter in a court spiritual. But what argument has he for this law of his, since the statute-law fails him, from the law of reason ?

L. He says, *they are called other courts, either because they proceed by the rules of other laws, as by the canon or civil law, or by other trials than the common-law doth warrant. For the trial warranted by the law of England for matter of fact, is by verdict of twelve men before the judges of the common-law, in matters pertaining to the common-law, and not upon examination of witnesses, as in the Court of Equity. So that alia curia is either that which is governed per aliam legem, or which draweth the party ad aliud examen. For if...*

P. Stop there. Let us consider of this you have read: *for the trial warranted by the law of England is by verdict of twelve men*. What means he here by the law of England ? Does it not warrant the trials in Chancery, and in the Court of Admiralty, by witnesses ?

L. By the law of England he means the law used in the King's Bench ; that is to say, the common-law.

P. This is just as if he had said, that two courts did warrant their own way of trial ; but other courts not so, but were warranted by the King : only the courts of common-law were warrants to themselves. You see that *alia curia* is this way ill expounded. In the courts of common-law all trials are by twelve men, who are judges of the fact ; and the fact know and proved, the judges are to pronounce the

law; but in the spiritual court, the Admiralty, and in all the courts of Equity, there is but one judge, both of fact and of law ; this is all the difference. If this difference be intended by the statute by *alia curia*, there would be a praemunire for suing in a court, being not the King's Court. The King's Bench and Court of Common Pleas may also be different kinds of courts, because the process is different. But it is plain that this statute doth not distinguish courts otherwise than into the courts of the King, and into the courts of the foreign states and princes. And seeing you stand upon the name of a jury for the distinguishing of courts, what difference do you find between the trials at the common-law, and the trials in other courts ? You know that in trials of fact naturally, and through all the world, the witnesses are judges, and it is impossible to be otherwise. What then in England can a jury judge of, except it be of the sufficiency of the testimony ? The justices have nothing to judge of or do, but after the fact is proved, to declare the law; which is not judgment, but jurisdiction. Again, though (119) the trial be in Chancery, or in the Court of civil law, the witnesses are still judges of the fact, and he that hath the commission to hear the cause, hath both the parts, that is to say, of a jury to judge of the testimony, and of a justice to declare the law. In this, I say, lies all the difference : which is indeed enough to make a dispute (as the world goes) about jurisdiction ! But seeing it tends neither to the disherison of the King, nor of the people, nor to the subversion of the law of reason, that is of common-law, nor to the subversion of justice, nor to any harm of the realm, without some of which these statutes are not broken ; it cannot be a praemunire.

L. Let me read on. *For if the freehold, inheritances, goods and chattels, debts and duties, wherein the King and subject have right and property by the common-law, should be judged per aliam legem, or be drawn ad aliud examen, the three mischiefs afore expressed would follow ; viz. the destruction of the King and his crown, the disherison of his people, and the undoing and destruction of the common-law always used.*

P. That is to say, of the law of reason. From hence it follows, that where there are no juries, and where there are different laws from ours, that is to say, in all the world besides, neither King nor people have any inheritance, nor goods, nor any law of reason. I will examine his doctrine concerning cases criminal no further. He nowhere defineth a crime, that we may know what it is : an odious name sufficeth him to make a crime of any thing. He hath put heresy among the most odi-

ous crimes, not knowing what it signifies ; and (120) upon no other cause, but because the Church of Rome, to make their usurped power the more terrible, had made it, by long preaching against it, and cruelty shown towards many godly and learned men of this and other reformed Churches, appear to common people a thing detestable. He puts it in as a plea of the crown in the time of Queen Elizabeth ; whereas in her time there was no doctrine heresy. But Justice Stamford leaves it out, because, when heresy was a crime, it was a plea of the mitre. I see also in this catalogue of causes criminal, he inserteth costly feeding, costly apparel, and costly building, though they were contrary to no statute. It is true, that by evil circumstances they become sins ; but these sins belong to the judgment of the pastors spiritual. A justice of the temporal law (seeing the intention only makes them sins) cannot judge whether they be sins or no, unless he have power to take confessions. Also he makes flattery of the King to be a crime. How could he know when one man had flattered another ? He meant therefore that it was a crime to please the King : and accordingly he citeth divers calamities of such as had been in times past in great favour of the Kings they served ; as the favourites of Henry III, Edward II, Richard II, Henry VI ; which favourites were some imprisoned, some banished, and some put to death by the same rebels that imprisoned, banished, and put to death the same King, upon no better ground than the Earl of Strafford, the Archbishop of Canterbury, and King Charles the First, by the rebels of that time. Empson and Dudley were no favourites of Henry the (121) seventh, but sponges, which King Henry the eighth did well squeeze. Cardinal Wolsey was indeed for divers years a favourite of Henry the eighth, but fell into disgrace, not for flattering the King, but for not flattering him in the business of divorce from Queen Katherine. You see his reasoning here ; see also his passion in the words following: we will for some causes descend no lower : *Qui eorum vestigiis insistent, eorum exitus perhorrescant*. This is put in for the favourite, that then was, of King James. But let us give over this, and speak of the legal punishments to these crimes belonging.

And in the first place I desire to know who it is of punishment. that hath the power, for an offence committed, to define and appoint the special manner of punishment. For I suppose you are not of the opinion of the Stoics in old time, that all faults are equal, and that there ought to be the same punishment for killing a man, and for killing a hen.

L. The manner of punishment in all crimes whatsoever, is to be determined by the common-law. That is to say, if it be a statute that determines it, then the judgment must be according to the statute ; if it be not specified by the statute, then the custom in such cases is to be followed : but if the case be new, I know not why the judge may not determine it according to reason.

P. But according to whose reason ? If you mean the natural reason of this or that judge authorized by the King to have cognizance of the cause, there being as many several reasons, as there are several men, the punishment of all crimes will be uncertain, and none of them ever grow up to make a custom. Therefore a punishment certain can never (122) be assigned, if it have its beginning from the natural reasons of deputed judges ; no, nor from the natural reason of the supreme judge. For if the law of reason did determine punishments, then for the same offences there should be, through all the world and in all times, the same punishments ; because the law of reason is immutable and eternal.

L. If the natural reason neither of the King, nor of any else, be able to prescribe a punishment, how can there be any lawful punishment at all ?

P. Why not ? For I think that in this very difference between the rational faculties of particular men, lieth the true and perfect reason that maketh every punishment certain. For, but give the authority of defining punishments to any man whatsoever, and let that man define them, and right reason has defined them, suppose the definition be both made, and made known before the offence committed. For such authority is to trump in card playing, save that in matter of government, when nothing else is turned up, clubs are trumps. Therefore seeing every man knoweth by his own reason what actions are against the law of reason, and knoweth what punishments are by this authority for every evil action ordained ; it is manifest reason, that for breaking the known laws he should suffer the known punishments. Now the person to whom this authority of defining punishments is given, can be no other, in any place of the world, but the same person that hath the sovereign power, be it one man or one assembly of men. For it were in vain to give it to any person that had not the power of the militia to cause it to be executed ; for no less power can do it, when many offenders (123) be united and combined to defend one another. There was a case put to King David by Nathan, of a rich man that had many sheep, and of a poor man that had but one, which was a tame lamb : the rich man had a stranger in his house, for whose entertainment,

to spare his own sheep he took away the poor man's lamb. Upon this case the King gave judgment, "Surely the man that hath done this shall die." What think you of this ? Was it a royal, or tyrannical judgment ?

L. I will not contradict the canons of the Church of England, which acknowledge the King of England within his own dominions hath the same rights, which the good Kings of Israel had in theirs ; nor deny King David to have been one of those good Kings. But to punish with death without a precedent law, will seem but a harsh proceeding with us, who unwillingly hear of arbitrary laws, much less of arbitrary punishments, unless we were sure that all our Kings would be as good as David. I will only ask you, by what authority the clergy may take upon them to determine or make a canon concerning the power of their own King, or to distinguish between the right of a good and an evil King.

P. It is not the clergy that make their canons to be law, but it is the King that doth it by the great seal of England ; and it is the King that giveth them power to teach their doctrines, in that, that he authorized them publicly to teach and preach the doctrine of Christ and his apostles, according to the Scriptures, wherein this doctrine is perspicuously contained. But if they had derogated from the royal power in any of their doctrines published, (124) then certainly they had been to blame ; nay, I believe that they had been more within the statute of praemunire of 16 Rich. II, c. 5, than any judge of a Court of Equity for holding pleas of common-law. I cite not this precedent of King David, as approving the breach of the great charter, or justifying the punishment with loss of life or member, of every man that shall offend the King ; but to show you that before the charter was granted, in all cases where the punishments were not prescribed, it was the King only that could prescribe them ; and that no deputed judge could punish an offender but by force of some statute, or by the words of some commission, and not *ex officio*. They might for a contempt of their courts, because it is a contempt of the King, imprison a man during the King's pleasure, or fine him to the King according to the greatness of the offence : but all this amounteth to no more, than to leave him to the King's judgment. As for cutting off of ears, and for the pillory, and the like corporal punishments usually inflicted heretofore in the Star-chamber, they were warranted by the statute of Hen. VII, that giveth them power to punish sometimes by discretion. And generally it is a rule of reason, that every judge of crimes, in case the positive law appoint no punishment, and he have no

other command from the King, then do consult the King before he pronounce sentence of any irreparable damage on the offender: for otherwise he doth not pronounce the law, which is his office to do, but makes the law, which is the office of the King. And from this you may collect, that the custom of punishing such and such a crime, in such and such a manner, hath not the force of (125) law in itself, but from an assured presumption that the original of the custom was the judgment of some former King. And for this cause the judges ought not to run up, for the customs by which they are warranted, to the time of the Saxon Kings, nor to the time of the Conquest. For the most immediate antecedent precedents are the fairest warrants of their judgments ; as the most recent laws have commonly the greatest vigour, as being fresh in the memory of all men, and tacitly confirmed, because not disapproved, by the sovereign legislator. What can be said against this ?

L. Sir Edward Coke, (3 *Inst.* p. 210), in the chapter of judgments and executions, saith, that of judgments some are by the common-law, some by statute-law, and some by custom ; wherein he distinguisheth common-law both from statute-law and from custom.

P. But you know, that in other places he makes the common-law, and the law of reason, to be all one ; as indeed they are, when by it is meant the King's reason. And then his meaning in this distinction must be, that there be judgments by reason without statute-law, and judgments neither by statute-law nor by reason, but by custom without reason. For if a custom be reasonable, then, both he and other learned lawyers say, it is common-law ; and if unreasonable, no law at all.

L. I believe Sir Edward Coke's meaning was no other than yours in this point, but that he inserted the word *custom*, because there be not many that can distinguish between customs reasonable and unreasonable.

P. But custom, so far forth as it hath the force (126) of a law, hath more of the nature of a statute, than of the law of reason, especially where the question is not of lands and goods, but of punishments, which are to be defined only by authority. Now to come to particulars, what punishment is due by law for high-treason ?

L. To be drawn upon a hurdle from the prison to the gallows, and there to be hanged by the neck, and laid upon the ground alive, and have his bowels taken out

and burnt whilst he is yet living ; to have his head cut off, his body to be divided into four parts, and his head and quarters to be placed as the King shall assign.

P. Seeing a judge ought to give judgment according to the law, and that this judgment is not appointed by any statute, how does Sir Edward Coke warrant it by reason, or how by custom ?

L. Only thus : reason it is, that his body, lands, goods, posterity, &c. should be torn, pulled asunder, and destroyed, that intended to destroy the majesty of government.

P. See how he avoids the saying the majesty of the King. But does not this reason make as much for punishing a traitor, as Mettius Fuffetius in old time was executed by Tullus Hostilius, King of Rome, or as Ravailac, not many years ago in France, who were torn in pieces by four horses, as it does for drawing, hanging, and quartering ?

L. I think it does. But he confirms it also in the same chapter, by holy Scripture. Thus Joab for treason (1 *Kings* ii. 28), was drawn from the horns of the altar ; that is proof for drawing upon a hurdle : *Esth.* ii.22 ; Bigthan for treason was hanged; there is proof for hanging: Acts i,8 ; Judas (127) hanged himself and his bowels were poured out ; there is for hanging and embowelling alive : 2 Sam. xviii. 14 ; Joab pierced Absalom's heart ; that is proof for pulling out a traitor's heart : 2 Sam. xx. 22 ; Sheba the son of Bichri had his head cut off ; which is proof that a traitor's head ought to be cut off : 2 Sam. iv. 12 ; they slew Baanah and Rechab, and hung up their heads over the pool of Hebron ; this is for setting up of quarters : and lastly for forfeiture of lands, and goods, Psalms cix. 9-15 : *Let their children be driven out, and beg, and other men make spoil of their labours, and let their memory be blotted out of the land.*

P. Learnedly said ; and no record is to be kept of the judgment. Also the punishments divided between those traitors, must be joined in one judgment for a traitor here.

L. He meant none of this, but intended (his hand being in) to show his reading, or his chaplain's, in the Bible.

P. Seeing then for the specifying of the punishment in case of treason, he brings no argument from natural reason, that is to say, from the common-law ;

and that it is manifest that it is not the general custom of the land, the same being rarely or never executed upon any peer of the realm, and that the King may remit the whole penalty, if he will : it follows, that the specifying of the punishment depends merely upon the authority of the King. But this is certain, that no judge ought to give other judgment, than has been usually given and approved either by a statute, or by consent express or implied of the sovereign power. For otherwise it is not the judgment of the law, but of a man subject to the law.

(128) **L.** petit treason the judgment is, to be drawn to the place of execution, and hanged by the neck ; or if it be a woman, to be drawn and burnt.

P. Can you imagine that this so nice a distinction can have any other foundation than the wit of a private man ?

L. Sir Edward Coke upon this place says, that she ought not to be beheaded or hanged.

P. No, not by the judge, who ought to give no other judgment than the statute or the King appoints; nor the sheriff to make other execution than the judge pronounceth ; unless he have a special warrant from the King. And this I should have thought he had meant, had he not said before, that the King had given away all his right of judicature to his courts of justice.

L. The judgment for felony is...

P. Heresy is before felony in the catalogue of the pleas of the Crown.

L. He has omitted the judgment against a heretic, because, I think, no jury can find heresy, nor no judge temporal did ever pronounce judgment upon it. For the statute of 2 *Hen.* V, c.7, was, that the bishop having convicted any man of heresy, should deliver him to the sheriff, and that the sheriff should believe the bishop. The sheriff therefore was bound by the statute of 2 *Hen.* IV, after he was delivered to him, to burn him ; but that statute being repealed, the sheriff could not burn him, without a writ *de heretico comburendo*, and therefore the sheriff burnt Legat (9 King James) by that writ, which was granted by the judges of the common-law at that time, and in that writ the judgment is expressed.

P. This is strange reasoning. When Sir Edward Coke knew and confessed, that the statutes upon which the writ *de haeretico comburendo* was grounded, were all repealed, how could he think the writ itself could be in force ? Or that the statute,

which repealeth the statutes for burning heretics, was not made with an intent to forbid such burning ? It is manifest he understood not his books of common-law. For in the time of Henry IV and Henry V, the word of the bishop was the sheriffs warrant, and there was need of no such writ ; no could be till the 25 *Hen. VIII*, when those statutes were repealed, and a writ made for that purpose and put into the register, which writ Fitzherbert cites in the end of his *Natura Brevium*. Again, in the latter end of the reign of Queen Elizabeth, was published a correct register of original and judicial writs, and the writ *de haeretico comburendo* left out ; because that statute of 25 *Hen. VIII*, and all statutes against heretics, were repealed, and burning forbidden. And whereas he citeth for the granting of this writ, in the ninth year of James I, the Lord Chief Justice, the Lord Chief Baron, and two Justices of the Common-Pleas, it is, as to all but the Lord Chief Justice, against the law. For neither the judges of Common-Pleas, nor of the Exchequer, can hold pleas of the Crown without special commission ; and if they cannot hold plea, they cannot condemn.

L. The punishment for felony is, that the felon be hanged by the neck till he be dead. And to prove that it ought to be so, he cites a sentence, from whence I know not, *Quod non licet felonem pro feloniam decollare*.

(130) **P.** It is not indeed lawful for the sheriff of his own head to do it, or to do otherwise than is commanded in the judgment, nor for the judge to give any other judgment than according to statute-law, or the usage consented to by the King ; but this hinders not the King from altering his law concerning judgments, if he see good cause.

L. The King may do so, if he please : and Sir Edward Coke tells you how he altered particular judgments in case of felony, and sheweth that judgment being given upon a lord in Parliament, that he should be hanged, he was nevertheless beheaded ; and that another lord had the like judgment for another felony, and was not hanged but beheaded : and withal he shows you the inconveniency of such proceeding, because, saith he, if hanging might be altered to beheading, by the same reason it might be altered to burning, stoning to death, &c.

P. Perhaps there might be inconveniency in it ; but it is more than I see, or he shows, nor did there happen any inconveniency from the execution he citeth : besides he granteth, that death, being *ultimum supplicium*, is a satisfaction to the

law. But what is all this to the purpose, when it belongeth not to consider such inconveniences of government but to the King and Parliament ? Or who, from the authority of a deputed judge, can derive a power to censure the actions of a King that hath deputed him ?

L. For the death of a man by misfortune, there is, he saith, no express judgment, nor for killing a man in one's own defence ; but he saith, that the law hath in both cases given judgment that he, that so killeth a man, shall forfeit all his goods and chattels, debts and duties.

P. If we consider what Sir Edward Coke saith (1 *Inst.* sec. 745), at the word *felony*, these judgments are very favourable ; for there he saith, that killing a man by chance medley, or se defendendo, is felony. His words are : "wherefore by the law at this day, under the word felony in commissions, &c. is included petite treason, murder, homicide, burning of houses, burglary, robbery, rape, &c. chance-medley, and se defendendo". But if we consider only the intent of him that killeth a man by misfortune or in his own defence, the same judgments will be thought both cruel and sinful judgments. And how they can be felony, at this day cannot be understood, unless there be a statute to make them so. For the statute of 25 *Hen.* III, c.25, the words whereof, "murder from henceforth shall not be judged before our justices, where it is found misfortune only, but it shall take place in such as are slain by felony, and not otherwise," make it manifest, if they be felonies, they must also be murders, unless they have been made felonies by some later statute.

L. There is no such later statute, nor is it to say in commission ; nor can a commission, or anything but another statute, make a thing felony that was not so before.

P. See what it is for a man to distinguish felony into several sorts, before he understands the general name of felony, what it meaneth. But that a man, for killing another man by misfortune only, without any evil purpose, should forfeit all his goods and chattels, debts and duties, is a very hard judgment, unless perhaps they were to be given to the kindred of the man slain, by way of amends for damage. (132) But the law is not that. Is it the common-law, which is the law of reason, that justifies this judgment, or the statute-law ? It cannot be called the law of reason, if the case be mere misfortune. If a man be upon his appletree to gather his

apples, and by ill-fortune fall down, and lighting on the head of another man, kill him, and by good fortune save himself ; shall he for this mischance be punished with the forfeiture of his goods to the King ? Does the law of reason warrant this ? He should, you will say, have looked to his feet ; that is true ; but so should he, that was under, have looked up to the tree. Therefore in this case the law of reason, as I think, dictates that they ought each of them to bear his own misfortune.

L. In this case I agree with you.

P. But this case is the true case of mere misfortune, and a sufficient reprehension of the opinion of Sir Edward Coke.

L. But what if this had happened to be done by one, that had been stealing apples upon the tree of another man ? Then, as Sir Edward Coke says (3 *Inst.* p. 56), it had been murder.

P. There is indeed great need of good distinction in a case of killing by misfortune. But in this case the unlawfulness of stealing apples cannot make it murder, unless the falling itself be unlawful. It must be a voluntary unlawful act that causeth the death, or else it is no murder by the law of reason. Now the death of the man that was under the tree, proceeded not from that, that the apples were not his that fell, but from the fall. But if a man shoot with a bow or a gun at another man's deer, and by misfortune kill a man, such (133) shooting being both voluntary and unlawful, and also the immediate cause of the man's death, may be drawn, perhaps well enough sometimes, to murder by a judge of the common-law. So likewise if a man shoot an arrow over a house, and by chance kill a man in the street, there is no doubt but by the law of reason it is murder : for though he meant no malice to the man slain, yet it is manifest that he cared not whom he slew. In this difficulty of finding out what it is that the law of reason dictates, who is it that must decide the question ?

L. In the case of misfortune, I think it belongs to the jury ; for it is matter of fact only. But when it is doubtful whether the action from which the misfortune came, were lawful or unlawful, it is to be judged by the judge.

P. But if the unlawfulness of the action, as the stealing of the apples, did not cause the death of the man ; then the stealing, be it trespass or felony, ought to be punished alone, as the law requireth.

L. But for the killing of a man *se defendendo*, the jury, as Sir Edward Coke here says, shall not in their verdict say it was *se defendendo*, but shall declare the manner of the fact in special, and clear it to the judge to consider how it is to be called, whether *se defendendo*, manslaughter, or murder.

P. One would think so ; for it is not often within the capacity of a jury, to distinguish the signification of the different hard names which are given by lawyers to the killing of a man : as murder and felony, which neither the laws, nor the makers of the laws, have yet defined. The witnesses say, that thus and thus the person did, but not that it was murder or felony ; no more can (134) the jury say, who ought to say nothing but what they hear from the witnesses or from the prisoner. Nor ought the judge to ground his sentence upon anything else besides the special matter found, which, according as it is contrary or not contrary to the statute, ought to be pronounced.

L. But I have told you, that when the jury has found misfortune or *se defendendo*, there is no judgment at all to be given, and the party is to be pardoned of course, saving that he shall forfeit his goods and chattels, debts and duties, to the King.

P. But I understand not how there can be a crime for which there is no judgment, nor how any punishment can be inflicted without a precedent judgment, nor upon what ground the sheriff can seize the goods of any man, till it be judged that they be forfeited. I know that Sir Edward Coke saith, that in the judgment of hanging, the judgment of forfeiture is implied, which I understand not ; though I understand well enough, that the sheriff by his office may seize the goods of a felon convicted ; much less do I conceive how the forfeiture of goods can be implied in a no-judgment ; nor do I conceive, that when the jury has found the special manner of the fact to be such as is really no other than *se defendendo*, and consequently no fault at all, why he should have any punishment at all. Can you show me any reason for it ?

L. The reason lies in the custom.

P. You know that unreasonable customs are not law, but ought to be abolished ; and what custom is there more unreasonable, than that a man should be punished without a fault ?

L. Then see the statute of 24 *Hen. VIII.* c. 5.

(135) **P.** I find here, that at the making of this statute there was a question amongst the lawyers, in case one man should kill another, that attempted feloniously to rob or murder him in or near any common highway, courtway, horseway, or footway, or in his mansion, messuage, or dwelling place ; whether for the death of such a man one shall forfeit his goods and chattels, as a man should do for killing another by chance medley or in his own defence. This is the preamble, and penned as well as Sir Edward Coke could have wished. But this statute does not determine that a man should forfeit his goods for killing a man *se defendendo*, or for killing him by misfortune ; but supposeth it only upon the opinion of the lawyers that then were. The body of the statute is, that if a man be indicted or appealed for the death of such person so attempting as aforesaid, and the same by verdict be so found and tried, he shall not forfeit anything, but shall be discharged as if he had been found not guilty. You see the statute; now consider thereby, in the case of killing *se defendendo*. First, if a man kill another in his own defence, it is manifest that the man slain did either attempt to rob, or to kill, or to wound him ; for else it were not done in his own defence. If then it were done in the street, or near the street, as in a tavern, he forfeits nothing, because the street is a highway. So likewise it is to be said of all other common-ways. In what place therefore can a man kill another in his own defence, but that this statute will discharge him of the forfeiture ?

L. But the statute says the attempt must be felonious.

P. When a man assaults me with a knife, sword, (136) club or other mortal weapon, does any law forbid me to defend myself, or command me to stay so long as to know whether he have a felonious intent, or no ? Therefore by this statute, in case it be found *se defendendo*, the forfeiture is discharged; if it be found otherwise, it is capital. If we read the statute of *Glocester, cap. 9*, I think it will take away the difficulty. For by that statute, in case it be found by the country that he did it in his own defence or by misfortune, then by the report of the justices to the King, the King shall take him to his grace, if it please him. From whence it followeth, first, that it was then thought law, that the jury may give the general verdict of *se defendendo* ; which Sir Edward Coke denies. Secondly, that the judge ought to report especial matter to the King. Thirdly, that the King may take him to his grace, if he please ; and consequently, that his goods are not to be seized, till the King, after the report of the judge heard, give the sheriff command

to do it. Fourthly, that the general verdict of the King hinders not the King but that he may judge of it upon the special matter ; for it often happens that an ill-disposed person provokes a man with words or otherwise, on purpose to make him draw his sword, that he may kill him, and pretend it done in his own defence ; which appearing, the King may, without any offence to God, punish him, as the cause shall require. Lastly, contrary to the doctrine of Sir Edward Coke, he may in his own person be judge in the case, and annul the verdict of the jury ; which a deputed judge cannot do.

L. There be some cases wherein a man, though by the jury he be found not guilty, shall nevertheless (137) forfeit his goods and chattels to the King. For example ; a man is slain, and one A, hating B, giveth out that it was B that slew him ; B hearing thereof, fearing if he be tried for it, that through the great power of A, and others that seek his hurt, he should be condemned, flieth, and afterwards is taken and tried ; and upon sufficient evidence is by the jury found not guilty ; yet because he fled, he shall forfeit his goods and chattels, notwithstanding there be no such judgment given by the judge, nor appointed by any statute ; but the law itself authoriseth the sheriff to seize them to the use of the King.

P. I see no reason (which is common-law) for it, and am sure it is grounded upon no statute.

L. See Sir Edward Coke, I *Inst.* s.709, and read.

P. "If a man that is innocent be accused of felony, and for fear flieth for the same ; albeit that he be judicially acquitted of the felony, yet if it be found that he fled for the same, he shall, notwithstanding his innocence, forfeit all his goods and chattels, debts and duties." O unchristian and abominable doctrine ! which also he in his own words following contradicteth : "for," saith he, "as to the forfeiture of them, the law will admit no proof against the presumption of the law grounded upon his flight, and so it is in many other cases : but that the general rule is, *Quod stabitur praesumptioni, donec probetur in contrarium* ; but you see it hath many exceptions." This general rule contradicts what he said before ; for there can be no exceptions to a general rule in law, that is not expressly made an exception by some statute, and to a general rule of equity there can be no exception at all.

From the power of punishing, let us proceed to the power of pardoning.

L. Touching the power of pardoning, Sir Edward Coke says, (3 *Inst.* p. 236), that no man shall obtain charter of pardon out of Parliament ; and cites for it the statute of 2 *Edw. III*, c. 2 ; and says further, that accordingly in a Parliament roll it is said, that for the peace of the land it would help that no pardon were granted but by Parliament.

P. What lawful power would he have left to the King, that thus disableth him to practise mercy ? In the statute which he citeth, to prove that the King ought not to grant charters of pardon but in Parliament, there are no such words, as any man may see ; for that statute is in print ; and that which he says is in the Parliament roll, is but a wish of he tells not whom, and not a law ; and it is strange that a private wish should be enrolled among acts of Parliament. If a man do you an injury, to whom, think you, belongeth the right of pardoning it ?

L. Doubtless to me alone, if to me alone be done that injury ; and to the King alone, if to him alone be done the injury ; and to both together, if the injury be done to both.

P. What part then has any man in the granting of a pardon, but the King and the party wronged. If you offend no member of either House, why should you ask their pardon ? It is possible that a man may deserve a pardon ; or he may be such a one sometimes as the defence of the kingdom hath need of. May not the King pardon him, though there be no Parliament then sitting ? Sir Edward Coke's law is too general in this point ; and I believe, if he (139) had thought on it, he would have excepted some or pardoning persons, if not all the King's children and his heir apparent ; and yet they are all his subjects, and subject to the law as other men.

L. But if the King shall grant pardons of murder and felony of his own head, there would be very little safety for any man, either out of his house or in it, either by night or by day. And for that very cause there have been many good statutes provided, which forbid the justices to allow of such pardons as do not specially name the crime.

P. Those statutes, I confess, are reasonable, and very profitable, which forbid the judge to pardon murders. But what statute is there that forbids the King to do it ? There is a statute of 13 *Rich. II*, c. 1, wherein the King promiseth not to pardon murder ; but there is in it a clause for the saving of the King's regality. From

which may be inferred that the King did not grant away that power, when he thought good to use it for the commonwealth. Such statutes are not laws to the King, but to his judges, and though the judges be commanded by the King not to allow pardons in many cases, yet if the King by writing command the judges to allow them, they ought to do it. I think, if the King think in his conscience it be for the good of the commonwealth, he sinneth not in it : but I hold not that the King may pardon him without sin, if any other man be damnified by the crime committed, unless he cause reparation to be made as far as the party offending can do it. And howsoever, be it sin or not sin, there is no power in England that may resist him or speak evil of him lawfully.

(140) **L.** Sir Edward Coke denies not that ; and upon that ground it is that the King, he says, may pardon high-treason ; for there can be no high-treason but against the King.

P. That is well ; therefore he confesseth, that whatsoever the offence be, the King may pardon so much of it as is an injury to himself, and that by his own right, without breach of any law positive or natural, or of any grant, if his conscience tell him that it be not to the damage of the commonwealth ; and you know that to judge of what is good or evil to the commonwealth, belongeth to the King only. Now tell me, what it is which is said to be pardoned ?

L. What can it be, but only the offence ? If a man hath done a murder, and be pardoned for the same, is it not the murder that is pardoned ?

P. Nay, by your favour, if a man be pardoned for murder or any other offence, it is the man that is pardoned ; the murder still remains murder. But what is pardon ?

L. Pardon, as Sir Edward Coke says, (3 *Inst.* p.233), is derived of *per* and *dono*, and signifies thoroughly to remit.

P. If the King remit the murder, and pardon not the man that did it, what does the remission serve for ?

L. You know well enough that when we say a murder, or any thing else, is pardoned, all English-men understand thereby, that the punishment due to the offence is the thing remitted.

P. But for our understanding of one another, you ought to have said so at first. I understand now, that to pardon murder or felony is thoroughly (141) to save the offender from all the punishment due unto him by the law for his offence.

L. Not so ; for Sir Edward Coke in the same chapter, p. 238, saith thus : "a man commits felony, and is attainted thereof, or is abjured ; the King pardoneth the felony without any mention of the attainder or abjuration : the pardon is void."

P. What is it to be attainted ?

L. To be attainted is, that his blood be held in law as stained and corrupted ; so that no inheritance can descend from him to his children, or to any that make claim by him.

P. Is this attaint a part of the crime or of the punishment ?

L. It cannot be a part of the crime, because it is none of his own act ; it is therefore a part of the punishment, viz. a disherison of the offender.

P. If it be a part of the punishment due, and yet not pardoned together with the rest, then a pardon is not a thorough remitting of the punishment, as Sir Edward Coke says it is. And what is abjuration ?

L. When a clerk heretofore was convicted of felony, he might have saved his life by abjuring the realm ; that is, by departing the realm within a certain time appointed, and taking an oath never to return. But at this day all statutes for abjuration are repealed.

P. That also is a punishment, and by a pardon of the felony pardoned, unless a statute be in force to the contrary. There is also somewhat in the statute of 13 *Rich. II*, c. 1, concerning the allowance of charters of pardons, which I understand not well. The words are these : "No charter of pardon for henceforth shall be allowed before our (142) justices for murder, or for the death of a man by await, or malice prepensed, treason, or rape of a woman, unless the same be specified in the same charter." For I think it follows thence, that if the King say in his charter that he pardoneth the murder, then he breaketh not the statute, because he specifies the offence : or if he saith he pardoneth the killing by await or of malice prepensed, he breaketh not the statute, he specifies the offence. Also if he say so much as that the judge cannot doubt of the King's meaning to pardon him, I think the judge ought to allow it, because the statute saveth the King's liberty and regality in that

point ; that is to say, the power to pardon him, such as are these words, "notwithstanding any statute to the contrary," are sufficient to cause the charter to be allowed ; for these words make it manifest that the charter was not granted upon surprise, but to maintain and claim the King's liberty and power to show mercy when he seeth cause. The like meaning have these words, *perdonavimus omnimodam interfectionem* ; that is to say, we have pardoned the killing, in what manner soever it was done. But here we must remember that the King cannot pardon, without sin, any damage thereby done to another man, unless he causes satisfaction to be made as far as the offender possibly can ; but he is not bound to satisfy men's thirst of revenge ; for all revenge ought to proceed from God, and under God from the King. Now, besides in charters, how are these offences specified ?

L. They are specified by their names, as treason, petite treason, murder, rape, felony, and the like.

P. Petite treason is felony, murder is felony ; so (143) is rape, robbery, and theft ; and, as Sir Edward Coke says, petite larceny is felony. Now if in a Parliament-pardon, or in a Coronation-pardon, all felonies be pardoned, whether is petite larceny pardoned, or not ?

L. Yes, certainly, it is pardoned.

P. And yet you see it is not specified ; and yet it is a crime that hath less in it of the nature of felony, than there is in robbery. Do not therefore rape, robbery, theft, pass under the pardon of all felonies ?

L. I think they are all pardoned by the words of the statute, but those that are by the same statute excepted ; so that specification is needful only in charters of pardon, but in general pardons not so. For the statute 13 *Rich. II*, c. 1, forbids not the allowance of Parliament-pardons, or Coronation-pardons ; and therefore the offences pardoned need not be specified, but may pass under the general word of *all felonies*. Nor is it likely that the members of the Parliament, who drew up their own pardons, did not mean to make them as comprehensive as they could. And yet Sir Edward Coke (1 *Inst.* sec. 745), at the word *felony*, seemeth to be of another mind. For piracy is one species of felony ; and yet when certain Englishmen had committed piracy in the last year of Queen Elizabeth, and came home into England in the beginning of the reign of King James, trusting to his coronation-pardon of all felonies, they were indicted (Sir Edward Coke was then Attorney-

general) of the piracy before commissioners, according to the statute of 28 *Hen. VIII*, and being found guilty were hanged. The reason he allegeth for it is, that it (144) ought to have been specified by the name of piracy in the pardon, and therefore the pardon was not to be allowed.

P. Why ought it to have been specified more than any other felony ? He should therefore have drawn his argument from the law of reason.

L. Also he does that ; for the trial, he says, was by the common-law, and before commissioners, not in the Court of the Lord Admiral, by the civil law ; therefore, he says, it was an offence whereof the common-law could not take any notice, because it could not be tried by twelve men.

P. If the common-law could not, or ought not, to take notice of such offences, how could the offenders be tried by twelve men, and found guilty, and hanged as they were ? If the common-law take no notice of piracy, what other offence was it for which they were hanged ? Is piracy two felonies, for one of which a man shall be hanged by the civil-law, and for the other by the common-law ? Truly I never read weaker reasoning in any author of the law of England, than in Sir Edward Coke's Institutes, how well soever he could plead.

L. Though I have heard him much reprehended by others as well as by you, yet there be many excellent things, both for subtilty and for truth, in these his Institutes.

P. No better things than other lawyers have, that write of the law as of a science. His citing of Aristotle, and of Homer, and of other books which are commonly read by gownmen, do, in my opinion, but weaken his authority ; for any man may do it by a servant. But seeing the whole scene of that time is gone and past, let us proceed to somewhat (145) else. Wherein doth an *Act of Oblivion* differ from a Parliament-pardon ?

L. This word Act of Oblivion was never in our law-books before the 12 *Car. II.* c.11, and I wish it may never come again ; but from whence it came, you may better know perhaps than I.

P. The first and only Act of Oblivion that ever passed into a law, in any state that I have read of, was that *amnestia* or *oblivion* of all quarrels between any of the citizens of Athens, at any time before that act, without all exception of crime

or person. The occasion whereof was this. The Lacedaemonians having totally subdued the Athenians, entered into the city of Athens, and ordained that the people should choose thirty people of their own city to have the sovereign power over them. These being chosen, behaved themselves so outrageously, as caused a sedition, in which the citizens on both sides were daily slain. There was then a discreet person that propounded to each of the parties this proposition, that every man should return to his own and forget all that was past ; which proposition was made, by consent on both sides, into a public act, which for that cause was called an *oblivion*. Upon the like disorder happening in Rome by the murder of Julius Caesar, the like act was propounded by Cicero, and indeed passed, but was within a few days after broken again by Marcus Antonius. In imitation of this act was made the act of 12 *Car. II. c.11*.

L. By this it seems, that the Act of Oblivion made by King Charles was no other than a Parliament-pardon, because it containeth a great number of exceptions, as the other Parliament-pardons do, and the act of Athens did not.

(146) **P.** But yet there is a difference between the late Act of Oblivion made here, and an ordinary Parliament-pardon. For concerning a fault pardoned in Parliament by a general word, a suit in law may arise about this, whether the offender be signified by the word or not, as whether the pardon of all felonies be a pardon of piracy or not. For you see by Sir Edward Coke's reports, that notwithstanding a pardon of felony, a sea-felony, when he was Attorney-General, was not pardoned. But by the late Act of Oblivion, which pardoned all manner of offences committed in the late civil war, no question could arise concerning crimes excepted. First, because no man can by law accuse another man of a fact, which by law is to be forgotten. Secondly, because all crimes may be alleged as proceeding from the licentiousness of the time, and from the silence of the law occasioned by the civil war, and consequently (unless the offender's person also were excepted, or unless the crime were committed before the war began) are within the pardon.

L. Truly I think you say right. For if nothing had been pardoned but what was done by the occasion of the war, the raising of the war itself had not been pardoned.

P. I have done with crimes and punishments; *meum* and *tuum* ; let us come now to the laws of *meum* and *teum*.

L. We must then examine the statutes.

P. We must so, what they command and forbid ; but not dispute of their justice. For the law of reason commands that every one observe the law which he hath assented to, and obey the person to whom he hath promised obedience and fidelity. (147) Then let us consider next the commentaries of Sir Edward Coke upon Magna Charta and other statutes. For the understanding of Magna Charta it will be very necessary to run up into ancient times, as far as history will give us leave, and consider not only the customs of our ancestors the Saxons, but also the law of nature, the most ancient of all laws, concerning the original of government and acquisition of property, and concerning courts of judicature. And first, it is evident that dominion, government, and laws, are far more ancient than history or any other writing, and that the beginning of all dominion amongst men was in families. In which, first, the father of the family by the law of nature was absolute lord of his wife and children : secondly, made what laws amongst them he pleased : thirdly, was judge of all their controversies : fourthly, was not obliged by any law of man to follow any counsel but his own : fifthly, what land soever the lord sat down upon and made use of for his own and his family's benefit, was his propriety by the law of first possession, in case it was void of inhabitants before, or by the law of war, in case they conquered it. In this conquest what enemies they took and saved, were their servants. Also such men as wanting possessions of lands, but furnished with arts necessary for man's life, came to dwell in the family for protection, became their subjects, and submitted themselves to the laws of the family. And all this is consonant, not only to the law of nature, but also to the practice of mankind set forth in history, sacred and profane.

L. Do you think it lawful for a lord, that is the (148) sovereign ruler of his family, to make war upon another sovereign lord, and dispossess him of his lands ?

P. It is lawful or not lawful, according to the intention of him that does it. For, first, being a sovereign ruler, he is not subject to any law of man ; and as to the law of God, where the intention is justifiable, the action is so also. The intention may be lawful in divers cases by the right of nature; one of those cases is, when he is constrained to it by the necessity of subsisting. So the children of Israel, besides that their leaders, Moses and Joshua, had an immediate command from God to dispossess the Canaanites, had also a just pretence to do what they did, from

the right of nature which they had to preserve their lives, being unable otherwise to subsist. And as their preservation, so also is their security a just pretence of invading those whom they have just cause to fear, unless sufficient caution be given to take away their fear: which caution, for anything I can yet conceive, is utterly impossible. Necessity and security are the principal justifications before God, of beginning war. Injuries received justify a war defensive ; but for reparable injuries, if reparation be tendered, all invasion upon that title is iniquity. If you need examples, either from Scripture or other history, concerning this right of nature in making war, you are able enough of your own reading to find them out at your leisure.

L. Whereas you say, that the lands so won by the sovereign lord of a family, are his in propriety, you deny, methinks, all property to the subjects, how much soever any of them have contributed to the victory.

(149) **P.** I do so ; nor do I see any reason to the contrary. For the subjects, when they come into the family, have no title at all to demand any part of the land, or anything else but security : to which also they are bound to contribute their whole strength, and, if need be, their whole fortunes. For it cannot be supposed that any one man can protect all the rest with his own single strength ; and for the practice, it is manifest, in all conquests the land of the vanquished is in the sole power of the victor, and at his disposal. Did not Joshua and the High-priest divide the land of Canaan in such sort among the tribes of Israel as they pleased ? Did not the Roman and Grecian princes and states, according to their own discretion, send out the colonies to inhabit such provinces as they had conquered ? Is there at this day among the Turks, any inheritor of land besides the Sultan ? And was not all the land in England once in the hands of William the Conqueror ? Sir Edward Coke himself confesses it. Therefore it is an universal truth, that all conquered lands, presently after victory, are the lands of him that conquered them.

L. But you know that all sovereigns are said to have a double capacity, viz. a natural capacity, as he is a man ; and a politic capacity, as a king. In his politic capacity, I grant you, that King William the Conqueror was the proper and only owner once of all the land in England ; but not in his natural capacity.

P. If he had them in his politic capacity, then they were so his own, as not to dispose of any part thereof but only to the benefit of his people ; and that must be

either by his own, or by the people's (150) discretion, that is, by Act of Parliament. But where do you find that the Conqueror disposed of his lands (as he did some to Englishmen, some to Frenchmen, and some to Normans, to be holden by divers tenures, as knight-service, soccage, &c.) by Act of Parliament ? Or that he ever called a Parliament, to have the assent of the Lords and Commons of England in disposing of those lands he had taken from them ? Or for retaining of such and such lands in his own hands, by the name of forrests, for his own recreation or magnificence ? You have heard perhaps that some lawyers, or other men reputed wise and good patriots, have given out that all the lands which the Kings of England have possessed, have been given them by the people, to the end that they should therewith defray the charges of their wars, and pay the wages of their ministers ; and that those lands were gained by the people's money. For that was pretended in the late civil war, when they took from the King his town of Kingston-upon-Hull. But I know you do not think that the pretence was just. It cannot therefore be denied but that the lands, which King William the Conqueror gave away to Englishmen and others, and which they now hold by his letters-patent and other conveyances, were properly and really his own, or else the titles of them that now hold them, must be invalid.

L. I assent. As you have showed me the beginning of monarchies, so let me hear your opinion concerning their growth.

P. Great monarchies have proceeded from small families. First, by war, wherein the victor not only enlarged his territory, but also the number (151) and riches of his subjects. As for the other forms or the laws of commonwealths, they have been enlarged other ways. First, by a voluntary conjunction of many lords of families into one great aristocracy. Secondly, from rebellion proceeded first anarchy, and from anarchy proceeded any form that the calamities of them that lived therein did prompt them to ; whether it were, that they chose an hereditary King, or an elective King for life ; or that they agreed upon a council of certain persons, which is *aristocracy* ; or a council of the whole people to have the sovereign power, which is *democracy*. After the first manner, which is by war, grew up all the greatest kingdoms in the world, viz. the Egyptian, Assyrian, Persian, and the Macedonian monarchy ; and so did the great kingdoms of England, France, and Spain. The second manner, was the original of the Venetian Aristocracy. By the the third way, which is rebellion, grew up divers great monarchies, perpetually

changing from one form to another : as in Rome, rebellion against Kings produced democracy, upon which the senate usurped under Sylla, and the people again upon the senate under Marius, and the Emperor usurped upon the people under Caesar and his successors.

L. Do you think the distinction between natural and politic capacity is insignificant ?

P. No. If the sovereign power be in an assembly of men, that assembly, whether it be *aristocratical* or *democratical*, may possess lands ; but it is in their politic capacity : because no natural man has any right to those lands, or any part of them. In the same manner, they can command an act by plurality of commands ; but the command of (152) any one of them is of no effect. But when the sovereign power is in one man, the natural and politic capacity are in the same person, and as to possession of lands, undistinguishable. But as to the acts and commands, they may be well distinguished in this manner. Whatsoever a monarch does command or do, by consent of the people of his kingdom, may properly be said to be done in his politic capacity ; and whatsoever he commands by word of mouth only, or by letters signed with his hand, or sealed with any of his private seals, is done in his natural capacity. Nevertheless, his public commands, though they be made in his politic capacity, have their original from his natural capacity. For in the making of laws, which necessarily requires his assent, his assent is natural. Also those acts which are done by the King previously to the passing of them under the Great Seal of England, either by word of mouth, or warrant under his signet or private seal, are done in his natural capacity; but when they have passed the Seal of England, they are to be taken as done in his politic capacity.

L. I think verily your distinction is good. For natural capacity and politic capacity signify no more than private and public right. Therefore, leaving this argument, let us consider in the next place, as far as history will permit, what were the laws and customs of our ancestors.

P. The Saxons, as also all the rest of Germany not conquered by the Roman Emperors nor compelled to use the imperial laws, were a savage and heathen people, living only by war and rapine, and as some men learned in the Roman antiquities affirm, had their name of Germans from that their (153) ancient trade of life, as if *Germans* and *hommes de guerre* were all one. Their rule over their fam-

ily, servants, and subjects, was absolute ; their laws, no other than natural equity ; written law they had little or none ; and very few there were in the time of the Caesars that could write or read. The right to the government was either paternal, or by conquest, or by marriages. Their succession to lands was determined by the pleasure of the master of the family, by gift or deed in his lifetime; and what land they disposed not of in their lifetime, descended after their death to their heirs. The heir was the eldest son. The issue of the eldest son failing, they descended to the younger sons in their order ; and, for want of sons, to the daughters jointly as to one heir, or to be divided amongst them, and so to descend to their heirs in the same manner. And children failing, the uncle by the father's or mother's side, according as the lands had been the father's or the mother's, succeeded to the inheritance, and so continually to the next of blood. And this was a natural descent, because naturally the nearer in blood the nearer in kindness, and was held for the law of nature, not only amongst the Germans, but also in most nations before they had a written law. The right of government, which is called *jus regni*, descended in the same manner, except only that after the sons it came to the eldest daughter first, and her heirs ; the reason whereof was, that government is indivisible. And this law continues still in England.

L. Seeing all the land, which any sovereign lord possessed, was his own in propriety, how came a subject to have a propriety in their lands ?

P. There be two sorts of propriety. One is, when a man holds his land from the gift of God only, which lands civilians call *allodial* ; which in a kingdom, no man can have but the King. The other is, when a man holds his land from another man, as given him in respect of service and obedience to that man, as a fee. The first kind of propriety is absolute ; the other is in a manner conditional, because given for some service to be done unto the giver. The first kind of propriety excludes the right of all others ; the second excludes the right of all other subjects to the same land, but not the right of the sovereign, when the common good of the people shall require the use thereof.

L. When those kings had thus parted with their lands, what was left them for the maintenance of their wars, either offensive or defensive ; or for the maintenance of the royal family in such manner as not only becomes the dignity of a sovereign king, but is also necessary to keep his person and people from contempt ?

P. They have means enough ; and besides what they gave their subjects, had much land remaining in their own hands, afforrested for their recreation. For you know very well that a great part of the land of England was given for military service to the great men of the realm, who were for the most part of the King's kindred or great favourites ; much more land than they had need of for their own maintenance ; but so charged with one or many soldiers, according to the quantity of land given, as there could be no want of soldiers at all times ready to resist an invading enemy : which soldiers those lords were bound to furnish, for a time (155) certain, at their own charges. You know also, that the whole land was divided into hundreds, and those again into decennaries ; in which decennaries all men, even to children of twelve years of age, were bound to take the oath of allegiance. And you are to believe, that those men that hold their land by the service of husbandry, were all bound with their bodies and fortunes to defend the kingdom against invaders, by the law of nature. And so also such as they called villains, and as held their land by baser drudgery, were obliged to defend the kingdom to the utmost of their power. Nay, women and children, in such a necessity, are bound to do such service as they can, that is to say, to bring weapons and victuals to them that fight, and to dig. But those that hold their land by service military, have lying upon them a greater obligation. For read and observe the form of doing homage, according as it is set down in the statute of 17 *Edw. II*, which you doubt not was in use before that time, and before the Conquest.

L. *I become your man for life, for member, and for worldly honour, and shall owe you my faith for the lands that I hold of you.*

P. I pray you expound it.

L. I think it is as much as if you should say, I promise you to be at your command, to perform with the hazard of my life, limbs, and all my fortune, as I have charged myself in the reception of the lands you have given me, and to be ever faithful to you. This is the form of homage done to the King immediately. But when one subject holdeth land of another by the like military service, then there is an exception added, viz. *saving the faith I owe to the King.*

(156) **P.** Did he not also take an oath ?

L. Yes, which is called the oath of fealty : *I Shall be to you both faithful, and lawfully shall do such customs and services, as my duty is to you at the terms as-*

signed, so help me God and all his Saints. But both these services, and the services of husbandry, were quickly after turned into rents, payable either in money, as in England, or in corn or other victuals, as in Scotland and France. When the service was military, the tenant was for the most part bound to serve the King in his wars, with one or more persons, according to the yearly value of the land he held.

P. Were they bound to find horsemen, or footmen ?

L. I do not find any law that requires any man, in respect of his tenancy, to serve on horseback.

P. Was the tenant bound, in case he were called, to serve in person ?

L. I think he was so in the beginning, For when lands were given for service military, and the tenant dying left his son and heir, the lord had the custody both of body and lands till the heir was twenty-one years old. And the reason thereof was, that the heir, till that age of twenty-one years, was presumed to be unable to serve the King in his wars ; which reason had been insufficient, if the heir had not been bound to go to the wars in person. Which, methinks, should ever hold for law, unless by some other law it come to be altered. These services, together with other rights, as wardships, first possession of his tenants' inheritance, licenses for alienation, felons' goods, felons' lands (if they were holden of the King), and the first year's profit of the lands, of whomsoever they were holden, (157) forfeitures, amercements, and many other aids, could not but amount to a very great yearly revenue. Add to this all that which the King might reasonably have imposed upon artificers and tradesmen ; for all men, whom the King protecteth, ought to contribute towards their own protection ; and consider then whether the Kings of those times had not means enough, and to spare (if God were not their enemy), to defend their people against foreign enemies, and also to compel them to keep the peace amongst themselves.

P. And so had had the succeeding Kings, if they had never given their rights away, and their subjects always kept their oaths and promises. In what manner proceeded those ancient Saxons, and other nations of Germany, especially the northern parts, to the making of their laws ?

L. Sir Edward Coke, out of divers Saxon laws, gathered and published in Saxon and Latin by Mr. Lambard, inferreth that the Saxon Kings, for the making

of their laws, called together the Lords and Commons, in such manner as is used at this day in England. But by those laws of the Saxons published by Mr. Lambard, it appeareth, that the Kings called together the bishops, and a great part of the wisest and discreetest men of the realm, and made laws by their advice.

P. I think so. For there is no King in the world, being of ripe years and sound mind, that made any law otherwise. For it concerns them in their own interest to make such laws as the people can endure, and may keep them without impatience, and live in strength and courage to defend their King and country, against their potent neighbours. But (158) how was it discerned, and by whom was it determined, who were those wisest and discreetest men ? It is a hard matter to know who is wisest in our times. We know well enough who chooseth a knight of the shire, and what towns are to send burgesses to the Parliament. Therefore if it were determined also in those days, who those wise men should be, then I confess that the Parliaments of the old Saxons, and the Parliaments of England since, are the same thing, and Sir Edward Coke is in the right. Tell me therefore, if you can, when those towns, which now send burgesses to the Parliament, began to do so, and upon what cause one town had this privilege, and another town, though much more populous, had not.

L. At what time began this custom I cannot tell ; but I am sure it is more ancient than the city of Salisbury. Because there come two burgesses to Parliament for a place near to it, called Old Sarum, which, as I ride in sight of it, if I should tell a stranger that knew not what the word burgess meant, he would think it were a couple of rabbits ; the place looketh so like a long cony-borough. And yet a good argument may be drawn from thence, that the townsmen of every town were the electors of their own burgesses, and judges of their discretion ; and that the law, whether they be discreet or not, will suppose them to be discreet, till the contrary be apparent. Therefore where it is said, that the King called together the more discreet men of his realm ; it must be understood of such elections as are now in use. By which it is manifest, that those great and general moots assembled by the old Saxon Kings, were of the same (159) nature with the Parliaments assembled since the or the law of Conquest.

P. I think your reason is good. For I cannot conceive, how the King, or any other but the inhabitants of the boroughs themselves, can take notice of the discretion or sufficiency of those they were to send to the Parliament. And for the antiq-

uity of the burgess-towns, since it is not mentioned in any history or certain record now extant, it is free for any man to propound his conjecture. You know that this land was invaded by the Saxons at several times, and conquered by pieces in several wars ; so that there were in England many Kings at once, and every of them had his Parliament. And therefore according as there were more, or fewer walled towns within each King's dominion, his Parliament had the more or fewer burgesses. But when all these lesser kingdoms were joined into one, then to that one Parliament came burgesses from all the boroughs of England. And this perhaps may be the reason, why there be so many more such boroughs in the west, than in any other part of the kingdom ; the west being more populous, and also more obnoxious to invaders, and for that cause having greater store of towns fortified. This I think may be the original of that privilege which some towns have, to send burgesses to the Parliament, and others have not.

L. The conjecture is not improbable, and for want of greater certainty, may be allowed. But seeing it is commonly received, that for the making of a law, there ought to be had the assent of the Lords spiritual and temporal ; whom do you account in the Parliaments of the old Saxons for (160) Lords temporal, and whom for Lords spiritual ? For the book called *The mode of holding Parliaments*, agreeth punctually with the manner of holding them at this day, and was written, as Sir Edward Coke says, in the time of the Saxons, and before the Conquest.

P. Mr. Selden, a greater antiquary than Sir Edward Coke, in the last edition of his book of *Titles of Honour*, says, that that book called *The mode of holding Parliaments*, was not written till about the time of Richard II, and seems to me to prove it. But howsoever that be, it is apparent by the Saxon laws set forth by Mr. Lambard, that there were always called to the Parliament certain great persons called Aldermen, alias Earls. And so you have a House of Lords, and a House of Commons. Also you will find in the same place, that after the Saxons had received the faith of Christ, those bishops that were amongst them, were always at the great moots in which they made their laws. Thus you have a perfect English Parliament, saving that the name of Barons was not amongst them, as being a French title, which came in with the Conqueror.