



GRAAT On-Line issue #7 January 2010

Raisonnement juridique et intuition de la justice chez Lord Mansfield, CJ

Ross Charnock
Université Paris 9

On a coutume de dire qu'au siècle des Lumières les hommes affirmaient leur liberté d'esprit, en faisant appel à la raison et aux principes premiers. Pour les juges de l'époque, comme aujourd'hui, la situation est moins claire, puisqu'ils sont censés appliquer la loi existante en suivant à la lettre l'autorité que constitue la jurisprudence. Ils ont l'autorité déléguée pour dire le droit, mais non pas pour la décider selon leurs préférences personnelles. Dans ce domaine, l'originalité et la liberté d'esprit sont à décourager.

En tant que 'Chief Justice' du 'King's Bench', Lord Mansfield est naturellement tenu de respecter à la fois la loi écrite et la jurisprudence. Comme tous les juges, il dispose du pouvoir discrétionnaire de décider des questions non prévues par la législature et de résoudre ainsi les problèmes soulevés par les inévitables vides juridiques. Pourtant, contrairement aux juges des siècles passés, et à la plupart de ses juges actuels, il ne cherche pas à minimiser la part de ce pouvoir discrétionnaire dans ses jugements. Il affirme au contraire décider de nombreuses affaires par l'application de la raison, selon son intuition personnelle de la justice.

Il a ainsi révolutionné le raisonnement juridique, ce qui lui a permis d'influencer le développement de la loi de manière significative. Certaines de ses décisions ont marqué la loi non seulement en Angleterre mais aussi aux Etats-Unis. On trouvera ici quelques indications pour apprécier l'étendu de son influence, notamment en ce qui concerne le rapport souvent contradictoire entre la loi et la justice. A cette fin je mentionnerai brièvement certaines de ses affaires parmi les plus

significatives, non pas pour en proposer des explications complètes, mais afin de suggérer quelques pistes de travail.

1. La carrière

William Murray, 4^e fils du Vicomte Stormont, mieux connu sous le nom de Lord Mansfield, est né en Ecosse en 1705. Après avoir commencé une carrière d'avocat à partir de 1730, il rentre à la Chambre des Communes comme Solicitor-General en 1742, grâce à l'intervention du Duke de Newcastle. Il est nommé Attorney-General en 1754, puis, après avoir refusé plusieurs fois le poste de Lord Chancellor (poste qu'il trouvait peut-être trop précaire), il est nommé en 1756 'Chief Justice' du 'King's Bench'. Il devient alors membre de la Chambre des Lords, prenant le titre de 'Earl of Mansfield' en 1776. Il resta Chief Justice pendant 32 ans, plus longtemps que n'importe qu'elle autre juge. Il ne se retira qu'en 1788, à l'âge de 83 ans. Il est l'un des personnages les plus marquants de son époque, non seulement dans le domaine du droit, mais aussi en politique.

En tant que premier des douze juges de l'Angleterre, il était souvent amené à prendre des décisions à propos des grandes questions de société. D'autre part, en tant que membre de la Chambre des Lords, il participait au travail de la législature. Il a ainsi pu imposer des normes de comportement pendant une période décisive pour l'histoire du pays.

La plupart de ses 'judgments' les plus importants sont disponibles dans les *English Reports*, qui regroupent les affaires de la période 1220-1865. Puisque certains de ses arrêts figurent toujours dans les manuels, le nom de Lord Mansfield est connu encore aujourd'hui de tous les étudiants en droit anglais.

Son intuition de la justice le conduisait à faire preuve d'une grande tolérance dans le domaine social. Il était incontestablement en avance sur son temps, non seulement en ce qui concerne les questions religieuses, mais aussi sur la question des droits des enfants illégitimes ou celle de la capacité contractuelle des femmes mariées. Il se gardait bien, pourtant, d'étendre cette ouverture d'esprit à la classe ouvrière ; au contraire, en tant que membre de la haute société, il n'avait aucune pitié pour les criminels de droit commun. En effet, le droit à la liberté d'opinion semble

strictement limité à ceux qui en feront bon usage. Il s'agit là d'une des caractéristiques marquantes de la philosophie anglaise de l'époque, par opposition à celle de la France, par exemple (qui devait mener à la Révolution et à la Terreur).

2. Raisonnement juridique et intuition de la justice

Dans de nombreuses affaires, Mansfield refusait de suivre aveuglément la jurisprudence, ou de tenir compte des détails techniques inutiles. L'affaire *R v Lookup* (1766) en fournit un exemple frappant. Dans cette affaire, il était question de parjure, commise "against the peace of the [now] King". Mais, vu la date des faits incriminés, le document d'accusation aurait dû mentionner "the late King". Mansfield a choisi d'ignorer ce détail. Pourtant, le Parlement (Chambre des Lords) a considéré par la suite que l'accusation devait être abandonnée. Cette affaire est restée célèbre, car Mansfield n'a vu que rarement ses jugements inversés en appel.

Dans l'affaire *R v Scott and Hams* (1761), six hommes furent arrêtés suite à une soirée arrosée, pour trouble à l'ordre public, non loin de Fleet Street. Ils étaient accusés d'avoir participé à une émeute. Deux sont morts avant le procès. Des quatre restants, deux furent acquittés. Seuls les deux autres furent reconnus coupables. En appel, ces derniers ont soutenu qu'ils ne pouvaient être coupables, car s'ils n'étaient que deux, cela ne pouvait être qualifié d'émeute. En effet, selon la jurisprudence, il fallait être au moins trois personnes pour constituer une émeute. Lord Mansfield évita ce problème de manière astucieuse :

Six were indicted: two of them are acquitted; two are dead, untried. The jury have found these two to be guilty of a riot; consequently it must have been together with those two who have never been tried; as it could not otherwise have been a riot. (*R v Scott and Hams* 1761)

Il suppose ainsi la participation des accusés décédés, en oubliant apparemment la présomption d'innocence.

Néanmoins, puisqu'il est tenu de respecter la loi existante, Mansfield est parfois lié par une décision précédente qui lui semble déraisonnable ou illogique. Dans l'affaire *R v Pedley* (1782), par exemple, il fut obligé de déclarer qu'un locataire qui mettait le feu à la maison qu'il occupait ne se rendait pas coupable de félonie. A titre

personnel, pourtant, il trouvait que cette jurisprudence était fondée sur un raisonnement 'misérable' ("based on wretched reasoning"):

[I]f the point were now originally before the court, I could hardly have assented. But the question has been submitted to the consideration of the judges, and nine of them (all who attended) were unanimous. [...] The legislature alone can therefore now supply the remedy. *R v Pedley* 1782, *per* Mansfield CJ)

Dès qu'il en avait la possibilité, Mansfield se fiait pourtant à son intuition et à ses opinions personnelles, en s'affranchissant parfois de règles strictes de la procédure, et en omettant quelquefois de motiver ses opinions en précisant le raisonnement juridique adopté. Il affirmait ainsi à plusieurs reprises la nécessaire correspondance entre le droit et la justice, et refusait de distinguer entre la 'common law' et l'equity' - plus d'un siècle avant la fusion officielle des deux systèmes. Ainsi, dans l'affaire *Zouch v Woolston* (1761), il donne raison à la plaignante dans une affaire de succession, pour des raisons non strictement conformes à la procédure:

This is so clear a case, it is a pity the old lady, the defendant, should be disturbed or agitated any more. [...] And what is a good execution of such a power in equity, ought to be good in law; the whole being derived from equity (*Zouch v Woolston*, 1761)

De même, dans l'affaire *Hotham v East India Co* (1779), il devait décider de l'interprétation d'un contrat, afin de répartir les pertes financières entre la société propriétaire du navire et la société propriétaire de la cargaison perdue. Selon Lord Mansfield :

In construing agreements, I know no difference between a Court of Law and a Court of Equity. A Court of Equity cannot make an agreement for the parties; it can only explain what their true meaning was; and that is also the duty of a Court of Law. (*Hotham v E India Co* 1779)

2.1 Les questions de société

Dans le domaine social Mansfield faisait preuve d'une grande tolérance, que ce soit sur des questions anecdotiques ou sur les grandes questions de société. Dans

Jones v Randall (1774), par exemple, contrairement à ses confrères, il ne voit pas d'objection à un pari sur le résultat d'un jugement de la Chambre des Lords.

Plus sérieusement, l'affaire *R v Inhabitants of Hodnett* (1786) concernait les droits des enfants illégitimes. Mansfield adopte une solution qui n'est pas strictement conforme à la loi existante, qu'il considère inapplicable. La loi en vigueur était en effet fondée sur une fiction, l'enfant illégitime étant considéré comme l'enfant de personne" (*nullius filius*). Mansfield justifia ainsi son approche indépendante et activiste :

I cannot go into arguments on the impolicy of the law; and if I could, it would be sufficient to say that several attempts have been made to repeal this law in Parliament, where great characters have taken the lead, all of which have proved ineffectual. (*R v Inhabitants of Hodnett* 1786)

Concernant les droits des femmes mariées, il était clairement établi à l'époque qu'elles n'avaient pas la capacité à contracter, le mari restant toujours responsable des dettes éventuelles. Dans l'affaire *Corbett v Poelnitz and wife* (1785), la femme, Ann, était séparée de son premier mari, Lord Percy, qui lui versait une pension importante (£1.600). Elle a passé un contrat avant de divorcer de son premier mari, et avant d'épouser le Baron Poelnitz en deuxième nocces. La question se posait alors de savoir si en passant le contrat elle agissait en tant que 'feme sole' ou comme 'feme coverte'. En outre, si l'un de ses deux maris devait être considéré comme solidairement responsable, il fallait savoir lequel. Au lieu de suivre la jurisprudence, Mansfield se fia encore une fois à son intuition de la justice :

The only question then is, whether a woman married, but living separate from her husband by agreement [...] continuing notoriously to live as a single woman, contracting and getting credit as such [...] shall be sued as a feme sole? I think she should; it is just that it should be so. (*Corbett v Poelnitz*, 1785)

2.2 La tolérance religieuse

Sur les questions religieuses, Mansfield est incontestablement en avance sur son temps. Dans l'affaire *R v Barker* (1762), par exemple, il fait appel à la raison pour défendre les pasteurs protestants, souvent exclus de l'exercice de leur profession :

Writs of mandamus have been granted, to admit lecturers, clerks, sextons, and scavengers, &c. to restore an alderman to precedency, an attorney to practice in an Inferior Court, &c. [...] Since the *Act of Toleration*, it ought to be extended to protect an endowed pastor of Protestant Dissenters; from analogy and the reason of the thing. (*R v Barker*, 1762)

Pour des raisons semblables, Mansfield protesta contre le comportement abusif de certaines municipalités. En effet, selon la réglementation de la Ville de Londres, celui qui était élu au poste de 'sheriff', mais qui refusait d'accepter le poste, devait payer une amende importante. Mais pour servir comme 'sheriff', il fallait d'abord accepter le sacrement religieux, ce que les Protestants ne pouvaient pas faire. La municipalité avait pris pour habitude d'élire des Protestants uniquement dans le but de leur faire payer l'amende. Dans l'affaire *Chamberlain of London v Allen Evans* (Ecclesiastical Court, 1767), Mansfield refusa donc l'application de cette loi:

The professed design of making this bye-law was to get fit and able persons to serve this office; and the plaintiff sets forth in his declaration, that, if Dissenters are excluded, they shall want fit and able persons to serve the office; but were I to deliver my own suspicion, it would be, that, they did not so much wish for their services as for their fines. Dissenters have been appointed to this office, one who was blind, another who was bed-ridden; not I suppose on account of their being fit and able to serve the office. No; they were disabled by nature and law. (*Chamberlain of London v Allen Evans*, 1767)

Il profita de l'occasion pour définir le rapport entre la religion et la loi (*appendice 1*):

Lord Mansfield ne défendait pas que les Protestants, mais aussi les Catholiques romains. Dans l'affaire *R v Webb*, notamment, un prêtre catholique, James Webb, fut accusé d'avoir célébré la messe, interdite à l'époque. Mansfield fit un discours au Jury ("summing-up") qui était tout sauf impartial, afin d'obtenir un verdict de non coupable. Au cours de ce discours, le juge critiqua d'abord le témoin qui ne connaissait rien au Latin (langue de la Messe), et qui avait dénoncé le prêtre

uniquement pour toucher une récompense. Il critiqua ensuite la loi en vigueur, qui n'avait plus lieu d'être. Il affirma enfin que si jamais le prêtre était reconnu coupable, la punition serait nécessairement sévère et épouvantable. (*appendice 2*) Tout à fait logiquement, le jury rendit alors un verdict de non coupable. Mansfield fut accusé par la suite dans la presse d'être 'Papiste'.

3. La justice dans les affaires

3.1 La 'consideration' dans le droit des contrats

Dans la "common law" anglaise, aucun contrat n'est constitué sans qu'il y ait une contre-partie pour la promesse, appelée la 'consideration'. Cette 'consideration' fonctionne d'une certaine manière comme la 'cause' dans les contrats du droit civil. Sans 'consideration', la promesse est considérée comme un "nudum pactum", une simple promesse qui ne comporte pas d'obligation juridique. L'application stricte de cette règle pouvait (et peut encore) mener à des injustices. Mais au lieu de chercher des exceptions à la règle afin d'éviter les conséquences néfastes, Mansfield préférait tout simplement nier l'existence de la règle. L'affaire la plus célèbre de ce point de vue est *Pillans v Van Mierop* (1765). Une banque ayant accepté de garantir le chèque d'un client acheteur, elle est revenue sur sa promesse après la faillite de ce dernier. Selon Mansfield, la banque devait toujours tenir sa promesse, malgré l'absence de 'consideration'. Aucune règle juridique ne devait justifier l'injustice :

If there be no fraud, it is a mere question of law. The law of merchants, and the law of the land, is the same. [...] A nudum pactum does not exist, in the usage and law of merchants [...] I take it, that the ancient notion about the want of consideration was for the sake of evidence only: for when it is reduced into writing, as in covenants, specialties, bonds, &c. there was no objection to the want of consideration. And the Statute of Frauds proceeded upon the same principle. [...] In commercial cases amongst merchants, the want of consideration is not an objection. (*Pillans v Van Mierop*, 1765)

Dans plusieurs affaires, Mansfield insistait sur l'obligation morale créée par la promesse, plutôt que sur l'existence objective de la 'consideration', par exemple dans l'affaire *Rann v Hughes* (1778), ou encore dans l'affaire *Hawkes v Saunders* (1782):

A fortiori, a legal or equitable duty is a sufficient consideration for an actual promise. Where a man is under a moral obligation, which no Court of Law or Equity can enforce, and promises, the honesty and rectitude of the thing is a consideration. [...] The ties of conscience upon an upright mind are a sufficient consideration. (*Hawkes v Saunders*, 1782)

Cette dernière décision fut inversée par la Chambre des Lords dès la semaine suivante. Le débat ne fut tranché qu'en 1840, dans l'affaire *Eastwood v Kenyon* (1840), lorsque l'approche de Mansfield fut enfin rejetée, surtout pour des raisons pratiques :

The enforcement of such promises by law, however plausibly reconciled by the desire to effect all conscientious engagements, might be attended with mischievous consequences to society. (*Eastwood v Kenyon* 1840, per Denman CJ)

Il est question de (l'absence de) 'consideration' dans d'autres affaires, comme *Montefiore v Montefiore* (1762), ou *Moses v MacFerlan* (1760), qui portent en fait sur la notion de restitution, dans les cas d'enrichissement injustifié. Mansfield a résolu ce problème de manière peut-être trop simple, en faisant appel au concept de "quasi contrat", tiré du droit romain.

If the defendant be under an obligation, from the ties of natural justice, to refund; the law implies a debt, and gives this action, founded in the equity of the plaintiff's case, as it were upon a contract ('*quasi ex contractu*', as the Roman law expresses it). [...] The ground of this action is that [...] the defendant ought not in justice to keep the money. [...] Surely, if a man is bona fide obliged to refund whatever money he has unlawfully received, an implied debt is thereby raised, *quasi ex contractu*. (*Moses v MacFerlan*, 1760)

Le concept de "quasi contrat", qui repose au fond sur une fiction, est à l'origine de nombreux problèmes techniques, qui persistent dans le droit anglais jusqu'à la fin du 20ème siècle.

3. 2 Le droit des affaires

Mansfield est réputé avoir fondé le domaine du droit des affaires, en rendant des jugements lors de conflits commerciaux, y compris au niveau international. Pour ce faire, il suivait par principe la pratique courante, et la coutume des marchands, en

prenant soin d'éviter toute manoeuvre frauduleuse. Son objectif premier était toujours de faciliter le commerce.

Les principes de la loi anglaise existante ne convenaient pas forcément aux besoins des marchands, surtout dans le commerce international. Il était alors nécessaire de remonter au principes naturels de la justice, afin d'établir des règles qui pouvaient s'appliquer généralement, au-delà du droit domestique. Il fallait aussi que les règles soit claires et simples, pour que chacun puisse connaître ses droits et ses obligations. Dans l'affaire *Hamilton v Mendes* (1761), Mansfield insiste sur cette aspect de la loi :

The daily negotiations and property of merchants ought not to depend upon subtleties and niceties; but upon rules, easily learned and easily retained, because they are the dictates of common sense, drawn from the truth of the case. [...] And an over-valuation is contrary to the general policy of the marine law: contrary to the spirit of the Act; a temptation to fraud; and a source of great abuse. (*Hamilton v Mendes*, 1761)

Dans l'affaire *Luke v Lyde* (1769), Mansfield fait appel au droit romain pour établir la règle générale, acceptable dans la communauté des nations :

Especially, as the maritime law is not the law of a particular country, but the general law of nations: "non erit alia lex Romeo, alia Athenis; alia nunc, alia post hoc; sed et apud omnes gentes et omni tempore, una eademque lex obtinebit. (*Luke v Lyde*, 1769)

Dans l'affaire *Carter v Boehm* (1784), il insiste encore sur le fait que les règles doivent correspondre à la raison et aux principes moraux:

The reason of the rule which obliges parties to disclose is to prevent fraud and to encourage good faith [...] What has often been said of the Statute of Frauds may with more propriety be applied to every rule of law drawn from principles of natural equity and designed to prevent fraud - that it should never be so turned, construed, or used as to protect or be a means of fraud. (*Carter v Boehm*, 1784)

L'affaire *Bexwell v Christie* (1776) concernait les ventes aux enchères. L'honnêteté et la transparence risquaient d'être faussées si le vendeur avait le droit d'enchérir. Mansfield se fondait encore une fois sur la notion de bonne foi :

Since the trial I have mooted the point with many who are not lawyers, upon the morality and rectitude of the transaction. [...] The basis of all dealings ought to be good faith; so, more especially in these transactions, where the public are brought together upon a confidence that the articles set up to sale will be disposed of to the highest real bidder [...] It is a fraud upon the sale, and upon the public. [...] it is no argument to say it is a frequent custom: gaming, stock-jobbing and swindling, are frequent. But the law forbids them all. (*Bexwell v Christie*, 1776)¹

4. L'intolérance

Mansfield affirme souvent se fier à son intuition éclairée et aux principes de la justice naturelle. Mais la justice naturelle reste en quelque sorte indéterminée, puisque chacun l'apprécie à sa propre manière, éventuellement selon ce qu'il suppose être la Volonté de Dieu. A ce niveau, Mansfield ne montre aucune indulgence pour les criminels de droit commun ou pour les émeutiers.

4.1 La sévérité dans le droit commun

L'intuition de la justice naturelle conduisait Mansfield à une grande sévérité par exemple lors des "Gordon Riots", à Londres, en 1780. Lorsque les émeutiers passèrent devant le tribunal, Mansfield, alors âgé de 75 ans, n'hésita pas à décréter des punitions sévères, au cours d'une audience qui commença à 9 heures le matin pour ne se terminer qu'à 04h30 le lendemain. La plupart des accusés furent exécutés à l'endroit où ils avaient été arrêtés. John Gray, Charles Kent et Letitia Holland, notamment, reconnus coupables d'avoir mis le feu à la résidence de Lord Mansfield

¹ L'emploi du verbe 'to moot' dans ce texte trahit ses origines écossaises. En dehors de la langue de spécialité juridique, on ne connaît plus aujourd'hui que l'adjectif, par exemple dans "a moot point".

lui-même, à Bloomsbury Square, y furent pendus. En revanche, Lord George Gordon, instigateur des événements, ne fut jamais déclaré coupable.

La sévérité du juge Mansfield n'était pas forcément réservée aux pauvres gens. On se souvient de la condamnation à mort du révérend Dr Dodd en 1777 pour usage de faux, après un procès resté célèbre, malgré la pitié que ce dernier inspirait chez tous les témoins. (*Appendice 3*)

4.2 La sévérité dans les affaires de moeurs

Mansfield ne tolérait ni la mauvaise foi, ni l'immoralité. Dans l'affaire *Deleval* (1763), une apprentie chanteuse de 18 ans qui avait quitté son maître d'apprentissage pour vivre ouvertement avec Sir Francis Deleval. Des témoins les avaient même vus monter à cheval ensemble dans Hyde Park, suivis de leurs serviteurs. De telles affaires de moeurs relevaient du droit canonique, et devaient donc être traitées par le tribunal ecclésiastique ; mais Mansfield revendiqua la juridiction afin de superviser la moralité du peuple :

Though there are species of indecency and immorality, particularly in cases of incontinency, which are confined to the Ecclesiastical Courts, (and I am very glad they are so); yet the general inspection and superintendance of the morals of the people belongs to this Court, as *custos morum* of the nation. (*R v Deleval*, 1763)

Il fut probablement moins choqué par l'idée de prostitution que par l'élément de conspiration qui justifiait l'accusation au pénal. En effet, la jeune fille ayant renoncé à une série de concerts, Sir Francis accepta de compenser financièrement son maître d'apprentissage, sans prévenir le père. Non content d'avoir condamné Sir Francis, Mansfield critiqua même l'avocat de la défense :

Though I never heard any imputation upon him before, yet in this instance he has certainly acted inconsistently with the duty of his profession, and that chastity of character which it is incumbent upon an attorney always to support. (*R v Deleval*, 1763)

4.2. Diffamation et sédition

Mansfield fut lui-même victime de campagnes de diffamation (notamment de la part de l'auteur anonyme signant 'Junius'). Ceci explique peut-être sa sévérité extrême dans les affaires de ce type.

Mansfield alla jusqu'à faire condamner le vendeur (*R v Almon*, 1765), ou l'éditeur des propos diffamants (*R v Woodfall*, 1770), en l'absence de l'auteur des textes incriminés, jamais identifié. Il déclara parfois les accusés coupables en dépit de l'avis contraire du Jury. En effet, dans l'affaire *Woodfall*, le jury refusa de déclarer le texte diffamatoire ("guilty of publication only.") Selon Mansfield, cela suffisait pour établir la culpabilité. En effet, en cas de doute, le caractère diffamatoire du texte relevait du droit, et était donc réservé à l'appréciation du juge :

Clearly, there can be no judgment of acquittal: because 'Guilty of printing and publishing,' where there is no other charge, is 'guilty', for, nothing more is to be found by the jury. The fact found by the jury is the very crime they were to try. (*R v Woodfall*, 1770)

Mansfield défendit cette conception de la procédure par un raisonnement plus détaillé dans l'affaire *R v Shipley* (1784), lorsque encore une fois, le jury refusa de déclarer diffamatoire un texte incriminé. Il affirma d'une part que le jury ne pouvait comprendre ni le concept juridique en question, ni la gravité du problème :

Upon the reason of the thing, and the eternal principles of justice, the jury ought not to assume the jurisdiction of the law. As I said before, they do not know, and are not presumed to know, any thing of the matter; they do not understand the language in which it is conceived, or the meaning of the terms. [...] The licentiousness of the press is Pandora's Box, the source of every evil. (*R v Shipley*, 1784)

D'autre part, si le jury pouvait décider des questions de droit, la loi ne serait plus prévisible, et il n'y aurait plus aucune certitude :

That the law shall be, in every particular cause, what any twelve men, who shall happen to be the jury, shall be inclined to think; liable to no review, and subject to no control, under all the prejudices of the popular cry of the day. [...] Under such an administration of law, no man could tell, no counsel could advise, whether a paper was or was not

punishable. I am glad that I am not bound to subscribe to such an absurdity. (*R v Shipley*, 1784)

5. Le refus de donner son avis

Mansfield affirme souvent suivre son intuition juridique, sans nécessairement motiver son jugement par une argumentation logique. Il existe pourtant des affaires où il évite de donner son opinion personnelle, se cachant pour ainsi dire derrière un raisonnement obscurantiste. Ce sont les affaires où la loi va à l'encontre des intérêts du pouvoir, des membres de la haute société, ou contre le bon fonctionnement du commerce.

5.1 John Wilkes

L'affaire *R v Wilkes* (1770) posait un problème de ce type. Le Roi lui-même se sentait diffamé par l'article publié dans le 'North Briton' No 45 (1763) (*Appendice 4*). Wilkes, membre de Parlement pour le Middlesex, fut alors renvoyé de la Chambre des Communes et accusé de sédition. Par la suite, étant parti à l'étranger pour éviter le procès, Wilkes fut déclaré en fuite et donc "hors-la-loi". Il risquait alors à son retour la peine de mort. Le peuple, quasi unanime, prit la défense de l'accusé (Mansfield signale même avoir reçu des menaces physiques). Lors du procès, pour éviter une punition injuste, Mansfield dut d'abord trouver un point technique permettant d'inverser la déclaration de "hors-la-loi" (outlawry). La défense fit remarquer que, selon les termes du document pertinent, le juge avait établi son jugement "at his County Court at the Three Tuns in Brook-Street near Holbourne in the county of Middlesex". Ce document précisait donc que Holbourne se trouvait dans le Middlesex, mais omettait de préciser, comme il le fallait, que les "Three Tuns" ou "Brook Street" s'y trouvaient aussi.

Face à cette argumentation peu vraisemblable, Mansfield affirma d'abord que le défendant devait avoir droit à tous les avantages prévus par la loi ("God forbid that the defendant should not be allowed the benefit of every advantage he is intitled to by law"). Mais, en tant que juge, il ne pouvait déclarer la phrase ambiguë que s'il y avait un véritable doute sur le sens des mots. Il trouva alors lui-même un point technique encore plus obscur. Une jurisprudence, datant de la 7^e année de la règne

de James 1er, et confirmée dans la 18e année de Charles 2, imposait la présence de certains mots dans un document de ce type. Or, ces mots manquaient. Bien sûr, il n'y avait aucune raison de bon sens pour l'imposition de cette règle, mais puisqu'elle était établie depuis plus d'un siècle, elle devait toujours représenter la loi :

The authorities I have stated stand, to this day, uncontradicted. They are many; and have prevailed above a century. I think, they begun against law and reason. The former authorities were otherwise [...]. There is no reason for requiring these words: there is sufficient certainty, without them. [...]. But, this is a criminal case, highly penal. (*R v Wilkes*, 1770)

Mansfield arrive ainsi à prendre une décision favorable à l'accusé, tout en évitant de donner son propre avis sur la question, ce qui aurait pu déplaire au Roi. En effet, il insiste lourdement sur le fait que le résultat ne dépend en rien de ses propres convictions personnelles :

I beg to be understood, that I ground my opinion singly upon the authority of the cases adjudged; which, as they are on the favourable side, in a criminal case highly penal, I think ought not to be departed from : and therefore I am bound to say that, for want of these technical words, the outlawry ought to be reversed. (*R v Wilkes*, 1770)

Wilkes fut condamné par la suite à passer 10 mois dans la Tour de Londres.

Il est à noter que Mansfield refusa toujours par la suite de donner son opinion personnelle sur la question, même lors d'un débat à la Chambre des Lords. Il fut accusé par le Lord Chatham d'avoir favorisé l'acte non constitutionnel du Roi, qui avait fait renvoyer Wilkes de la Chambre des Communes. Lord Mansfield ne défendit pas l'action du Roi, qu'il savait illégal, mais déclara fièrement n'avoir jamais donné son opinion sur ce point, ("il ne la donnerait pas, et il était probable qu'il meure avant de la donner"). En revanche, Lord Camden, le Lord Chancellor, fit part de son indignation au sujet de l'action arbitraire de sa Majesté, et fut aussitôt renvoyé de son poste. On comprend mieux comment Mansfield a réussi à garder son poste de Chief Justice pendant aussi longtemps.

5.2. L'esclavage

La loi anglaise ne reconnaissait pas l'esclavage. Il avait été affirmé, dans l'affaire *Cartwright* (1589): "As soon as a negro comes into England, he becomes free", et plus récemment, par Lord Holt dans l'affaire *Smith v Brown, Cowper* (1672), que : "England was too pure an air for a slave to breathe in." Pourtant, la justice évitait de se mêler des affaires de ceux qui avaient passé des contrats dans des pays où cette pratique était encore tolérée, notamment dans les colonies, pour revenir ensuite revenus en Angleterre avec des esclaves légalement acquis.

La question fut enfin posée dans l'affaire *Stewart v Sommersett* (1772), lorsque le Capitaine Stewart voulut repartir en Jamaïque avec son esclave, "James Sommersett, nègre", afin de le revendre. Puisque l'esclave Sommersett était déjà retenu enchaîné à bord d'un navire, il s'agissait d'une affaire de *habeas corpus*. Mansfield connaissait bien sûr la jurisprudence sur ce sujet, restée constante depuis 1215 ; mais il semblait surtout préoccupé par l'importance économique de la question. En effet, on estimait le nombre d'esclaves en Angleterre à environ 14.000, plus "un nombre indéterminé de nègres sauvages dans les bois". Habitué à donner la préférence aux hommes d'affaires, Mansfield redoutait donc les effets désagréables que pourrait provoquer la libération de tous ces esclaves en même temps : "the setting of 14,000 or 15,000 men at once loose by a solemn opinion, is very disagreeable in the effects it threatens."

Dans un jugement rendu en février 1772, il laisse entendre clairement qu'il serait préférable de ne pas prendre une décision qui risquerait de créer un précédent défavorable aux hommes d'affaires. Si le Capitaine Stewart acceptait d'abandonner son esclave, on pourrait éviter une telle décision :

In five or six cases of this nature, I have known it to be accommodated by agreement between the parties: on its first coming before me, I strongly recommended it here. But if the parties will have it decided, we must give our opinion. [...] Mr. Stewart may end the question, by discharging or giving freedom to the slave. [...] If the parties will have judgment, 'fiat justitia, ruat coelum;' let justice be done whatever the consequence. [...] I think it right the matter should stand over; and if we are called on for a decision, proper notice shall be given. (*Stewart v Sommersett*, 7/2/1772)

Il rend sa décision définitive quelques mois plus tard, au mois de juin de la même année, dans un langage curieusement ambigu. Il qualifie certes l'esclavage d'odieux,

mais au lieu de déclarer la pratique clairement interdite par la loi, il se contente de signaler de manière négative qu'il ne trouve rien dans la loi permettant de le tolérer. D'autre part, en imposant la libération de l'esclave *Sommersett*, le juge évite de prononcer son nom :

The state of slavery is of such a nature that it is incapable of being introduced on any reasons, moral or political, but only by positive law, which preserves its force long after the reasons, occasion, and time itself, from whence it was created, is erased from the memory; it is of a nature that nothing can be suffered to support it but positive law. The state of slavery is of such a nature, that it is incapable of being introduced on any reasons, moral or political, but only by positive law. [...] It is so odious, that nothing can be suffered to support it, but positive law. Whatever inconveniences, therefore, may follow from the decision, I cannot say this case is allowed or approved by the law of England; and therefore the black must be discharged. (*Stewart v Sommersett*, 22/6/1772)

Ce jugement a permis à Mansfield d'acquérir une réputation pas forcément méritée en ce qui concerne la lutte contre l'esclavage, surtout aux Etats-Unis. Il est cité à ce sujet au siècle suivant dans l'opinion dissidente du Justice McLean, dans *Dred Scott v Sandford* (1857), une affaire du même type décidée par la Cour Suprême des Etats-Unis.

Il est à noter que Blackstone affirme, dans la première édition de ses "Commentaries on the Laws of England" (1762), suivant la jurisprudence établie dans l'affaire *Cartwright* (1589), que "du moment où un esclave arrive en Angleterre il devient libre." Mais après le jugement rendu dans l'affaire *Sommersett*, et après discussion avec Mansfield, son maître en matière de droit, Blackstone crut bon de préciser dans l'édition suivante que la loi domestique anglaise ne saurait modifier les droits et obligations acquis par contrat à l'étranger :

And now it is laid down, that a slave or negro, the instant he lands in England, becomes a freeman; that is, the law will protect him in the enjoyment of his person, his liberty, and his property. ... Yet, with regard to any right which the master may have acquired, by contract or the like, to the perpetual service of John or Thomas, this will remain exactly in the same state as before: for this is no more than the same state of subjection for life, which every apprentice submits to for the space of

seven years, or sometimes for a longer term. (Blackstone, *Commentaries*, Book I, Chapter 14, p 413.)

En effet, malgré la loi de 1807 supposée avoir aboli l'esclavage, en débloquant la somme de quatre millions de livres pour dédommager les propriétaires (rien n'étant prévu pour les esclaves eux-mêmes), cette pratique persistait encore dans les Colonies. L'ambiguïté savamment entretenue par Mansfield ne fut résolue qu'en 1827, lorsque Lord Stowell déclara dans l'affaire de la *Slave Grace* que même si aucune contrainte pouvait être exercée sur l'esclave pendant son séjour en Angleterre, le propriétaire retrouvait ses droits à son retour dans les Colonies.

L'esclavage n'a été aboli dans les colonies que plus tard, par la loi de 1832.

Le véritable point de vue de Mansfield ressort peut-être de l'affaire *Gregson v Gilbert* (1783). Suite à des erreurs de navigation, on manquait d'eau sur le vaisseau négrier, "The Zong". Soixante esclaves moururent de soif, puis le capitaine crut bon d'en jeter 150 autres par dessus bord afin d'économiser l'eau restante. L'affaire passa par la suite devant le tribunal, lorsque la compagnie d'assurances refusa de rembourser la valeur de cette "marchandise". Puisque la police d'assurance excluait tout remboursement pour des esclaves morts de causes naturelles, le capitaine affirma clairement à plusieurs reprises qu'ils étaient bien vivants quand il les avait jetés à l'eau. Dans son jugement, Lord Mansfield se contenta, pour des raisons de procédure, d'ordonner un nouveau procès :

There is great weight in the objection, that the evidence does not support the statement of the loss made in the declaration. [...] There is weight, also, in the circumstance of the throwing overboard of the negroes after the rain (if the fact be so), for which, upon the evidence, there appears to have been no necessity. There should, on the ground of reconsideration only, be a new trial, on the payment of costs. (*Gregson v Gilbert*, 1783)

Ainsi Mansfield évite encore une fois de donner son opinion sur le fond. Cette réticence permet peut-être de déceler une contradiction interne, dont il n'était pas forcément conscient.

Alors qu'il essayait habituellement de défendre les victimes d'injustice, dans le respect des droits de l'homme, Mansfield avait aussi pour habitude de suivre la

pratique des marchands et des hommes d'affaires, afin de faciliter le commerce. En ce qui concerne l'esclavage, cette double approche juridique devait mener à des conclusions contradictoires. Mansfield se trouvait alors dans l'impossibilité de prendre des décisions claires. Il semble en effet avoir conçu le problème de l'esclavage, non pas en termes des droits de l'homme, mais principalement comme un problème commercial.

Il est à noter, en ce qui concerne cette dernière affaire, que lorsque les faits furent ébruités dans la presse, le plaignant renonça finalement à poursuivre. Le scandale fut tel que l'affaire marqua une étape importante dans la campagne pour l'abolition de l'esclavage.

Conclusion

Au-delà des seuls jugements de Lord Mansfield, cette brève présentation a permis de faire comprendre l'intérêt du droit pour l'étude de l'histoire sociale anglaise et pour l'histoire des idées en général. Ces quelques remarques devraient suffire en outre pour indiquer l'importance des jugements de Lord Mansfield en particulier dans l'histoire de la 'common law', dans tous les domaines. On remarque surtout que ces jugements soulèvent fréquemment des questions fondamentales concernant le rapport entre le droit et la justice. Il serait difficile par exemple de proposer une analyse du raisonnement juridique en Angleterre ou aux Etats-Unis, ou de concevoir une étude de la notion de droit naturel, qui ne tiendrait pas compte des idées de Mansfield au 18e siècle.

L'intérêt du droit anglais semble encore plus claire en ce qui concerne les études de civilisation, appréhendée sur le plan de la politique, de l'économie ou de la vie sociale. En effet, il semble clair que les *Law Reports* constituent la source historique la plus fiable et la plus complète pour l'étude des grandes questions de société. Ces arrêts, une fois photocopiés et scannés (puis sauvegardés de préférence en format texte),² forment en même temps un corpus linguistique de première importance, utile non seulement pour l'étude de la terminologie disciplinaire mais aussi pour l'analyse

² Les affaires plus récentes (depuis 1997) sont disponibles en format électronique sur < bailli.org >.

de l'histoire de la langue, des problèmes d'interprétation sémantique et de l'argumentation rhétorique.

Ajoutons que, pour bien saisir les questions soulevées, et pour bien comprendre l'intérêt théorique des solutions proposées par le juge, il vaut mieux lire le jugement complet, dans le texte original. Les spécialistes de littérature confirmeront sans doute qu'il est préférable de ne pas se contenter de la lecture de commentaires, même agrémentés (comme ici) de quelques citations authentiques. Il est donc regrettable que les anglicistes hésitent encore à s'aventurer dans les bibliothèques de droit.

On constate malheureusement que les aspects juridiques de la discipline restent la plupart du temps ignorées des chercheurs anglicistes, quel que soit leur domaine de spécialisation. Pire encore, ces questions sont parfois délibérément évitées, semble-t-il au nom d'une illusoire autonomie de la discipline. Au lieu de se fier à une telle "ignorance constructive", il faut au contraire prendre le risque de faire évoluer la discipline, si possible en recherchant de nouvelles approches pluridisciplinaires. De ce point de vue, on ne peut qu'encourager la création des nouvelles filières de 'bi-DEUG', ou de 'juristes-linguistes' qui, quoiqu'encore trop rares, semblent aller dans le bon sens.

Ouvrages cités

References juridiques:

English Reports 1220-1865 (W. Green, Edinburgh 1932, 180 volumes)

Indications bibliographiques

Birks, P.B.H. 1984 "English and Roman learning in 'Moses v Macferlan'", *Current legal problems* 1.

Blackstone, William 1762. *Commentaries on the laws of England* (4 volumes.) (University of Chicago Press 1979)

Fifoot, C.H.S. 1963 *Lord Mansfield*. Oxford: OUP.

Hewitt, Edward, 1979. *Lord Mansfield*. Chichester: Rose.

Holliday, John D. 1797. *Life of Lord Mansfield*.

Oldham, James, 2004. *English common law in the age of Mansfield*. Chapel Hill: University of N Carolina Press.

Appendices

Appendice 1:

"There is no usage or custom independent of positive law, which makes nonconformity a crime. [...] The essential principles of revealed religion are part of common law; so that any person reviling, subverting or ridiculing them may be prosecuted at common law. But it cannot be shewn, from the principles of natural or revealed religion that, independent of positive law, temporal punishments ought to be inflicted for mere opinions with respect to particular modes of worship. Persecution for a sincere, though erroneous, conscience, is not to be deduced from reason or the fitness of things; it can only stand upon positive law. "Persecution for a sincere, though erroneous, conscience, is not to be deduced from reason or the fitness of things; it can only stand upon positive law. [...] bare nonconformity is no sin by the common law; and all positive laws inflicting any pains or penalties for nonconformity to the established rites or modes are repealed by the *Act of Toleration*. [...] Persecution, or attempts to force conscience, will never produce conviction, and are only calculated to make hypocrites or martyrs." [...]

"Conscience is not controllable by human laws, nor amenable to human tribunals. Persecution, or attempts to force conscience, will never produce conviction, and are only calculated to make hypocrites or martyrs. My lords, there never was a single instance, from the Saxon times down to our time, in which man was ever punished for erroneous opinions concerning rites or modes of worship, but upon some positive law. [...]

'What bloodshed and confusion have been occasioned, from the reign of Henry the Fourth, when the first penal statutes were enacted, down to the Revolution in this kingdom, by laws made to force conscience. There is nothing certainly more unreasonable, more inconsistent with the rights of human nature, more contrary to the spirit and precepts of the Christian religion, more iniquitous

and unjust, more impolitic than persecution. It is against natural religion, revealed religion and sound policy." (*Chamberlain of London v Allen Evans* (Ecclesiastical Court, 1767)

Appendice 2

"Gentlemen of the jury, the material articles of this trial may be reduced to two heads. First whether or not the defendant is a priest? and secondly whether or not he has said mass? ... You will be pleased to observe, that there is but one evidence to prove it. Payne is the only man who has sworn that he said mass; and this Payne is a very illiterate man knows nothing of Latin, the language in which mass is said; and moreover he is an evidence in his own cause; because if Payne convicts him, he is entitled to one hundred pounds reward... There are three statutes against priests. The first is that of Queen Elizabeth 27 c, 2 which makes it high treason to come to England; but Payne has not indicated on that statute, because, if he had been convicted, he would have had no reward. There was another made afterwards, enacting that if a priest was convicted of saying mass, he was to forfeit two hundred marks and suffer one year's imprisonment; but neither does Payne go upon this statute, for here there is no reward for the informer. The third was made in King William's reign 11 and 12 c 4 soon after the Revolution. This is the statute Payne aims at, because here is one hundred pounds the country is to pay him if he can convict the defendant.

In the beginning of the Protestant religion, in order to establish it, they thought it in some manner necessary to enact these penal laws; for then the Pope had great power, and they thought there could not be too effectual means to prevent him exercising any part of it in these dominions; and the Jesuits were then a very formidable body; and apprehending great danger from them, knowing their close connection with the Pope, the penal laws were chiefly designed against them. But now, the case is quite altered. The Pope has very little power, which seems to grow less and less daily. As for the Jesuits, they are now banished out of most kingdoms in Europe, so that there is now nothing to fear from either of these quarters, and consequently no necessity of enforcing these laws; neither was it ever the design of

the legislature to have these laws enforced by every common informer; but only at proper times and seasons, when they saw the necessity for it, and by proper persons appointed by themselves for that purpose; and yet more properly speaking, they were never designed to be enforced at all, but were only made *in terrorem*. Now, when you have considered all these things, and reflected that there is only one evidence, only Payne, and that all he has sworn to is only saying mass; I shall leave it to your consideration, whether the evidence given by this only one witness be sufficient to convict James Webb, first of his being a priest, and secondly of his exercising priestly functions; that is, whether or not he has said mass? For I look upon that as the only material thing he is charged with, and the only thing that comes under your consideration; but take notice, if you bring him in guilty, the punishment is very severe, a dreadful punishment indeed! Nothing less than a perpetual imprisonment! So that if you have the least doubt, you ought by no means to bring him in guilty. Nothing but the clearest evidence ought to condemn a man to such a grievous punishment." (*R v Webb*, Holliday pp. 176-79)

Appendix 3:

"Dr William Dodd,

"You have been convicted of the offence of publishing a forged and counterfeit bond, knowing it to be forged and counterfeited; and you have had the advantage which the laws of this country afford to every man in your situation, a fair, an impartial, and an attentive trial. The jury, to whose justice you appealed, have found you guilty; their verdict has undergone the consideration of the learned judges, and they found no ground to impeach the justice of that verdict; you yourself have admitted the justice of it; and now the very painful duty that the necessity of the law imposes upon the court, to pronounce the sentence of that law against you, remains only to be performed. You appear to entertain a very proper sense of the enormity of the offence which you have committed; you appear, too, in a state of contrition of mind, and I, doubt not, have duly reflected how far the dangerous tendency of the offence you have been guilty of is increased by the influence of example, in being committed by a person of your character, and of the sacred function of which you are a member.

These sentiments seem to be yours; I would wish to cultivate such sentiments; but I would not wish to add to the anguish of your mind by dwelling upon your situation. Your application for mercy must be made elsewhere; it would be cruel in the court to flatter you; there is a power of dispensing mercy, where you may apply. Your own good sense, and the contrition you express, will induce you to lessen the influence of the example by publishing your hearty and sincere detestation of the offence of which you are convicted; and will show you that to attempt to palliate or extenuate it, would indeed add to the influence of a crime of this kind being committed by a person of your character and known abilities. I would therefore warn you against any thing of that kind. Now, having said this, I am obliged to pronounce the sentence of the law, which is - That you, Doctor William Dodd, be carried from hence to the place from whence you came; that from thence you be carried to the place of execution, and that there you be hanged by the neck until you are dead." (*R v Dodd*, 1777)

Appendix 4:

The King's Speech has always been considered by the legislature, and by the public at large, as the Speech of the Minister. It has regularly, at the beginning of every session of parliament, been referred by both houses to the consideration of a committee, and has been generally canvassed with the utmost freedom, when the minister of the crown has been obnoxious to the nation. The ministers of this free country, conscious of the undoubted privileges of so spirited a people, and with the terrors of parliament before their eyes, have ever been cautious, no less with regard to the matter, than to the expressions of speeches, which they have advised the sovereign to make from the throne, at the opening of each session. They well knew that an honest house of parliament, true to their trust, could not fail to detect the fallacious arts, or to remonstrate against the daring acts of violence committed by any minister. The speech at the close of the session has ever been considered as the most secure method of promulgating the favourite court-creed among the vulgar; because the parliament, which is the constitutional guardian of the liberties of the

people, has in this case no opportunity of remonstrating, or of impeaching any wicked servant of the crown.

This week has given the public the most abandoned instance of ministerial effrontery ever attempted to be imposed on mankind. The minister's speech of last Tuesday is not to be paralleled in the annals of this country. I am in doubt, whether the imposition is greater on the sovereign or on the nation. Every friend of his country must lament that a prince of so many great and amiable qualities, whom England truly reveres, can be brought to give the sanction of his sacred name to the most odious measures, and to the most unjustifiable public declarations, from a throne ever renowned for truth, honour, and unsullied virtue.

A despotic minister will always endeavour to dazzle his prince with high-flown ideas of the prerogative and honour of the crown, which the minister will make a parade of firmly maintaining. I wish as much as any man in the kingdom to see the honour of the crown maintained in a manner truly becoming Royalty. I lament to see it sunk even to prostitution. What a shame was it to see the security of this country in point of military force, complimented away, contrary to the opinion of Royalty itself, and sacrificed to the prejudices and to the ignorance of a set of people, the most unfit, from every consideration, to be consulted on a matter relative to the security of the house of Hanover!

The King of England is only the first magistrate of this country; but is invested by the law with the whole executive power. He is, however, responsible to his people for the due execution of the royal functions, in the choice of ministers, &c. equal with the meanest of his subjects in his particular duty. (*The North Briton* No 45, 1763)