



L'historiographie de l'histoire du droit de la fin du XIX^e siècle¹

Résumé : Deux courants s'intéressèrent à l'historiographie de l'histoire du droit américaine de la fin du XIX^e siècle. Le premier déplore l'approche internaliste des universitaires et critique ce qu'il voit comme l'apologie d'un droit positif conservateur, vérité scientifique autonome. Le second a parfois effleuré les recherches historiques de ces auteurs, mais de façon accessoire. Cet article est d'abord conçu pour relater l'apport de ces deux domaines, mais il révèle également que la doctrine de la fin du XIX^e siècle forme une école de pensée identifiable et sophistiquée qui mérite de plus amples recherches, notamment grâce aux nouveaux horizons qu'elle ouvre sur Holmes et Pound.

Abstract : *Two areas of research have discussed the treatment of history in late nineteenth-century American legal scholarship. The first trend maintains that the « whiggish » approach in use apologetically justified conservative existing law as autonomous scientific truth. The second trend has touched on the historical research of these authors but mostly incidentally. Designed to convey how both areas have contributed to the historiography of late nineteenth-century American legal history, the article reveals that the late nineteenth-century scholars formed a distinctive and sophisticated school of historical jurisprudence that merits further study and provides new insights into two giants, Holmes and Pound.*

Mots-clés : Histoire de la pensée juridique – Historiographie Juridique – Histoire du droit – Doctrine américaine – Holmes – Pound

Key-words : *History of Legal Thought – Legal Historiography – History of Law – American Legal Thought – Holmes – Pound*

I. Présentation du texte de David M. Rabban par Prune Decoux

1. Après avoir obtenu une licence en histoire et religion en 1971, David Rabban² obtient son diplôme en droit à l'Université de Stanford en 1974 ; il rejoint un cabinet d'avocat à New York, se spécialisant en droit du travail. Avant de rejoindre la faculté du Texas en 1983, le professeur Rabban fut avocat-conseil auprès de l'*American Association of University Professors* pendant de nombreuses années à partir de 1976. Il exerce les fonctions d'avocat général pour la même association de 1998 à 2006 et siège comme président de sa commission sur les libertés académiques et sur le système de titularisation de 2006 à 2012. Ses activités d'enseignement et de recherche portent sur la liberté d'expression, l'éducation supérieure et le droit ainsi que sur l'histoire du droit américaine. Ses nombreux articles sont, entre autres, parus dans le *Yale Law Journal*, la *Stanford Law Review* ou l'*University of Chicago Law Review*. Il a été membre de la *John Simon Guggenheim Foundation* en 2016 ainsi que du *Program in Law and Public Affairs* à l'université Princeton en 2016-2017³.

1 Traduction de David M. Rabban, « The Historiography of Late Nineteenth-Century American Legal History », *Theoretical Inquiries in Law*, 4, 2003, p. 541-578.

2 *Dahr Jamail, Randall Hage Jamail et Randall Lee Regents Chair in Law*, faculté de droit de l'université du Texas.

3 <https://law.utexas.edu/faculty/david-m-rabban/>

2. Parmi ses œuvres les plus connues figure l'ouvrage *Free Speech in Its Forgotten Years, 1870-1920* (1997), doté du *Forkosch Prize* du *Journal of the History of Ideas* au titre du « meilleur ouvrage d'histoire intellectuelle publié en 1997 ». Traditionnellement, les études portant sur la liberté d'expression considèrent que les controverses à ce sujet naissent subitement durant la Première guerre mondiale. Or, le livre de M. Rabban remet en cause cette vue classique en proposant une périodisation différente et en remontant à l'époque entre la guerre de Sécession et la Première guerre mondiale (les « forgotten years » du titre). L'auteur montre ainsi que, bien avant l'*Espionage Act* de 1917, la lutte pour la liberté d'expression a pu concerner aussi bien des groupes politiques et syndicaux que des militants de l'amour libre, les féministes favorables à la contraception ou les opposants aux lois anti-obscénité. Les différents thèmes abordés apportent d'utiles clés de compréhension aux débats actuels tout en permettant de comprendre l'origine des interprétations actuelles du Premier Amendement ; l'ouvrage dans sa globalité offre une excellente illustration de l'entreprise complexe que représente l'étude de l'histoire des idées au cours du temps.

3. Un autre de ses livres majeurs s'intitule *Law's History : American Legal Thought and the Transatlantic Turn to History* (2013). S'attachant cette fois à l'enseignement supérieur et aux universitaires, M. Rabban met en évidence la constitution, à partir des années 1870, d'une école historique de la science du droit américaine, une science du droit inductive insistant sur une vision évolutionniste du développement du droit. Le rôle central attribué à l'histoire dans la pensée juridique américaine prend fin avec l'émergence du réalisme sociologique sous l'égide de Roscoe Pound, qui s'attachera à lier étroitement, si ce n'est exagérément, cette école historique au formalisme juridique qu'il souhaitait détrôner. Le « tournant transatlantique » dont il est question concerne les liens entre les universitaires états-uniens et allemands grâce auxquels cet historicisme est né, a fleuri et a décliné.

4. Chronologiquement, l'article ici traduit prend place entre ces deux ouvrages, mais marque le point de départ des recherches de David Rabban sur l'historiographie américaine, recherches qui se poursuivront avec *The Historiography of the Common Law*⁴ et l'ouvrage *Law's History : American Legal Thought and the Transatlantic Turn to History*. Le sujet en est d'autant plus intéressant que de façon assez ironique, l'histoire du droit américaine s'est assez peu tournée vers sa propre histoire ; quand des études ont été faites sur le sujet, les historiographes modernes ont eu tendance à grossir les défauts de l'école précédente. Ainsi, les critiques déplorent l'insistance des universitaires de la fin du XIX^e siècle sur la doctrine ; pour eux, cette approche internaliste se fait au détriment d'une approche plus externaliste qui, elle, prendrait en compte le contexte du droit. De plus, ils considèrent que ces universitaires, par leur vision téléologique de l'histoire, justifient le maintien d'un droit positif conservateur, désormais décrit comme une vérité scientifique, autonome et absolue. Plus tard, d'autres études furent produites, identifiant les liens nombreux existant entre pensée juridique et histoire, mais sans toutefois remettre en cause les critiques précédemment faites. Or, l'article de David Rabban, fondé sur une lecture approfondie des sources, tend à remettre en cause les préjugés en vigueur : la doctrine de cette fin de XIX^e siècle est tout à fait avertie des failles qui lui seront pourtant reprochées plus tard. Loin de prôner le *statu quo*, ils sont au contraire conscients des changements sociaux et appellent à des réformes substantielles du droit positif. Cette doctrine forme ainsi une école de pensée originale et sophistiquée, susceptible de fournir de nouveaux éléments de compréhension aux travaux de juristes tels que Holmes ou Pound.

2. « L'historiographie de l'histoire du droit de la fin du XIX^e siècle », par David M. Rabban (traduction Prune Decoux)

⁴ D. M. Rabban, « The Historiography of the Common Law », *Law & Social Inquiry*, 28, 2003, p. 1161.

INTRODUCTION⁵

5. Étudier l'histoire nécessite de se pencher sur l'histoire de cette discipline et des théories à son sujet. Certains des travaux les plus intéressants en la matière ont démontré que d'importantes théories de l'histoire, voire le développement de la conscience historique elle-même, ont émergé du travail fait des siècles auparavant par des professeurs de droit européens⁶. Pourtant, peu d'entre eux ont étudié les écrits d'historiens du droit américains ou les théories de l'histoire imprégnant de façon générale la doctrine juridique américaine. Quelque attention a pu être portée à des questions méthodologiques ou théoriques, relativement à l'augmentation spectaculaire de l'étude de l'histoire du droit que connaissent les États-Unis depuis les années 1970 ; toutefois, l'histoire telle que mobilisée par la doctrine juridique dans l'histoire du droit reste un domaine relativement peu exploré.

6. Le panorama que nous livre Robert Gordon, en 1975, de l'histoire de l'historiographie juridique américaine est une exception notable à ce désintérêt général⁷. Gordon divise le sujet en trois périodes, chacune d'entre elle étant caractérisée par une approche historiographique distincte. Selon cette division, l'étude « interne » de l'histoire de la matière juridique prévaut aux États-Unis, de ses commencements dans les années 1870 jusqu'aux environs de la Seconde Guerre mondiale. Les travaux pionniers de J. Willard Hurst à l'Université du Wisconsin, durant les années 1940, initient la deuxième période avec la fondation de l'école d'histoire du droit « Droit et Société », qui s'oppose frontalement aux vues internalistes précédemment privilégiées. Hurst et ses adeptes considéraient essentiellement le droit comme l'instrument des forces sociales et économiques sous-jacentes et s'intéressaient à l'impact du droit sur la société. En conséquent, ils l'étudièrent selon une perspective « externe », examinant ce qui a pu l'influencer et les effets qu'il a pu produire. La troisième approche est à rapprocher de l'explosion de l'étude de l'histoire du droit aux alentours des années 1970. Les nombreux jeunes universitaires attirés par la matière considérèrent souvent qu'il était trop simpliste d'adopter une approche purement interne ou purement externe. Ayant souvent étudié dans les facultés d'histoire aussi bien que dans les facultés de droit, ils appliquèrent à l'histoire du droit l'éventail complet des méthodes historiographiques alors disponibles. Guidés par la conviction que la pensée peut être relativement autonome des forces sociales et que les idées peuvent en elles-mêmes influencer la société, beaucoup parmi cette nouvelle génération tentèrent de relier l'approche interne et l'approche externe de l'étude du droit⁸.

7. Cette division, qui continue de susciter l'approbation de nombreux historiens du droit américains, ne prétend pas que chaque approche, une fois née, remplace totalement la précédente. Nombreux observent – et souvent déplorent – le fait que l'approche interne n'ait jamais perdu sa mainmise dans le champ universitaire, particulièrement chez les professeurs de droit intéressés par l'histoire de leur propre domaine, mais également de manière générale chez les historiens du droit. En outre, de nombreux historiens du droit américains continuent de se revendiquer fièrement du mouvement Droit et Société de l'histoire du droit remontant à Hurst. Pour autant, cette division emporte un large consensus sur les changements successifs d'approches dans l'étude de l'histoire du droit aux États-Unis.

8. Dans la génération suivant l'ouvrage de Gordon, quelques articles supplémentaires sur l'historiographie juridique examinèrent les questions soulevées par les études théoriques et historiques récentes⁹. L'école

5 Je tiens à remercier Stephen Siegel et les participants à la *Cegla Conference* sur « L'écriture de l'histoire du droit », organisée par la faculté de droit de l'Université de Tel-Aviv en juin 2002, pour leurs précieux commentaires sur les premières ébauches de cet article (*N. de l'A.*)

6 Voir par exemple D. R. Kelley, *Foundations of Modern Historical Scholarship : Language, Law, and History in the French Renaissance*, Columbia, Columbia University Press, 1970 ; J. G. A. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law : A Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 1957.

7 R. W. Gordon, « J. Willard Hurst and the Common Law Tradition in American Legal Historiography », *Law & Social Inquiry*, 10, 1975, p. 9-56.

8 Voir R. W. Gordon, « Critical Legal Histories », *Stanford Law Review*, 36, 1984, p. 57-126.

9 Voir par exemple W. W. Fisher III, « Texts and Contexts : The Application to American Legal History of the Methodologies of Intellectual History », *Stanford Law Review*, 49, 1997, p. 1065-1110 ; L. M. Friedman, « American Legal History : Past and Present », *Journal of Legal Education*, 34, 1984, p. 563-576 ; M. Grossberg, « Social History Update :

historique Droit et Société de Hurst continua de générer quelque attention historiographique, y compris venant d'universitaires ne se percevant pas comme relevant eux-mêmes de cette tradition. Beaucoup de ceux considérant leur propre approche de l'histoire du droit comme bien plus sophistiquée que celle de Hurst reconnaissent son énorme contribution à ce domaine¹⁰. En comparaison, l'histoire du droit internaliste ne reçut pas un respect ou une attention similaires.

9. Plusieurs thèmes communs émergent des descriptions, généralement brèves et souvent condescendantes, de l'histoire du droit internaliste. Les critiques dépeignent les historiens du droit de ce courant, dont les noms sont souvent passés sous silence, comme tentant naïvement d'expliquer le droit actuel par la recherche de ses origines dans le droit du passé. Cette recherche serait à attribuer aux principes évolutionnaires ou « whig »¹¹, selon lesquels le droit et la société se développent naturellement, continuellement et inévitablement, passant de formes primitives à des formes évoluées selon des processus pouvant être mis au jour par l'étude de l'histoire¹². Les critiques ajoutent qu'en cherchant dans le passé pour découvrir les origines de catégories juridiques actuelles, les internalistes ont fréquemment occulté les réelles fonctions, souvent très diverses, de ce droit ancien dans sa société et dans son époque¹³. Plutôt que de tenter de comprendre le droit en le remettant dans son contexte historique, les internalistes se livraient généralement à l'examen des précédents afin d'en extraire des principes juridiques, principes ayant vocation à trancher de cas futurs avec autant de rationalité scientifique que les principes biologiques ou physiques régissant la nature¹⁴.

10. De plus, les critiques reprochent souvent aux internalistes d'avoir un discours fondamentalement apologétique et donc conservateur. Ils étudient le passé pour rationaliser et justifier le droit actuel, qu'ils présentent comme une vérité scientifique autonome. Leur approche purge le droit de tout indice indiquant un développement influencé par un conflit social ou politique. Elle réduit également l'historien à un serviteur de la pratique ou du juge¹⁵. En conséquence, et ce qui est peut-être le plus triste, elle a étouffé l'imagination historique, détournant l'attention de sujets plus intéressants¹⁶.

11. Sans aborder les critiques historiographiques faites à l'histoire du droit internaliste, certains travaux récents ont examiné les recherches historiques et les principes de la doctrine juridique de la fin du XIX^e siècle, vivant pendant ce que Gordon appelle « la période classique » de l'histoire du droit internaliste. Les auteurs s'étant intéressés à cette « science du droit évolutive » ont constaté sa prévalence

«Fighting Faiths» and the Challenges of Legal History », *Journal of Social History*, 25, 1991, p. 191 ; H. A. Hartog, « Distancing Oneself from the Eighteenth Century : A Commentary on Changing Pictures of American Legal History », *Law in the American Revolution and the Revolution in the Law*, H. A. Hartog (dir.), New York, University Press, 1981 ; C. L. Tomlins, « How Who Rides Whom. Recent "New" Histories of American Labor Law and What They May Signify », *Social History*, 20, 1995, p. 3.

10 Voir C. L. Tomlins, « Engaging Willard Hurst : A Symposium », *Law & History Review*, 18, 2000, p. xiii-xviii.

11 Terme né en 1928 mais qui prit une acception négative sous la plume de Herbert Butterfield, en 1931. La conception *whig* de l'histoire a tendance à juger le passé en fonction du présent et interprète l'histoire comme une progression vers l'état présent, la dotant d'une fonction téléologique. H. Butterfield, *The Whig Interpretation of History*, New York, W. W. Norton et Company, 1965 (*N. de la T.*).

12 D. J. Boorstin, « Tradition and Method in Legal History », *Harvard Law Review*, 54, 1941, p. 424-425 ; R. W. Gordon, « J. Willard Hurst », art. cit., p. 14-15 et p. 20 ; M. J. Horwitz, « The Conservative Tradition in the Writing of American Legal History », *American Journal of Legal History*, 17, 1973, p. 275-294.

13 D. J. Boorstin, « Tradition and Method », art. cit., p. 428-433 ; R. W. Gordon, « J. Willard Hurst », art. cit., p. 27.

14 M. J. Horwitz, « The Conservative Tradition », art. cit., p. 280. Horwitz fit de Roscoe Pound un exemple de la tradition conservatrice car il en était « le représentant le plus influent ». *Ibidem*, p. 276. Dans un travail plus récent, Horwitz semble réviser ses vues sur Pound. M. J. Horwitz, *The Transformation of American Law 1870-1960*, Oxford, Oxford University Press, 1992. Dans son livre, Horwitz affirme que Pound fit un « volte face », passant de la promotion imaginative de réformes juridiques progressistes, avant la Première Guerre mondiale, à une défense beaucoup plus conservatrice du *statu quo* légal dans les années 1930. Voir par exemple *ibidem*, p. 217-220.

15 D. J. Boorstin, « Tradition and Method », art. cit., p. 426 ; R. W. Gordon, « J. Willard Hurst », art. cit., p. 17 ; M. J. Horwitz, « The Conservative Tradition », art. cit., p. 278, 281 et 283 ; M. J. Horwitz, « The Historical Contingency of the Role of History », *Yale Law Journal*, 90, 1981, p. 1057-1058.

16 D. J. Boorstin, *ibidem*, p. 429, 436 ; D. J. Boorstin, « The Humane Study of Law », *Yale Law Journal*, 57, 1948, p. 960, 973 ; R. W. Gordon, « J. Willard Hurst », art. cit., p. 9-11, 54.

dans les dernières années de ce siècle et la façon dont elle a encouragé l'étude de l'histoire du droit¹⁷. D'autres ont insisté sur l'influence considérable de l'école historique allemande sur la pensée et l'éducation juridiques américaines dans les décennies suivant les années 1870, donc à partir du moment où les facultés de droit de ce pays sont devenues académiquement respectables¹⁸. Les chercheurs ont également opposé la science du droit historique américaine avec les théories concurrentes du droit naturel ou de la science analytique¹⁹. Des études portant sur les figures majeures de la fin du XIX^e siècle, telles que Langdell et Holmes, ont examiné leur position sur l'histoire²⁰ et les principes historiques sous-jacents à l'interprétation constitutionnelle de cette période²¹.

12. Ni les critiques historiographiques des internalistes ni les travaux récents sur la doctrine de la fin du XIX^e siècle n'offrent une étude complète de l'historiographie juridique américaine avant 1900. Aucune analyse de ce type n'existe actuellement, ce qui n'empêche pourtant pas les critiques historiographiques d'exprimer de nombreuses hypothèses sur l'étude de l'histoire du droit à la fin du XIX^e siècle. J'ai identifié des sources secondaires qui nous permettraient de dresser un état actuel des connaissances à ce sujet²², mais frustré par le peu d'intérêt porté au traitement de l'histoire dans la pensée juridique de cette période, j'ai décidé d'étudier moi-même le sujet par une lecture abondante des sources primaires. Cet article a pour vocation première l'étude des critiques historiographiques, tout comme l'étude des travaux sur la doctrine juridique du XIX^e siècle confrontée à des questions historiques. En conclusion, j'évoque le résultat de mes recherches dans ce contexte.

13. Si mes recherches viennent au soutien de certaines conclusions de cette littérature secondaire, elles en contestent d'autres. Mais dans un cas comme dans l'autre, l'important est qu'elles révèlent que la pensée universitaire du XIX^e siècle était bien plus complexe et sophistiquée que ce que laissent paraître les commentaires succincts, et parfois condescendants, de leurs successeurs. Cette doctrine a constitué une école historique américaine qui a dominé l'enseignement universitaire aux États-Unis dans les décennies suivant 1870. Tenants d'une approche commune de l'enseignement du droit, née initialement en Allemagne au début du XIX^e siècle et qui s'est ensuite diffusée en Angleterre dans les années 1850, les Américains furent des acteurs majeurs de cette tradition. Les partisans d'une science du droit historique dans ces trois pays s'engagèrent fréquemment dans des débats juridiques, prônant une compréhension historique du droit plutôt qu'une approche fondée sur des théories analytiques ou sur le droit naturel. Les principaux universitaires d'Allemagne ou d'Angleterre considéraient leurs homologues américains comme leurs pairs intellectuels, ce qui se traduit dans leurs correspondances, par des visites personnelles d'une part et d'autre de l'Atlantique et par l'éloge de leurs travaux. Pour ne prendre qu'un exemple parmi d'autres, Frederick Maitland, certainement le plus grand historien du droit anglais de la fin du XIX^e siècle, s'est beaucoup appuyé sur les études d'un de ses proches amis, l'Américain Melville M. Bigelow, et remercia un autre de ses amis américains, James Bradley Thayer, pour ses louanges qui lui permirent d'obtenir une chaire à Oxford²³.

17 Voir par exemple J. E. Herget, *American Jurisprudence, 1870-1970 : A History*, Houston, Rice University press, 1990 ; D. Elliott, « The Evolutionary Tradition in Jurisprudence », *Columbia Law Review*, 85, 1985, p. 38-94 ; H. Hovenkamp, « Evolutionary Models in Jurisprudence », *Texas Law Review*, 64, 1985, p. 645-686.

18 Voir tout particulièrement M. Reimann, « Holmes's Common Law and German Legal Science », *The Legacy of Oliver Wendell Holmes*, R. W. Gordon (dir.), Stanford, Stanford University Press, 1992, p. 72 ; M. Reimann, « A Career in Itself – The German Professorate as a Model for American Legal Academia », *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World 1820-1920*, M. Reimann (dir.), s. l., Duncker and Humblot, 1993, p. 165 ; M. Reimann, « The Historical School Against Codification : Savigny, Carter, and the Defeat of the New York Civil Code », *American Journal of Comparative Law*, 37, 1989, p. 95-120.

19 Voir par exemple T. C. Grey, « Holmes and Legal Pragmatism », *Stanford Law Review*, 41, 1989, p. 787-870 ; W. P. LaPiana, « Jurisprudence of History and Truth », *Rutgers Law Journal*, 23, 1992, p. 519-560.

20 Voir par exemple A. Alschuler, *Law Without Values : The Life, Work, and Legacy of Justice Holmes*, s. l., University of Chicago Press, 2000, p. 86-90 ; T. C. Grey, « Holmes and Legal Pragmatism », art. cit., p. 787-870 ; T. C. Grey, « Langdell's Orthodoxy », *University of Pittsburgh Law Review*, 45, 1983, p. 1-54 ; M. Reimann, « Holmes's Common Law », art. cit., p. 72.

21 Voir tout particulièrement S. A. Siegel, « Historism in Late Nineteenth-Century Constitutional Thought », *Wisconsin Law Review*, 1990, 1990, p. 1431-1548.

22 Voir les sources citées *supra* notes 6, 10, 15-19.

14. À première vue, mes recherches confirment les allégations des critiques historiographiques récentes et révèlent que de nombreux universitaires de cette école historique américaine se sont bien focalisés sur une évolution interne de la doctrine juridique, exposant des opinions suffisantes, voire racistes, sur la supériorité de la tradition juridique anglo-américaine. Beaucoup ont tiré de leur étude de l'histoire du droit des preuves d'un développement organique et progressif des principes juridiques. Ainsi, ils ont tout particulièrement insisté sur l'extension de la liberté dans le monde anglo-saxon.

15. Pourtant, les positions de nombre de ces mêmes universitaires viennent réfuter les allégations des mêmes critiques. En effet, ils ont décrit la discontinuité et la contingence de l'histoire du droit, reconnaissant l'importance d'influences externes sur le droit. Leurs mises en garde contre les fausses analogies ou des imputations causales inadéquates entre le passé et le présent sont fréquentes. Loin de prôner un *statu quo* conservateur, ils voyaient l'évolution du droit comme une réponse aux changements des mœurs et de la société, considérant que le droit constitutionnel comme la *common law* devaient refléter ces changements. Conformément à ces vues, ils rejetaient les notions simplistes de l'originalisme ou de la construction textuelle. Tout en reconnaissant leur dette intellectuelle envers l'Allemagne et l'Angleterre, et leurs nombreuses affinités avec ces deux pays, ils ont pu critiquer le conservatisme allemand ou les fluctuations anglaises. Leurs recherches historiques ont souvent mis à jour des réminiscences illogiques venues de l'ancien droit, ce qui les a conduit à défendre des réformes juridiques destinées à purger le système juridique de ces survivances dysfonctionnelles. Beaucoup d'entre eux s'associèrent au mouvement *Mugwump*²⁴ ou critiquèrent le matérialisme excessif et l'égoïsme du *Gilded Age*²⁵.

16. La reconnaissance d'une école historique américaine représentative ouvre de nouvelles perspectives sur deux des plus célèbres figures de l'histoire de la pensée juridique américaine : Oliver Wendell Holmes, Jr. et Roscoe Pound. Holmes fut un membre éminent de cette école, particulièrement comme enseignant durant la décennie suivant la publication de *La Common law*, en 1881, mais également, sur bien des aspects, durant sa longue carrière de juge. Quant à Pound, il a produit, durant son professorat prodigieusement influent de l'avant Première Guerre mondiale, ce qui est toujours l'étude critique la plus complète de la science du droit historique aux États-Unis, tout en réussissant à faire admettre son remplacement nécessaire par la *sociological jurisprudence*.

I. Les critiques historiographiques

17. Il y a environ une génération, Morton Horwitz et Robert Gordon, deux de nos plus grands historiens du droit contemporains, ont réalisé une étude qui reste encore l'exposé le plus complet à propos de l'histoire interne de la doctrine. Dans les années 1970, leurs observations sur l'histoire du droit avant Hurst ont largement recoupé et renforcé celles faites par Daniel Boorstin dans les années 1940, donc dans la décennie qui vit Hurst entreprendre son travail de pionnier. La combinaison de ces portraits continue de dominer les affirmations actuelles sur l'historiographie juridique américaine du XIX^e siècle.

18. Dans son ouvrage de 1973, *The Conservative Tradition in the Writings of American Legal History*, Horwitz note que les historiens du droit américains ont majoritairement été des praticiens influencés par des considérations pratiques. Ils ont insisté sur la continuité tout en minimisant les changements et, dans leur traitement de la pensée juridique, se sont largement consacré à découvrir ses origines dans le passé. Horwitz fait d'Oliver Wendell Holmes l'exemple le plus emblématique de cette quête des origines, tout en mentionnant deux autres exemples : Christopher Columbus Langdell et James Barr Ames, doyens

23 H. A. L. Fisher, *Frederick William Maitland : A Biographical Sketch*, Cambridge, Cambridge University Press, 1910, p. 26 ; *Letter from Frederick W. Maitland to James B. Thayer* (Sept. 15, 1888) (James Bradley Thayer Papers, Harvard Law School, Boîte 18, Dossier 14).

24 Initialement, les *mugwumps* (du natik *mugquomp* signifiant « personne importante ») sont les Républicains qui ont soutenu le candidat démocrate à l'élection présidentielle américaine de 1884. Dès les années 1870, des républicains opposés au patronage et à la corruption de cette époque se réunirent en une faction réformiste, les *Mugwumps*. P. Gervais, *Les États-Unis de 1860 à nos jours*, 3^e éd., Paris, Hachette, 1998, p. 29 (*N. de la T.*).

25 Période comprise entre 1865 et 1901, marquée par une croissance économique, industrielle et démographique sans précédent (*N. de la T.*).

successifs de la *Harvard Law School* à la fin du XIX^e siècle et contemporains de Holmes. Pourtant, Horwitz concentre son étude sur la personne qu'il dit être « le représentant le plus influent de ces historiens du droit classiques », Roscoe Pound, qui succéda à Ames en tant que doyen de la *Harvard Law School*²⁶.

19. Selon Horwitz, Pound relégua les influences économiques sur la doctrine juridique à « une distance confortable dans le passé », après laquelle le droit devint « fonctionnellement autonome »²⁷. De même, il classa les écoles de pensées historiquement, sans prendre en compte leurs relations éventuelles avec des forces politiques ou culturelles variées²⁸. Plutôt que de relier le droit à des facteurs externes, Pound insista sur sa scientificité basée sur la raison. Selon lui, l'étude de l'histoire des idées juridiques permet de produire progressivement de meilleures théories²⁹ et il affirmait avec assurance que la raison humaine était immuable et qu'appliquer l'histoire à l'analyse juridique, comme dans n'importe quel autre domaine scientifique, fournissait de bonnes comme de mauvaises réponses³⁰.

20. Horwitz fut frappé par le parallèle existant entre l'histoire du droit écrite par les juristes, dont le meilleur exemple est celui de Pound, et l'histoire de la science écrite par des scientifiques, comme dans le célèbre *La structure des révolutions scientifiques* de Thomas Kuhn. Tant les juristes que les scientifiques présentaient l'histoire comme un processus continu, permettant la compréhension inévitable et universelle de leur discipline. Pour reprendre les termes de Horwitz, ils « se servaient de l'histoire pour justifier et glorifier le présent »³¹.

21. Pour lui, cette pratique de l'histoire du droit est à relier avec le conservatisme politique. Les historiens du droit, à la différence des universitaires en histoire constitutionnelle par exemple³², ont séparé l'histoire de la politique, expliquant que le changement n'est dû qu'à un processus intellectuel³³. Horwitz souligne que réaliser ce divorce est bien plus difficile pour l'historien du droit que pour l'historien des sciences ; en effet, ce dernier pourra attribuer de façon plausible le changement à un progrès de la raison dans la recherche de la vérité. Toutefois, il est impossible pour l'historien du droit d'ignorer l'histoire des mouvements politiques ayant induit les changements du droit³⁴.

22. La réponse typique de l'historien du droit, toujours selon Horwitz, fut de défendre cette pratique comme autonome du pouvoir ou de la politique³⁵. L'affirmation d'une technique professionnelle crée ce que l'auteur appelle « une zone-tampon idéologique entre les revendications de la politique et celles du droit ». C'est une façon de traiter l'histoire du droit américaine « non comme le produit contingent et changeant de luttes historiques spécifiques, mais comme une sorte d'ensemble métaphysique de valeurs dans lequel se sont inscrits les conflits sociaux »³⁶. User de cette idéologie du professionnalisme pour ôter toute politique du droit relève de cette « tradition conservatrice » qu'Horwitz a identifiée dans son titre et forme un projet politique, « paré des atours d'une histoire du droit experte et objective »³⁷. Pound, le meilleur exemple de cette tradition conservatrice, a accompli cette manipulation idéologique en exaltant une *common law* produit artisanal de la formation professionnelle et en se montrant hostile à une codification dépeinte comme un produit législatif démocratique, voire démagogique³⁸.

26 M. J. Horwitz, « The Conservative Tradition », art. cit, p. 275-276.

27 *Ibidem*, p. 276.

28 *Ibid.*, p. 279.

29 *Ibid.*, p. 280.

30 *Ibid.*, p. 278.

31 *Ibid.*, p. 283.

32 *Ibid.*, p. 275.

33 *Ibid.*, p. 281.

34 *Ibid.*, p. 283.

35 *Ibid.*, p. 281.

36 *Ibid.*, p. 278.

37 *Ibid.*, p. 276.

38 *Ibid.*, p. 277, 281.

23. Sans mâcher ses mots, Horwitz conclut en disant que l'emploi de cette histoire du droit conventionnelle, illustré par Pound, « pervertit la vraie fonction de l'histoire en la réduisant à un rôle pathétique, celui de justifier le monde actuel »³⁹. Elle se contente alors de piller le passé pour conforter ce « culte de la professionnalisation »⁴⁰. Il observe, malheureusement sans développer davantage, que l'étude de l'histoire du droit a été dominée par cette approche infondée, du début du XII^e siècle anglais jusqu'à la période suivant la Guerre d'indépendance, au minimum⁴¹.

24. Deux ans après Horwitz, Robert Gordon écrit son étude divisant l'étude de l'histoire du droit en trois périodes. Comme son prédécesseur, Gordon maintient qu'avant Hurst, l'historiographie juridique américaine a privilégié une histoire interne de la matière déconnectée des influences externes. Bien qu'il convienne avec Horwitz des implications conservatrices de cette approche, il nuance ses conclusions en insistant sur les bénéfices professionnels que les professeurs de droit tirent de leurs études de l'histoire interne⁴².

25. Gordon commence son ouvrage par une longue citation du grand historiographe italien, Arnaldo Momigliano. Si ce dernier admet que l'histoire de la littérature, de l'art, de la science ou de la religion peut être cantonnée à ces champs particuliers, il affirme que l'histoire du droit ne peut être une discipline autonome. Le droit, insiste-t-il, est trop enraciné dans de multiples relations et activités humaines pour être traité de façon isolée. Il ajoute que si les investigations historiques révélaient une tradition juridique autonome, ce serait en soi « un phénomène social à interpréter »⁴³. Selon Gordon, après avoir étudié, selon la tradition, le droit tel une discipline autonome, les historiens du droit américain ne sont qu'aux balbutiements de cette nouvelle façon de faire⁴⁴.

26. Comme Horwitz, Gordon emprunte à Kuhn pour décrire l'historiographie de l'histoire du droit américaine. Il convient avec Horwitz que les parallèles sont frappants entre l'histoire du droit écrite par les juristes et l'histoire des sciences écrite par les scientifiques⁴⁵. Plus spécifiquement, Gordon reprend chez Kuhn la distinction entre l'histoire interne et l'histoire externe : jusqu'à récemment l'histoire du droit américaine a été essentiellement interne, écrite depuis l'intérieur de la discipline, plutôt qu'externe et reliée à la société dans son ensemble⁴⁶.

27. À la fin du XIX^e siècle, quand l'histoire du droit commença à s'ériger en discipline scientifique, Gordon note que les historiens de toutes les disciplines partageaient des conceptions évolutionnistes du changement historique. Dans la plupart des cas, ils considéraient :

que chaque société subit des processus de développement comparables, allant du simple au complexe, du primitif au civilisé ; que ces processus sont continus et progressifs ; et que le travail des scientifiques est de découvrir, par l'étude comparée des peuples développés et de ceux qui le sont moins, les règles régissant la croissance des civilisations⁴⁷.

28. Les historiens croyaient que leur rôle distinctif, indépendamment de leurs champs spécifiques, était de chercher les origines anciennes des coutumes actuelles et de retracer leur développement dans le temps. Plus intéressés par leur propre société, les historiens américains se sont concentrés sur l'histoire de la civilisation anglo-américaine. Gordon insiste sur le fait que les considérations évolutionnistes, durant les deux dernières décennies du XIX^e siècle, ont influencé substantiellement l'enseignement de l'histoire du droit dans les facultés de droit américaines, particulièrement à Harvard. Holmes, Ames, James Bradley

39 *Ibid.*, p. 281.

40 *Ibid.*

41 *Ibid.*, p. 276.

42 R. W. Gordon, « J. Willard Hurst », art. cit., p. 31, note 65.

43 *Ibidem*, p. 9 (citant Momigliano).

44 *Ibid.*

45 *Ibid.*, p. 17, note 22.

46 *Ibid.*, p. 11, note 5.

47 *Ibid.*, p. 14-15.

Thayer et Melville Madison Bigelow sont tout particulièrement désignés comme les représentants de cette tradition⁴⁸.

29. Tandis que la plupart des historiens abandonnèrent la théorie évolutionniste au début du XX^e siècle, les historiens du droit s'y accrochèrent⁴⁹. Constatant cette divergence, Gordon l'explique par le fait que cette théorie répond aux besoins de la profession juridique, besoins auxquels les professeurs de droit se sont soumis. Ames lui-même souhaitait que la science historique dirige le développement de la doctrine juridique. Mais plutôt que de subordonner la pensée future aux enseignements de l'histoire, les historiens du droit subordonnèrent l'histoire à la justification des doctrines actuelles. Leur façon de voir le droit comme un développement continu leur rendit aisée la confusion entre « la tradition de *common law* » et l'histoire du droit tout entière ; pourtant, Gordon lui-même définit cette tradition comme étant essentiellement « la continuité fictive que chaque génération de juristes de *common law* assigne, à sa manière et selon ses intérêts, au développement de la pensée juridique ».

30. Gordon conclut en disant que traiter la tradition de *common law* comme une « source d'autorité normative » conduit les historiens du droit à concevoir leurs travaux comme une « activité professionnelle », qui en tant que telle est « forcément destinée à être interne »⁵⁰. Ils limitaient donc leurs recherches et leurs explications à des facteurs juridiques⁵¹. Au nom de l'évolutionnisme et des pratiques professionnelles, ils « saccagèrent le passé pour y trouver les ancêtres de leurs catégories juridiques, sans considérer le fait que ces catégories aient pu être dénuées de sens ou avoir un sens tout différent pour ceux pour qui elles furent créées »⁵². De plus, les historiens du droit ont souvent fait triompher une théorie du développement continu.

31. Toutefois, Gordon concède qu'une approche évolutionniste n'exclut pas, en théorie, de connecter le droit à des influences extérieures. De fait, les historiens du droit évolutionnistes ont établi de telles connexions dans leurs études sur le droit anglais du Moyen Âge. Pourtant, les historiens du droit américains ont circonscrit leur périmètre aux seuls éléments juridiques. Dans une certaine mesure, Gordon pense que la « théorie d'une culture organique » associée à une pensée évolutionniste « a paradoxalement encouragé les universitaires à se détourner du contexte social »⁵³. Ils ont pu se convaincre que les principes organiques, bien qu'issus de facteurs sociaux extérieurs, étaient déjà contenus dans les règles juridiques du passé, et que l'étude de l'évolution de ces règles au travers des âges suffit à l'historien du droit. Comme exemple de cette approche, il cite James Coolidge Carter, l'Américain ayant popularisé le célèbre historien du droit allemand⁵⁴ Friedrich Carl von Savigny. L'opinion communément admise que la *common law*, bien qu'issue originellement des coutumes, est fondée rationnellement, a renforcé l'éviction du contexte social⁵⁵. Toutefois, Gordon voit comme principale responsable de ce repli sur l'internalité la transformation de l'historien du droit en un professionnel de la justification du droit positif.

32. Gordon observe qu'Holmes et Pound étaient des pragmatiques, désireux de reconnecter l'histoire du droit à des facteurs externes afin de démontrer que le droit alors en vigueur, bien que sûrement approprié au contexte social et intellectuel qui l'a vu naître, n'avait plus de sens dans un présent largement différent. Tandis que Langdell, et Ames dans une certaine mesure, tentaient de dégager les principes immanents de l'histoire du droit, Holmes et Pound étudiaient l'histoire afin de débarrasser le droit de survivances obsolètes. Toutefois, Gordon souligne qu'en pratique, Holmes et Ames furent assez similaires. Ames pensait que l'étude scientifique du passé pouvait faire émerger des traditions socialement fonctionnelles pour le présent, opinion qu'Holmes ne partageait pas ; pourtant, le scepticisme de ce dernier à propos des

48 *Ibid.*

49 *Ibid.*, p. 15-16.

50 *Ibid.*, p. 17.

51 *Ibid.*, p. 20.

52 *Ibid.*

53 *Ibid.*, p. 27.

54 *Ibid.*, p. 23.

55 *Ibid.*, p. 19-20.

réformes juridiques à opérer permit à la doctrine traditionnelle de rester en place⁵⁶. Quoiqu'il en soit, la doctrine internaliste survécut au pragmatisme juridique, largement grâce au fait que les pragmatiques eux-mêmes avaient à cœur de préserver leur identité de juristes. En conséquence, ils furent peu désireux d'aller contre l'idéologie du professionnalisme attachée à l'autonomie du droit⁵⁷.

33. Une génération avant Horwitz et Gordon, Daniel Boorstin anticipa nombre de leurs critiques sur l'histoire du droit internaliste et incita des universitaires ambitieux à connecter l'histoire du droit à d'autres sujets de la recherche historique. Dans un essai publié en 1941, *Tradition and Method in Legal History*, Boorstin observe que les historiens du droit anglais ou américains étudient le passé comme « un alambic distillant des principes juridiques »⁵⁸. Les historiens du droit organisaient leurs études autour des catégories trouvées dans les manuels et traités de leur époque. En conséquence, l'histoire du droit devint une sorte d'embryologie, l'historien recherchant dans les origines et le développement d'un système juridique actuel plus complet⁵⁹ dans les rudiments du passé. « Le présent devint le point culminant du passé, et les formes actuelles des institutions n'en étaient que leurs formes inévitables »⁶⁰. Afin d'illustrer cette approche répandue, Boorstin citait l'introduction d'Ames à ses *Lectures on Legal History*⁶¹.

34. Boorstin observe que le fait de traiter l'histoire du droit comme de l'embryologie a assujéti les historiens du droit à la pratique⁶². Dans un article ultérieur, il rend l'orientation pragmatique prise par les facultés de droit américaines largement responsable de cette soumission. Puisque la *common law* est basée sur l'interprétation des précédents, étudier l'histoire de ces précédents ne peut être qu'avantageux pour la compréhension du droit actuel. Amèrement, l'auteur déplore qu'en « n'acceptant l'histoire du droit qu'afin d'aider les futurs juristes, les facultés de droit américains aient imposé aux historiens, pour survivre en ce milieu, de justifier leurs recherches par des critères n'ayant rien à voir avec l'histoire »⁶³.

35. Il ajoute que la méthodologie de l'histoire du droit traditionnelle déforme souvent le passé et produit de fausses analogies. Organisée autour des catégories juridiques contemporaines, cherchant compulsivement leurs origines et développement, elle néglige le rôle réel du droit dans les sociétés anciennes. De même, elle éloigne du but assigné, c'est-à-dire la compréhension du droit actuel, car les équivalents trouvés dans le droit passé obéissaient très souvent à des concepts différents. Tout comme le droit des contrats a pu jouer un rôle très différent dans le passé que celui tenu de nos jours, ses origines pourraient se trouver dans des formes anciennes ressemblant à notre actuel délit⁶⁴. Boorstin conclut en disant qu'user de catégories actuelles pour étudier le passé a rendu l'étude de l'histoire du droit inutilement conservatrice⁶⁵, faisant le même constat qu'Horwitz ; mais de manière différente, il ne développe pas et n'indique pas s'il considère ce conservatisme comme méthodologique, politique, ou les deux.

36. En revanche, il indique clairement favoriser différentes approches pour étudier l'histoire du droit. Il reproche aux tenants de l'histoire du droit traditionnelle, pratiquant une méthodologie sans réflexion et présentée comme naturelle et inévitable, d'avoir éludé les problèmes méthodologiques en choisissant une approche parmi de nombreuses possibles⁶⁶. Malheureusement, l'approche choisie empêche l'imagination historique⁶⁷. Boorstin lui-même pensait qu'il y a de nombreuses façons valables d'écrire l'histoire du droit

56 *Ibid.*, p. 20.

57 *Ibid.*, p. 21.

58 *Ibid.*, p. 20.

59 *Ibid.*, p. 29-30.

60 *Ibid.*, p. 30, note 62.

61 *Ibid.*, p. 30-33.

62 D. J. Boorstin, « Tradition and Method », art. cit., p. 424.

63 *Ibidem*, p. 425-426.

64 *Ibid.*, p. 428-429.

65 *Ibid.*, p. 429.

66 *Ibid.*

67 *Ibid.*, p. 429.

et que cette histoire du droit, comme toute histoire, doit être constamment réécrite. Mais il exhorte les historiens du droit à reconnaître que le droit fait partie de l'histoire globale et qu'il doit être connecté au reste de la société⁶⁸. En conclusion de son essai, il insiste sur le fait que « l'histoire du droit n'a pas une vie propre », mais est « une partie de l'histoire sociale »⁶⁹. Dans un travail ultérieur, il ajoute que le droit doit également être étudié en relation avec l'histoire intellectuelle, politique et économique, tout comme le sont d'autres sujets de sciences humaines⁷⁰.

37. Toutefois, Boorstin se montre sceptique à propos des tentatives faites pour relier le droit aux sciences sociales. Il observe que les quelques classiques de l'histoire du droit produits par des Américains ont été écrits il y a longtemps, dans un esprit humaniste. Comme exemples de ces classiques, il cite *La Common law* de Holmes, les *Lectures on Legal History* de Ames et le *Preliminary Treatise on Evidence* de Thayer, tous publiés entre 1881 et 1898. Apparus en même temps que la méthode d'enseignement typiquement américaine dite « méthode des cas », Boorstin considère toutefois qu'ils sont sans lien avec elle. En revanche, ils ont été largement influencés, voire modelés, par les historiens du droit allemands et anglais de la fin du XIX^e siècle⁷¹.

38. Au fil de leurs ouvrages, Horwitz, Gordon et Boorstin se réfèrent à des auteurs qu'ils décrivent comme les historiens du droit de la fin du XIX^e siècle. Souvent, mais pas toujours, ils citent les mêmes noms. Les personnages mentionnés dans au moins un de ces travaux sont Ames, Bigelow, Carter, Holmes, Langdell, Pound et Thayer⁷². À l'exception peut-être de Horwitz, qui a dédié plusieurs pages à Pound mais sans étudier la plupart de ces écrits en histoire du droit, aucun de ces ouvrages n'étudie ces auteurs en détail, sans que ce manque d'attention ne soit vraiment surprenant. L'ouvrage de Horwitz est à l'origine la recension d'une biographie du juge Joseph Story et s'il évoque de manière générale cette tradition conservatrice, dont Pound est le principal représentant, c'est pour mieux y replacer cette biographie. Placé en introduction d'un mélange en l'honneur de J. Willard Hurst, l'étude de Gordon fournit un panorama synthétique de l'historiographie juridique américaine, et ce afin de mieux d'appréhender la démarche innovante de Hurst, qui passe de l'histoire interne à l'histoire externe. Le plus ancien, l'ouvrage de Boorstin, est une brève réflexion sur les conditions méthodologiques de l'histoire du droit et leurs possibles améliorations. Horwitz, Gordon et Boorstin n'ont ainsi jamais eu l'intention de faire de leur essai une étude complète du travail des historiens du droit américains.

39. *A History of American Law*, la synthèse majeure en la matière publiée par Lawrence Friedman en 1973, enfonce encore le clou, et de manière encore plus rapide. Il inclut, dans son chapitre sur la profession juridique durant la seconde moitié du XIX^e siècle, un bref exposé sur l'enseignement de l'histoire du droit. À ce titre, il identifie les influences de l'école historique allemande sur Carter et évoque une école américaine de l'histoire du droit, focalisée sur l'histoire doctrinale de la *common law* plutôt que sur l'histoire globale de ce système juridique. La plupart des universitaires américains, observe Friedman, écrivent sur l'histoire du droit de l'ancienne Angleterre. Le seul nom qu'il mentionne est celui de Ames, considérant que ses travaux sont particulièrement représentatifs du genre. Il ajoute que *La Common law* de Holmes, pour lui le meilleur ouvrage juridique publié par un Américain entre 1850 et 1900, ne met pas en œuvre une technique historique si différente de celle de Ames. Holmes n'était pas aussi sûr que Ames et que son mentor, Langdell, du fait que des évidences logiques puissent être extraites des précédents du passé ; pour autant, il était intéressé par l'histoire de la *common law* et a cherché aussi énergiquement que Ames ses racines dans les sources normandes et germaniques⁷³.

68 *Ibid.*, p. 433-434.

69 *Ibid.*, p. 436.

70 D. J. Boorstin, « The Humane Study of Law », art. cit., p. 973.

71 *Ibidem*, p. 963.

72 D. J. Boorstin, « Tradition and Method », art. cit., p. 425, 428 (respectivement Ames et Holmes) ; *idem*, « The Humane Study of Law », art. cit., p. 963 (Ames, Holmes, Thayer) ; R. W. Gordon, « J. Willard Hurst », art. cit., p. 15 (Holmes, Bigelow, Ames, Thayer) ; *ibidem*, p. 20 (Carter) ; *ibid.*, p. 23 (Pound) ; M. J. Horwitz, « The Conservative Tradition », art. cit., p. 276 (Langdell, Ames) ; *ibidem*, p. 276-81 (Pound).

73 L. M. Friedman, *A History of American Law*, s. l., Touchstone, 1973, p. 544.

II. Les penseurs de la doctrine juridique américaine de la fin du XIX^e siècle

40. Depuis les années 1970, époque à laquelle Horwitz, Gordon et Friedman étudiaient l'historiographie juridique américaine de la fin du XIX^e siècle, les chercheurs intéressés par la pensée juridique de ce pays ont identifié ses nombreuses connexions avec l'histoire juridique. Ils ont traité du rôle de la pensée évolutionniste dans l'analyse juridique, l'impact de la science du droit allemande sur les États-Unis et les relations entre l'histoire, la pensée juridique et la théorie constitutionnelle. Pourtant, ils n'ont jamais examiné les critiques historiographiques faites à l'histoire interne, pas plus qu'ils ne sont penchés sur les enjeux historiques effleurés lors d'investigations sur d'autres sujets. Toutefois, ils ont consacré plus d'attention à la pensée des auteurs de la fin du XIX^e siècle que les critiques historiographiques. Synthétiser leurs travaux permet de fournir un état des lieux de la pensée historique de cette période, tout en révélant que le sujet a été cantonné à un périmètre restreint.

41. Donald Elliott, Herbert Hovenkamp et James Herget ont chacun écrit sur une « science du droit évolutionniste », un sujet qui se superpose à une étude historique du droit. Comme Herget le fait remarquer, les termes « science du droit évolutionniste », « historicisme », « école historique », « évolution juridique » ou « théorie darwinienne du droit » ont été utilisés de manière interchangeable. Il ajoute qu'à la fin du XIX^e siècle, les frontières séparant la science historique du droit de l'histoire du droit étaient pour le moins obscures⁷⁴. Tant Herget qu'Elliott maintiennent que deux grands historiens du droit européens, l'Allemand Savigny et l'Anglais Maine, ont eu une influence décisive sur leurs homologues américains⁷⁵.

42. Pourtant, ni Herget ni Elliott n'ont étayé leur affirmation en démontrant l'influence de Savigny ou Maine sur des auteurs américains spécifiques, de même qu'ils ont rarement mentionné qui auraient pu être les auteurs ainsi influencés. D'ailleurs, ils n'ont pas étudié en détails la pensée évolutionniste des professeurs de droit de cette fin du XIX^e siècle. Les écrits de Herget sur la science du droit évolutionniste font partie d'un livre consacré aux différentes écoles de la pensée juridique américaine entre 1870 et 1970. Bien que limité à cette même science du droit, l'article de Elliott en étudie l'histoire entière, particulièrement à partir de 1950. Enfin, Hovenkamp ne cache pas son désintérêt pour la doctrine juridique, préférant concentrer son attention sur les sciences sociales américaines et des auteurs tels que William Graham Sumner, Lester Frank Ward et Adward Alsworth Ross.

43. Malgré tout, ils se sont brièvement penchés sur quelques auteurs de la fin du XIX^e siècle dont les travaux incluaient de l'histoire du droit. Herget remarque à cette occasion que la méthode de Langdell, soit la déduction de principes juridiques à partir de la jurisprudence, rejoint la description de Savigny d'un droit dérivant de la coutume et de l'esprit du peuple. Toutefois, il précise immédiatement qu'aucun élément ne permet d'affirmer que Langdell a été influencé par Savigny, ni même qu'il connaissait ses travaux⁷⁶. Herget et Elliott présentent Holmes comme un penseur évolutionniste⁷⁷ et Herget décrit William G. Hammond comme un auteur important, dont l'approche historique du droit reflète cette même pensée évolutionniste⁷⁸. Herget et Hovenkamp ont tous deux aussi étudié Pound. Tout en sachant que Pound rejeta l'école historique allemande et les vues évolutionnistes de Savigny, Holmes ou Carter, Herget observe qu'il inclut tout de même des éléments évolutionnistes dans ses théories, particulièrement dans sa description des différentes étapes du développement juridique⁷⁹. Hovenkamp rattache son propre intérêt pour la science sociale américaine à son influence sur Pound, le seul juriste dont il ait étudié le travail⁸⁰. Et, seule exception notable parmi ce qui fut en général de brefs exposés, Herget consacra une

74 J. E. Herget, *American Jurisprudence*, op. cit., p. 22, 118.

75 *Ibidem*, p. 22 ; D. Elliott, « The Evolutionary Tradition », art. cit., p. 41, 46 (respectivement Savigny et Maine).

76 J. E. Herget, *American Jurisprudence*, op. cit., p. 36-37.

77 *Ibidem*, p. 43-46 ; D. Elliott, « The Evolutionary Tradition », art. cit., p. 51-55.

78 J. E. Herget, *American Jurisprudence*, op. cit., p. 50-53.

79 *Ibidem*, p. 143-144.

80 H. Hovenkamp, « Evolutionary Models in Jurisprudence », art. cit., p. 677-683.

attention substantielle à Carter. Pour lui, Carter fut le principal défenseur américain de la pensée évolutionniste de la fin du XIX^e et du début du XX^e siècle et son travail a été injustement négligé⁸¹.

44. Dans un article qui ne traite que brièvement de la pensée évolutionniste, William LaPiana identifie un groupe de sept juristes de la fin du XIX^e siècle qui en appellent à l'histoire du droit, et souvent spécifiquement aux travaux de Maine, tout en résistant à l'école analytique associée au célèbre philosophe anglais John Austin⁸². Peu convaincus par le positivisme d'Austin, qui décrivait la loi comme un commandement produit par la volonté, ces Américains se tournèrent vers l'histoire du droit, et spécialement vers l'histoire de la *common law*, vue comme la source de principes juridiques ancrés dans la coutume. Selon eux, ces principes transcendaient les institutions politiques qu'Austin considérait comme source de droit⁸³. Si tous ces auteurs s'accordent à penser que « l'expression du droit change avec les changements d'époque »⁸⁴ et acceptent « une théorie de l'évolution historique fondée sur différents stades de développement »⁸⁵, ils affirment dans le même temps « l'existence de principes immuables »⁸⁶. Dans une analyse courte et déroutante, LaPiana note que si leurs opinions semblent *a priori* en lien avec l'évolutionnisme, ce n'est en réalité pas le cas, particulièrement au vu de leurs positions sur l'existence de principes intangibles et leur aversion pour le changement social⁸⁷. Quoi qu'il en soit, LaPiana traite leur appel à l'histoire comme aussi sérieux et valable que la théorie analytique d'Austin ; sans argumenter plus avant, il la considère comme étroitement liée à l'histoire intellectuelle générale de cette période⁸⁸.

45. Dans trois essais importants sur l'influence de la pensée juridique allemande sur ces auteurs américains de la fin du XIX^e siècle, Mathias Reimann nous offre une contribution éclairant l'histoire du droit américaine de cette époque. Il souligne que les facultés de droit allemandes, comme leurs professeurs, ont été un modèle pour les États-Unis dans les cinquante ans suivant la guerre de Sécession ; cette période est celle où les écoles de droit américaines, dispensant un enseignement professionnel assuré par des praticiens, se sont muées en des établissements savants intégrés aux universités, recrutant des professeurs à temps plein dévoués à la recherche. Comme exemple principal, Reimann s'appuie sur Harvard car c'est elle qui a initié ce mouvement vers l'érudition, qui se diffusera dans le paysage américain à partir de la Première Guerre mondiale⁸⁹. Il observe ainsi que Charles W. Eliot, le président d'Harvard, et Langdell, nommé par Eliot doyen de la faculté de droit, ont tenté de reproduire à Harvard l'étude de la science juridique telle que pratiquée en Allemagne⁹⁰.

46. Comme le répète fréquemment Reimann, les professeurs de droit de la fin du XIX^e siècle révéraient et imitaient les professeurs allemands, aussi bien comme historiens en quête de principes juridiques fondamentaux que comme bâtisseurs de systèmes logiques complets pour ces principes. Même si d'autres Allemands influencèrent les Américains, c'est Savigny, le fondateur de l'école historique allemande et la figure-clé de la pensée juridique allemande au XIX^e siècle, qui fut le plus important. Beaucoup d'éminents juristes américains voyaient en lui le modèle à suivre⁹¹. Au moment où Savigny et ses disciples systématisaient le droit romain dans une série de traités majeurs, contribuant aux efforts en vue de créer un droit commun européen, les juristes anglais comme américains aspiraient à une telle systématisation de leur tradition de *common law*. Même les ouvrages de leurs plus hautes autorités, telles que Blackstone,

81 J. E. Herget, *American Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 120-130. Voir de manière générale P. Stein, *Legal Evolution : The Story of an Idea*, Cambridge, Cambridge University Press, 1980 (exposant les théories européennes de l'évolution juridique, tout particulièrement en Allemagne ou en Grande-Bretagne).

82 LaPiana identifie sept auteurs de doctrine ayant recours à l'histoire : Carter, Hammond, Cooley, Bliss, Tiedeman, Phelps, and Dillon.

83 W. P. LaPiana, « Jurisprudence of History and Truth », *art. cit.*, p. 521-522, 536-54.

84 *Ibidem*, p. 555.

85 *Ibid.*, p. 556.

86 *Ibid.*

87 *Ibid.*, p. 555-556.

88 *Ibid.*, p. 522, 558.

89 M. Reimann, « A Career in Itself », *op. cit.*, p. 166.

90 *Ibidem*, p. 185-186.

91 *Ibid.*, p. 170.

Kent ou Story, étaient vus comme bancals et nettement inférieurs aux traités allemands. Reinmann nous renseigne également sur les autres sources irriguant cette « école historique » américaine de pensée juridique, qui s'est diffusée de Harvard aux autres facultés de droit à la fin du XIX^e siècle. Par exemple, il cite la théorie évolutionniste de Darwin et l'influence des grands historiens anglais Maine et Maitland. Pour autant, il insiste sur le fait que les Américains eux-mêmes reconnaissent être principalement débiteurs de l'école historique allemande et particulièrement de son créateur et leader, Savigny⁹².

47. Selon Reinmann, le recrutement d'Ames à la faculté de droit de Harvard, en 1873, constitue un virage déterminant de la professionnalisation de l'enseignement juridique américain, à travers l'adoption du modèle allemand. Ames était l'un des nombreux enseignants anglais et américains de sa génération à avoir suivi des études poussées en Allemagne⁹³, et ce fut le premier professeur de droit américain à être embauché en raison de son potentiel universitaire plutôt que sur ses réussites professionnelles. Le président Eliot prédit alors que le recrutement d'Ames serait reconnu comme « l'un des plus importants changements dans l'organisation de la profession jamais accompli dans ce pays »⁹⁴. Ames serait le premier d'une lignée de professeurs « promoteurs, systématisateurs et historiens » du droit⁹⁵. Reinmann conclut en disant qu'Ames a pleinement répondu à ses hautes attentes. « Ancien étudiant en Allemagne et fidèle admirateur de son enseignement juridique et historique, il adhéra à cette notion du droit vu comme science et considérait la pensée allemande comme sa réalisation la plus impressionnante »⁹⁶. Ames incita ses collègues à s'inspirer du schéma allemand et devint lui-même un modèle pour les professeurs de droit américains de la génération suivante⁹⁷.

48. Dans un ouvrage différent sur Holmes, Reinmann élargit sa discussion aux relations entre l'enseignement allemand et américain, éclairant ainsi la pratique de l'histoire du droit à la fin du XIX^e siècle. Selon lui, les attaques de Holmes, dans son principal ouvrage *La Common law*, contre l'enseignement du droit allemand lui servent à atteindre indirectement sa cible principale : le formalisme qu'il associe à Langdell et ses disciples, personnes institutionnellement proches de lui et qu'il ne voulait pas dénigrer explicitement⁹⁸. Ces attaques indirectes, toujours selon Reinmann, ont déformé et dévoyé tant la pensée allemande que celle de Langdell⁹⁹. Bien qu'ouvertement critique envers le formalisme de Savigny ou d'autres auteurs allemands, Holmes employa sans pour autant le mentionner certaines de leurs méthodes historiques¹⁰⁰. De plus, en imputant faussement à Langdell et aux Allemands les mêmes visions formalistes, Holmes a caché ses points de convergence avec Langdell, notamment sur l'importance de déduire des principes juridiques du développement historique de la jurisprudence¹⁰¹.

49. Comme exemple phare de l'influence de l'école historique allemande aux États-Unis, Reinmann livre un article retraçant l'usage fructueux, par Carter, des idées de Savigny afin de s'opposer au mouvement de codification new-yorkais des années 1860 aux années 1880. Il y démontre que Carter, exposé aux idées de Savigny lors d'un cours de droit romain suivi à la *Harvard Law School* au début des années 1850, renvoie expressément à ces idées et use d'un langage similaire dans son pamphlet de 1884 contre la codification. Carter aurait adopté la théorie historique du droit de Savigny afin de démontrer que la codification générerait la louable flexibilité et le développement de la tradition de *common law*. Toujours pour souligner l'influence de Savigny aux États-Unis, Reinmann pointe que d'autres opposants américains à la codification se sont servis de lui et de ses idées¹⁰².

92 *Ibid.*, p. 179-81; voir aussi M. H. Hoeflich, « Roman and Civil Law in American Legal Education Prior to 1930 », *University of Illinois Law Review*, 3, 1984, p. 719-738.

93 M. Reimann, « A Career in Itself », art. cit., p. 173-175.

94 *Ibidem*, p. 184 (citant Eliot).

95 *Ibid.* (citant Eliot).

96 *Ibid.*, p. 185.

97 *Ibid.*

98 Voir M. Reimann, « Holmes's Common Law », art. cit., p. 73-74, 92-95.

99 *Ibidem*, p. 96-97, 103 (Allemands); *ibid.*, p. 106-08 (Langdell).

100 *Ibid.*, p. 98-99, 103.

101 *Ibid.*, p. 106-109.

102 M. Reimann, « The Historical School », art. cit., p. 103-108.

50. Reinmann observe que si les juristes américains sophistiqués ont répondu favorablement à l'approche historique de Savigny, c'est parce que leur éducation à la *common law* les avait conduit à croire en un développement continu du droit à travers les âges et la jurisprudence. L'approche historique, ajoute-t-il, a également renforcé l'influence déjà forte de la théorie évolutionniste aux États-Unis¹⁰³. Toutefois, il insiste sur le fait que des facteurs idéologiques et personnels, aussi bien qu'intellectuels ou scientifiques, ont permis la réception de Savigny chez les juristes américains. L'accent mis par Savigny sur le rôle essentiel du juriste scientifique fait primer le rôle du juriste sur le législateur dans le développement du droit¹⁰⁴. En outre, Savigny et Carter étaient tous les deux conservateurs, pour le « laissez faire » dans le domaine du droit privé, craignant la codification et autres législations comme autant d'intrusions gouvernementales injustifiées dans le marché. De manière plus frappante, Reinmann considère que « les protestations de Carter contre la législation étaient des récriminations contre les atteintes à la liberté économique de ses clients aisés » au travers les régulations établissant la responsabilité de l'employeur¹⁰⁵. Carter développa « les implications anti-législateur, anti-démocratiques et conservatrices de la théorie historique du droit, qui pour beaucoup étaient restés cachées à l'état latent dans les écrits de Savigny lui-même ». Sans dénier le fait qu'il ait pu être convaincu par les arguments scientifiques de Savigny, Reinmann considère que ces arguments ont permis à Carter comme à d'autres de rationaliser et masquer leurs motifs personnels et politiques sous un vernis de respectabilité intellectuelle¹⁰⁶. Toutefois, tout comme d'autres chercheurs récemment, il ne fournit dans aucun de ces articles une analyse détaillée des écrits historiques de Ames, Holmes, Carter ou de d'autres auteurs du XIX^e siècle qu'il évoque brièvement¹⁰⁷.

51. Grâce à un autre angle d'attaque, Thomas Grey nous offre d'importants éléments sur le traitement de l'histoire dans l'enseignement du droit à la fin du XIX^e siècle. Dans le cadre d'articles notables, Grey étudie deux des universitaires les plus marquants de leurs époque ; reconstruisant avec imagination leur pensée, il évoque notamment leurs opinions sur l'histoire. Dans son article sur Langdell, il décele à la fois des ressemblances et des différences entre ce qu'il appelle la pensée juridique classique ou orthodoxe, incarnée par Langdell et ses disciples, et l'école historique de jurisprudence représentée par Carter, le contemporain de Langdell. Tant la pensée classique que l'école historique, selon lui, accepte la pensée évolutionniste dominante de l'époque. Elles s'accordent en effet sur le fait que le droit n'est pas immuable, mais évolue progressivement dans le temps¹⁰⁸.

52. L'orthodoxie langdellienne, toutefois, réfute la thèse fondamentale de l'école historique selon laquelle le droit est un produit contingent de l'évolution des mœurs d'un peuple. En effet, elle avait plutôt tendance au contraire à distinguer les principes juridiques de l'évolution de la société. Pourtant, si elle dédaigne les théories du droit naturel vues comme des spéculations fantaisistes, elle reconnaît une fonction importante à l'histoire du droit : fournir, grâce à l'extraction de principes aptes à dicter les jugements juridiques, le matériel brut nécessaire à une science fondée sur la raison¹⁰⁹. La pensée classique prend en compte les changements juridiques en attribuant un rôle essentiel au scientifique du droit, détecter un principe qui bien qu'immanent, était resté caché. Simultanément, un tel principe reflète la lente évolution de la société, offre une explication convaincante aux décisions antérieures et contribue aux progrès futurs du droit en rendant explicite et scientifiquement fondé ce qui était resté précédemment inarticulé¹¹⁰. Cette approche, selon les conclusions de Grey, voit le contrat, le délit et autres concepts juridiques abstraits comme des essences, dont les caractéristiques peuvent être découvertes par les scientifiques du droit¹¹¹.

103 *Ibidem*, p. 108.

104 *Ibid.*, p. 110-112.

105 *Ibid.*, p. 116.

106 *Ibid.*, p. 118-119. Voir aussi M. J. Horwitz, « The Conservative Tradition », art. cit., p. 118-123 (exposant le conservatisme induit par les opinions intellectuelles de Carter).

107 En revanche, Reinmann a exposé de façon très détaillée les vues sur l'histoire d'universitaires allemands du XIX^e siècle. M. Reimann, « Nineteenth-Century German Legal Science », *Boston College Law Review*, 31, 1990, p. 837-900.

108 T. C. Grey, « Langdell's Orthodoxy », art. cit., p. 28-29.

109 *Ibidem*, p. 30 ; voir également *ibid.*, p. 2 note 6, p. 49.

110 *Ibid.*, p. 31.

111 *Ibid.*, p. 49.

53. Dans des observations infirmant le conservatisme prétendu de l'histoire du droit de la fin du XIX^e siècle, Grey réfute l'équation fréquemment faite liant la pensée orthodoxe et le « laissez faire » capitaliste. Les juristes progressistes du XX^e siècle avaient tort de décrire les auteurs classiques comme d'avidés partisans du monde des affaires. La plupart d'entre eux venaient de familles bien établies et respectées, inquiètes d'être remplacées par une nouvelle classe de financiers prônant le « laissez faire ». Privilégiant les vertus traditionnelles et la bonne gouvernance, ils tendaient à être *Mungwumps* à la fin du XIX^e siècle et membre de l'aile conservatrice du mouvement progressiste au début du XX^e siècle¹¹². Grey n'était pas d'accord avec cette récente affirmation célèbre de Duncan Kennedy¹¹³, reprise fréquemment depuis, selon laquelle la posture de « laissez faire » endossée par la Cour Suprême dans l'affaire *Lochner v. New York* incarne la pensée classique. Il considère au contraire que *Lochner* représente le constitutionnalisme pré-classique relatifs aux *Whigs* qui, après la guerre de Sécession, maintenait que le droit constitutionnel devait résister aux excès de la démocratie¹¹⁴. Par contraste, la pensée orthodoxe s'était assez peu intéressée au droit constitutionnel, vu comme intrinsèquement politique et donc peu susceptible d'une étude scientifique. Dans les quelques occasions où les auteurs classiques se sont penchés sur des questions constitutionnelles, Grey observe qu'ils ont systématiquement prôné le respect du législateur, à part dans les rares circonstances où la loi violait clairement une disposition constitutionnelle explicite¹¹⁵. Il concède néanmoins que la pensée orthodoxe peut produire des effets conservateurs en établissant une séparation distincte entre le droit privé et le droit public, en reliant de nombreuses questions économiques au droit privé, et en considérant que dans ce champ, et particulièrement en matière de contrats ou de droit de propriété, leurs méthodes rigoureusement scientifiques étaient aptes à produire des principes neutres politiquement, détachés de tout rapport avec l'histoire¹¹⁶.

54. Dans un autre article, Grey considère que Holmes n'appartient pas à ce courant de pensée orthodoxe. Selon lui, Holmes aurait réalisé l'association complexe de deux approches doctrinales différentes : l'école codificatrice issue des Lumières, associée à Kant et Bentham, et l'école historique reliée à Savigny, Maine et Carter. Ces deux approches s'accordent sur le fait que le droit actuel reflète les mœurs. Pour l'école des Lumières, c'est un problème : le but recherché est de libérer le droit de ses contraintes historiques irrationnelles et de le reconstruire à partir de principes fondamentaux. En réaction, l'école historique a affirmé que le droit, comme le langage, ne peut qu'être le produit du développement historique du peuple. Vouloir reconstruire le droit grâce à la codification serait, dans cette optique, aussi malavisé et inefficace que de tenter d'imposer un langage artificiel¹¹⁷.

55. Grey observe que l'école historique n'eut jamais en Angleterre ou aux États-Unis l'influence qu'elle obtint en Allemagne, où Savigny y posa les premiers jalons. Pour lui, cette différence n'est pas due à un rejet de l'école historique par les universitaires, mais au fait qu'elle n'apportait rien de nouveau à des gens formés à la *common law*. De fait, ils considéraient déjà le droit comme une coutume s'adaptant aux circonstances grâce à l'influence graduelle du juge, doutant de ce fait qu'une manipulation consciente du droit soit susceptible de produire de meilleurs résultats¹¹⁸.

56. Grey considère que Holmes a synthétisé ces approches rivales, une synthèse reflétée dans sa phrase disant « que la continuité avec le passé n'est pas un devoir, seulement une nécessité »¹¹⁹. Holmes reconnaît avec l'école historique que le droit se situe obligatoirement dans une tradition historique qui impose ses exigences. En revanche, en accord avec l'école des Lumières, il se refuse à accepter comme seule justification au droit ses fondements dans la coutume¹²⁰. Dès le début de sa vie d'universitaire, Holmes montre des

112 *Ibid.*, p. 35.

113 D. Kennedy, « Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness : The Case of Classical Legal Thought in America, 1850-1940 », *Research in Law & Sociology*, 3, 1980, p. 3-24.

114 T. C. Grey, « Langdell's Orthodoxy », art. cit., p. 35-36, note 4.

115 *Ibidem*, p. 34.

116 *Ibid.*, p. 35, 39.

117 T. C. Grey, « Holmes and Legal Pragmatism », art. cit., p. 808-809.

118 *Ibidem*.

119 *Ibid.*, p. 809.

120 *Ibid.*, p. 807.

signes d'éloignement d'avec la tradition de *common law*. Confronté à une société de classes au caractère industriel croissant, Holmes doute de l'existence d'une communauté uniforme de valeurs partagées ; son scepticisme face à la capacité de la *common law* à s'adapter à ces besoins sociaux ne fera que croître. Particulièrement après les affaires en droit du travail auxquelles il a eu affaire en tant que juge dans le Massachusetts, Holmes considère que beaucoup du droit en vigueur n'est qu'une survivance dysfonctionnelle d'un passé ancien. Pour lui, l'histoire du droit devint alors une méthode pour extraire ces restes et par conséquent, était la première étape vers des réformes juridiques. Il finit par être convaincu que ce devait être les considérations sociales, et non le respect du passé, qui devaient gouverner l'analyse juridique¹²¹.

57. Tout en voyant l'histoire comme discipline critique, Holmes conserve ce que Grey qualifie de « tendance puissance à l'archaïsme romantique », source de graves défauts dans *La Common Law*¹²². Holmes conçut cet ouvrage pour reformuler la *common law* de façon à répondre aux besoins modernes, usant de l'histoire pour identifier et éliminer les anachronismes et les survivances dysfonctionnelles. Pourtant, son amour des antiquités a souvent corrompu son intention ; Holmes a ainsi souvent traité des anciennes affaires « non comme des objets d'études soumis à la critique historique, mais comme des précédents sources de droit, précédents qu'il orna d'explications juridiques ingénieuses mais souvent tendancieuses, allant dans le sens de la position débattue qui avait sa préférence »¹²³.

58. Grey étudie aussi les relations compliquées qu'entretint Holmes avec la pensée classique. Comme Langdell et quasi tous les éminents universitaires de la fin du XIX^e et début du XX^e siècle, Holmes en tant que conceptualiste participa pleinement au projet largement réussi des professeurs de droit américains, désireux de remplacer le vieux *writ system* par une structure juridique basée sur les catégories de contrat et de délit. Pourtant, à la différence de Langdell et d'autres théoriciens classiques, Holmes ne pensait pas que des principes extraits de l'étude de l'histoire du droit puissent être réarrangés en un système déductif autonome et gouverné par la raison formelle. Il ne considérait pas les catégories juridiques comme des réalités idéales à révéler et à appliquer, mais comme des concepts instrumentaux, aptes à prendre en compte des considérations de justice ou de politique sociale et à rendre le droit accessible à une large audience¹²⁴. Holmes critiqua de façon célèbre le formalisme déductif de Langdell, ce qui fut mal interprété par les réalistes comme une opposition au conceptualisme. Selon Grey, Holmes « aimait les manipulations purement logiques de la doctrine autant que Langdell », mais n'était pas d'accord avec sa vision voulant qu'« une fois extraits par induction de la jurisprudence, les principes fondamentaux de la *common law* obtiennent le statut de vérité axiomatiques »¹²⁵.

59. Grey place Ames et Thayer, de proches collègues à Harvard aux nombreux points communs (ils ont tous deux écrit sur l'histoire du droit et sont des fervents admirateurs de Langdell) dans des champs doctrinaux différents, ce qui est particulièrement intéressant pour l'étude de l'historiographie juridique. Pour lui, Ames est l'un des trois plus importants disciples de Langdell en matière d'orthodoxie classique¹²⁶. Grey fait de Langdell et ses partisans des disciples de Thayer, dans leur façon de prôner la déférence judiciaire face à la décision législative ; en parallèle, il estime que Thayer n'était pas pour autant un classique¹²⁷, mais plutôt un allié de Holmes dans son opposition au formalisme déductif¹²⁸.

121 *Ibid.*, p. 807, 810-811.

122 *Ibid.*, p. 812.

123 *Ibid.*, p. 813.

124 *Ibid.*, p. 816, 822, 824, 825.

125 *Ibid.*, p. 816. A. Alschuler, *Law Without Values, op. cit.*, p. 84-100, est largement d'accord avec Reinmann et Grey dans leur façon de traiter Holmes. M. J. Horwitz, « The Conservative Tradition », art. cit., p. 14-42, considère que Holmes se détourne de l'histoire durant la période entre son livre, *The Common Law* (1881) et son essai *The Path of the Law* (1897). O. W. Holmes, *The Common Law*, s. l., Mark DeWolfe Howe éd., 1963 ; *idem*, « The Path of the Law », *Harvard Law Review*, 10, 1897, p. 457-463, réimprimé dans O. W. Holmes, *Collected Legal Papers*, New York, Harcourt, Brace & Co., 1921.

126 T. C. Grey, « Langdell's Orthodoxy », art. cit., p. 2. Les deux autres sont Joseph Beale et Samuel Williston.

127 *Ibid.*, p. 34.

128 T. C. Grey, « Holmes and Legal Pragmatism », art. cit., p. 825. Grey identifie John Chipman Gray et John Wigmore comme d'autres alliés de Holmes.

60. Finalement, se détachant nettement des travaux récents traitant de l'histoire dans la pensée juridique américaine du XIX^e siècle, Stephen Siegel nous livre un article long et abouti dans lequel ce thème, dont il fait sa priorité, est traité aussi bien en droit constitutionnel qu'en droit privé et fournit de nombreux exemples de la façon dont trois importants universitaires s'emparèrent de l'histoire. Le but de cet écrit est de réfuter l'affirmation, formulée au début du XX^e siècle par Pound et Corwin et depuis acceptée comme un truisme, voulant que les premiers partisans du « laissez faire » constitutionnel fondèrent leurs arguments sur le droit naturel. Bien que sachant que certains de ces constitutionnalistes croyaient effectivement au droit naturel, il qualifie néanmoins ce qu'il considère être leur approche doctrinale fondamentale¹²⁹ « d'historisme ». Selon cette théorie, si les normes et les institutions sociales évoluent avec le temps, ce n'est pas de la manière aléatoire décrite par Darwin, mais selon des principes moraux structurants, principes objectifs et accessibles grâce à l'étude de l'histoire¹³⁰. Ainsi, « les pratiques sociales ne sont pas “créées” par la volonté ou “découvertes” grâce à la raison ; elles “se développent” au travers d'une action populaire inconsciente et désordonnée »¹³¹.

61. Siegel maintient que l'historisme fut la pensée dominante à la fin du XIX^e siècle. Sous son influence, les universitaires des facultés de droit se sont mis à étudier l'évolution de la culture anglo-américaine afin d'en discerner les principes juridiques objectifs. Siegel insiste sur le fait que le « laissez faire » constitutionnel ne serait que l'un de ces principes mis au jour¹³². En conséquence, il tente de restaurer l'intégrité intellectuelle de ces universitaires ; ils ont en effet été accusés par les progressistes d'avoir user hypocritement du « laissez faire », théorie anachronique qu'ils n'ont pu raisonnablement prendre au sérieux, dans le seul but de protéger les nantis des forces sociales à l'œuvre¹³³.

62. Siegel étudie les relations entre l'historisme et le laissez faire constitutionnel grâce à une analyse textuelle serrée, en droit privé comme en droit constitutionnel, de la pensée de trois juristes importants : John Norton Pomeroy, Thomas McIntyre Cooley, and Christopher G. Tiedeman. Tout en soulignant leurs points d'accord, il observe également des différences significatives entre eux qui révèlent un changement important dans l'histoire intellectuelle. À la différence de Cooley, pleinement historiste, Siegel affirme que Pomeroy associe l'historisme au droit naturel tandis que Tiedeman fut autant positiviste qu'historiste. En étudiant successivement Pomeroy, Cooley et Tiedeman, Siegel ambitionne de démontrer « qu'entre le déclin du rationalisme et du théisme du passé et le positivisme émergent du présent, l'historisme du XIX^e siècle opéra une transition fondamentale »¹³⁴.

63. Siegel s'étant concentré sur les constitutionnalistes adeptes du laissez faire, il a laissé de côté leurs contemporains, tels que Thayer ou Pound, qui avaient des opinions différentes sur le droit constitutionnel¹³⁵. Pour autant, il conclut son long article par des commentaires très intéressants sur l'usage de l'histoire par Holmes, figure-clé dans l'attaque menée contre le « laissez faire » constitutionnel. Siegel remarque que d'un côté, Holmes partage l'intérêt pour l'étude historique montré par Pomeroy, Colley et Tiedeman. Mais de l'autre côté, il dénie tout pouvoir prescriptif à l'histoire, ne la considérant pas comme source de principes juridiques objectifs dotés de valeur normative. Bien au contraire, comme il l'écrit dans un passage de *The Path of the Law* partiellement cité par Siegel, l'histoire doit faire partie de l'étude rationnelle des règles juridiques « car c'est la première étape vers un scepticisme éclairé, c'est-à-dire vers une remise en cause délibérée de la valeur de ces règles »¹³⁶.

129 S. A. Siegel, « Historism in Late Nineteenth-Century Constitutional Thought », art. cit., p. 1433-1436. Siegel différencie « l'historisme » du terme plus fréquemment employé d'« historicisme ». Pour lui, l'historicisme est « la doctrine selon laquelle les sociétés connaissent des changements qualitatifs dues à des causes séculières ». Si l'historisme partage cette opinion, il défend deux autres principes qui eux ne sont pas partagés par l'historicisme : (1) l'univers est doté d'une signification morale que l'être humain peut comprendre ; (2) l'étude de l'histoire révèle les principes ordonnateurs et moraux qui sous-tendent l'évolution sociale. *Ibidem*, p. 1451-1452 note 84, p. 1438.

130 *Ibid.*, p. 1438, 1440, 1450-1451.

131 *Ibid.*, p. 1442.

132 *Ibid.*, p. 1543 ; voir *ibid.* p. 1435.

133 *Ibid.*, p. 1540-1544.

134 *Ibid.*, p. 1453.

135 *Ibid.*, p. 1452, note 86.

136 *Ibid.*, p. 1546-1547.

64. Indéniablement, ces études récentes ont élargi et approfondi notre connaissance du traitement de l'histoire par les professeurs de droit à la fin du XIX^e siècle. Pourtant, elles n'ont pas réellement remis en cause, ni même réellement examiné les critiques historiographiques de l'histoire de la doctrine juridique faites par Boorstin, Horwitz et Gordon. De plus, mise à part l'analyse de Pomeroy, Cooley et Tiedeman faite par Siegel, ni les critiques historiographiques ni l'étude de la pensée juridique de cette époque n'ont fait ce que mon travail actuel tente de faire, c'est-à-dire étudier en profondeur les positions sur l'histoire adoptées par ces universitaires. Ainsi, je conclus cet article par un résumé de mes propres recherches et les façons dont elles renforcent, réfutent ou élargissent les conclusions posées par les études précédentes.

III. Une remise en cause préliminaire du traitement de l'histoire par la doctrine juridique américaine de la fin du XIX^e siècle

65. Mes propres interrogations sur le traitement de l'histoire du droit à la fin du XIX^e siècle par la doctrine juridique américaine découlent d'un intérêt plus général, né lorsque je travaillais sur mon ouvrage sur l'histoire de la liberté d'expression aux États-Unis, entre la guerre de Sécession et la période suivant immédiatement la Première Guerre mondiale¹³⁷. Les questions historiographiques auxquelles je fus confronté durant ce projet¹³⁸ me poussèrent à étudier et comparer les théories historiques en histoire intellectuelle et en histoire du droit. Or, j'ai trouvé beaucoup moins de travaux historiographiques sur la seconde que sur la première, et, au sein de l'histoire du droit, beaucoup moins sur la période précédent Hurst que sur Hurst et ses successeurs. La majeure part de cette littérature est excellente et les objectifs variés poursuivis par les auteurs sont remplis. Pourtant, je n'ai trouvé nulle part ce que je cherchais, soit la description complète de la façon dont la doctrine juridique américaine, avant Hurst, écrivait sur l'histoire et en comprenait la signification. En conséquent, j'ai décidé de lire moi-même ces universitaires de la fin du XIX^e siècle. Par ordre alphabétique, on trouve James Barr Ames¹³⁹, Melville M. Bigelow¹⁴⁰, James Coolidge Carter¹⁴¹, McIntyre Cooley¹⁴², William Gardner Hammond¹⁴³, John Norton Pomeroy¹⁴⁴, James Bradley Thayer¹⁴⁵, Christopher G. Tiedeman¹⁴⁶, et Francis Wharton¹⁴⁷. Le plus vieux, Wharton, est né en 1820 et le plus jeune, Tiedeman, en 1857. Leurs travaux majeurs sont parus dans la période comprise entre les années 1860 et la première décennie du XX^e siècle.

66. Bien qu'unis par leur intérêt commun pour l'étude historique du droit, ces neuf universitaires viennent de milieux familiaux et éducatifs variés. Certains sont nés au sein de familles riches et distinguées ; d'autres ont grandi dans la pauvreté. Certains ont fait des études dans des lycées et des facultés prestigieuses ; d'autres, même venant de familles aisées, ont reçu l'éducation juridique typique de cette époque, donc dans un cabinet juridique plutôt que sur les bancs de la faculté de droit. Cooley, d'une certaine manière le

137 D. M. Rabban, *Free Speech in Its Forgotten Years*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

138 Voir *ibidem*, p. 9-21.

139 Ames (1846-1910) fut professeur et doyen de la *Harvard Law School*.

140 Bigelow (1846-1921) fut professeur et doyen de la *Boston University Law School*.

141 Carter (1827-1905) fut un célèbre juriste d'affaires new-yorkais, partisan de réformes civiles ; il fut actif également en tant qu'ancien élève de la *Harvard Law School*.

142 Cooley (1824-1898) a été professeur et doyen à la faculté de droit de l'université du Michigan, juge à la Cour Suprême du Michigan, président de l'*Interstate Commerce Commission* et président de l'*American Bar Association*.

143 Hammond (1829-1894) a été professeur à l'*Iowa Law School* et plus tard doyen de la *St. Louis Law School*.

144 Pomeroy (1828-1885) a été professeur à la *New York University Law School* et au *Hastings Law College* de l'université de Californie.

145 Thayer (1831-1902) a pratiqué le droit pendant dix-huit ans à Boston avant de devenir professeur à la *Harvard Law School* en 1874.

146 Tiedeman (1857-1902) a été professeur à la faculté de droit de l'université du Missouri et de l'université de la ville de New-York, puis doyen de la faculté de droit de l'université de Buffalo.

147 Wharton (1820-1889) est celui ayant eu la carrière la plus diversifiée. Après seulement quelques années en tant que juriste à Philadelphie, il enseigna au *Kenyon College* de l'Ohio et dans l'école théologique qui lui fut affiliée. Puis, il devint prêtre épiscopalien, renonça et reprit l'enseignement dans un séminaire épiscopalien et à la faculté de droit de l'université de Boston. Après de longs séjours en Europe, il fut rattaché au ministère des affaires étrangères des États-Unis.

plus remarquable du groupe, a été élevé dans une famille de pionniers fermiers et n'est même pas allé au lycée.

67. Beaucoup de ces universitaires possédaient d'autres intérêts intellectuels que le droit. Cooley fut journaliste avant de devenir professeur de droit puis juge. Pendant qu'il était juriste, Thayer a écrit des critiques littéraires dans des magazines grand public, mais de qualité, et se vit offrir une chaire de rhétorique à Harvard avant de rejoindre la faculté de droit. Durant ses années d'études à la *Harvard Law School*, Ames enseigna la littérature et l'histoire à *Harvard College*. Wharton a consacré de nombreuses années à enseigner aussi bien l'histoire et la littérature que le droit constitutionnel à *Kenyon College* et a aussi animé des séminaires théologiques. Au sein de leur communauté, certains participaient à des clubs de réflexion où des hommes célèbres dans les affaires ou leur profession causaient littérature, questions philosophiques ou politiques. Beaucoup prirent une part active et eurent des postes haut placés dans sociétés variées, telles que *l'American Academy of Arts and Sciences*, *l'American Social Science Association*, et *l'American Society for the Advancement of Social Science*, ainsi que dans des organisations résolument juridiques, telles que *l'Association of American Law Schools*, *l'American Bar Association*, *l'Association of the Bar of the City of New York* et la *Selden Society*, une organisation réunissant des historiens du droit fondée en Angleterre. Sept sur les neuf devinrent professeurs, parfois après avoir été des praticiens du droit ; Carter et Wharton sont les deux exceptions. Le premier resta juriste à Wall Street et le second, après avoir été un temps prêtre épiscopalien, fut engagé au ministère des affaires étrangères.

68. Parmi ces neuf personnalités, beaucoup n'ont laissé que peu, voire pas de traces de leurs opinions politiques, excepté certains. Élevé par un père profondément attaché à la tempérance et à l'abolitionnisme, et ce avant la guerre de Sécession, Thayer semble avoir hérité de lui, s'engageant pour des réformes morales, prônant un traitement meilleur des Indiens d'Amérique et protestant contre la corruption politique. Bien que Carter, Cooley et Tiedeman ont été dépeints par leurs successeurs comme de fervents partisans du monde des affaires, la situation est plus complexe. De manière générale, Carter fut le représentant de grandes sociétés, mais dans des affaires majeures portées devant la Cour Suprême, il a défendu les politiques redistributives de l'impôt fédéral et plaida pour octroyer des droits constitutionnels aux immigrés chinois et au défendeur en matière criminelle. De manière plus active que Thayer, Carter a soutenu des réformes municipales : le cas le plus célèbre est celui où il est sorti victorieux, en tant que représentant de la ville de New-York, d'un procès accusant le *Tweed Ring*¹⁴⁸ de voler les fonds de la cité. Opposé à la corruption, Carter déplorait de plus le matérialisme croissant des Américains. Cooley et Tiedeman, pour leur part, développèrent la théorie des limites constitutionnelles au pouvoir de l'exécutif, ce qui protégea les sociétés de régulations légales, mais ils se sont aussi opposés aux interventions gouvernementales dans l'économie au nom de l'intérêt des affaires. De manière générale, Carter, Cooley et Tiedeman regrettaient la concentration croissante du pouvoir économique aux États-Unis, semblant souvent nostalgiques de l'époque antérieure à la guerre de Sécession, où il existait plus de concurrence économique et plus d'égalité. Pris en tant que groupe, ce ne sont donc pas ces conservateurs partisans du *statu quo* comme ont pu les décrire certaines recherches récentes.

69. La renommée actuelle de ces neuf juristes n'est pas strictement corrélée à leur productivité. Si Ames, Cooley, Thayer et Tiedeman sont bien connus de nos jours, la qualité de leurs travaux n'y est que pour une petite part. Les historiens progressistes ont attiré l'attention sur Cooley et Tiedeman, faisant d'eux ceux ayant fourni à la Cour Suprême les justifications intellectuelles étayant le « laissez faire » capitaliste de la fin du XIX^e et du début du XX^e siècle. Cette interprétation ayant été récemment révisée, l'intérêt pour leurs travaux s'est encore accru. Concernant la réputation d'Ames et de Thayer, elle a bénéficié de l'association de leur nom à celui de la *Harvard Law School* durant son ascension vers la suprématie, à la fin du XIX^e siècle. Même si leurs écrits sont excellents, cela n'empêche pas leurs collègues d'observer que ni Thayer, ni surtout Ames, n'ont été des chercheurs prolifiques. En revanche, Tiedeman et Cooley furent beaucoup plus productifs, tout comme Pomeroy et Wharton qui sont pourtant moins connus aujourd'hui.

148 Groupe de politiciens, mené par William Marcy Tweed, devenu symbole de la corruption (*N. de la T.*).

70. Parmi ces neuf chercheurs, seuls Ames, Bigelow et Thayer peuvent réellement être qualifiés d'historiens du droit, en prenant en compte la production de travaux originaux fondés sur des sources primaires. Pour autant, les six autres étaient de véritables érudits en la matière et leurs enseignements, dans les domaines variés du droit positif ou de la théorie du droit, étaient abordés sous l'angle historique et truffés de connaissances à ce sujet. Beaucoup de ces universitaires se connaissaient et correspondaient entre eux, tout comme ils écrivaient à d'éminents historiens du droit anglais ou allemands. En 1895, Pollock et Maitland terminent l'introduction de *The History of English Law*, l'ouvrage majeur de cette discipline, en citant Ames, Bigelow, Thayer et Holmes comme quatre des huit plus grands juristes de leur connaissance ; cela illustre bien le respect des historiens du droit anglais pour l'érudition américaine¹⁴⁹.

71. Ainsi, le travail de ces juristes fut bien meilleur, diversifié, intéressant et important que ce qui ressort des conclusions souvent trop rapides de leurs successeurs. Si les critiques sont parfois en partie justifiées, souvent ce n'est pas le cas ; et même quand elles le sont, ces auteurs méritent plus d'attention que celle qu'ils ont reçue jusqu'alors.

72. Comme les critiques récentes l'ont souligné, certains universitaires de la fin du XIX^e siècle affirmaient que le droit, comme le langage, se développe à partir de l'histoire raciale et nationale d'un peuple, dans un processus d'évolution continu révélant les principes qui en sont sous-jacents. Fréquemment, ils usèrent de métaphores biologiques pour illustrer ces opinions évolutionnistes, telles que les graines se transformant en des fruits à maturité ou les branches bourgeonnantes d'un arbre. L'évolution de leur propre tradition juridique, qu'ils définissaient comme anglo-américaine, les a particulièrement intéressée. Outre la recherche de ses origines en Angleterre, ils étudièrent son histoire à travers les siècles et arrivèrent fréquemment à la conclusion suivante : cette tradition anglo-américaine a atteint son stade de développement le plus achevé dans leur pays, à leur époque. Généralement, ils identifièrent le principe de liberté individuelle et l'autonomie locale comme les principes fondamentaux au cœur de cette tradition. Tout en sachant que le droit anglo-américain a incorporé des éléments de races et de cultures variées, certains ont maintenu qu'un tel mélange ne pouvait se produire qu'entre des races apparentées et, sur cette base, se sont montrés favorables aux limitations de l'admissibilité à la citoyenneté américaine. D'autres considéraient que l'évolution distincte de races différentes pouvait converger en un système parfait et universel de justice, similaire à la morale chrétienne en laquelle ils croyaient.

73. Pourtant, contrairement aux dires des critiques historiographiques récentes, d'autres juristes de cette fin du XIX^e siècle ont incorporé les concepts de fluctuation, de discontinuité, de contingence et de déclin dans leurs théories évolutionnistes. Par exemple, Wharton n'envisage pas l'évolution du droit comme un processus suivant « une avancée fixe et ininterrompue », mais comme « ondulatoire »¹⁵⁰. De façon plus spécifique, Bigelow n'est pas d'accord avec ceux qui voient dans les versions saliques, saxonnes ou anglo-saxonnes de l'ancien droit germanique « la “promesse et la puissance” de l'actuelle *common law* en Angleterre ». « Le pur droit germanique des Anglo-Saxons », selon lui, « a en fait reçu un coup fatal des Normands »¹⁵¹. En outre, de nombreux universitaires s'accordent sur le fait que certains droits et certaines sociétés ont décliné puis disparu. Pomeroy, utilisant souvent l'exemple de Rome, soutient que ce déclin et cette mort se produisent dans toutes les sociétés et font partie d'un cycle sans fin. Bien que pensant que le droit anglais et américain pouvaient poursuivre leur croissance vers la perfection, il envisageait que ce développement puisse être suivi d'un déclin, selon le schéma de la Rome antique¹⁵².

74. Certains auteurs du XIX^e siècle, comme Pomeroy ou Carter, semblent penser que l'évolution est inévitable alors que d'autres ne partagent pas cette croyance. Wharton va même jusqu'à dire qu'« il n'existe pas de droit inexorable, physique ou spirituel, liant les hommes ou les nations à une destinée certaine ». Selon lui, le droit change comme changent les conditions de vie des hommes, les lois adaptées

149 Les quatre autres sont Brunner et Liebermann, qui sont allemands, et Stephen et Vinogradoff, qui sont anglais. F. Pollock et F. W. Maitland, *The History of English Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1895, p. xxxvii.

150 F. Wharton, *Commentaries on Law*, Philadelphie, Kay & Bro., 1884, p. 71.

151 M. M. Bigelow, *Law Cases William I to Richard I – Placita Anglo-Normannica*, London, Sampson, Low, Marston, Searle & Rivington, 1879, p. x-xi.

152 J. N. Pomeroy, *An Introduction to Municipal Law*, New York, D. Appleton & Co., 1864, p. 121-122, 168-170, 208-211.

survivent tandis que celles inadaptées disparaissent, et ce qui peut convenir à une nationalité peut se révéler inadéquat pour une autre. Rejetant les conceptions déterministes de l'évolution, il souligne que « chez les nations comme chez les individus, la spontanéité est à la base de l'évolution ». Il ajoute que le développement, « individuel ou national, est aléatoire »¹⁵³. Thayer, un peu moins radical, insiste sur la contingence de l'histoire. Il nous dit que si le jury avait maintenu l'usage d'entendre les témoins en privé et sans surveillance ou contrôle judiciaires, comme le grand jury était arrivé à le faire, le droit moderne de la preuve « n'aurait jamais pu se former ». Il déceale également de la contingence dans un tout autre contexte, en observant à propos du concept typiquement américain du *judicial review* que si « c'est un résultat naturel » de l'expérience coloniale, ce n'en était « en aucun cas le résultat incontournable »¹⁵⁴.

75. En outre, la majorité de ces chercheurs, accusés par les critiques de se livrer à de fausses analogies entre catégories juridiques du passé et du présent étaient au contraire particulièrement sensibles à la dangerosité. Faisant montre d'un sens remarquable de l'historiographie, ils mettent en garde contre les anachronismes et soulignent que la ressemblance entre le droit passé et le droit actuel n'est pas forcément la preuve d'une influence causale. « Il ne peut y avoir de plus grande erreur dans l'investigation historique », écrit Pomeroy, « que de conclure, face à la ressemblance entre institutions de deux nations différentes à des époques différentes, que la plus jeune a emprunté à la plus vieille »¹⁵⁵. Hammond alerte également contre le fait de déduire « un lien génétique » d'une ressemblance¹⁵⁶ et Bigelow, de manière répétée, a pris garde à distinguer la similarité de la causalité. Par exemple, il affirme que la ressemblance existant entre un vieux *writ* et un *writ* plus récent ne suffit pas à prouver une « filiation antérieure »¹⁵⁷.

76. En application de leurs théories évolutionnistes enracinées dans la race et la nation, les professeurs de droit ont souvent affirmé que la coutume était la source du droit. Cette position a joué un rôle important dans leur interprétation de la *common law* comme du droit constitutionnel. Plusieurs ont accentué l'importance des coutumes changeantes pour contredire la fameuse affirmation de Blackstone voulant que la *common law* « existe depuis toujours » et soit fondée sur « un usage immémorial »¹⁵⁸. Ainsi, Wharton comme Tiedeman citent l'échec de la constitution de John Locke, conçue pour les colonies de Caroline, comme l'exemple de ce qui se produit quand la constitution ne naît pas d'une expérience vécue¹⁵⁹.

77. À partir de cette vision du droit comme reflet de mœurs évolutives, les juristes américains se montrèrent particulièrement créatifs dans l'extraction de principes pour interpréter la Constitution des États-Unis. Pour eux, l'intention de ceux ayant écrit ou ratifié la Constitution à la fin du XVIII^e siècle est moins importante pour l'interprétation constitutionnelle que les positions changeantes des Américains, qualifiées par certains de « Constitution non-écrite ». La Constitution écrite, maintenaient-ils, peut être appliquée à des sujets n'existant pas au temps de sa conception et de sa ratification. Plus radicalement, ils ne voyaient aucun obstacle à interpréter la Constitution de manière clairement différente de l'intention originale, même en l'absence d'amendements¹⁶⁰. Pour illustrer de telles extensions, les professeurs citent la réduction de la fonction du collège électoral face au développement de la souveraineté populaire et des partis politiques ou l'extension du pouvoir du gouvernement sur le commerce et les acquisitions

153 F. Wharton, *Commentaries on Law, op. cit.*, p. 67-69.

154 J. B. Thayer, « The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law », *Harvard Law Review*, 7, 1883, p. 129, 131, réédité dans J. B. Thayer, *Legal Essays*, Boston, The Boston Book Company, 1908, p. 3.

155 J. N. Pomeroy, *An Introduction to Municipal Law, op. cit.*, p. 247-248.

156 W. G. Hammond, *Hammond's Blackstone*, San Francisco, Bancroft-Whitney Co., 1890, p. 205-206.

157 M. M. Bigelow, *Law Cases, op. cit.*, p. 148.

158 W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 9^e éd. réimprimée, s.l., 1978, p. 67-68. Voir par exemple J. N. Pomeroy, *An Introduction to Municipal Law, op. cit.*, p. 19 ; F. Wharton, *Commentaries on Law, op. cit.*, p. 134-137.

159 C. G. Tiedeman, *The Unwritten Constitution of the United States*, New York, G. P. Putnam's Sons, 1890, p. 19 ; F. Wharton, *Commentaries on Law, op. cit.*, p. 33.

160 L'interprétation souple de ces auteurs rend, en comparaison, bien sages et conservatrices les vues hautement controversées de Bruce Ackerman sur les amendements constitutionnels non-écrits. À la différence de ces penseurs, Ackerman estime qu'un ensemble complexe de circonstances doit être réuni avant que ce type d'amendements ne soit reconnu juridiquement. Voir B. Ackerman, *We the People: Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991 (particulièrement p. 266-294) ; *idem*, *We the People: Transformations* Cambridge, Harvard University Press, 1998 (particulièrement p. 10-31).

territoriales, les expliquant par la guerre vécue sur le territoire qui aurait changé les opinions. Beaucoup voient les amendements comme le simple enregistrement des changements qui se sont déjà produits dans la conscience populaire. Tout en plaçant pour que le droit constitutionnel, comme la *common law*, reflètent l'évolution sociale, certains auteurs approuvent l'innovant *judicial review*, le voyant comme un frein nécessaire à une action populaire trop passionnée ou hâtive, cette dernière ne pouvant être comparée à la volonté populaire réelle, née d'une réflexion rationnelle.

78. Nombre de ces auteurs affirmaient que c'était le juge qui était le mieux indiqué pour adapter le droit aux changements des mœurs induits par des situations nouvelles. En conséquence, ils adhéraient explicitement à la pratique controversée de la « loi prétorienne », en *common law* comme en droit constitutionnel, tout en s'opposant à la législation écrite, incluant la codification. Les décisions rendues par les juges, argumentent-ils, permettent une évolution du droit nécessaire et graduelle, sans perturbation importante de l'ordre social. Pour eux, la théorie de Blackstone soumettant le juge aux précédents, comme si son interprétation de la *common law* existait depuis des temps immémoriaux, est le résultat malheureux d'une mauvaise compréhension de l'évolution. Ainsi, ils pensaient que l'adaptation du droit par les juges était d'intérêt public, à condition qu'ils se fondent sur les changements sociaux et non sur des critères personnels ou arbitraires.

79. Par opposition, la législation était vue comme généralement inefficace voire dangereuse par les universitaires tenants de l'évolution juridique. Beaucoup disent que la loi perturbe l'évolution nécessairement graduelle du droit et est incapable d'anticiper les besoins changeants d'une société en plein développement. Ce sont souvent sur ces bases qu'ils fondent leur opposition à la codification. Pourtant, même le plus farouche opposant de l'action législative admet qu'elle est adéquate, si ce n'est nécessaire, dans certaines circonstances. Beaucoup distinguent entre les matières de droit public en lien avec la gestion de l'État, pour lesquelles la loi est appropriée, et les matières de droit privé, pour lesquelles elle ne l'est pas. Malgré tout, cela ne les empêche pas d'identifier certaines situations de droit privé où l'édiction de loi est bienvenue ; par exemple, dans les cas où la sécurité juridique est particulièrement importante ou lorsqu'un large fossé existe entre les textes existants et les réformes nécessaires, ce qui se produit souvent dans des situations de changements sociaux importants. Ainsi, beaucoup de ces professeurs considèrent que l'industrialisation rapide de leur société est de nature à justifier la prise de textes régulant l'emploi et la santé publique.

80. Ces juristes de la fin du XIX^e siècle, partisans des théories évolutionnistes du droit, ont parfois marqué leur distance d'avec les théories du droit naturel ou de la science analytique. Dès lors, beaucoup se sont revendiqués de l'école historique allemande, et parfois également d'Edmund Burke, qui donnait l'avantage à la *common law* anglaise fondée sur la coutume plutôt qu'aux tentatives des révolutionnaires français d'imposer leurs lois à un peuple réticent. Néanmoins, tout en reconnaissant avoir une dette intellectuelle envers Savigny et Burke, les Américains ont souvent déploré leur trop grand conservatisme. En particulier, ils désapprouvaient la façon dont Savigny et Burke usaient de la théorie évolutionniste pour justifier des règles de droit qui auraient dû être abandonnées. Selon les Américains, la simple identification d'une coutume antérieure ou d'un précédent ne doit pas empêcher de s'interroger sur la nécessité ou non de continuer à les suivre. De même, ceux influencés par Savigny ont pu critiquer l'usage de son concept de « Volkgeist », qui dote de manière peu convaincante les nations d'une identité constante, à l'instar des personnes individuelles.

81. Beaucoup d'Américains, considérant le droit comme le reflet des changements de la société, étaient moins intéressés par les implications théoriques d'une telle position que par l'étude du passé en vue de comprendre, et souvent réformer, le droit existant. Dénonçant la vanité de la pure théorie, ils affirmaient que la connaissance des origines et de l'histoire du droit étaient des prérequis nécessaires pour l'étudier de manière valable. Ainsi, les critiques postérieures avaient vu juste en concluant que leurs idées combinaient souvent la reconstruction historique et l'analyse conceptuelle. Soutenant que le droit est une science inductive, nombreux de ces auteurs voyaient en l'histoire, et particulièrement dans l'histoire de la jurisprudence, le matériel brut d'où tirer des principes juridiques aptes à régir les cas suivants. Pour autant, malgré ce qu'ont pu dire les critiques historiographiques récentes, la plupart de leurs travaux ne se

cantonnaient pas à une rationalisation béate du *statu quo*, mais représentaient un premier effort pour réformer le droit à la lumière des conditions changeantes évoluant au fil du temps.

82. La croyance en la théorie évolutionniste emportait souvent la conviction que de nombreuses règles de droit n'étaient que des survivances dysfonctionnelles. Ces chercheurs ont souvent répété que ces malheureux vestiges, bien qu'ayant eu du sens dans le passé, sont devenus au cours du temps illogiques et répressif, entravant le progrès juridique et social. Ainsi, ils ont souvent étudié l'histoire du droit afin de mettre au jour ces survivances, alléguant qu'ils n'avaient plus à gouverner l'analyse juridique plus longtemps. Thayer, par exemple, souligne que la règle du *oui-dire*¹⁶¹, ainsi que bien d'autres règles de preuve, sont des scories historiques venant du développement du système anglais du jury et font malheureusement désormais obstacle à la création d'un droit de la preuve scientifique et adapté, conçu pour améliorer la justice¹⁶². Ames, Cooley et Hammond affirment qu'une bonne part du droit de propriété actuel perpétuent des règles obsolètes et artificielles venues du Moyen Âge, véritables entraves à la modernité¹⁶³. Cooley regrette également que les transformations sociales rapides touchant la famille n'aient pas été accompagnées de modification de la *common law* en la matière, qui reste en substance la même qu'à ses origines, faisant des épouses et des enfants les serviteurs et sujets de leur mari et père, plutôt que leurs égaux¹⁶⁴. Contrairement à ce qu'ont pu affirmer les critiques du XX^e siècle, ces auteurs se considéraient comme les guides, et non les valets, des praticiens et des juges, et comme des scientifiques dont les analyses juridiques devaient servir à réformer le droit et non à le justifier.

83. Au vu de l'affirmation répandue selon laquelle l'historiographie légale américaine d'avant Hurst était principalement interne et doctrinale, notamment dans l'étude d'un passé rapproché d'un présent, il est particulièrement important de souligner à quel point ces auteurs ont fait de fréquentes références à des facteurs externes, en *common law* comme en droit constitutionnel, dans le présent comme dans le passé. En tant qu'individus voyant le droit comme le reflet des mœurs, il leur était naturel, voire tautologique, de prendre en compte l'importance des influences externes. Il est vrai que peu d'entre eux s'y attardent. Certains les ont vus comme si familiers, et influençant le droit de façon si évidente, qu'ils ne nécessitaient pas vraiment d'être décrits en détails par les juristes, ces derniers ayant la tâche autrement compliquée de comprendre le droit et de suggérer des réformes. Les subtilités à propos de l'influence des facteurs externes sur le droit ou de l'influence du droit sur la société préoccupent de nos jours de nombreux historiens du droit, mais elles n'intéressaient guère à l'époque. Pour autant, nos auteurs n'ont pas renié l'existence de ces facteurs, pas plus que leur importance. Ils ont étudié, par exemple, l'influence de la féodalité sur le droit de la preuve et sur la propriété, les changements des systèmes juridiques européens entraînés par l'essor du commerce et des villes, les relations entre les articles de la Constitution et l'expérience coloniale ou la théorie du américaine du *judicial review*, la façon dont l'expansion territoriale et le changement de mentalités à propos de l'esclavage modifia l'interprétation constitutionnelle aux États-Unis et les conséquences de l'industrialisation rapide de leur époque sur de nombreux domaines du droit.

84. Cet examen des travaux historiques de ce groupe d'auteurs de la fin du XIX^e siècle, importants mais insuffisamment étudiés, replace deux géants familiers de la pensée juridique américaine, Oliver Wendell Holmes, Jr. et Roscoe Pound dans un contexte plus large et très révélateur. Holmes travailla dur afin de se démarquer, et il est y largement arrivé. Pourtant, il est aussi connu pour taire ses influences intellectuelles. Il partageait des intérêts historiques communs avec ses érudits contemporains. Ils les connaissait, leur écrivait et engagea occasionnellement le débat avec eux sur des points d'histoire du droit. Comme beaucoup d'entre eux, il voyait l'histoire comme la clé de compréhension du droit, à la différence des théories du droit naturel ou de la science analytique. Toujours comme eux, il regardait l'histoire du droit comme une science inductive, approuvait les théories évolutionnistes du développement juridique, adhérait à la « loi prétorienne » et pointait les fausses analogies au passé et les survivances historiques

161 Règle selon laquelle le témoignage n'est recevable que s'il émane de celui qui a eu personnellement connaissance des faits qu'il expose (*N. de la T.*).

162 J. B. Thayer, « The Origin and Scope », art. cit., p. 180, 509, 519, 523.

163 J. B. Ames, *Lectures on Legal History and Miscellaneous Legal Essays*, s. l., 1913, p. 149, 158 ; T. M. Cooley, *A Treatise on the Law of Torts*, Chicago, Callaghan, 1880, p. 428 ; W. G. Hammond, *Hammond's Blackstone*, op. cit., p. 653.

164 T. M. Cooley, *A Treatise on the Law of Torts*, op. cit., p. 222.

malheureuses. Pour autant, tout en partageant avec eux l'idée que l'étude de l'histoire du droit pouvait libérer le présent du droit du passé, Holmes prit une voie différente en maintenant, dans les années 1890, que le développement futur du droit devait être fondé sur l'analyse des politiques mises en œuvres, et ce grâce aux outils empruntés aux sciences sociales nouvelles telles que les statistiques ou l'économie. Malgré tout, il admettait qu'il était peu probable que son idéal se réalise, tant l'être humain est lié aux lois de l'évolution et à l'influence de l'histoire. Tout au long de sa longue vie, Holmes considéra que le pouvoir dominant d'une communauté parvient à imposer sa loi grâce à un processus continu dans l'histoire, la lutte sociale entre forces opposées pour « la survie du plus fort ». Selon lui, cette lutte sociale est aussi fondamentale pour l'évolution que la lutte pour la survie dans la nature entre espèces concurrentes. Cette confiance en l'analyse des politiques grâce aux sciences sociales le rend précurseur de Pound et autres savants du XX^e siècle, mais sa déférence envers le pouvoir des dominants le rapproche des universitaires du XIX^e siècle ayant accentué les changements sociaux comme source de droit.

85. Au cours de la décennie précédant la Première Guerre mondiale, Pound a substantiellement contribué au déclin de l'histoire dans l'enseignement juridique américain. Ironiquement, c'est en majeure partie dû à son travail majeur en histoire du droit, volet important de ses écrits qui a été étonnamment négligé, y compris par des chercheurs voyant en Pound une figure majeure du droit en Amérique. « Dans le droit, comme dans tout le reste », affirme Pound, « le XIX^e siècle est le siècle de l'histoire »¹⁶⁵. Pound a étudié les façons d'utiliser l'histoire par les universitaires de cette époque avec une exhaustivité qui n'a pas encore été égalée, ni même approchée. Il a également produit des études d'histoire du droit américaine qui seront très lues.

86. Pound fut extrêmement critique envers l'école historique qui, dans son esprit, a dominé toute la doctrine américaine à partir de 1870. Selon lui, ce courant justifiait l'ultra-individualisme du droit américain et empêchait les réformes juridiques nécessaires et voulues par le peuple. Il voyait l'histoire du droit comme révélant et célébrant la libération graduelle de la liberté individuelle à une époque où les États-Unis avaient besoin d'action collective pour résoudre de pressants problèmes sociaux, qui pouvaient d'ailleurs pour une large part être reliés aux excès d'un individualisme débridé. La croyance en un développement inconscient du droit conduisait à la mise en doute de la valeur du processus conscient de législation, qui pour Pound était la clé du progrès social dans une démocratie. En outre, ce courant fit obstacle à des réformes nécessaires en confortant la tendance des praticiens à considérer les règles actuelles comme inévitables, voire comme révélant l'ordre juridique naturel.

87. Toutefois, Pound était convaincu que la science historique était devenue obsolète. Utilisant ce qui semble être un modèle évolutionniste de l'analyse historique pour renier l'importance durable de l'histoire elle-même, Pound énonce que l'histoire du droit au tournant du XX^e siècle ne vaut principalement que comme « travail préparatoire »¹⁶⁶ à une « interprétation technicisée »¹⁶⁷ du droit¹⁶⁸. Pound traduisit cette « interprétation technicisée » par « jurisprudence sociologique », où les sciences sociales sont à la base des solutions juridiques apportées à des problèmes sociaux, et dont la popularité chez les professeurs de droit éclipsa l'étude historique du droit.

88. Selon moi, si la doctrine de la fin du XIX^e siècle a largement été négligée voire dénigrée, c'est suite à l'influence persistante de la critique de Pound de l'école historique, qui prône à sa place la jurisprudence sociologique. Je soupçonne également que les critiques historiographiques de l'histoire du droit internaliste reflètent la déception politique et intellectuelle de leurs auteurs face à l'histoire du droit écrite par leurs contemporains, déception qu'ils ont projetée sur les auteurs de la fin du XIX^e siècle. Mais tout comme certains travaux récents ont démontré que Cooley et les autres n'étaient pas aussi simplistes et conservateurs qu'ont bien voulu le dire les progressistes et libéraux du XX^e siècle¹⁶⁹, une attention sérieuse

165 R. Pound, *Interpretations of Legal History*, s. l., 1923, p. 6.

166 *Ibidem*, p. 91.

167 *Engineering interpretation dans le texte (N. de la T.)*.

168 *Ibid.*, p. 164.

169 Voir tout particulièrement A. Jones, « Thomas M. Cooley and "Laissez-Faire Constitutionalism" : A Reconsideration », *Journal of American History*, 53, 1967, p. 751.

de la communauté scientifique au traitement de l'histoire devrait aider à redorer leur réputation intellectuelle. Le phénomène classique, voulant qu'une génération soit dévaluée par ses successeurs immédiats pour ensuite être redécouverte et appréciée, est peut-être à l'œuvre dans cette réévaluation actuelle de la doctrine de la fin du XIX^e siècle. Dans tous les cas, l'existence d'une école historique américaine substantielle et complexe, entretenant souvent un étroit contact personnel et individuel avec ses homologues en Angleterre ou en Allemagne, mérite une réhabilitation et une évaluation.

3. Addendum de l'auteur¹⁷⁰

89. Merci à Prune Decoux d'avoir traduit cet article en français. Depuis son écriture, j'ai poursuivi les recherches évoquées dans le résumé précédant le texte. Dans mon ouvrage, *Law History : American Legal Thought and the Transatlantic Turn to History*,¹⁷¹ je me suis livré à l'étude approfondie du tournant historique pris par la doctrine américaine à la fin du XIX^e siècle ; j'y recense et y analyse les contributions des universitaires à l'histoire du droit, tout comme les caractéristiques centrales de l'école historique de la science juridique américaine. En plaçant cette doctrine dans un contexte transatlantique, j'ai pu montrer l'influence des juristes européens sur les Américains et les interactions entre ces derniers et leurs homologues historiens du droit. J'ai également mis en avant le rôle crucial joué par Roscoe Pound lors de la décennie précédant la Première Guerre mondiale, où il présente la théorie sociologique du droit comme une alternative à l'école historique. Contestant sa description d'une école historique formaliste et conservatrice, j'ai tenté de pointer dans quelle mesure cette présentation erronée persiste dans la doctrine américaine du XX^e siècle.

90. Dans un article à part, « Pound's Sociological Jurisprudence : European Roots and American Applications »¹⁷², j'ai étudié ses liens avec les Européens, y incluant des universitaires français tels que Charmont, Demogue, Gényn, Lambert et Saleilles. J'y expose également la critique extrêmement fine adressée à la théorie sociologique de Pound par Pierre Lepaulle, un jeune universitaire français qui fut *lecturer* en droit comparé à Harvard avant de retourner en France et d'y accomplir une longue carrière de juriste.

Prune Decoux

Doctorante, université de Bordeaux

Institut de recherche Montesquieu – Centre aquitain d'histoire du droit (CAHD) EA 503

David M. Rabban

University Distinguished Teaching Professor, the University of Texas School of Law

¹⁷⁰ Novembre 2017.

¹⁷¹ Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

¹⁷² Publié dans O. Jouanjan et É. Zoller (dir.), *Le « moment 1900 » : Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, Paris, Éditions Panthéon Assas, 2015, p. 113-150.