



Le droit des livres et le droit en pratique

Résumé : Dans ce texte, Roscoe Pound livre une critique du formalisme et de l'historicisme en vigueur dans la pensée juridique de son époque. Pour lui, la loi écrite, les principes, « le droit dans les livres » sont trop rigides, inadaptés, souvent désuets, ce qui force la pratique à les contourner, voire à les dévoyer. Il déplore ainsi l'écart qui se creuse entre le droit prescrit et le droit pratiqué, soulignant une de ses conséquences : l'interventionnisme, voire l'obstruction des tribunaux opposée aux mesures que ces derniers désapprouvent. Trois causes principales de ces divergences sont pointées : une façon de penser le droit vieillotte et renfermée sur elle-même, privilégiant la justice légale à la justice sociale ; une législation trop rigide et individualiste ; un appareil administratif lent, compliqué et trop cher. Au terme de sa démonstration, étayée de nombreux exemples empruntés à de nombreuses branches du droit, la solution nous apparaît : la loi doit être le guide de l'action du juge, le conduisant ainsi vers un résultat équitable, mais le magistrat demeure libre, dans de larges limites, d'adapter la loi aux situations individuelles afin de satisfaire la demande de justice sociale.

Abstract : This text is a critic of the formalism and historicism of the American legal thought in the beginning of the Twentieth century. The term « law in books » refers to the written statutes, and Pound considered that these written statutes was often too harsh, too inadequate and sometimes outdated. The term « law in action » refers to how the courts tend to interpret and apply these written statutes. Due to inadequacy of the written law, these judicial interpretations may be very different as the law in the books. Pound saws three main reasons of divergences: a withdrawn way of thinking about law, and preference given to legal justice in place of social justice; an overly rigid and individualist legislation; an complex and expensive and slow-moving administrative machinery. In conclusion, Pound proposed possible ways of improving the legal system: lawyers had to look the changes in the face and the jurisprudence had to open itself to others sciences. Legal thought must be renovated according to the reality of human conduct to reduce divergences between law in books and law in action.

Mots clés : pensée juridique américaine – *sociological jurisprudence* – interprétation des tribunaux – formalisme – réalisme – *common law* – fictions juridiques.

Keywords : American legal thought – sociological jurisprudence – court interpretation – formalism – realism – legal fictions

I. Présentation du texte de Roscoe Pound par Prune Decoux

Présentation de Roscoe Pound

1. Selon le *Journal of Legal Studies*, Pound serait le juriste le plus cité du XX^e siècle. De fait, ses écrits et les traductions de ses écrits ont influencé durablement la pensée des juristes à travers le monde. Cela peut pourtant sembler étonnant lorsque l'on sait que finalement, Roscoe Pound n'a pas passé sur les bancs de la fac de droit... plus d'un an.

2. Roscoe Pound est né à Lincoln, Nebraska, en 1870. À l'âge de quatorze ans, il commence un cursus en botanique, qu'il poursuit avec succès jusqu'en 1888. À cette date, cédant aux pressions de son avocat de père, il consent à intégrer la *Law School* de Harvard. Doté d'une excellente mémoire et d'une grande

curiosité d'esprit, il ne semble pourtant pas mettre ses grandes capacités intellectuelles à profit : l'opéra et le football paraissent en effet exercer bien plus d'attrait sur lui que la matière juridique. Excédé, son père l'enjoint de rentrer à l'issue de sa première année à Cambridge : il intègre alors le cabinet familial et est admis au barreau en 1890¹. Si la pratique du droit semble avoir été un fardeau pour Pound, elle n'éteint pas son insatiable curiosité intellectuelle : il passe son temps dans les *academic fripperies* et achète des livres par dizaine, sans jamais cesser de regarder vers l'Université. En 1895, de façon inattendue selon Pound, la faculté du Nebraska lui propose un poste en histoire du droit romain : il est possible toutefois que ce soit lui qui l'ait en réalité sollicité. Ce poste à l'université du Nebraska ne suffit pas à combler son ambition : selon ses propres dires, il n'avait jamais cessé de regarder du côté de Harvard, sans que Harvard ne lui prête nullement attention. Il en fut blessé, mais non désespéré², d'autant qu'il envisageait sérieusement une carrière universitaire dans la botanique. Ainsi, des années 1890 à 1900, il partagea son temps entre la botanique et le droit : la première branche le porta à la tête du département de Botanique, dont il obtint un doctorat en 1897³ ; pourtant, ce fut la seconde qui finit par le conquérir définitivement. Entré comme moniteur à la *Law School* du Nebraska en 1895, il devient professeur assistant en 1899, puis doyen en 1903. Malgré un passage par la pratique judiciaire et des fonctions de juge-auxiliaire à la Cour Suprême en 1903, rien ne le détournera plus de la carrière académique. Après le Nebraska, il fut ensuite successivement en poste à Northwestern, puis à Chicago, et Harvard finit par lui prêter attention. Il y fut recruté en 1910, et en devint le doyen de 1916 à 1936. Cette période, connue pour être l'âge d'or de Harvard, fut également l'âge d'or de sa pensée : entouré de Holmes, Brandeis, Cardozo et Frankfurter, Pound va théoriser ce qu'il va lui-même appeler la *sociological jurisprudence* : il y prône un droit vivant, un juge capable de l'adapter aux fluctuations de la société, une prise en compte des nouvelles sciences sociales⁴. Le programme de ce courant de pensée est clair : il faut étudier les effets sociaux des institutions et des doctrines, ainsi que les conditions qui ont permis leur apparition, afin de permettre l'amélioration du système juridique en vigueur.

3. Les ouvrages majeurs de Pound concernent la philosophie du droit, la *sociological jurisprudence* et sa théorie fameuse du droit vu comme instrument « d'ingénierie sociale ». Parmi les textes fondateurs, nous pouvons ainsi citer « Mechanical Jurisprudence », paru en 1908, ou « The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence », entre 1911 et 1912. Pour autant, il s'intéressera à de nombreux autres domaines, tels que l'histoire du droit ou encore le droit pénal ; il préfacera d'ailleurs l'édition américaine de *L'individualisation de la peine*, de Saleilles⁵.

4. Pound prendra sa retraite de doyen en 1937, ce qui ne l'empêchera pas de continuer à travailler : il sera par exemple conseiller auprès du ministre de la justice chinoise. Sa réputation est véritablement mondiale : il reçoit le titre de docteur en droit de la part de l'université de Cambridge et de celle de Berlin⁶, fut président de l'Académie internationale de droit comparé, membre honoraire de l'Académie royale de Palerme, membre étranger de la Société royale de Naples... Les États-Unis ne sont bien sûr pas en reste et, par exemple, l'American Bar Association lui décernera en 1940 une médaille pour les services éminents rendus à la cause de la doctrine américaine⁷. Ses écrits et ses conférences sont innombrables, et il continuera à travailler jusqu'à sa mort, en 1964.

1 N. E. H. Hull, *Roscoe Pound and Karl Llewellyn : Searching for an American Jurisprudence*, University of Chicago Press, 1997, p. 40.

2 Pound to Hershey, Feb. 20, 1893, Sayre Papers, cité dans *ibid.*, p. 48.

3 Concernant la botanique, notons qu'il a co-écrit avec F. Clements *The Phytogeography of Nebraska*, qui fit autorité ; de plus, il a découvert une espèce rare de lichen, qui s'appelle désormais *Roscoeoundia*.

4 F. Michaut, V° États-Unis (Grands courants de la pensée américaine contemporaine), D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 661.

5 R. Saleilles, *The Individualization of Punishment*, Little, Brown, 1913.

6 Il reçut précisément un LL. D. de l'université de Cambridge et un J. U. D. de l'Université de Berlin. A. T. Mehren, « Le doyen Roscoe Pound (1870-1964) », *Revue internationale de droit comparé*, 1964, p. 812.

7 *Ibidem*.

Présentation de « Law in Books and Law in Action »

5. Comme le souligne le professeur Halpérin, cet article, pourtant considéré comme une étape importante du réalisme juridique américain, est aujourd'hui invoqué plus pour son titre que pour son contenu⁸. Ce titre, quasiment devenu slogan, a d'ailleurs posé un premier écueil en matière de traduction : « le droit des livres et le droit en action » est *a priori* le choix le plus évident, d'ailleurs largement employé⁹. De plus, « l'action » envisagée comme « action judiciaire » aurait peut-être induit la comparaison avec un juriste ayant influencé Pound, tel que Jhering qui définit le droit comme un « intérêt juridiquement protégé »¹⁰. D'autres variations ont également été envisagées : « le droit théorique et le droit en pratique »¹¹, « le droit formel et le droit en acte »¹², « le droit en principe et le droit effectif », « le droit accepté et le droit pratiqué »... Finalement, notre choix s'est porté sur « le droit des livres et le droit en pratique » : en effet, le terme « pratique » nous semblait englober un phénomène plus large que celui des seules instances judiciaires. Or, même si Pound fait pour une large part référence à cette dernière, les exemples qu'ils donnent nous semblent accepter une vision plus large. De plus, si nous nous cantonnons cette fois au seul phénomène juridictionnel, le terme « pratique » nous paraissait renvoyer de façon plus nette et plus claire à l'usage qui est fait de ce droit, une fois qu'il a été mis en action.

6. Concernant l'article à proprement parler, le texte, paru en 1910, nous explique que le manque d'adaptation du droit « des livres » aux réalités sociales provoquent des oppositions avec le droit « en pratique ». Les fictions juridiques sont des survivances, des empreintes en creux de ce moment de flottement où les principes, bien que désuets et inadaptés, continuent à être vantés alors que la pratique agit d'une autre manière. Par « pratique », il faut entendre essentiellement l'action des tribunaux, auxquels une législation trop rigide et inadaptée permet de trancher une cause selon « le bon sens, les sentiments ou le *fair play* du tribunal »¹³... en d'autres termes, selon le bon vouloir des juges.

7. Pound reprend dans ce texte des thèmes qui lui sont chers : ainsi, il appelle à une meilleure compréhension de la dimension sociale du droit dès 1905, a démontré le besoin d'une théorie sociologique du droit en 1907 et a critiqué l'application des lois telle que faite par les tribunaux en 1908¹⁴. Il est par ailleurs intéressant de noter que certains passages simplement évoqués seront repris et développés dans des textes ultérieurs. En ce sens, comme l'indique le professeur Rabban, « l'œuvre de Pound, bien que souvent répétitive, est relativement claire et accessible »¹⁵.

8. Le texte commence par un trait d'humour et à une référence à Tom Sawyer et Huckleberry Finn, façon pour Pound de métaphoriser l'attachement excessif des juristes aux dogmes écrits. Il continue sa démonstration par l'énumération de fictions juridiques empruntées à l'histoire du droit et à des époques révolues, ce qui lui permet de mieux enfoncer le clou : aussi folkloriques et ridicules que nous paraissent ces petits arrangements des temps anciens, cela ne nous empêche pas de nous livrer aux mêmes types de détournement, preuves à l'appui. Pound semble là encore avoir à cœur de livrer un panel représentatif, en utilisant des exemples variés empruntés à diverses branches du droit, tel que le droit constitutionnel ou pénal. L'exposé le conduit à démontrer le grand pouvoir des tribunaux en matière d'application des lois,

8 J.-L. Halpérin, « Law in Books and Law in Action : The Problem of Legal Change », *Maine Law Review*, 2011-2012, p. 46.

9 Citons à titre d'exemple J. L. Kunz, « Crise et transformation », *Recueil des cours de l'Académie internationale*, vol. 88, 1955, p. 43 ; L. Israël, « Introduction », *L'arme du droit*, Paris, Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.), « Contester », 2009, p. 11 ; T. Kirat, « Le pragmatisme de Richard Posner : un regard critique », *Les philosophes pragmatistes et les économistes : quelles proximités ?*, IDHE-ENS de Cachan, 2005, p. 11.

10 R. Jhering, *L'esprit du droit romain*, Paris, A. Marescq aîné, 1878, p. 319.

11 Traduction adoptée par M.-C. Belleau, « Le classicisme et le progressisme dans la pensée juridique aux États-Unis selon l'analyse historique de Morton J. Horwitz », *Les Cahiers de droit*, vol. 34, n°4, 1993, p. 1250.

12 J. Pelisse, « A-t-on conscience du droit ? Autour des Legal Consciousness Studies », *Genèses*, n° 59, 2/2005, p. 148.

13 R. Pound, « Law in Books and Law in Action », *American Law Review*, 1910, p. 20.

14 R. Pound, « Do We Need a Philosophy of Law ? », *Columbia Law Review*, 1905, p. 339-353 ; « The Need of a Sociology of Jurisprudence », 1907, *Green Bag*, p. 608-615 ; « Mechanical Jurisprudence », *Columbia Law Review*, 1908, p. 101-106.

15 D. Rabban, *Law's History : American Legal Thought and the Transatlantic Turn to History*, Cambridge University Press, 1912, p. 426.

voire leur interventionnisme. Pour autant, il semble veiller à faire preuve d'une certaine objectivité puisqu'il nous présente des situations où cette ingérence peut être souhaitable : c'est le cas lorsque les juges viennent réparer une « injustice manifeste »¹⁶ en matière de droit de propriété, ou permettre un divorce en cas d'une « incompatibilité de caractère pouvant légitimement exister entre un homme et une femme »¹⁷. Pour autant, que l'on ne s'y trompe pas, Pound s'oppose à la place croissante laissée aux tribunaux et aux jurys, d'autant plus que la jurisprudence a échoué, selon lui et selon là encore de nombreux exemples, à répondre aux problématiques du temps.

9. Dès lors, quelle est la marche à suivre ? « Il nous faut [...] nous tourner vers la législation »¹⁸..., mais la législation, elle non plus, n'est pas exempte de défauts, et non des moindres. Tout d'abord, l'idée de souveraineté qui lui est associée empêche selon Pound toute adaptation aux changements sociaux ; de plus, les juristes imprégnés de l'historicisme de Savigny et du formalisme de Langdell sont obnubilés par la systématisation, voire la mécanisation de la loi, au mépris de tout facteur humain inhérent processus judiciaire.

10. Après ce constat des divergences entre droit des livres et droit en pratique, l'auteur nous livre les trois causes qui en sont responsables. Selon lui, cet état de fait est dû à une pensée juridique isolée des avancées méthodologiques, sociales et scientifiques, à une procédure législative trop rigide et pointilleuse et enfin à un appareil administratif et judiciaire lent et coûteux. Les deux dernières causes seront évoquées (évacuées ?) en quelques phrases. Concernant la législation, Pound considère qu'elle doit réfréner ses désirs d'universalisme et d'éternité, et adapter les règles aux nouvelles situations. Il ne s'appesantit pas sur le sujet mais nous livre tout de même une phrase importante : « Pour un temps, nous avons besoin de principes dont on peut déduire non des règles, mais des jugements »¹⁹. Par là, il assigne donc à la législation un rôle de guide pour le juge.

11. Pour ce qui est de la troisième cause, il critique l'appareil judiciaire tant sur le fond, déplorant que la révision de causes pourtant mineures prennent du temps et de l'argent au détriment de procès plus importants, que sur la forme, en ironisant sur les « dentelles d'or et les habits rouges »²⁰. L'administration est quant à elle pointilleuse et beaucoup trop décentralisée ; sur ce dernier point, n'oublions pas en effet que Pound a face à lui un appareil étatique de type fédéraliste, et que c'est peut-être une des raisons pour lesquelles il aspire à un rôle plus efficace du Congrès²¹.

12. En réalité, c'est donc bien à « la façon traditionnelle de penser le droit »²², à la pensée juridique américaine que Pound consacre la majeure partie de ses développements. Son époque est celle de l'expansion des États-Unis, du développement technologique, de l'industrialisation massive, du taylorisme et du fordisme²³, de l'accroissement des villes. Les changements sociaux ont été majeurs et rapides, et le contrôle initialement fondé sur le groupe ou les traditions religieuses doit selon Pound être désormais rempli par le droit²⁴. Ce dernier doit donc, en tant qu'instrument d'ingénierie sociale²⁵, assumer une certaine forme de contrôle social. Or, Roscoe Pound se heurte ici à ce qu'il considère comme un des problèmes majeurs de la pensée juridique américaine, c'est-à-dire son individualisme, décrit d'ailleurs comme un « over-individualism »²⁶, dans d'autres textes comme un « ultra-individualism »²⁷. Pour lui, le

16 R. Pound, « Law in Books », art. cit., p. 20.

17 *Ibid.*, p. 21.

18 *Ibid.*, p. 23.

19 *Ibid.*, p. 34.

20 *Ibid.*, p. 35.

21 D. Nelken, « Law in Action or Living Law ? Back to the Beginning in Sociology of Law », *Legal Studies*, 1984, p. 157.

22 R. Pound, « Law in Books », art. cit., p. 24.

23 B. Dupret, *Droit et Sciences Sociales*, Armand Colin, 2006, p. 37.

24 D. Nelken, *op. cit.*, p. 159.

25 L. J. McManaman, « Social Engineering : The Legal Philosophy of Roscoe Pound », *St. John's Law Review*, vol. 33, 2013, p. 1-47.

26 R. Pound, « Law in Books », art. cit., p. 26.

27 D. Rabban, *op. cit.*, p. 433.

point de départ de cette tendance se trouve dans le puritanisme innervant la *common law* américaine : il nous explique que le principe fondamental de cette doctrine est l'idée d'un homme agent moral libre, qui est pleinement responsable de ses choix mais qui ne peut être contraint par nulle autorité. Dans cette optique, « le droit n'est qu'un outil au service de la liberté, [...] son seul fondement [est dans] le fait pour l'individu de librement y consentir »²⁸, ce qui ne peut que s'opposer aux vues de Pound concernant la finalité du droit. Un peu plus haut dans le texte, il étrille un passage de Carter qui exalte lyriquement la liberté ; il a d'ailleurs pu décrire cet auteur comme un chantre de la « doctrine of no legislation »²⁹. En premier lieu, l'individualisme pousse donc les hommes à se défier des magistrats et des jugements en équité et à préférer une application mécanique d'une règle de droit inflexible, vue comme seul instrument apte à juger leur conscience. De plus, l'individualisme a également donné le principe de liberté contractuelle³⁰ : déjà discutable quand elle intervient entre individus par essence inégaux, elle se transforme ainsi en « fléau de toute législation industrielle »³¹ et va même jusqu'à envahir le champ du droit constitutionnel. L'application de ce « laissez-faire constitutionalism »³² permet ainsi aux cours d'invalider les nouvelles législations sociales. Notons à ce sujet, comme le fait remarquer le professeur Rabban, que Pound fait supporter le poids de ces décisions à la conception individualiste, mais non à de possibles intérêts politiques ou économiques sous-jacents, ni au conservatisme des juges³³. De même, M. Nelken note que malgré ses dénonciations de l'individualisme, Pound se révèle en être lui-même imprégné : par exemple, il voit le groupe comme un « agrégat d'individualités »³⁴, à la différence d'auteurs comme Ehrlich qui se focalisent sur la vie du groupe³⁵ comme entité propre.

13. Au terme de cette démonstration parfois teintée d'humour, étoffée de détails vivants et de critiques concrètes, Pound tire une conclusion sans appel et dont il ne se départira pas : plutôt que de continuer à sanctifier des textes de lois devenus trop déconnectés des changements sociaux, il faut faire face à la réalité. Le droit ne peut plus se tenir à l'écart des mutations économiques, sociales et méthodologiques ; la fonction de juger ne peut s'appliquer de façon mécanique, mais doit avoir pour mission d'adapter le droit aux changements de la société. La loi est vue comme guide de l'action du juge, afin de satisfaire les besoins d'une justice non plus seulement légale, mais également sociale.

II. « Le droit des livres et le droit en pratique », par Roscoe Pound (traduction Prune Decoux)

14. Quand Tom Sawyer et Huck Finn résolurent de secourir Jim en creusant un tunnel sous la cabine où il était enfermé, l'esprit profane et ignorant de Huck vit dans les vieilles pioches qu'ils avaient trouvées l'outil adéquat à utiliser. Mais Tom était mieux informé. Grâce à ses lectures, il connaissait la marche à suivre en pareil cas, et il demanda un couteau de cuisine.

Peu importe à quel point c'est bête, c'est le moyen préconisé –et d'ailleurs, c'est le moyen traditionnel. Je n'en connais pas d'autres, et j'ai lu tous les livres sur le sujet. Les prisonniers creusent *toujours* avec un couteau³⁶.

28 R. Pound, « Law in Books », art. cit., p. 33.

29 D. Rabban, *op. cit.*, p. 437.

30 R. Pound, « Liberty of Contract », *Yale Law Journal*, 1909, p. 454-489.

31 R. Pound, « Law in Books », art. cit., p. 33.

32 D. Rabban, *op. cit.*, p. 427.

33 *Ibidem*.

34 R. Pound, « Law in Books », art. cit., p. 33.

35 D. Nelken, *op. cit.*, p. 164.

36 Tom a visiblement lu le Comte de Monte-Christo, car pour convaincre Huck, il lui raconte l'histoire de ce « fameux prisonnier du château d'If, dans le port de Marseille », qui creusa une galerie dans le roc avec un couteau afin de s'évader (*Note de la traductrice*).

Ainsi, respectueux des livres et de leurs recommandations, les garçons commencèrent à creuser avec des couteaux. Ils œuvrèrent ainsi jusqu'aux environs de minuit, morts de fatigue et leurs mains se couvrant d'ampoules, sans du reste beaucoup progresser, quand la lumière se fit dans l'esprit légaliste de Tom. Il jeta son couteau et, se tournant vers Huck, il lui intima : « Passe-moi un couteau ». Laissons Huck raconter la suite :

Il avait le sien près de lui, ce qui ne m'empêcha pas de lui offrir le mien. Il le jeta au loin et répéta "Passe-moi un couteau".

Je ne savais pas quoi faire, puis je compris. Fouillant dans le tas de vieux outils, j'y trouvais une pioche qu'il a prise, se remettant aussitôt à la tâche sans ajouter un mot.

Il a toujours été ainsi. C'était un garçon avec des principes.

15. Tom redécouvrit ainsi une des plus anciennes curiosités du droit. Quand la tradition commandait de se servir d'un couteau alors qu'une pioche aurait été préférable, nos ancêtres continuaient, bien qu'en en ayant fait une vaine utilisation, d'adhérer au principe du couteau –mais utilisaient une pioche. Il était admis que le droit ne devait pas changer, que ses mutations étaient lourdes de danger. Pour autant, il pouvait être très incommode d'utiliser des couteaux de cuisine ; le droit a ainsi toujours manœuvré pour recourir à une pioche tout en exigeant fermement un couteau, se drapant dans la vertueuse apparence d'user de l'instrument autorisé.

16. À titre d'illustration, il semble utile d'évoquer quelques faits bien connus de l'histoire du droit. Une des premières difficultés rencontrées par les systèmes juridiques antiques, qui étaient fondés sur la famille, concernait la continuité de la lignée, et sa possible extinction à défaut du fils requis par les dogmes religieux et juridiques. Personne ne songea à remplacer ces dogmes, mais leurs inconvénients, voire leurs injustices manifestes, furent contournés par le mécanisme de l'adoption. Peu de temps après, certains jurisconsultes pensèrent à une meilleure façon de disposer de ses biens après sa mort, sans pour autant enfreindre les préceptes anciens. Pourquoi ne pas vendre l'intégralité de son patrimoine à une personne qui sera chargée de répartir les legs ? Précisons que ce type de transfert nécessitait, outre une personne de confiance, que le « testateur » assortisse la vente d'indications précisant que donner à qui. Ce type d'aliénation se répandit peu à peu jusqu'à ce que tout le monde finisse par l'utiliser ; alors, la loi des XII Tables dota d'efficacité juridique les instructions orales assortissant un tel contrat de vente : c'est ainsi que le testament³⁷ vit le jour. Un meilleur exemple peut être trouvé dans le droit romain du mariage. Le mariage religieux, seul reconnu par la religion et par conséquent par le droit, n'était pas ouvert au plébéien. Dès lors, il n'avait pas la *manus* sur sa femme, n'exerçait pas la *potestas* sur ses enfants et sa famille n'avait pas d'existence aux yeux de la loi. Plutôt que de créer une union sans *manus* sur la femme ou sans *potestas* sur les enfants, des mécanismes tels que l'achat, la prescription acquisitive ou le délai de prescription furent utilisés pour ramener la femme du plébéien sous sa puissance d'autres manières. Le droit, lui, ne fut pas modifié. Notre propre droit fournit également bien des exemples. Quand un roi anglo-saxon désirait faire bénéficier un individu de la paix royale, il le prenait publiquement par la main et l'intronisait ministre ou serviteur : ainsi, il le faisait entrer dans sa maisonnée, à laquelle était attachée cette protection spéciale. Quand la compurgation³⁸ dénuât de toute efficacité l'action pour dette en matière de contrat consensuel, ce mode de preuve ne fut pas aboli. En revanche, les cours étendirent un recours initialement délictuel³⁹ au domaine contractuel. Dès lors, quand une contrepartie avait été effectivement versée, le fait de ne pas respecter sa promesse fut considéré comme manquement à son obligation. La doctrine de la *consideration* était née. Locations fictives, évictions factices, autant de mesures inventées pour contourner la lenteur et le formalisme des actions réelles ou les dangers des duels judiciaires, mesures devenues par trop obsolètes. En matière de *conversion*⁴⁰, les anciennes formalités de preuve de la propriété, trop rigides et strictes, devinrent inadaptées

37 Il est manifestement fait référence au testament *per aes et libram* : le citoyen qui veut tester sans pouvoir attendre la prochaine réunion des comices peut vendre son patrimoine à un ami, en lui indiquant ce qu'il entend donner à chacun après sa mort. Cela permet de faire passer ses biens à d'autres personnes que ceux *ab intestat*, donc cela emporte les mêmes effets qu'un testament. Toutefois, le procédé est peu satisfait car cela nécessite la bonne foi de l'*emptore* et personne n'a le titre d'héritier (*N. de la T.*).

38 Mode de preuve, par lequel le défendeur jure ne pas avoir reçu l'argent réclamé, ce qui permet de débouter le demandeur (*N. de la T.*).

39 Le *trespass on case* (*N. de la T.*).

40 Délit qui sanctionne la détention illicite du bien d'autrui (*N. de la T.*).

aux nouveaux cas de détournement de propriété. Plutôt que de les changer, le bien en cause fut présumé perdu, puis retrouvé et indûment approprié ; on peut donc lire dans un compte-rendu américain du XIX^e siècle que cent wagons de marchandises, négligemment égarés par le demandeur, furent tranquillement retrouvés par le défendeur et détournés à des fins personnelles, tout comme si l'objet perdu avait été une montre ou un livre de poche.

17. Contrairement à ce que nous pensons, nous ne sommes pas, et de loin, plus sages que nos ancêtres. Bien que nous n'ayons que peu de vieilles fictions héritées de l'ancien droit, nous sommes capables d'en créer de nouvelles dans le même esprit. Telle qu'elle est prescrite par les exigences constitutionnelles, l'interprétation des lois devant certaines de nos assemblées législatives fédérales est en tout point digne de rester dans l'histoire, aux côtés du *ac etiam*⁴¹ et du *quo minus*⁴². La doctrine dotant d'une citoyenneté présumée les actionnaires d'une société, et donc la société elle-même, a pour seul but de permettre une action devant les cours fédérales ; cela vaut bien les décisions voyant une violation de la paix du roi dans la fraude et l'escroquerie. Mais ce n'est pas des fictions en elles-mêmes dont je souhaite parler. Elles seront bientôt inscrites dans les livres et deviendront donc du droit écrit ; cependant, elles indiquent qu'il y a eu, un temps, une différence entre le droit des livres et le droit en pratique et nous montrent une des façons dont les deux se sont accordés. Elles pointent où et comment la théorie juridique a plié sous la pression des idées et des conduites profanes. Les divergences actuelles ne sont pas encore si prononcées et passent inaperçues ; les fictions qui les signaleront aux futures générations de juristes sont en train d'être créées. Toutefois, une attention particulière dévoilera les différences existant entre le droit des livres et le droit en pratique, entre les règles censées régir les relations d'homme à homme et celles les régissant réellement. Ainsi, même de nos jours, il existe des divergences bien réelles et souvent bien profondes entre théorie juridique et administration de la justice.

18. En voici quelques exemples. Un dogme bien établi dans la littérature veut que soit présumée la constitutionnalité d'une loi –empêchant une cour de la déclarer en conflit avec la constitution, à moins que ce ne soit clairement et indubitablement le cas. Pourtant, la pratique ne semble pas suivre ce précepte, si l'on en croit le prétendu conflit entre législation sociale et garanties constitutionnelles de liberté et de propriété. Ainsi, la Cour d'Appel de New-York et la Cour Suprême des États-Unis s'opposent quant à la possibilité de régulation du temps de travail dans les contrats publics et municipaux, ou concernant les horaires des boulangers. Les magistrats de New-York refusent la première⁴³, qui avait pourtant déjà été admise par la Cour Suprême⁴⁴, et soutenaient la seconde⁴⁵, qui sera écartée par les hauts magistrats⁴⁶. Ces simples faits parlent d'eux-mêmes, et bien d'autres cas peuvent être relevés. Contentons-nous de dire qu'une étude critique des décisions rendues en matière constitutionnelle par les tribunaux d'État, ces dernières années, nous conduit à adhérer aux propos du professeur Freund : face à une loi jugée déraisonnable, les tribunaux tendent à adopter des pratiques la contournant. Il nous faut admettre la vérité de la constatation formulée par le Professeur Dodd :

Les tribunaux ont désormais définitivement envahi le champ des politiques publiques et ils se montrent prompts à frapper d'inconstitutionnalité toutes les lois, ou presque, qu'ils désapprouvent, particulièrement en matière de législation sociale ou industrielle. Les cours répètent à l'envi que l'inconstitutionnalité d'une loi ne peut être déclarée qu'à condition d'être établie au-delà de tout doute raisonnable ; pour autant, ce principe ressemble à présent à une seule platitude courtoise, destinée à faire passer la pilule.

19. Cette entorse à la théorie juridique suscite un autre changement. La doctrine veut qu'une loi inconstitutionnelle soit tout simplement nulle ; elle n'a donc jamais existé et n'a produit aucun effet. Or,

⁴¹ Locution signifiant « et aussi », permettant, après avoir allégué une cause fictive donnant compétence à la cour, d'introduire la véritable cause de l'action, pour laquelle la cour n'aurait sinon pas eu compétence (*N. de la T.*).

⁴² Fiction juridique ayant permis à la Cour de l'Échiquier d'étendre sa compétence à des cas normalement réservés à la Cour des plaids-communs (*N. de la T.*).

⁴³ *People v. Coler*, 116 N. Y. La note de bas de page indique initialement *People v. Coler* 116 N.Y. mais il semble qu'il s'agisse plutôt de l'arrêt *People v. Coler* 166 N. Y. (*N. de la T.*).

⁴⁴ *U. S. v. Martin*, 94 U. S. 400.

⁴⁵ *People v. Lochner*, 177 N. Y. 145.

⁴⁶ *Lochner v. N. Y.*, 198 U. S. 46.

en cinq ans, les tribunaux de ce pays ont prononcé l'inconstitutionnalité de trois cent soixante-dix sept lois, soit plus de soixante-et-onze par an, rendant de toute évidence une telle théorie extrêmement gênante. C'est donc en toute logique que commence à apparaître la pratique reconnaissant ce qu'on pourrait nommer « le principe du *de facto* »⁴⁷.

20. Un autre exemple peut être trouvé dans ces juridictions où, en matière de responsabilité de l'employeur, les théories de la *common law* subsistent, et dans celles qui font primer ces principes de sur la nouvelle législation. Le sentiment actuel veut que ce soit à l'employeur, ou aux grandes entreprises industrielles, de prendre en charge les conséquences néfastes de leur activité sur leurs employés ; or, il est bien connu que les verdicts sont plus fréquemment dictés par cette inclination que par les règles de droit procédant des chefs d'accusation. La plupart des procès récents suivent ce procédé et ont été renvoyés devant nos plus hautes cours de révision pour avoir rendu des verdicts non étayés. Le droit des livres est établi et défini, mais le droit en pratique se révélera fort différent, et seul l'acte d'accusation, strictement examiné en appel, fait appel à un minimum de théorie juridique.

21. Les divergences entre théorie juridique et pratique réelle sont encore plus frappantes concernant l'arrestation de personnes suspectées de crime. Le « *third degree* »⁴⁸ est devenu une pratique quotidienne des enquêtes criminelles. Que dit le droit selon nos manuels ?

Le détenu, selon Sir James Stephen, doit absolument être protégé contre tout interrogatoire judiciaire ayant lieu avant le procès.

Cela, ajoute-t-il, contribue grandement à la dignité et à l'apparente humanité du procès criminel. En effet, cela permet d'éviter l'impression de dureté, pour ne pas dire de cruauté, qui choque bien souvent le spectateur anglais d'un procès français.

Voilà la règle de droit. Pourtant, face à des personnes accusées ou suspectées, procureurs, officiers de police ou enquêteurs n'hésitent pas à procéder au plus rigide, inquisiteur et parfois brutal des interrogatoires, revêtu de toutes les apparences de la légalité et soutenu par le pouvoir étatique. C'est un fait, un tel procédé ne sera jamais utilisé contre un homme riche soupçonné d'avoir violé une loi anti-trust, pas plus que contre un politicien influent afin d'obtenir des preuves de sa corruption ou de sa concussion. Le scélérat fortuné, la canaille soutenue par une bande de canailles lui fournissant un avocat et un recours en *habeas corpus*, voilà qui bénéficie du droit des manuels. Le scélérat quelconque, lui, est rudoyé, affamé voire torturé par des policiers jusqu'à ce qu'il avoue. Face à de telles auditions, c'est à juste titre que notre instinct nous fait hésiter quant à leur légalité. Nous convenons, avec Sir James Stephen, qu'il y a de la paresse derrière cela, qu'il est, pour utiliser ses mots,

bien plus agréable d'être assis confortablement dans l'ombre, frottant de piment rouge les yeux d'un pauvre diable, que d'aller traquer les preuves en plein soleil.

Toujours est-il que les tentatives des manuels pour contraindre les procureurs à user d'un couteau de cuisine sont des échecs. Dans la pratique, ils utilisent des pioches et tant que le droit n'évoluera pas, la faiblesse, l'isolement et la pauvreté permettront des abus concrets, en dépit de la théorie juridique.

22. D'une part, le droit des livres aspire à multiplier les garanties autour de l'accusé, alors que dans les faits, les exigences de procédure les rendent inapplicables ; d'autre part, il posera parfois des verdicts de culpabilité là où l'opinion publique exige au contraire la disculpation.

47 *The Growth of Judicial Power, Political Science Quarterly*, 24, 193, 194. Dans son texte, W. F. Dodd évoque la tendance des tribunaux à considérer les sociétés constituées sous une loi inconstitutionnelle comme des sociétés de fait, ce qui leur permet de protéger les droits qu'elles ont pu acquérir. *Op. cit.*, p. 199 (*N. de la T.*).

48 Interrogatoire intensif ou mauvais traitement. Ce terme serait dérivé de la franc-maçonnerie, où le candidat atteint le troisième degré et obtient le grade de maître après avoir été soumis à un interrogatoire approfondi (*N. de la T.*).

23. Un « jury émancipé »⁴⁹ est un puissant correctif du droit tel qu'il est actuellement prescrit. Face à une volonté étatique imposée à une communauté parfois réticente, face à une volonté majoritaire contraignant une minorité pourtant vive et déterminée, le jury local peut être un contre-pouvoir aussi efficace que celui opposé naguère aux rois et ministres. En outre, certaines affaires requièrent des mesures d'atténuation ou des dispenses de responsabilité ; grâce au pouvoir de juger dont il dispose, il ne suffit au jury que d'un peu d'aide des psychiatres et de leurs théories pour rendre un verdict en accord avec le sens moral de la communauté. Là encore, dans les cas tels que le « troisième degré », la loi est souvent trop mécanique là où elle devrait faire preuve d'une grande souplesse. La tendance manifeste, dans presque toutes les juridictions, d'étendre la compétence de ces jurys émancipés indique qu'il existe d'autres nombreux points à améliorer. Par exemple, il est devenu habituel que la législation confie les questions de négligence à la seule compétence du jury. Beaucoup d'états font de leurs jurés des juges de la loi en matière criminelle, et un large nombre leur confie le pouvoir de statuer dans beaucoup de types de poursuite judiciaire, sinon toutes. Plus encore, la législation interdit le commentaire des faits dans la lecture des questions⁵⁰, exige un chef d'accusation écrit et, dans certains états, limite le droit des magistrats d'autoriser ou refuser les instructions soumises par l'avocat : par cela, elle a transformé la lecture des questions en un rituel impressionnant, mais sans effet, confiant la décision à un jury qui n'est pas lié par les règles de droit.

24. Dans quel but, et pour quelles raisons est étendu ce pouvoir du jury ? Concrètement, il s'agit pour une large part de conserver intacte la lettre du droit des livres, tout en laissant le jury libre d'appliquer des règles différentes, voire des considérations extra-légales à l'espèce – ce qui crée ou agrandit les failles entre le droit dans les livres ou le droit en action. Les raisons, quant à elles, s'expliquent par le désaccord entre opinion publique et comportements profanes d'un côté, théorie et règles formelles de l'autre ; le droit tente de préserver les secondes tout en les accommodant aux premiers, grâce à ce bon vieil artifice consistant à appeler une pioche un couteau. Le rituel de l'exposé au jury conserve son exactitude académique et les comptes rendus montreront que l'affaire a été jugée selon la loi ; ainsi, cela permet de dissimuler le fait que la loi suivie par les jurés est faite de notions extra-légales, telles que la conformité à l'opinion publique. Un point est digne de considération : depuis environ cinquante ans, la procédure américaine a exagérément tendance à juger *in abstracto* plutôt qu'*in concreto*, ce qui pourrait être dû, pour partie, aux pouvoirs exorbitants du jury. Pour ajuster les règles de droit aux exigences de l'action, nous avons donné un large pouvoir discrétionnaire au jury. Pour préserver l'apparence de légalité des règles et du système, nous avons développé une machinerie procédurale compliquée, affinée et ré-affinée dans ses moindres détails. Or, en Angleterre, où un Parlement souverain rend le droit écrit sensible aux mouvements de l'opinion, il n'y a que très peu de jurys émancipés. Les juges tiennent compte de la lettre du droit comme de la réalité des faits, et confine le jury dans sa stricte compétence. Ce n'est d'ailleurs pas entièrement une coïncidence si les tribunaux anglais ne gaspillent que peu de temps en procédure.

25. D'autres tentatives pour faire coïncider lettre de la loi et exigences de l'administration, tout en laissant le texte apparemment inaltéré, peuvent être observées. C'est le cas à propos du rituel américain de l'opinion judiciaire, savamment élaborée à partir de la discussion et de la déduction des précédents. Pourtant, une lecture critique nous révèle que la conclusion nous est parfois imposée, que ce rituel peut couvrir un gouvernement des juges, une sorte « d'équité à l'état brut », ou comme les Allemands la nomment, une application équitable de la loi. Cela crée de nombreuses faiblesses dans ce qui est, mais de manière seulement superficielle, une règle absolue puisque qu'en pratique, la cause sera donc tranchée selon le bon sens, les sentiments ou le *fair play* du tribunal. Nous en avons déjà évoqué un exemple en matière de droit constitutionnel, mais de nombreux autres pourraient s'y ajouter, venant cette fois de toutes les branches du droit privé. Une illustration suffira : en droit des biens, il est prévu qu'une servitude puisse faire l'objet d'une prescription acquisitive, à condition que dans les faits, son utilisation ait été connue et n'ait soulevée aucune objection. Pourtant, les tribunaux considèrent à juste titre qu'un tel acte, dit de pure tolérance, n'ouvre aucun droit. Ainsi, quand on se penche sur les instances à proprement parler et qu'on tente de les

49 Roscoe Pound emploie les termes « *jury lawlessness* », qui se traduisent littéralement « jury anarchique » ; pour autant, il ne nous semble pas que ce soit l'interprétation à donner à ces termes, ce qui explique l'utilisation du terme « émancipé » (*N. de la T.*).

50 À la fin de l'énoncé des preuves, le juge donne au jury des instructions détaillées identifiant les litiges en cause et les lois applicables. La *charge of the Court* inclut une série de questions auquel le jury devra répondre après avoir considéré les preuves admises au procès (*N. de la T.*).

faire rentrer dans le schéma susdit, non pas selon ce que la cour a déclaré être le droit, mais selon les faits de l'espèce, on constate rapidement que dans une large part, les règles énoncées ne sont pas celles qui prévalent. Dans les cas où accorder le droit de propriété relèverait d'une injustice manifeste, la cour a retenu la qualification d'acte de tolérance, rendant la prescription impossible, ou a insisté sur l'équivocité de la possession du demandeur. Il ne faut pas aller chercher bien loin pour trouver la raison de tels procédés. Nous avons élaboré une science du droit si minutieuse, interposé une telle nuée de déductions infimes entre les principes et les faits réels, que notre droit est devenu extrêmement mécanique ; l'appliquer avec la technicité clinique demandée serait enlever toute efficacité à cet instrument de la justice. En théorie, nos juges sont strictement liés par des règles rigides ; leur pouvoir discrétionnaire est rigoureusement limité à un strict minimum. Or, la jurisprudence a créé une abondance de règles dépassant largement du périmètre initialement alloué aux conceptions personnelles des magistrats. Juridiquement, la conscience et les sentiments du juge ont été bannis, et on attend de lui qu'il case de force l'affaire dans les idées préconçues fournies par les manuels ; mais en pratique, un être de chair et de sang ne se plie pas facilement à une telle injonction. Le droit sauve peut-être la face grâce à ses rituels compliqués, mais il n'en reste pas moins que ce sont les hommes, et non les règles, qui rendent la justice.

26. En général, les juristes aiment à mettre les divergences entre droit des livres et droit en pratique sur le compte des caprices du législateur ; ces lois impossibles à appliquer, promulguées négligemment et en méconnaissance de la réalité, sont les premières à blâmer. Il est certain qu'une législation grossière joue un rôle important. Face à des lois plus sévères pour celui qui donne une cigarette à un adulte que pour le maître-chanteur ou le fonctionnaire corrompu, il y a peu de chance que les jurés, les procureurs ni même les juges se sentent investis du devoir de respecter le droit écrit. Il est également bien connu que certaines lois n'ont été faites que pour satisfaire les électeurs, sans être destinées à être appliquées. Pour autant, ce n'est pas ce qui m'occupe aujourd'hui ; malgré notre vénérée *common law* et nos traditions prétoriennes, il n'y a pas à se vanter de notre façon pourtant consacrée de penser le droit. J'ai déjà évoqué à ce sujet la législation régissant les rapports employeurs et employés. Nos doctrines ultra-individualistes concernant la *contributory negligence*⁵¹ ne donnent pas de bons résultats entre les mains d'un jury ; pourtant, le législateur ne les modifie pas, voire laisse le jury les trancher dans un nombre sans cesse croissant d'états. De même, la théorie juridique s'oppose fermement au divorce obtenu par collusion ; néanmoins, les journaux du matin ne cessent de démontrer le peu de poids de cette théorie dans la pratique. Imaginez la réaction de l'opinion publique face à un soi-disant *gentleman* condamné judiciairement pour cruauté mentale envers une *lady* : pourtant, ces accusations commencent à concerner des personnes respectées et de haut standing. Nous savons que dans la majeure partie du pays, si ce n'est partout, la cruauté mentale est devenue une fiction commode pour dissimuler l'incompatibilité de caractère pouvant légitimement exister entre un homme et une femme. La théorie juridique, les décisions judiciaires définissant la cruauté, les règles de la *common law* interdisant la collusion, tout cela reste dans les livres. Hors du tribunal, le mari et la femme conviennent d'une répartition des biens et s'entendent pour que soit invoquée la cruauté mentale. Les journaux publient les faits mais le rituel judiciaire se déroule et le jugement entre en vigueur. En d'autres termes, les opinions et les sentiments de la société ont changé, et qu'importe le droit dans les livres ; le droit en action a changé avec elle.

27. Plusieurs causes expliquant les divergences entre droit dans les livres et droit en pratique ont déjà été avancées et notons que ce phénomène n'a rien de nouveau. Le droit a toujours été et sera sans aucun doute toujours « en devenir ». Il doit être « aussi changeant que l'homme lui-même »⁵².

Comme toutes les vies, explique Wundt, la vie de la société est en perpétuel changement et développement. Le droit négligerait une de ses fonctions les plus importantes s'il cessait de répondre aux exigences de cette évolution constante⁵³.

Même si le juriste, obnubilé par son idéal de règles de droit immuables, cherchait à fuir ces exigences, la société ne lui permettrait pas. Les hommes n'en font qu'à leur tête, n'en déplaise aux lois et aux traditions. La forme sera peut-être conservée, mais le changement au fond sera lui sanctionné, par quelque fiction ou

51 Moyen de défense alléguant que la victime a participé à la réalisation de son propre dommage (*N. de la T.*).

52 Wundt, *Ethik*, 2nd éd., 556.

53 *Ibid.*, 581.

interprétation, quelque cour arbitrale ou application équitable. Toutefois, l'écart entre droit des livres et droit en action peut se révéler plus ou moins aigu selon les périodes de notre histoire juridique. Dans tous les systèmes juridiques, des périodes de croissance, où le droit se développe grâce à la juristique, alternent avec des périodes de stabilité où les résultats de cette juristique passée sont résumés, mis au point ou simplement corrigés ici et là par la législation. Notre *common law* américaine est elle aussi passée par des périodes de croissance. Dans certaines parties du pays, cette période s'est terminée avec la guerre de Sécession. Dans d'autres, elle se prolongea un peu, mais on peut dire de façon générale qu'elle ne dépassa pas 1875. De nos jours, nous connaissons vraisemblablement une période de stabilité. Notre jurisprudence est incapable de résoudre les problèmes nouveaux ou de s'adapter à des situations inédites, pourtant cruciales pour notre vie courante. Les juges ont manifestement échoué à étayer la responsabilité de l'employeur d'une doctrine solide. De même, malgré la « théorie générale du droit »⁵⁴ élaborée par la Cour Suprême des États-Unis, il n'a pu être répondu à la demande d'un droit commercial uniforme⁵⁵. En dépit de siècles de débats antérieurs, les tribunaux n'ont pas pu réussir à élaborer un droit stable et raisonnable concernant le droit successoral foncier. En essayant de prévenir les discriminations dans les compagnies de service public, la *common law* s'est totalement désintéressée à cause de son inaptitude à renforcer sa doctrine et ses règles de procédures. Dans nos états de l'Ouest, où les opportunités permettant une libre application de la loi ne manquent pas, la jurisprudence s'est avérée inefficace pour adapter le droit de l'eau. Elle a été incapable de rappeler les promoteurs à leurs devoirs et incapables de protéger les investisseurs en société contre l'incurie et les abus de confiance. Elle a échoué dans l'élaboration d'une théorie de la responsabilité ramenant les personnes morales, ou ceux qui se cachent derrière ces entités, à leurs responsabilités envers le public. En définitive, la jurisprudence n'a rien fait, ou si peu, pour améliorer les procédures malgré les demandes insistantes de la société. Il nous faut, sur tous ces points, nous tourner vers la législation. Du point de vue de la juristique, donc, nous sommes dans une phase de stabilité et c'est au travers de la législation que croît le droit. Pour autant, la législation a toujours amené avec elle une théorie impérativiste⁵⁶ du droit, faisant de la loi le commandement de la souveraineté ; en résulte la tendance à ignorer l'adaptation, pourtant nécessaire, des règles livresques aux demandes de la raison humaine et aux exigences du comportement de l'homme. En outre, dans ces périodes de stabilité, un désir de perfection formelle s'empare des juristes et la justice dans ses effets concrets cesse d'être leur objectif. À la place, ils aspirent au développement d'un système logique de principes établis grâce à des déductions rigides et à une technicité devant éliminer entièrement le facteur humain dans l'administration de la justice : autant de moyens devant permettre de prédire la décision judiciaire avec une assurance absolue. Par le passé, de telles phases ont pu produire des interprétations fallacieuses et des effets indésirables. À présent, elles donnent lieu à une application en équité, mettant en valeur l'élément discrétionnaire, rationnel, l'élément d'équité dans son sens le plus général enfin, inhérent au droit. La controverse entre les écoles historique et analytique et l'école prônant l'équité, à propos de l'application du nouveau Code allemand, procède du même phénomène. En effet, ce n'est pas parce que ces périodes sont stables d'un point de vue juridique que la pratique ou l'opinion populaire le sont aussi, loin s'en faut. En conséquence, elles peuvent s'avérer diverger grandement des lois et règles des manuels. En période de maturité juridique, il s'agit là de la principale raison expliquant les différentes dissonances entre le droit formel et le droit réellement pratiqué.

28. Une analyse plus détaillée révèle que trois causes se trouvent plus particulièrement derrière cette situation, à savoir : (1) dans une large mesure, notre façon traditionnelle de penser le droit, à contre-courant des idées sociales, économiques ou philosophiques actuelles, (2) notre retard dans l'art du droit, rendant notre procédure législative, tout comme notre jurisprudence, trop rigides et pointilleuses, mettant en échec toute initiative des tribunaux face à des cas spécifiques, et (3) les défauts de notre appareil administratif.

29. Pour les anciens, le droit était sacré. Il n'était pas l'œuvre de l'homme et ne pouvait être modifié par l'homme. Il était simplement révélé, donc toute tentative de modification ne pouvait être que vaine. Quand les peuples teutons, au contact des Romains, apprirent que grâce au droit écrit ils pouvaient créer le droit, le modifier ou l'authentifier, il se produisit une grande effervescence intellectuelle. De façon un

54 Ce concept figure dans le texte d'origine sous le nom de « general jurisprudence » (*N. de la T.*).

55 Pour plus de détails sur ce point, voir R. Pound, « Uniformity of Commercial Law on the American Continent », *Michigan Law Review*, 1909, p. 94 (*N. de la T.*).

56 Théorie de John Austin qui réduit la norme juridique à un commandement du souverain (*N. de la T.*).

peu similaire, quand les juristes découvrirent qu'ils pouvaient déduire le droit de postulats, et que la société comprit qu'elle pouvait le mettre en œuvre sans ces postulats, un bouillonnement s'ensuivit. Quand la législation n'est que l'enregistrement du droit, quand la spéculation juridique n'est que la découverte de préceptes guidés par la raison, les théories et règles produites ne peuvent être éloignées de l'opinion et de la pratique populaire. Mais dès lors qu'est admise une théorie impérativiste du droit et le principe *quod principi placuit legis habet vigorem*, il n'y a pas grande différence entre un *princeps* empereur romain, entouré de juristes légiférant en son nom, et les peuples du *commonwealth* américain s'exprimant par les comités judiciaires de leur assemblée législative. Dans un cas comme dans l'autre, cela donnera lieu à une foule de détails qui ne pourront en pratique recevoir force obligatoire⁵⁷. Mais il est également vrai qu'admettre les théories de l'école historique, et donc tirer des déductions logiques de principes de droit romain ou de la *common law* anglo-américaine, serait un échec, et assignerait au droit des livres la tâche impossible de gouverner les vivants par les morts.

30. Les habitudes coutumières guidant la pensée juridique sont caractéristiques de la science du droit américaine. Notre enseignement du droit est historique et analytique. Dans tous les cas, il commence et finit en grande partie dans la jurisprudence anglo-américaine. Pour autant, les principes fondamentaux de cette jurisprudence ne sont en aucun cas ceux de l'opinion publique actuelle et cette situation est en tout point unique. « Toutes les sciences », écrit Ulrich Zäsius en 1520, « ont enlevé leurs vêtements sales, exceptée la science juridique qui reste dans ses guenilles »⁵⁸. À cette époque, tous les autres domaines de la connaissance étaient revivifiés grâce au renouveau de l'étude de textes classiques par les humanistes, face à une science du droit se tenant ostensiblement à l'écart de cette nouvelle lumière. À Rome, l'apport grec se fait sentir dans les écrits et la pensée du I^{er} siècle, mais seulement à partir des II^e et III^e siècles dans la science du droit romain. La réception de la philosophie aristotélicienne et de la théologie des pères de l'Église a eu lieu un siècle avant que le droit ne se libère de Justinien et que la science juridique ne divorce de théologies plus anciennes. Aujourd'hui, tandis que toutes les autres sciences, dans le sillage des sciences naturelles, ont abandonné les déductions à partir de conceptions prédéterminées, cela reste la seule méthode acceptée par la science du droit. Bien que les pensées philosophiques, politiques, économiques et sociologiques se soient détachées de la loi de la nature reine au XVIII^e siècle, elle reste un postulat indépassable pour le juriste américain. En d'autres termes, le droit a toujours été dominé par les idées du passé, longtemps après qu'elles aient été délaissées par les autres domaines du savoir. C'est une difficulté inhérente aux sciences juridiques, étroitement liée à une difficulté cette fois afférente au rendu de la justice tel que prévu par le droit – à savoir, l'écart de rythme inévitable entre progrès de l'opinion publique et évolution de la loi.

31. Concernant notre façon américaine de rendre la justice, ses défauts les plus graves et ses défaillances actuelles peuvent finalement être résumés par deux constatations générales : (1) l'individualisme à outrance de nos théories, de nos règles et de notre conception de la justice, et (2) un appareil judiciaire extrêmement dépendant d'une application trop mécanique des règles et des doctrines. Au premier abord, que des théories trop individualistes et leurs règles afférentes coexistent avec une manque d'individualisation ou un défaut d'ajustement aux cas d'espèces semble être un paradoxe. Mais à la vérité, ces phénomènes ont les mêmes causes et résultent d'une même attitude, d'un même état d'esprit face au droit ou à l'autorité. Le premier renforce l'individu contre ses semblables pris individuellement, le second conforte l'individu contre ses semblables pris collectivement. Le premier exprime le sentiment de l'homme indépendant, qui en tant qu'agent moral libre, conclut ses propres contrats, décide de ses propres actes, gère sa propre propriété ; l'acceptation de la responsabilité allant de pair avec un tel pouvoir le rend garant des actes ainsi librement choisis, mais le protège de toute interférence qui pourrait affecter son choix. Le second marque le sentiment habitant ce même homme que ni l'état, ni son représentant, le juge, n'est plus compétent

57 La même idée est développée en des termes sensiblement identiques dans Pound, *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, *Harvard Law Review*, 1910-1911, p. 591-597 : « When juristic speculation is merely a discovery of the supposed dictates of universal human reason and legislation is deemed an application of universal principles to particular situations, the former is free to examine its premises and the latter is bound to have promises. But once admit an imperative theory as a theory of law, it becomes also a theory of law-making. When the doctrine is *quod principi placuit legis habet vigorem*, it matters little whether the princeps is a Roman emperor, represented by jurists who legislate in his name or the people of an American commonwealth speaking through the judiciary committees of their legislature. In either case, the feeling that a declaration of the sovereign will suffices to make law will give rise to a mass of arbitrary detail which cannot obtain the force of law in practice » (*N. de la T.*).

58 Zäsius, *Stintzing*, 107.

pour le juger que sa propre conscience. Ainsi, son jugement ne doit pas être laissé à la discrétion des hommes mais à l'inflexible règle de droit. Les deux procèdent d'une volonté farouche de protéger son individualité. Le premier est dû à la crainte d'être opprimé dans l'intérêt ou pour la protection d'un autre ; le second à la peur qu'un magistrat, doté d'un pouvoir discrétionnaire d'ajustement et d'application de la loi aux faits de l'espèce, fasse mauvais usage de ce pouvoir et en abuse au préjudice de certains. Dans cette optique, l'oppression par des règles mécaniques exécutées machinalement est préférable au gouvernement par un homme exerçant sa propre capacité de jugement : l'élimination de tout élément personnel, une procédure en accord avec des règles rigides et rigoureuses, voilà ce qui doit nécessairement constituer la justice. Par conséquent, chacun est un volet de l'individualisme extrême qui est une caractéristique majeure de la *common law*. D'ailleurs, Berolzheimer affirme qu'une de ses marques distinctives est « son estime infinie pour la liberté individuelle et son respect illimité de la propriété individuelle »⁵⁹.

32. L'individualisme de notre *common law* est loin de ne présenter qu'un intérêt académique. Bien peu préoccupés de théorie juridique, les professeurs de droit américain adoptent traditionnellement une perspective historique alors que la pensée juridique anglaise est elle principalement analytique. Les Anglais tiennent à la théorie impérativiste car elle est représentative du régime politique anglais. Ce que le Parlement ordonne est appliqué par les tribunaux et par conséquent la loi est le commandement du Roi, des Lords et des députés. Mais aux États-Unis, les critiques faites à Austin ont été plus lues qu'Austin lui-même. Bien que nos politistes aient adopté la théorie impérativiste⁶⁰, la doctrine américaine des rapports entre le pouvoir judiciaire et la législation empêche les juristes d'y adhérer. Au final, ce qui deviendra loi n'est pas tant ce que l'assemblée législative désire, mais ce que les tribunaux jugeront juridiquement acceptable. Les textes cèdent devant ces habitudes coutumières de la pensée juridique que nous appelons *common law*. Les juges et les juristes n'hésitent pas à affirmer que le pouvoir législatif est limité par des principes extraconstitutionnels, ce qui place les principes fondamentaux de la *common law* hors de portée de la loi. Au vu de telles circonstances, la théorie impérativiste est trop éloignée de la situation concrète pour être acceptée. L'inapplicabilité manifeste de ce principe-phare de l'école analytique, combinée à la position dominante de Harvard dans l'enseignement du droit, a conduit à la suprématie quasi-incontestée de l'école historique. Pourtant, si nous nous penchons attentivement sur les méthodes de cette école, nous y trouverons des pratiques ressemblant étrangement à celle de l'école du droit naturel moderne, contre laquelle elle entendait pourtant protester.

33. Les juristes du XVIII^e siècle considéraient que certains principes étaient issus de la nature, inhérents à chacun et donc existants *a priori*. C'était donc du ressort des juristes de les découvrir et d'en déduire un système complet de règles effectives. Or, c'est plus ou moins toujours ce qui se passe concernant notre droit constitutionnel et notre *Bills of Right* est vu comme purement déclaratoire des droits naturels fondamentaux. D'éminents magistrats affirment que la législation doit être jugée à l'aune de ces droits, et non à celle des textes constitutionnels en vertu desquels ils sont promulgués. Ainsi, le plus grand juriste américain de notre époque, dans la plus pure tradition du XVIII^e siècle, dispose de l'existence de critères législatifs *a priori*, en déduit une norme absolue de conformité et s'en sert pour définir les limites du pouvoir législatif. Un passage éloquent du travail de M. Carter, auquel je me réfère, vaut la peine d'être cité.

34. Il écrit :

Il existe un guide qui, si nous le gardons constamment et clairement en tête, nous indique ce qui est du ressort de la législation et ce qui doit être laissé à d'autres instances. C'est pourquoi j'ai si souvent insisté sur l'unique fonction du droit et de la loi – à savoir, préserver pour chaque individu la plus grande liberté dont il puisse jouir sans empiéter sur celle des autres. La liberté, cette première des bénédictions, ce à quoi aspire toute âme humaine, la liberté doit être l'objet suprême. Toute atteinte qui lui est faite doit être justifiée, et la seule bonne justification est la nécessité de la préserver. Tout ce qui tend à la protéger est bon, tout le reste est mal. Laisser chaque homme œuvrer en toute liberté à son bonheur ou à son malheur, réussir ou échouer en fonction de sa seule conduite, voilà la méthode consacrée pour discipliner les hommes⁶¹.

59 *System der Rechts und Wirthschaftsphilosophie*, II, 160.

60 Willoughby, *The Nature of the State*, Chaps. 7, 8.

61 Carter, *Law, Its Origin, Growth and Function*, 337.

35. Cette citation est longue, mais je l'ai choisie car ce genre de discours fait autorité dans la pensée juridique actuelle de notre pays. Pour les juristes, tout ce que j'ai dit semble aller de soi : interprétation dixhuitiémiste d'une loi existant seulement pour garantir la liberté, acceptation d'une théorie de la justice telle que formulée par le kantien Herbert Spencer, idée d'un gouvernement maintenu à un strict minimum, insistance implacable sur des hommes qui ne devraient pas être liés par des contraintes légales assurant leurs intérêts mais voir leur sort seulement déterminés par leurs actes... Autant de conceptions qui pour les économistes, les sociologues, les étudiants en droit comparé, en sciences politiques ou pensée juridique étrangère font mentir la mention « XX^e siècle » pourtant apposée sur la couverture du livre. L'auteur pense cependant adopter un point de vue historiciste, et il représente sans aucun doute les vues de l'école historique. Cette dernière travaille également sur des postulats *a priori*. Des standards déterminés, arbitraires et externes ont servi à déduire et tester les théories en vigueur. N'ayant pas de méthode philosophique propre, comme Berolzheimer l'a souligné, quand les juristes allemands de l'école historique renversèrent les postulats des jusnaturalistes du XVIII^e siècle, ils se contentèrent d'y substituer de nouveaux axiomes, tout en préservant en réalité la méthode de leurs prédécesseurs. Selon lui, ils n'avaient ni la capacité ni la volonté d'instaurer une nouvelle philosophie du droit à la place du défunt droit naturel. Ils cherchèrent la nature du droit et de la loi en procédant à des déductions historiques à partir des sources romaines, des institutions juridiques germaniques et du développement du droit en découlant⁶². Aux États-Unis, ce droit naturel fondé sur des prémisses historiques est allé encore plus loin. Nous considérons que la base de toutes déductions se trouve dans la *common law* classique –les commandements et décisions anglaises du XVII^e, XVIII^e et de la première moitié du XIX^e siècle. Nous en faisons un solide *Naturrecht*, filtre au travers duquel nous testons chaque nouvelle situation et théorie. C'est sur lui que nous construisons nos lois, et selon M. Carter, il est sage d'admettre que, loin de prétendre à une quelconque rénovation de la *common law*, les lois ne visent qu'à professer et réaffirmer ses principes⁶³. Plus encore, grâce aux pouvoirs des magistrats concernant les lois inconstitutionnelles et la doctrine d'un *Bill of Rights* déclaratoire, nous les introduisons de force dans notre législation sociale moderne. En conséquence, les caractéristiques, l'orientation –si je puis employer un mot allemand, le *Weltanschauung*– de ce courant doctrinal devient d'une importance pratique majeure. Dès lors, ce n'est plus la simple affaire du juriste, et le législateur, le sociologue, le criminologue, le syndicaliste, et même, en ce qui concerne notre droit des sociétés, l'homme d'affaires, devront en tenir compte. Les principes fondamentaux de notre jurisprudence traditionnelle sont peu à peu venus à être considérés comme des principes fondamentaux de la science juridique. Quand, dans une période de pensée collectiviste et de législation sociale, les tribunaux et les juristes considèrent que la seule façon envisageable de penser et de faire le droit est limitée et définie par un individualisme d'un autre âge, quand, pendant que des hommes tentent de promouvoir des entreprises à but social, les juristes disposent que la seule façon de discipliner les hommes est de « laisser chaque homme œuvrer en toute liberté à son bonheur ou à son malheur », le conflit est inévitable. Tant que la science du droit portera ses guenilles du siècle passé, tandis que ses sciences parentes ont elles été rhabillées, nous pouvons être sûr que le droit dans les livres aura très souvent tendance à diverger fortement du droit en action.

36. Peut-être est-il possible de résumer ce premier point en disant qu'un fossé a grandi entre la justice sociale, but recherché par les hommes aujourd'hui, et la justice légale ; que le mouvement d'idées sociales, économiques ou politiques s'éloignant de la posture puritaine n'a pas été suivi par la pensée juridique ; que nous continuons d'adhérer à, si ce n'est une interprétation idéaliste, du moins à une interprétation politique de la science juridique, alors que les domaines apparentés laissent une part de plus en plus grande aux interprétations économiques et sociales.

37. Que l'idée de justice en droit soit différente de l'idée de justice dans les sciences voisines est devenu un lieu commun pour les sociologues, qui n'hésitent pas à opposer justice sociale et justice légale⁶⁴. Ainsi que le professeur Commons l'a dit récemment,

62 *System der Rechts und Wlrth schaftsphilosophie*, II, 4.

63 *Law, Its Origin, Growth and Function*, 308, 309.

64 Ward, *Applied Sociology*, 22-24 ; Willoughby, *Social Justice*, 20-25.

la justice n'est pas le seul *fair play* entre les individus, comme notre philosophie du droit le voudrait – c'est le *fair play* entre les classes sociales⁶⁵.

Et il suffit de lire les décisions des tribunaux en matière de liberté contractuelle pour constater que c'est la définition de la justice légale qui est suivie par les magistrats. Comme le juge Baldwin l'a justement exprimé, « le périmètre des droits individuels se restreint », mais les tribunaux et les juristes semblent considérer de leur devoir de s'opposer et de résister à cet étrécissement sur tous les points.

38. Un jour, dans le futur, un juriste philosophe écrivant sur l'esprit de la *common law* nous donnera la description bien utile des rapports entre la théologie puritaine et la *common law*. Une telle description serait part intégrante de l'histoire philosophique de notre ordre juridique, comme la relation entre philosophie stoïcienne et droit romain l'est pour ce système ; et cela deviendra un aspect important de la science juridique. Je me suis aventuré sur ces chemins en d'autres occasions⁶⁶. Pour l'heure, j'ai seulement besoin de dire que ce n'est pas une coïncidence si les grandes périodes de l'histoire de la *common law*, les périodes de croissances où les théories s'élaborèrent et prirent forme, furent les périodes où la pensée religieuse, irriguée par la force puissante du puritanisme, était la principale activité intellectuelle. Les décisions des cours anglaises antérieures à Coke nous ont été résumées et transmises par cet infatigable érudit : nous avons choisi d'y voir des textes d'autorité, et c'est à travers ces lorgnettes que nous avons regardé depuis lors. Par conséquent, laissons de côté les périodes de croissance avant Elizabeth et James I^{er}, puisque leur traduction dans notre droit positif dépend de l'interprétation qui leur a été donnée à la fin du XVI^e et au début du XVII^e siècle. De même, passons sous silence le travail constructif du XVIII^e, fondé sur *l'equity*, et le droit commercial. Rien de cela n'est à strictement parler de la *common law*, et bien loin d'avoir affecté l'esprit de la *common law*, c'est l'esprit de la *common law* qui les a profondément marqués. Il y a deux grandes périodes de croissance dans notre système ; deux périodes où nos autorités ont, dans nos doctrines et théories encore en formation, résumé le passé, nous donnant ainsi les principes pour notre futur.

39. Ces périodes sont : (1) celle de la *common law* classique, à savoir la fin du XVI^e et le début du XVII^e siècle, et (2) celle qui parfois ne semble pas moins classique que la première – la période de développement du droit en Amérique, qui prit fin avec la guerre de Sécession. Pendant la première, il s'agissait de passer en revue les décisions et législations du passé puis de construire un système pour l'avenir. Pendant la seconde, il fallait examiner l'entière de la jurisprudence anglaise en distinguant ce qui était applicable à la vie en Amérique de ce qui ne l'était pas. Évidemment, l'esprit du temps et des hommes de ce temps, dont les œuvres juridiques nous ont donné ce que nous appelons notre *common law*, n'ont pas manqué d'imprégner le système entier. Mais l'époque de Coke était celle des Puritains d'Angleterre, et l'époque qui prit fin avec la guerre de Sécession était celle des Puritains d'Amérique. Nous ne devons pas oublier que le puritanisme a agi à sa guise aux États-Unis : il était la religion majoritaire, n'était confronté à aucune autre instance puissante et a pu façonner les institutions à son gré. Encore une fois, ce n'est pas une coïncidence si c'est en Amérique que les principes de *common law* ont atteint leur développement le plus complet et le plus sophistiqué. Nous sommes depuis bien longtemps un pays profondément de *common law*, et plus encore que l'Angleterre. Prenons l'exemple de la responsabilité de l'employeur, des droits des propriétaires mitoyens en ce qui concerne l'eau en surface, ou l'abus de droit : le fait que l'exposé traditionnel de ces théories viennent de Nouvelle-Angleterre est révélateur.

40. Le principe fondamental fondant le puritanisme est l'idée que l'homme est un agent moral libre, capable de faire ses propres choix et nécessairement responsable de ses actes. Sa conscience et son jugement individuel priment ; nulle autorité n'est compétente pour le contraindre, mais il doit assumer et supporter les conséquences des choix qu'il a librement effectués. Il en résulte un régime de « consociation⁶⁷, non de subordination »⁶⁸. « Nous ne sommes pas les uns au-dessus des autres », dit Robinson, « mais les uns

65 13 *American Journal of Sociology* 764.

66 Ce thème sera largement repris et étudié dans son œuvre *The Spirit of the Common Law*, 1921 (*N. de la T.*).

67 Concept politique de partage du pouvoir (*N. de la T.*).

68 Lord Acton, *Lectures on Modern History*, 200.

avec les autres »⁶⁹. Par conséquent, le droit n'est qu'un outil au service de la liberté. Sa seule justification est la préservation de la liberté individuelle, son seul fondement le fait pour l'individu de librement y consentir. L'histoire ancienne de la Nouvelle-Angleterre regorge d'ailleurs d'exemples où l'on a tenté d'en faire une doctrine politique concrète⁷⁰. Les bons côtés de ce courant sont bien connus. D'un point de vue politique, la conception du peuple –non comme une masse, mais comme un agrégat d'individualités–, l'attribution précise de droits à chacune de ces individualités, l'évolution des droits légaux des Anglais en droits naturels de l'homme, tirent leur origine directe de la phase religieuse de la révolution puritaine⁷¹. Mais du point de vue du droit, cela a donné le concept de liberté contractuelle, fléau de toute législation industrielle, la profonde opposition à une application individuelle de la loi aux faits de l'espèce, qui a provoqué la décadence de l'équité dans tant de nos tribunaux, la foi insistante en une justice simplement mécanique, qui rend la procédure américaine quasi intolérable dans notre monde actuel, le concept punissant la volonté de nuire et celui requérant nécessairement un lien entre la faute et la rétribution, ce qui rend l'appréhension des actions antisociales difficile pour le droit pénal et l'empêche de s'ajuster aux exigences de la criminalité concrète.

41. En définitive, notre interprétation de la science du droit et de son histoire est soit idéaliste, soit politique. Brooks Adams est le seul écrivain américain à insister sur les interprétations économiques et sociales. Tant que nous regarderons notre histoire juridique de cette façon, à savoir celle des juristes, il n'est pas improbable qu'elle se révèle être un guide aveugle. L'histoire de la pensée juridique ne nous apprendra rien tant que nous ne connaissons pas les forces sociales à l'œuvre derrière elle.

42. Si j'ai longuement examiné la nature de pensée juridique américaine et les effets de sa stabilité, c'est parce ce sont des sujets auxquels le juriste se doit de réfléchir. C'est en cela que la divergence entre droit des livres et droit en action est une leçon pour lui.

43. Les deux autres causes seront envisagées très brièvement seulement. La rigidité de la législation est bien illustrée par les codes de procédure et des actes pratiques, si communs aux États-Unis, qui pour une large part sont allés contre leurs propres intérêts en entrant si loin dans les détails. La législation doit apprendre la même leçon que la jurisprudence, à savoir principalement composer avec des principes tout en réprimant son ambition d'établir des règles universelles. Pour un temps, nous avons besoin de principes dont on peut déduire non des règles, mais des jugements. La loi qui tente d'adapter le cas aux règles et non les règles au cas n'y parviendra pas plus que la jurisprudence qui tenterait la même expérience. La théorie impérativiste conduit le législateur à penser qu'il lui suffit de trancher, dans des chapitres et des sections, sur tous les détails de l'administration légale et judiciaire pour que, de par sa volonté souveraine, ces détails deviennent effectivement des lois. Or, tant que cela durera, la législation en vigueur sera bien loin de représenter celle qui a effectivement lieu dans les tribunaux.

44. La troisième cause mentionnée, l'administration défailtante, est responsable directement, peut-être plus que tout autre cause, de l'écart entre le droit dans les livres et le droit en pratique. S'il y a bien une branche du droit étayée par un intérêt public, et sur laquelle ses partisans zélés souhaitent avoir toute l'attention des services administratifs, c'est le droit du travail. Pour autant, les comptes rendus de l'*American Association for Labor Legislation* témoignent largement, et abondamment, que c'est en raison des défaillances de l'administration que notre législation manque d'effets⁷². Les services judiciaires comme administratifs sont tous deux en faute. Une grande partie du droit dans les livres n'est pas concrètement appliqué parce que notre appareil judiciaire est trop lent, trop lourd et trop onéreux pour qu'on puisse le mettre en place. Il n'y a qu'à voir par exemple les procès mineurs, pouvant être jugés par le juge de paix, susceptible de faire l'objet d'un procès totalement nouveau devant la cour d'appel puis pouvant être révisés par la cour suprême. Il ne faut pas s'attendre à ce qu'une telle machinerie judiciaire puisse véritablement contrôler l'extorsion par les sociétés de service public. De surcroît, nous avons préservé l'étiquette de la justice, conçue en grande partie durant l'âge révolu d'un formalisme poussé à son extrême raffinement.

69 *Ibid.*

70 Merriam, *American Political Theories*, 19.

71 Dunning, *Political Theories, from Luther to Montesquieu*, 220, 221.

72 *Proceedings of the Second Annual Meeting of American Association for Labor Legislation*, 9, 32, 92.

Beaucoup de ces éléments sont d'ailleurs déplacés dans un tribunal américain du vingtième siècle, tels que la dentelle d'or ou les habits rouges pour une altercation dans une file d'attente. Toutefois, c'est principalement dans les services administratifs que les lois manquent leurs effets. Les conflits entre départements et parfois même entre dirigeants, la décentralisation extrême permettant à un jury local voire à un procureur d'écarter la loi étatique plutôt que de la faire appliquer, l'ingénierie compliquée faite de vérifications, de contrôles et de subdivisions, ancrée dans nos institutions par les Puritains jaloux des juges, tout cela a trop souvent pour résultat la paralysie légale de l'administration. Une administration efficace est peut-être un des grands défis du futur, mais c'est principalement là l'affaire des gouvernants et des étudiants en sciences politiques.

45. Les juristes doivent tirer une morale de cette différence entre le droit des livres et le droit en pratique, impliquant d'abandonner l'obsession d'une *common law* ordre juridique éternel, source de toute sagesse. N'ayons pas peur du droit, et n'ayons pas peur d'en accueillir les nouveaux principes voulus par l'esprit de l'époque. Faisons face aux réalités du comportement humain. Regardons vers l'économie, la sociologie et la philosophie et cessons de considérer que le droit se suffit à lui-même. C'est le rôle des juristes de rendre le droit en pratique conforme aux droits des livres, et cela ne se fera pas en se livrant à de vaines invectives contre l'inculture juridique populaire, ou à d'éloquents exhortations à obéir au droit écrit. Le droit des livres doit être transformé de façon à ce que le droit en pratique puisse s'y conformer, et doit fournir des moyens rapides, économiques et efficaces de l'appliquer. Ce n'est qu'à ce prix que les deux pourront être réconciliés, car le conflit opposant le droit des livres à la volonté nationale ne peut donner qu'un résultat. Ne devenons pas des singes juridiques. Ne laissons pas nos textes de lois devenir sacrés et connaître le destin de tous les textes sacrés. Les écrits restent, mais les hommes changent. Qu'elles soient Code de Manou, de Zarathoustra ou de Moïse, quatorzième amendement, doctrine du Dartmouth College Case, arrêt *Munn V. Illinois* ou dernière innovation législative de l'Oklahoma, toutes les lois nous racontent la même histoire.

Prune Decoux

Doctorante, Université de Bordeaux

Centre aquitain d'histoire du droit (IRM/CAHD) EA 7434