

RESUME. — Cet article considère la question des relations entre la théorie du droit et l'histoire du droit dans le contexte de l'ordre juridique américain. La théorie du droit aujourd'hui dominante aux États-Unis s'inscrit dans le courant du réalisme juridique qui a ses racines dans les philosophies du pragmatisme et de l'empirisme. Étant donné cette orientation philosophique, il semblerait que l'histoire du droit doive jouer un rôle important dans la théorie du droit américaine. En réalité, ce sont les sciences sociales (comme l'économie, la psychologie, la sociologie, la science politique, etc.) et leur emphase sur l'analyse de l'état contemporain du droit, qui ont actuellement plus d'impact sur la théorie du droit américaine. Malgré cela, un paradoxe étrange peut être relevé : dans la jurisprudence des cours américaines, surtout en matière de contentieux constitutionnel, l'histoire du droit occupe une place importante dans les considérations et les opinions du juge, ainsi que dans les arguments des avocats et les analyses et les évaluations des universitaires. Au demeurant, la théorie du droit américaine, telle qu'elle s'exprime actuellement dans la philosophie du droit, prête peu d'attention à ces développements.

L'auteur s'interroge sur la possibilité d'une conciliation entre la théorie du droit et l'histoire du droit. Il conclut qu'une telle conciliation est rendue nécessaire par la nature même du droit américain et de ses profondes racines dans la philosophie et la méthode du *common law*, qui est un système construit selon une méthode fondamentalement historique, et seulement accessoirement analytique. Elle est rendue d'autant plus nécessaire en raison de l'inévitable complémentarité de chacun de ces deux domaines (la théorie du droit ainsi que l'histoire du droit) : l'histoire du droit a besoin de plus de rigueur analytique, ce que la théorie du droit peut lui apporter, et la théorie du droit a besoin de bases historiques plus solides pour construire ses théories abstraites si elle veut acquérir davantage d'influence dans le processus juridique.

Mots-clés : Philosophie du droit, théorie du droit, histoire du droit, *common law*

ABSTRACT— This paper deals with the relationship between the theory of law and the history of law in the context of the American legal system. Nowadays, the dominant theory of law in the United States is legal realism, which has its roots in the philosophies of pragmatism and empiricism. Given this philosophical orientation, the history of law ought to play an essential role in the American theory of law. However, in fact, it is now the social sciences (such as economics, psychology, sociology, political science, etc) and the emphasis they place on the analysis of the contemporary state of the law that are the disciplines with the greatest impact on American legal theory. Despite this fact, one sees a strange paradox: in the decisions of American courts, in particular where constitutional matters are concerned, the history of law plays a major role in the deliberations and opinions of judges, as well as in the arguments of lawyers and the analyses and evaluations of academics. But American legal theory, as expressed in contemporary jurisprudential writings, pays little heed to these developments

The author considers the possibility of reconciling the theory of law and the history of law. He concludes that such reconciliation is needed, due to the very nature of American law and its deep roots in the philosophy and methods of the common law system, a system which is fundamentally historical, and only secondarily analytical. It is all the more necessary because of the unavoidable complementarity of these two fields (theory of law and history of law): the history of law needs more analytical rigor which the theory of law could provide, whereas the theory of law needs sounder historical bases in order to construct its abstract theories if it wants to have more impact on the legal process.

Keywords: jurisprudence, theory of law, history of law, *common law*

# La théorie du droit et l'histoire du droit aux États-Unis : Une conciliation ?

Martin ROGOFF\*

*Professeur à la Faculté de droit de l'Université du Maine (États-Unis)*

## I. — INTRODUCTION

Il y a deux ans dans ces pages, le professeur Jean-Louis Halpérin a avancé et soutenu la thèse selon laquelle il y a une place importante pour l'histoire du droit dans la théorie du droit française, même si « [l]a théorie du droit [française] est dominée par des positivistes, pour la plupart ralliés aux principes de Kelsen [...] »<sup>1</sup>. Dans cet article, mon propos vise à interroger les relations entre la théorie du droit et l'histoire du droit dans le contexte de l'ordre juridique américain. Comme tout le monde le sait très bien, le positivisme juridique, bien qu'il existe de manière certaine aux États-Unis, est loin d'y être la théorie dominante<sup>2</sup>. Cette particularité vient de ce que le positivisme juridique, surtout dans sa version kelsenienne, ne fournit pas d'explications suffisamment solides sur le fonctionnement du processus juridique américain et, par conséquent, ne constitue pas un cadre utile pour sa discussion ou son analyse. En effet, le modèle kelsenien ne trouve pas bien à se déployer aux États-Unis car, dans beaucoup de situations, y compris les plus difficiles et les plus controversées, soit le droit écrit n'existe pas, soit il est démodé ou est tombé en désuétude. Or, du fait d'exigences procédurales complexes, rendues plus complexes encore par la fragmentation extrême du pouvoir aux États-Unis, il est presque impossible d'amender la Constitution pour la mettre en accord

\* L'auteur exprime ses plus vifs remerciements à son collègue M. le professeur James Friedman pour les discussions stimulantes et utiles sur les questions traitées dans cet article et à M. David Corbé-Chalon pour son aide indispensable.

1 J.-L. Halpérin, « Histoire du droit et théorie du droit : Un essai de conciliation », *Arch. phil. droit*, tome 51, 2008, p. 281. Le professeur Halpérin continue : « La présente contribution essaie précisément de concilier la pratique scientifique du droit avec ces convictions positivistes », p. 283. Pour des comparaisons utiles entre l'orientation théorique française et américaine en ce qui concerne la philosophie du droit, voir O. Beaud, « Reframing a debate among Americans : Contextualizing a moral philosophy of law », 7 *I-CÓN* [*International Journal of Constitutional Law*] 53 (2009) ; E. Jouannet, « French and American Perspectives on International Law : Legal Cultures and International Law », 58 *Maine L. Rev.* 291 (2006).

2 Voir A. Sebok, *Legal Positivism in American Jurisprudence*, Cambridge, CUP, 1998 (un traitement nuancé et favorable au positivisme juridique américain avec une emphase sur « le nouveau positivisme juridique », qui soutient que des principes moraux peuvent faire partie des conditions de la légalité indiquées par la règle de reconnaissance. *Ibid.*, p. 287).

avec les valeurs et les besoins contemporains<sup>3</sup>. Aussi, le processus législatif, soit au niveau fédéral soit au niveau des États fédérés, est-il souvent lent et ne permet pas de répondre efficacement aux valeurs et aux besoins juridiques contemporains. Étant donné que les réalités matérielles et les valeurs économiques, sociales, politiques, notamment, ainsi que les valeurs éthiques et morales, changent constamment, il est nécessaire que le droit (public ainsi que privé) s'y adapte pour ne pas devenir défaillant ou inadapté à la résolution des nouveaux problèmes juridiques soulevés. C'est alors au juge qu'il incombe de développer ou d'adapter le droit à l'occasion des instances présentées à sa décision. D'ailleurs, par contraste avec le système de droit civil européen, la vision dominante du droit aux États-Unis, surtout en ce qui concerne le droit privé, n'estime pas qu'il existe une déclaration positive exhaustive (comme le Code civil en France ou le *Bürgerliches Gesetzbuch* en Allemagne) contenant par principe la solution à tous les problèmes juridiques qui se posent en pratique. Il en résulte que le juge américain n'a souvent même pas la possibilité d'*apparître* comme adhérent au droit écrit lorsqu'il trouve une solution créative à un problème juridique<sup>4</sup>.

La théorie du droit aujourd'hui dominante aux États-Unis s'inscrit dans le courant du réalisme juridique<sup>5</sup>, qui a ses racines dans les philosophies du pragmatisme et de l'empirisme, et ses manifestations pratiques dans la sociologie du droit, la science des politiques publiques, la jurisprudence fonctionnelle, l'analyse économique, la théorie des choix publics, la théorie du processus juridique et d'autres théories qui cherchent à comprendre, à expliquer, à influencer ou à prédire ce qu'ont fait, devraient faire ou feront en pratique les participants au processus juridique. Étant donné cette orientation philosophique, il semblerait que l'histoire du droit doive jouer un rôle important dans

3 Voir M. Rogoff, « A Comparison of Constitutionalism in the United States and France », 49 *Maine L. Rev.* 21 (1997), p. 33. Par contraste, il est beaucoup plus facile d'amender la Constitution française pour qu'elle reflète l'état actuel des valeurs contemporaines. Voir, par ex., les décisions du Conseil constitutionnel et les lois constitutionnelles votées en réaction : Quotas par sexe I, Décision n° 82-146 DC, 18 nov. 1982, Rec. 66 ; Quotas par sexe II, Décision n° 98-407 DC, 14 janv. 1999, Rec. 21 ; Loi constitutionnelle n° 1999-569 du 8 juillet 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes ; Quotas par sexe III, Décision n° 2000-429 DC, 30 mai 2000, Rec. 84. Voir aussi Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, Décision n° 2006-533 DC, 16 mars 2006, Rec. 39 ; Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République (addition des mots « responsabilités professionnelles et sociales » à l'article 1, aliéna 2).

4 Ceci ne revient pas à nier que le droit existant exerce une influence importante sur les perceptions des réalités matérielles et morales et ne saurait se résumer à une simple variable dépendante. Voir R. Gordon, « Historicism in Legal Scholarship », 90 *Yale L. J.* 1017 (1981).

5 Comme, par ex., la Cour de Cassation a pu le faire dans ses célèbres arrêts *Jand'heur c. Les Galeries Lafayette*, ch. réun., 13 févr. 1930 (D.P. 1930. 1, 57) ; *La Mutualité industrielle, Desmarest c. Époux Charles et autres*, Civ. 2<sup>e</sup>, 21 juill. 1982 (D. 1982. 449).

6 Voir aussi R. Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca, Cornell University Press, 1982 (qui préfère décrire la théorie du droit américaine dominante comme « l'instrumentalisme pragmatique »), p. 20-22. C'est vrai que dans le passé le positivisme juridique (ou le formalisme juridique) était la théorie dominante ; mais elle fut discréditée et finalement remplacée par le réalisme juridique. Voir D. Kennedy, *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*, Washington, D.C., Beard Books, 2006 ; W. Weicsek, *The Lost World of Classical Legal Thought : Law and Ideology in America 1886-1937*, New York, Oxford University Press, 1998.

la théorie du droit américaine, puisque la pensée juridique devrait se fonder davantage sur les faits sociaux plutôt que sur des théories abstraites ; or l'histoire est la mine par excellence des faits. Pourtant, ce sont plutôt les sciences sociales (comme l'économie, la psychologie, la sociologie, la science politique, etc.) et leur emphase sur l'analyse de l'état contemporain du droit, qui ont actuellement plus d'impact sur la théorie du droit américaine. Aussi certaines disciplines pratiques (comme la science de la communication, l'herméneutique juridique et la rhétorique) ont-elles des influences importantes dans le domaine de la théorie du droit.

Mais c'est alors que l'on rencontre un étrange paradoxe : dans la jurisprudence des cours américaines, surtout en matière de contentieux constitutionnel (qui a tant d'importance dans l'ordre juridique américain), l'histoire du droit occupe une place importante dans les considérations et les opinions du juge, ainsi que dans les arguments des avocats et les analyses et les évaluations des universitaires. L'histoire du droit aux États-Unis est véritablement devenue un champ de bataille pour certains juristes américains : sont contestés non seulement les faits et la signification de certains événements du passé, mais aussi la pertinence, la valeur et le mode d'emploi de l'histoire dans l'analyse des problèmes juridiques et dans la rédaction et l'adoption des décisions juridictionnelles. Un grand intérêt peut actuellement être relevé aux États-Unis au sujet de l'histoire du droit, celle-ci étant perçue comme fournissant la base de la légitimité de décisions juridictionnelles, comme en témoignent plusieurs décisions récentes et importantes de la Cour suprême<sup>8</sup>. Au demeurant, la théorie du droit américaine, telle qu'elle s'exprime actuellement dans la philosophie du droit<sup>9</sup>, prête peu d'attention à ces développements. La philosophie du droit aux États-Unis paraît être effectivement de plus en plus coupée de la réalité juridique, et peut être vue comme une industrie artisanale d'universitaires qui manque un marché public, et qui existe à part de ce qui se passe dans le monde juridique actuel.

Mon point d'entrée dans la discussion portera sur deux ouvrages récents qui, chacun dans son domaine respectif, essaient d'être exhaustifs : l'un porte

7 A. Kronman, « Precedent and Tradition », 99 *Yale L. J.* 1029 (1990) « le domaine du droit est caractérisé par une attitude qui est [...] étrangère à l'esprit de la philosophie [...] », p. 1031. « Le droit accorde au passé une autorité que la philosophie ne lui accorde pas – une autorité qui en fait est incompatible avec la réflexion philosophique. Du point de vue de la philosophie, c'est cette déférence au passé, au précédent, qui donne au droit son apparence étrangère. », p. 1034.

8 Voir, par ex., *District of Columbia c. Heller*, 128 S. Ct. 2783 (2008) ; *U.S. Term Limits, Inc. c. Thornton*, 514 U.S. 779 (1995). Voir égal., *Northwest Austin Municipal Utility District Number One c. Holder*, 129 S. Ct. 2504 (opinion individuelle et dissidente du juge Thomas).

9 Dans cet article j'emploie les termes « théorie du droit » et « philosophie du droit » comme synonymes du terme « jurisprudence » comprise dans le sens américain. Je m'appuie sur la description de ces termes de D. Kennedy et W. Fisher III : « [L]a jurisprudence américaine, parfois appelée "la philosophie du droit" ou "la théorie du droit" [...] s'interroge sur la nature du "droit" – comme une institution, comme une forme sociale et politique, même comme une façon de parler ». *The Cannon of American Legal Thought*, Princeton, Princeton University Press, 2006, p. 2. Pour une description de la vue française dominante de ces termes et du fonctionnement du processus juridictionnel, voir J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2003, p. 259-274, 331-339.

sur la philosophie du droit américaine (*On Philosophy in American Law*)<sup>10</sup> (II) et l'autre sur l'histoire du droit américain (*Law and Jurisprudence in American History: Cases and Materials*, 7<sup>e</sup> éd.)<sup>11</sup> (III). Ni l'un ni l'autre ne sont des traités logiques ou systématiques, ils n'ont pas pour objectif de présenter une argumentation cohérente portant sur une certaine vision du droit. Ils sont plutôt tous deux de bons représentants du mode de pensée américain, orienté vers des problèmes et des questions pratiques et spécifiques, dans le but de dégager de chaque situation unique des renseignements et des aperçus utiles. Ce n'est qu'ensuite, sur cette base, que l'on tente de construire des hypothèses plus générales. Cet article s'achève par une évaluation des relations entre la théorie du droit et l'histoire du droit dans le contexte américain, et s'interroge sur la possibilité d'une conciliation entre les deux (IV). Il conclut qu'une telle conciliation est rendue nécessaire par la nature même du droit américain et de ses profondes racines dans la philosophie et la méthode du *common law*<sup>12</sup> qui est un système construit selon une méthode fondamentalement historique et seulement accessoirement analytique. Elle est rendue d'autant plus nécessaire en raison de l'inévitable complémentarité de chacun de ces deux domaines (la théorie du droit et l'histoire du droit) : l'histoire du droit a besoin de plus de rigueur analytique, ce que la théorie du droit peut lui apporter, et la théorie du droit a besoin de bases historiques plus solides pour construire ses théories abstraites si elle veut acquérir davantage d'influence sur le processus juridique.

## II. — CONCEPTIONS DE LA THEORIE DU DROIT

L'ouvrage *On Philosophy in American Law* est un recueil de 34 courts essais écrits par des spécialistes de philosophie du droit. Le thème organisateur est fourni par un essai du même titre (*On Philosophy in American Law*) écrit en 1934 par le réaliste Karl Llewellyn. Cet essai est reproduit au début de l'ouvrage, et les essais qui le suivent sont des réactions inspirées par le défi lancé par Llewellyn de dégager une philosophie du droit qui exprime mieux « les

10 F. Mootz III (dir.), *On Philosophy in American Law*, New York, Cambridge University Press, 2009. Pour une vue d'ensemble de la philosophie du droit aux États-Unis, voir B. Bix, « Legal Philosophy in America », C. Misak (dir.), *The Oxford Handbook of American Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 551-577 (avec une bibliographie utile). Pour un recueil d'articles classiques de la philosophie du droit américaine, voir D. Kennedy & W. Fisher III (dir.), *The Cannon of American Legal Thought*, Princeton, Princeton University Press, 2006. Voir égal., W. Reisman & A. Schreiber, *Jurisprudence: Understanding and Shaping Law*, New Haven, New Haven Press, 1987.

11 S. Presser & J. Zainaldin (dir.), *Law and Jurisprudence in American History: Cases and Materials*, 7<sup>e</sup> éd., St. Paul, West Publishing Company, 2009.

12 Le *common law* est « l'ensemble des institutions du droit anglo-saxon, en tant qu'entité distincte des systèmes issus du droit romain (*civil law*) ». J. Baleyte, A. Kurgansky, C. Laroche & J. Spindler, *Dictionnaire économique et juridique (Français/Anglais, English/French)*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, EJA, 4<sup>e</sup> éd. 1995, p. 354. « Initialement l'expression *common law* décrivait la partie du droit anglais de nature non législative et s'appliquait sur un plan plus national que local. [...] Le juriste américain peut lui donner au moins trois autres significations. La première fait référence au droit jurisprudentiel, plutôt qu'au droit législatif [...] ». H. Saint Dahl & T. Boudreau, *Dictionnaire juridique Dahl (Français-Anglais/French-English)*, Paris, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 2007, p. 421.

nécessités particulières du temps »<sup>13</sup>. Selon Llewellyn, les acteurs du processus juridique se comportent (dans leurs décisions, leurs arguments, leurs perspectives, etc.) conformément à une philosophie juridique presque toujours inarticulée et dont ils ne sont pas même conscients. Cette philosophie, fondée sur des présuppositions acceptées instinctivement et sans le moindre questionnement, détermine ou explique leurs actions. Cette base philosophique sous-jacente est une force puissante qui détermine le contexte, l'encadrement et la résolution de questions juridiques. Le problème pour la philosophie du droit est alors de découvrir cette philosophie et de l'articuler clairement, de sorte qu'elle puisse être confrontée consciemment, évaluée de façon critique, appliquée, opposée ou remplacée avec une philosophie mieux en accord avec « les nécessités particulières du temps »<sup>14</sup>. À l'époque de Llewellyn, la philosophie dominante était le formalisme juridique, dont il pensait qu'elle n'exprimait pas « les nécessités particulières du temps » et devait être remplacée par le réalisme juridique. Si l'on l'admet le caractère approprié du bilan de Llewellyn aux problèmes juridiques des années 1930, tout comme ses propos pour une reconnaissance explicite du réalisme juridique, que peut-on en dire s'agissant de la situation actuelle ? C'est la question à laquelle les essais de ce livre tentent de répondre.

Selon le directeur du projet, le professeur F. Mootz III, les essais inclus dans cet ouvrage « s'adressent aux connexions actuelles entre la philosophie et le droit dans l'histoire juridique américaine »<sup>15</sup>. « Ce volume a été conçu comme une façon de s'échapper de la conversation bruyante de l'agora pour se retrouver dans un moment de concentration, fournissant au lecteur des moyens de réfléchir sur l'état actuel du droit et de la philosophie »<sup>16</sup>. « [I]l ressemble à un bazar ou à un marché ouvert, où il est préférable d'errer, de revenir sur ses pas et de changer d'avis sur ce qui paraît attirant et sur ce qui mérite un examen de plus près. [...] Ce marché ouvert n'est pas mis en place pour faire une vente rapide, mais pour inviter le lecteur à y participer avec les contributeurs dans un esprit actuel et festif »<sup>17</sup>. Peut-être pourrait-on appeler cette approche le « pointillisme juridique », mais ceci soulève la question de savoir s'il est possible d'en dégager un ensemble qui puisse résulter de ces points discrets, ou au contraire celle de savoir si « le domaine [de la philosophie du droit américaine] est tellement fracturé qu'il en devient incohérent »<sup>18</sup> ? Il me semble que ce dernier avis décrit mieux l'état actuel de la philosophie du droit aux États-Unis, comme le démontrent les essais de cet ouvrage<sup>19</sup>.

Après l'essai de Llewellyn, la première partie de l'ouvrage consiste en cinq contributions visant à le commenter. Ces contributions démontrent par elles-

13 K. Llewellyn, « On philosophy in American Law », *On Philosophy in American Law*, p. 3-10.

14 *Ibid.*, p. 4.

15 F. Mootz III, « Introduction », *On Philosophy in American Law*, p. x.

16 *Ibid.*, p. xxi.

17 *Ibid.*, p. xv.

18 *Ibid.*, p. xi.

19 Voir C. Ball, « Optimism and Pessimism in American Legal Philosophy », *ibid.*, p. 277 (« [L]es vues multiples qui émanent de la philosophie du droit américaine aujourd'hui rendent difficile la division de ce domaine en une poignée de catégories autonomes, comme il était possible de le faire à l'époque de Llewellyn ».)

mêmes les désaccords fondamentaux dans ce domaine, puisque leurs auteurs ne sont pas d'accord sur le sens de l'essai de Llewellyn ni n'envisagent des objectifs similaires (ou même vaguement liés) pour la philosophie du droit. Pour certains, le réalisme juridique est trop étroit, en ce qu'il ne considère que les phénomènes qui sont étroitement liés au processus juridique lui-même (comme les décisions des cours) ; ces auteurs préconisent l'élargissement de la perspective de la philosophie du droit afin de situer le processus juridique dans son contexte social plus large<sup>20</sup>. Un autre auteur voit l'orientation de la philosophie du droit américaine vers le pragmatisme juridique comme une faiblesse plutôt qu'un avantage. Alors que le réalisme juridique et sa vision instrumentale du droit ont été utiles dans le passé pour dépasser « le formalisme conceptuel qui conservait le droit dans un état figé qui prêtait peu d'attention aux changements de la société et à ses besoins »<sup>21</sup>, cette conception nouvelle du droit a détruit son « cœur d'intégrité inné [...]. À l'heure actuelle, on voit le droit comme un réceptacle vide que l'on peut utiliser de façon instrumentale pour servir n'importe quels buts pour s'imposer dans des occurrences diverses – le litige, les élections, les procédures législatives ou administratives – à l'issue desquelles les vainqueurs raflent le butin. De cette manière, une telle vue purement instrumentale aurait pu rendre le droit encore plus asservi aux intérêts puissants, qui sont mieux armés pour s'engager dans ces opérations »<sup>22</sup>.

Plus loin, l'ouvrage comprend plusieurs essais critiquant l'utilité, voire la simple possibilité, d'une philosophie du droit. La contribution de F. Mootz III regrette ainsi « le manque de pertinence de la philosophie du droit théorique contemporaine »<sup>23</sup> ; d'autres contributeurs ont des propos semblables : « la philosophie a du bon pour les observateurs, mais elle n'est pas utile aux participants au processus juridique »<sup>24</sup> ; « les questions que la philosophie du droit adresse ont peu d'intérêt pour tous sauf pour les théoriciens les plus purs, universitaires pour la plupart »<sup>25</sup>. Et l'avis le plus extrême va jusqu'à estimer que « [l]e droit américain ne parle que l'anglais, et l'anglais, c'est-à-dire la langue, est, et a été toujours jusqu'à maintenant, remarquablement peu propice à la pensée. Aucun grand penseur n'en est jamais émergé »<sup>26</sup>.

La deuxième partie de l'ouvrage est consacrée à diverses perspectives philosophiques sur le droit, et la troisième aux relations entre divers domaines de la philosophie et le droit, y compris la philosophie analytique, la philosophie politique, la philosophie morale, l'éthique des vertus et la psychanalyse. Mais l'essai le plus pertinent pour l'objet de notre enquête, celui qui suggère la pertinence, voire le caractère central de l'histoire pour la philosophie du droit,

20 J. Broekman, « Law in Life, Life in Law : Llewellyn's Legal Realism Revisited », *ibid.*, p. 11 ; L. Backer, « The Mechanics of Perfection : Philosophy, Theology, and the Foundations of American Law », *ibid.*, p. 44.

21 B. Tamanaha, « On the Instrumental View of Law in American Legal Culture », *ibid.*, p. 29. Voir égal., B. Tamanaha, *Law as a Means to an End : Threat to the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

22 *Ibid.*, p. 33.

23 F. Mootz III, « The Irrelevance of Contemporary Academic Philosophy of Law : Recovering the Rhetorical Tradition », *ibid.*, p. 205.

24 L. Alexander & E. Sherwin, « Law and Philosophy at Odds », *ibid.*, p. 241.

25 S. Smith, « Jurisprudence : Beyond Extinction ? », *ibid.*, p. 249. Voir égal., P. Schlag, « Law and Philosophy in the Hyperreal », *ibid.*, p. 257-264 (une critique générale de la philosophie du droit, que l'auteur caractérise comme « inutile »).

26 P. Nonet, « Philosophy ? In American Law ? », *ibid.*, p. 268.

est celui d'Adam Thurschwell, intitulé *On Continental Philosophy in American Jurisprudence* (De la philosophie continentale dans la philosophie du droit américaine). Cet essai fera l'objet d'une discussion en détail dans la dernière partie de cet article.

Il faut noter que l'on ne trouve pas une seule mention de la philosophie du droit de Myres McDougal ou de celle de l'école de New Haven dans l'ouvrage. Le nom de McDougal ou de l'école de New Haven ne figure même pas dans un index de presque 500 noms. Semblable à l'approche préconisée par M. Thurschwell, la philosophie juridique de l'école de New Haven assigne une place importante à l'histoire du droit, ce que le professeur McDougal appelait l'analyse du « cours des décisions »<sup>27</sup>. La théorie du droit du professeur McDougal et de l'école de New Haven est trop complexe pour être décrite ici<sup>28</sup>, mais ce qui nous importe ici est la façon dont elle intègre l'histoire du droit dans la théorie du droit. Le professeur McDougal décrit cinq « tâches intellectuelles » qu'il pense être nécessaires pour analyser pleinement les questions juridiques. Ces tâches sont : la clarification d'objectifs, la description du cours des décisions du passé, l'analyse des conditions affectant les décisions, la projection du cours des décisions dans l'avenir, et l'invention et l'évaluation de politiques alternatives. Le professeur McDougal conçoit l'analyse du cours des décisions du passé assez largement. Elle s'étendrait bien plus loin que l'étude de la formation et de la déchéance des règles juridiques et prendrait en considération « les valeurs générales en jeu et les phases détaillées des processus de valeurs. Les issues et les effets, en particulier, seront caractérisés en termes d'harmonie ou de désharmonie avec des objectifs clarifiés [...] »<sup>29</sup>. En effet, le professeur McDougal réclame une analyse holistique des questions juridiques, qui réserverait par conséquent une place importante à l'histoire du droit largement conçue, mais comprendrait aussi l'étude analytique des règles, les buts de la loi et de la politique, les conséquences possibles de décisions alternatives, etc.

Ces essais (et leurs omissions) pris conjointement, dépeignent la théorie du droit américaine comme tendancieuse et réductionniste. Tous les systèmes de la philosophie du droit, mêmes ceux qui se présentent comme étant abstraits et autonomes, sont forcément des réponses aux idées et aux événements de leur contexte historique contemporain. Ceci est vrai également de grands théoriciens comme J. Bodin, T. Hobbes, J. Locke, J.-J. Rousseau, E. Kant, G.F. Hegel, J. Austin, K.F. von Savigny, H. Kelsen, et H.L.A. Hart, dont les théories sont très abstraites et cherchent à expliquer la vraie nature du droit comme phénomène politique et normatif. Les théories de ces auteurs, cependant, opèrent à un niveau assez général : le caractère « tendancieux » de leurs théories se borne à soutenir, à légitimer ou à préconiser une certaine organisation politique et/ou une certaine vue des sources du droit. Mais la plupart des théories du droit américaines contemporaines sont tendancieuses

27 M. McDougal, « Some Basic Theoretical Concepts About International Law : A Policy-Oriented Framework of Inquiry », 4 *J. Conflict Resolution* 337 (1960).

28 Voir M. McDougal, H. Lasswell & M. Reisman, « Theories About International Law : Prologue to a Configurative Jurisprudence », 8 *Virginia J. Int'l L.* 188 (1968) ; J. Cantegreil, « Les âges de New Haven : Situation et devenir de la *New Haven School of International Law* », *Arch. phil. droit*, tome 51, 2008, p. 297.

29 *Ibid.*, p. 344.

dans le sens étroit de ce mot : elles ne cherchent pas principalement à expliquer la nature du droit pour justifier ou critiquer un certain ordre juridique ou des sources du droit, mais plutôt pour présenter une théorie qui donnerait la priorité aux valeurs particulières que l'auteur voudrait voir prévaloir dans le processus juridique. Par exemple, l'école du droit et de l'économie (*law and economics*), qui a une influence considérable aujourd'hui aux États-Unis, cherche à privilégier les valeurs économiques dans la prise de décisions, juridictionnelles tout comme législatives. Cette orientation présuppose que les valeurs économiques constituent les facteurs explicatifs les plus importants à la fois dans la société pour les actions humaines, et comme buts individuels et sociaux. L'application de ce mode d'analyse et de pensée donne la priorité aux intérêts des producteurs plutôt qu'aux autres intérêts, comme ceux des consommateurs, des environnementalistes ou des membres des groupes minoritaires ou défavorisés<sup>30</sup>. D'autres théories du droit, comme les études critiques du droit (*critical legal studies*) et celles qui voient les phénomènes juridiques à travers l'objectif de genre, de race ou de classe (*gender, race and class*), cherchent à promouvoir des valeurs complètement différentes (la justice distributive, et les intérêts des pauvres, des marginalisés, et des défavorisés). Ils cherchent à délégitimer les lois et les décisions qui favorisent les grandes sociétés commerciales, pour soutenir des arguments qui avanceraient les valeurs qu'ils favorisent.

### III. — CONCEPTIONS DE L'HISTOIRE DU DROIT

Le livre *Law and Jurisprudence in American History* (Le Droit et la théorie du droit dans l'histoire américaine) est la septième édition d'un ouvrage dont la première édition parut en 1980. On peut retracer l'histoire de ce livre (qui reflète aussi en partie l'histoire récente du domaine de l'histoire du droit lui-même) à travers les préfaces à toutes les éditions, qui sont reproduites dans ce volume<sup>31</sup>. Il est particulièrement intéressant de noter que le titre de l'ouvrage a changé à partir de la deuxième édition (parue en 1989) et est resté le même depuis, de *Law and American History* (le titre de la première édition) à celui de *Law and Jurisprudence in American History*, cela en vue de reconnaître l'importance de la théorie du droit au sein de la discipline de l'histoire du droit<sup>32</sup>. L'histoire du droit s'est en effet montrée plus ouverte et œcuménique

30 Plus récemment, cependant, au sein de cette école une nouvelle tendance a émergé, que l'on peut caractériser comme étant plus à gauche. Voir, par ex., M. Oppenheimer & N. Mercurio (dir.), *Law and Economics: Alternative Economic Approaches to Legal and Regulatory Issues*, London, M.E. Sharp, Inc., 2005.

31 Pour une description des origines modernes de l'histoire du droit comme discipline spécialisée aux États-Unis, voir G. E. White, « The Origins of Modern American Legal History », University of Virginia Law School, *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Paper 118, [http://law.bpress.com/uvalwps/uva\\_publiclaw/art118](http://law.bpress.com/uvalwps/uva_publiclaw/art118), 2009. Pour une description des antécédents de l'histoire du droit moderne aux États-Unis, voir R. Gordon, « Introduction: J. Willard Hurst and the Common Law Tradition in American Legal Historiography », 10 *Law & Society Rev.* 9 (1975). Voir égal., K. Hall (dir.), *Main Themes in United States Constitutional and Legal History: Major Historical Essays*, New York, Garland Publishing, Inc., 1987.

32 Selon la terminologie américaine, « la jurisprudence » signifie principalement la science du droit, et seulement accessoirement les décisions des tribunaux.

que la philosophie du droit dans sa volonté de dépasser les frontières disciplinaires établies afin de mieux répondre aux problèmes juridiques contemporains<sup>33</sup>.

Bien que l'histoire du droit ne néglige pas la théorie du droit comme sujet digne de considération, on pourrait se demander si l'histoire du droit, telle qu'elle est pratiquée aujourd'hui aux États-Unis, repose sur une base théorique ; ou si, au contraire, elle est utilisée, comme la théorie du droit discutée ci-dessus, simplement comme outil destiné à soutenir des arguments en vue d'un certain résultat voulu. Dans un article écrit en 1982, le professeur Presser dit que « l'histoire du droit, comme on la pratique actuellement, concerne les normes qui ont guidé les cours, les législatures et les avocats dans le passé ; ces renseignements affineront le jugement sur le caractère approprié des valeurs à mettre en œuvre à l'avenir »<sup>34</sup>. Puis il décrit les quatre « écoles » de l'histoire du droit américain<sup>35</sup> : (1) « l'école conservatrice », qui procède de l'hypothèse que le droit a suivi une évolution méthodique selon des principes intellectuels fixés ; l'application de cette approche produit des histoires que l'on pourrait caractériser comme « internes », dans le sens où elles considèrent le droit comme discipline autonome<sup>36</sup> ; (2) « l'école du Wisconsin », qui regarde les facteurs économiques comme les déterminants principaux de l'évolution du droit ; cette école prend en considération des facteurs externes au droit et regarde le droit principalement comme outil pour promouvoir des progrès économiques et la mobilité sociale<sup>37</sup> ; (3) « l'école de la transformation radicalement », qui se concentre aussi sur les influences et les implications économiques du droit, mais au lieu de prendre une vue bénigne et consensuelle de son évolution et sur les valeurs qu'il promeut, cette école suggère qu'une minorité, composée d'entrepreneurs industriels, marchands et hommes d'affaires, avec l'aide des avocats et des juges, ont fait prévaloir les doctrines juridiques qui faciliteraient leurs intérêts particuliers<sup>38</sup> ; (4) « l'école héroïque », qui concentre ses recherches sur les grands personnages du droit, sur leur pensée et leur influence juridiques<sup>39</sup>.

33 Voir égal., D. Coquillette, *The Anglo-American Legal Heritage: Introductory Materials*, Durham, Carolina Academic Press, 1999 (la majeure partie de l'ouvrage est consacrée à une étude de la philosophie du droit dans le contexte d'une présentation exhaustive de l'histoire du droit anglo-américain).

34 S. Presser, « « Legal History » or the History of Law : A Primer on Bringing the Law's Past into the Present », 35 *Vanderbilt L. Rev.* 849 (1982), p. 850.

35 *Ibid.*, p. 857-868. Voir égal., M. Parrish, « Friedman's Law », 112 *Yale L. J.* 925 (2003), p. 925-932.

36 Voir, par ex., O.W. Holmes, *The Common Law*, Boston, Little, Brown and Company, 1881 ; R. Pound, *Interpretations of Legal History*, New York, The McMillan Co, 1923 ; R. Pound, *The Formative Era of American Law*, Boston, Little, Brown and Company, 1938 ; G. White, *The American Judicial Tradition: Profiles of Leading American Judges*, New York, Oxford University Press, 3<sup>e</sup> ed., 2007.

37 Voir, par ex., J. Hurst, *Law and the Conditions of Freedom in Nineteenth Century America*, Madison, The University of Wisconsin Press, 1964 ; J. Hurst, *Law and Social Order in the United States*, Ithaca, Cornell University Press, 1977.

38 Voir, par ex., M. Horwitz, *The Transformation of American Law 1780-1860*, Cambridge, Harvard University Press, 1977 ; *The Transformation of American Law 1870-1960*, New York, Oxford University Press, 1992 ; M. Tushnet, *The American Law of Slavery 1810-1860*, Princeton, Princeton University Press, 1981.

39 Voir, par ex., L. Levy, *The Law of the Commonwealth and Chief Justice Shaw: The Evolution of American Law, 1830-1860*, New York, Harper & Rowe, 1957 ; R. Cover,

Le professeur Horwitz, le praticien plus important de l'école de la transformation radicale, regrette que l'histoire du droit ne soit pas plus théorique. Il écrit :

« L'histoire du droit anglo-américain est restée à l'écart des questions de la théorie juridique et politique. Comme la théorie du droit anglo-américain depuis Bentham et Austin a été notoirement anhistorique – encourageant chaque génération de théoriciens à chercher de nouveau la vérité universelle non tempérée par le besoin d'expliquer la variation historique et l'éventualité – l'histoire du droit anglo-américain a été obstinément non théorique... Mais parce que la théorie politique et la théorie juridique sont étroitement liées aux questions de légitimation de l'état de choses, elles attirent inévitablement l'histoire du droit dans le débat sur la question de savoir comment nous sommes arrivés à la période actuelle et s'il y a des "leçons" à tirer du passé »<sup>40</sup>.

Comme indiqué dans l'Introduction, l'emploi de l'histoire du droit est devenu, dans le contentieux, un élément important des méthodes d'interprétation et d'application du droit, surtout du droit constitutionnel. La Cour suprême, par exemple, a souvent recours à des considérations historiques, mais il faut relever en particulier que les emplois qu'elle en fait sont assez divers en méthode ainsi qu'en orientation politique. Cela donne l'impression que l'emploi de l'histoire du droit par le juge est sans principes et qu'il est axé sur le résultat voulu. Plusieurs exemples tirés de grandes décisions permettent d'illustrer cette diversité de l'emploi de l'histoire du droit par la Cour.

Dans sa décision *Missouri c. Holland* de 1920, la Cour a dû trancher la question de la compétence du gouvernement national pour conclure un traité et pour voter une loi pour le mettre en œuvre dans une matière qui, d'après la jurisprudence antérieure de la Cour, relevait de la compétence exclusive des États fédérés. Selon l'avis de la Cour, tel qu'exprimé dans son opinion rédigée par le juge Oliver Wendell Holmes (le père du réalisme juridique américain), le gouvernement national possédait la compétence de conclure un traité s'il portait sur une matière d'intérêt national. Afin de déterminer si la matière en question (la réglementation de la chasse aux oiseaux migrateurs) tombait dans cette catégorie, la Cour a choisi de « considérer [l'affaire soumise] à la lumière de notre expérience entière et non pas à la lumière de ce qui fut dit il y a cent ans »<sup>41</sup>. En outre, « [q]uand il s'agit de mots qui forment aussi un acte

*Justice Accused: Anti-Slavery and the Judicial Process*, New Haven, Yale University Press, 1975 ; G. Gilmore, *The Ages of American Law*, New Haven, Yale University Press, 1977 ; G. Gilmore, *The Death of Contract*, Columbus, Ohio State University Press, 1974.

40 M. Horwitz, « History and Theory », 96 *Yale L. J.* 1825, 1825 (1987), p. 1825. Le professeur Horwitz conclut son article avec cette suggestion : « Tous les ordres juridiques ont une architecture juridique qui catégorise et classe les phénomènes juridiques. Et tout système d'architecture juridique incorpore profondément dans cette structure un ensemble de prémisses normatives sur la manière appropriée de parler du droit. [...] Nous devons devenir plus conscients de l'historiographie juridique et les façons selon lesquelles les controverses sur la théorie politique et juridique influencent l'enquête historique du droit. Il est temps pour nous de combler le fossé entre la théorie du droit et l'histoire du droit ». p. 1835.

41 *Missouri c. Holland*, 252 U.S. 416 (1920), p. 433. Voir C. Lofgren, « *Missouri v. Holland* in Historical Perspective », 1975 *Supreme Court Rev.* 77-122. Voir égal., *Concordat Case*,

constituant, comme la [Constitution], il faut rendre compte du fait qu'ils ont donné vie à un être dont le développement ne pouvait pas avoir été prédit complètement même par le plus doué de ses auteurs. C'était déjà assez pour eux de comprendre ou d'espérer qu'ils avaient créé un organisme ; il a fallu un siècle, qui a coûté à leurs successeurs beaucoup de sueur et de sang, pour prouver qu'ils avaient créé une nation »<sup>42</sup>. Il fallait par conséquent prendre en compte le caractère de la nation après plus d'un siècle d'évolution (y compris la sanglante Guerre de Sécession), qui était alors davantage intégrée et unifiée, dotée de la conscience collective de former une seule entité politique, et non plus une collection d'États vaguement liés autour de certains buts limités.

Dans une décision de 1936, la Cour suprême a employé l'histoire du droit d'une façon différente. Dans la décision *United States c. Curtiss-Wright Export Corp.*<sup>43</sup>, la Cour suprême a dû trancher la question de savoir si le Congrès avait délégué trop de pouvoir législatif au Président pour déterminer la façon dont les États-Unis devaient agir face à un conflit armé d'Amérique du Sud. Selon la Cour, le problème de la délégation législative n'était pas difficile à résoudre parce que le Président possédait de vastes pouvoirs dans le domaine des affaires étrangères qui lui sont propres en vertu de son statut de président. Ses pouvoirs dans ce domaine ne dépendaient pas de la Constitution, car celle-ci ne conférait au gouvernement national que les pouvoirs que possédaient les États (les anciennes colonies) à l'époque de la ratification de la Constitution, or ceux-ci n'avaient jamais possédé aucun pouvoir au niveau international. Avant l'indépendance des colonies, ces pouvoirs appartenaient à la couronne d'Angleterre ; une fois l'indépendance conquise, ils sont passés directement aux États-Unis en leur qualité d'État unifié<sup>44</sup>. On pourrait considérer comme abstrait et conceptuel de recourir à l'histoire du droit dans ce contexte : la description de la dévolution d'un concept juridique abstrait (la souveraineté) dans un passé lointain et problématique. Le raisonnement de la Cour a été fortement critiqué à plusieurs niveaux, notamment en ce qu'il traduisait une méconnaissance du sens véritable de l'histoire de la séparation des colonies de l'Angleterre<sup>45</sup> mais aussi quant à ses conclusions assez surprenantes (dont celle selon laquelle les pouvoirs du Président dans le domaine externe étaient autonomes et ne dépendaient pas de la Constitution)<sup>46</sup>.

La décision la plus significative dans l'avancée de ce phénomène est *Youngstown Sheet & Tube Co. c. Sawyer*, de 1952. Pour ce qui nous concerne, la partie la plus intéressante de cette décision est l'opinion individuelle du juge Frankfurter, qui fournit un excellent exemple d'un autre emploi de l'histoire

<sup>6</sup> BVerfGE 309 (1957) ; *Attorney General of Canada v. Attorney General of Ontario* (Labour Conventions), [1937] A.C. 326.

<sup>42</sup> *Missouri v. Holland*, *ibid.*

<sup>43</sup> *United States c. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304 (1936).

<sup>44</sup> La Cour basa sa décision sur l'interprétation des documents suivants : la Déclaration d'indépendance, du 4 juillet 1776 ; les Articles de Confédération, du 15 novembre 1777, en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 1781 ; le Traité de Paris, du 3 septembre 1783.

<sup>45</sup> Voir, e.g., H. Koh, *The National Security Constitution*, New Haven, Yale University Press, 1990, p. 94 ; L. Henkin, *Foreign Affairs and the Constitution*, 2<sup>e</sup> ed. 1996, Oxford, Clarendon Press, p. 19-20. Voir aussi la collection d'essais sur l'emploi et l'abus de l'histoire dans le droit américain des affaires étrangères. « The Use and Misuse of History in U.S. Foreign Relations Law », 53 *Saint Louis Univ. L. J.* 1 *et seq.* (2008).

<sup>46</sup> M. Ramsey, « The Myth of Extraconstitutional Foreign Affairs Power », 42 *William & Mary L. Rev.* 339 (2000).

du droit dans l'interprétation de la Constitution. La question concernait ici le pouvoir d'agir du président (la saisie des entreprises industrielles — des aciéries — pendant la Guerre de Corée, destinée à empêcher une grève des sidérurgistes pour éviter un arrêt du travail) que la Cour a qualifié d'action législative sans autorisation du Congrès. Selon le juge Frankfurter :

« La Constitution est un cadre pour gouverner. Il s'ensuit que la manière selon laquelle le cadre a constamment opéré permet de montrer qu'il a opéré selon sa vraie nature. Les conceptions traditionnelles profondément enracinées de la conduite du gouvernement ne peuvent pas supplanter la Constitution ou les lois, mais elles peuvent donner sens aux mots d'un texte ou les fournir. C'est une conception improprement étroite du droit constitutionnel américain que de le limiter aux mots de la Constitution et de ne tenir aucun compte de la glose que la vie a écrit sur eux. En bref, une pratique exécutive systématique et ininterrompue, poursuivie pendant longtemps en toute connaissance du Congrès et sans jamais avoir été mise en question au préalable, entreprise par des Présidents qui ont également juré de soutenir la Constitution, faisant de l'exercice d'un tel pouvoir une partie de la structure de notre gouvernement, peut être considérée comme une glose sur "le pouvoir exécutif" assigné au Président par la section 1 de l'Article II [de la Constitution]<sup>47</sup> ».

Annexés à son opinion individuelle, se trouvent deux tableaux, l'un énumérant toutes les lois ayant autorisé la saisie par le Président des entreprises industrielles depuis la Guerre de sécession ; et l'autre énumérant toutes les saisies du Président des entreprises industrielles depuis la Guerre de sécession ; pour montrer comment l'Exécutif et le Congrès se sont comportés pendant presque cent ans en matière de compétence de saisie d'entreprises industrielles pour des motifs d'intérêt national<sup>48</sup>. On voit donc que la Cour utilise l'histoire, avec une attention minutieuse aux faits, en vue d'établir ce qu'on pourrait caractériser comme une coutume, ou une pratique coutumière, dans l'interaction de l'Exécutif et du Congrès s'agissant de ce domaine précis. Cette approche utilise l'histoire pour comprendre la dynamique de l'évolution de la loi et des institutions, plutôt que de comprendre certaines idées ou doctrines dans la forme où elles existaient à un moment du passé<sup>49</sup>. J'estime pour ma part que l'usage de l'histoire effectué par l'opinion individuelle du juge Frankfurter représente le meilleur usage que l'on puisse en faire dans l'analyse des questions juridiques<sup>50</sup>.

47 *Youngstown Sheet & Tube c. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952), opinion individuelle du juge Frankfurter, p. 610-611.

48 *Ibid.*, p. 614-628.

49 Voir A. Amar, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*, New Haven, Yale University Press, 1998, qui fournit un excellent exemple, détaillé et convaincant, de l'évolution de certaines doctrines constitutionnelles, et soutenant l'argument selon lequel le Quatorzième amendement de 1868 a fondamentalement changé le sens de presque toutes les dispositions de la Déclaration de Droits de 1791 (les dix premiers amendements à la Constitution).

50 Cette méthode fut également utilisée, bien que de façon moins détaillée, par le juge Holmes dans l'affaire *Missouri c. Holland* (V. note 41) et le juge Harlan dans l'affaire *Griswold c. Connecticut* (V. note 51). Cet usage contraste considérablement avec l'usage fait de

Une autre décision importante est *Griswold c. Connecticut* de 1965, et particulièrement l'opinion individuelle du juge Harlan<sup>51</sup>, dans laquelle il évoque une « insistance continue pour le respect pour des enseignements de l'histoire »<sup>52</sup>. Le juge Harlan avait déjà avancé cette idée dans son opinion dissidente dans l'affaire *Poe c. Ullman*, à laquelle il se réfère dans son opinion dans l'affaire *Griswold*. En interprétant la clause de *due process* du Quatorzième amendement de la Constitution pour savoir si elle protège le droit à la vie privée contre deux lois de l'État du Connecticut qui criminalisaient l'emploi des appareils contraceptifs et des conseils sur leur usage, le juge Harlan dit :

« Le *due process* n'a pas été réduit à une formule particulière ; son contenu ne peut être déterminé par référence à aucun code. Le mieux que l'on puisse dire est qu'à travers le cours des décisions de cette Cour, il a représenté le juste milieu que notre Nation a trouvé, construit sur les postulats du respect pour l'individu, entre la liberté et les exigences de la société organisée. [...] Le juste milieu dont je parle est le juste milieu trouvé par ce pays, et eu égard à ce que l'histoire enseigne, il s'agit des traditions à partir desquelles il s'est développé ainsi que les traditions desquelles il s'est libéré. Cette tradition est une chose vivante. Une décision de cette Cour qui s'en départit radicalement ne pourra pas survivre longtemps, tandis qu'une décision qui se construit sur ce qui a survécu sera probablement solide. Il n'y a pas de formule qui puisse servir dans ce domaine [...]

Le caractère impératif des dispositions constitutionnelles doit être distingué du contexte plus large de la disposition. Et parce que ce contexte n'est pas composé de mots mais de l'histoire et des buts, la pleine portée de la liberté garantie par la clause *due process* ne peut pas être trouvée dans ou limitée par les termes précis des garanties spécifiques de la Constitution<sup>53</sup> ».

Dans des décisions plus récentes où la Cour Suprême a dû interpréter certaines dispositions de la Constitution, l'on trouve des discussions longues, techniques et complexes de l'histoire de la rédaction, de la ratification et de l'application des dispositions dont il est question. Le meilleur exemple est la décision récente, mais non moins importante, *District of Columbia c. Heller*<sup>54</sup>, où la Cour Suprême a dû déterminer si une loi du District de Columbia interdisant la possession d'armes à feu en état de marche, même dans la résidence

<sup>51</sup> Histoire dans l'affaire *United States c. Curtiss Wright Corp.* (V. note 43) et l'affaire *District of Columbia c. Heller* (Vnote 54).

<sup>52</sup> *Griswold c. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), p. 499-502. Le juge Harlan incorpore par référence une partie de son opinion dissidente dans le cas de *Poe c. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961), p. 539-545.

<sup>53</sup> *Griswold c. Connecticut*, *ibid.*, p. 501.

<sup>54</sup> *Poe c. Ullman*, p. 542-543.

<sup>55</sup> *District of Columbia c. Heller*, 128 S. Ct. 2783 (2008). Pour des articles commentant cette décision au sujet de l'emploi de l'histoire, voir D. Konig, « Why the Second Amendment Has a Preamble : Original Public Meaning and the Political Culture of Written Constitutions in Revolutionary America », 56 *UCLA L. Rev.* 1295 (2009) ; R. Siegel, « *Heller* and Originalism's Dead Hand – In Theory and Practice », 56 *UCLA L. Rev.* 1399 (2009). Voir aussi *U.S. Term Limits, Inc. c. Thornton*, 514 U.S. 779 (1995) ; P.-H. Prélot & M. Rogoff, « Le fédéralisme devant la Cour suprême des États-Unis », *Revue du Droit Public*, tome 105, n° 3 (1996), p. 759-791.

personnelle du possesseur, violait le Deuxième amendement de la Constitution qui dispose : « Une milice bien réglée étant nécessaire à la sécurité d'un État libre, le droit du peuple de détenir et de porter des armes ne sera pas transgressé ». Cette espèce fournit un exemple de la recherche de l'intention originale du texte de la Constitution, certains juges estimant en effet que la Constitution doit être interprétée à la lumière de l'intention originale, même plus de deux cents ans après son entrée en vigueur. Cette approche de l'interprétation constitutionnelle a été la mieux exprimée par le juge Scalia dans ses opinions pour la Cour, dans ses opinions individuelles et dissidentes, et dans ses écrits juridiques (articles, livres, etc.). Son approche est plus nuancée que l'on le pense parfois : il ne s'agit pas simplement de chercher ce que pensaient les auteurs du texte constitutionnel lui-même :

« Ce que je cherche dans la Constitution est précisément ce que je cherche dans une loi : le sens original du texte, non ce que les auteurs originaux ont voulu. Le Grand Fossé en ce qui concerne l'interprétation constitutionnelle n'est pas entre l'intention des auteurs et le sens objectif, mais plutôt entre le sens *original* (dégagé de l'intention des auteurs ou non) et le sens *actuel*<sup>55</sup>. »

L'histoire du droit est également utilisée de façon importante dans l'interprétation et l'application des lois. Le juge américain a fréquemment recours aux travaux préparatoires des lois, ce que l'on appelle aux États-Unis *legislative history*<sup>56</sup>. Par exemple, dans l'affaire *Jones c. Alfred H. Mayer Co.* de 1967<sup>57</sup>, la Cour suprême a dû décider de la question de savoir si une loi de 1866, remise en vigueur en 1968, et destinée à empêcher la discrimination raciale en matière de vente de propriété pouvait être invoquée contre un vendeur privé refusant de vendre une maison à une personne de couleur, ou si la loi ne s'appliquait qu'aux actions gouvernementales (par ex., une loi ou un autre acte gouvernemental qui autoriserait la discrimination raciale). Soutenant la revendication de l'acheteur déçu, la Cour a interprété les travaux préparatoires de la loi de 1866 comme si les parlementaires ayant voté la loi en 1968 avaient eu l'intention qu'elle s'applique aux actions des personnes privées. S'appuyant exactement sur les mêmes sources, une opinion dissidente bien raisonnée et documentée (de plus de 30 pages) est arrivée à la conclusion inverse<sup>58</sup>. Or, une autre opinion individuelle, peu concernée par l'intention des parlementaires quant aux implications juridiques techniques de la loi au moment de la délibération et du vote en 1968, s'attache à leur intention plus large : « Les hommes qui siégeaient au Congrès en 1866 essayaient de supprimer les signes de l'esclavage quand ils votèrent [la loi de 1866] »<sup>59</sup>. En réalité, ce qui aurait dû préoccuper davantage les juges est l'intention du législateur en 1968, lors de la remise en vigueur de la loi de 1866 ; mais aucune

55 A. Scalia, *A Matter of Interpretation : Federal Courts and the Law*, Princeton, Princeton University Press, 1997, p. 38.

56 Sur l'emploi des travaux préparatoires dans l'interprétation des lois, voir W. Eskridge, Jr., *Dynamic Statutory Interpretation*, Cambridge, Harvard University Press, 1994, p. 207-238 ; K. Greenawalt, *Legislation : Statutory Interpretation : 20 Questions*, New York, Foundation Press, 1999, p. 171-200.

57 *Jones c. Alfred H. Mayer Co.*, 392 U.S. 409 (1967).

58. *Ibid.*, opinion individuelle du juge Harlan, p. 449-480

59 *Ibid.*, opinion individuelle du juge Douglas, p. 449.

des opinions délivrées n'a considéré cette question. Par conséquent, l'on s'aperçoit que les travaux préparatoires sont eux aussi utilisés de façon instrumentale, plutôt qu'en tant que source scientifique de recherches.

Les auteurs du livre *Law and Jurisprudence in American Law* affirment chercher à bâtir « une sorte de canon de décisions et matériaux » pour la discipline de l'histoire du droit américain<sup>60</sup> afin de fournir aux étudiants des matériaux primaires dont on exige qu'ils les analysent, qu'ils les critiquent et qu'ils les évaluent pour eux-mêmes<sup>61</sup>. Le but de la démarche est d'explorer « les valeurs transcendantes » exprimées dans le droit américain, que les auteurs considèrent être les suivantes : (1) des limitations à l'arbitraire du pouvoir sont nécessaires – c'est-à-dire que le pouvoir doit être assujéti au droit ; (2) le principe politique ultime devrait être la souveraineté populaire ; (3) un but primaire du droit devrait être l'avancement du progrès économique et la mobilité sociale ; et (4) le droit devrait construire et maintenir un large espace pour un fonctionnement de l'entreprise privée qui soit autant que possible à l'abri des intrusions des pouvoirs publics<sup>62</sup>. Bien que cette démarche soit d'une grande utilité pour comprendre les relations entre le droit, d'une part, et l'économie et la politique, d'autre part, elle n'est pas assortie de considérations fondamentales de philosophie du droit, stables et indépendantes des considérations et des valeurs économiques et politiques externes. Semblable à la théorie du droit américain, par conséquent, l'histoire du droit américain est aussi axée sur le résultat voulu : soit le soutien de l'ordre juridique existant ou de certaines doctrines juridiques existantes, soit la délégitimation de cet ordre ou de certaines doctrines pour soutenir l'argument du changement.

#### IV. — UNE CONCILIATION ?

À ce stade de l'étude, il semble qu'une conciliation entre la théorie du droit américain et l'histoire du droit américain ne soit pas seulement possible, mais qu'elle soit nécessaire en raison de la nature même du droit américain, qui se fonde sur la méthode du *common law*. Une conciliation enrichirait la théorie du droit, qui ne resterait plus détachée des réalités sociologiques, prises dans leur ensemble, et des mouvements actuels au sein du processus juridique américain. Une conciliation enrichirait également l'histoire du droit en la rendant plus systématique, plus analytique et orientée vers des problèmes juridiques de première importance pour la compréhension du droit contemporain et de son évolution.

La méthode du *common law* forme la base de la conception du droit et de la pratique du droit aux États-Unis. N'importe quelle théorie du droit ou histoire du droit doit, aux États-Unis, être bâtie sur cette réalité fondamentale. Selon le doyen Wellington, la « méthode du *common law* dans le contrôle juridictionnel est celle qui décrit le mieux le droit constitutionnel américain

60 S. Presser & J. Zainaldin, « Preface to the Third Edition », *Law and Jurisprudence in American History*, p. xvii.

61 *Ibid.*, « Preface to the First Edition », p. xxi.

62 *Ibid.*, p. xxii.

[...] »<sup>63</sup>. On peut certainement dire la même chose de l'interprétation et de l'application du droit privé américain<sup>64</sup>. Et cette conclusion est également vraie pour l'interprétation et l'application des actes législatifs<sup>65</sup>. En ce qui concerne les sources du droit, soit fédérales soit étatiques, soit publiques soit privées, le siècle dernier a connu un changement fondamental aux États-Unis. Selon le doyen Calabresi, « Pendant cette période nous sommes allés d'un système juridique dominé par le *common law*, deviné par le juge, à un autre dans lequel les lois, votées par le législateur, sont devenues la source la plus importante du droit »<sup>66</sup>. Mais le juge continue à employer la méthode du *common law*, au grand déplaisir du juge Scalia<sup>67</sup>. En revanche, le doyen Calabresi pense qu'il faut accepter cette réalité et, en fait, l'embrasser parce qu'elle offre la solution au problème de l'existence d'« une multitude de lois caduques [...] et de l'incapacité manifeste des législateurs de maintenir ces lois en phase avec la réalité »<sup>68</sup>, phénomène aujourd'hui omniprésent dans l'ordre juridique américain.

Qu'est-ce que précisément la méthode du *common law*<sup>69</sup> ? La méthode de raisonnement du *common law* commence avec les faits, et les principes sont dégagés des faits. Le juge, ou l'avocat qui présente ses arguments devant le juge, doit donc démontrer de quelle façon l'affaire devant la Cour peut être rapprochée ou non d'instances déjà décidées. Cet exercice implique une comparaison étroite des faits dans l'affaire devant la Cour, avec d'autres décisions passées pour y trouver la règle à appliquer : il s'agirait alors de la règle qui a été utilisée pour trancher une ou des affaires dont les faits juridiquement significatifs sont les plus proches des faits du cas présent devant la Cour<sup>70</sup>.

63 H. Wellington, *Interpreting the Constitution: The Supreme Court and the Process of Adjudication*, New Haven, Yale University Press, 1990, p. 78.

64 « Les principes en droit sont contextuels, ils sont construits à travers le processus contentieux, et ils ont plusieurs sources. Bien que ces sources diffèrent dans le litige de *common law*, légal et constitutionnel, elles ont toutes un important air de famille ». *Ibid.*, p. 79. Voir égal., A. von Mehren & P. Murray, *Law in the United States*, Cambridge, Cambridge University Press, 2<sup>e</sup> éd., 2007, p. 15.

65 Même le juge Scalia, qui préconise une méthode d'interprétation et d'application des lois semblable à celle employée par le juge dans le système de droit civil européen, demande que la méthode du *common law* soit abandonnée pour l'interprétation et l'application des lois : en cela il reconnaît que la méthode employée actuellement est celle du *common law*. Voir A. Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton, Princeton University Press, 1997, p. 13. Il attribue cette attitude principalement à la formation des juristes, à qui l'on enseigne que le juge est le vrai faiseur du droit, *ibid.*, p. 3. Pour des traitements comparés des systèmes du *common law* et du droit civil européen axés sur le rôle du juge, voir M. Damaka, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven, Yale University Press, 1986 ; J. Dawson, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, The University of Michigan Law School (1968).

66 G. Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Harvard University Press, 1982, p. 1. « Nous sommes devenus une nation gouvernée par le droit écrit ». *Ibid.*, p. 5.

67 A. Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton, Princeton University Press, 1997, p. 3-14.

68 G. Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Harvard University Press, 1982, p. 7.

69 La description de la méthode du *common law* est tirée de A. von Mehren & Murray, *op. cit.*, note 64, p. 40-47.

70 En contraste, le raisonnement juridique des systèmes du droit civil commence avec des principes abstraits et la tâche juridique est de décider si une situation factuelle particulière tombe là-dedans. Selon le juge Holmes, parce que son utilité est le développement du contenu d'une proposition donnée, la méthode du syllogisme a tendance à confiner

Même s'il s'agit de l'interprétation d'une source de droit écrite (une loi, un règlement ou une disposition constitutionnelle) le juge procède de la même façon. Ainsi, la glose des décisions antérieures sur la source écrite prend souvent plus d'importance que la disposition écrite elle-même. Mais supposons que le juge pense que la règle existante (soit une règle adoptée par le juge dans une seule décision antérieure ou une jurisprudence constante, soit une règle dégagée d'une source écrite à travers un processus d'interprétation fortement influencé ou même déterminé par des décisions antérieures) n'est pas appropriée pour trancher l'affaire devant la Cour et que le juge souhaite la rejeter ou la modifier. Parfois cette possibilité peut se trouver esquissée dans l'opinion de la Cour dans une décision précédente, ou peut-être dans une opinion individuelle ou dans une opinion dissidente. Dans d'autres cas plus probables, la règle en question ne s'accorde plus très bien avec d'autres règles ou doctrines juridiques qui elles-mêmes ont évolué. Cela revient à dire que même s'il y a un revirement (le changement de règle du *common law* ou le changement de l'interprétation d'une source écrite), ce qui s'est passé auparavant est important pour comprendre ce qui devrait se passer actuellement. Le juge Oliver Wendell Holmes a bien rendu compte de l'essence de la méthode juridique du *common law* quand il a écrit :

« L'étude rationnelle du droit est encore en grande partie l'étude de l'histoire. L'histoire doit faire partie de son étude, parce que sans elle nous ne pouvons pas connaître la portée précise des règles que nous avons à connaître. Elle fait partie de l'étude rationnelle, parce qu'elle est le premier pas vers un scepticisme éclairé, c'est-à-dire, vers une reconsidération délibérée de la valeur de ces règles<sup>71</sup>. »

Il avait en outre précisé :

« Afin de donner valeur à un principe général [du droit] vous devez lui donner un corps ; vous devez démontrer comment et jusqu'à quel point il serait appliqué en fait dans un système réel ; vous devez montrer comment il a émergé graduellement comme la conciliation éprouvée des instances [...]. Enfin, vous devez montrer ses relations historiques avec d'autres principes, souvent d'une période et d'une origine très différentes et le mettre dans la perspective sans laquelle ses dimensions ne seraient pas vraiment appréciées<sup>72</sup>. »

Selon Holmes, pour reprendre les mots du grand historien du droit américain J. Hurst :

« [...] [L]a logique ne nous porte pas au cœur du droit vivant. S'agissant de relations intemporelles de forme, la logique n'identifie pas ni ne mesure l'émotion, qui s'accroît avec le temps. Cependant le sentiment donne du contenu aux valeurs ultimes des hommes et du

l'imagination, et par conséquent à entraver la volonté. J. Hurst, *Justice Holmes on Legal History*, New York, The Macmillan Company, 1964, p. 9.

71 O.W. Holmes, « The Path of the Law », 10 *Harv. L. Rev.* 457 (1897), p. 469.

72 O.W. Holmes, « The Use of Law Schools », *Speeches by Oliver Wendell Holmes*, Boston, Little, Brown & Co., 1891, p. 31-32.

pouvoir à leur volonté. [...] Un homme sage en histoire n'essaie pas de traduire la vie en termes purement intellectuels<sup>73</sup>. »

Dans une perspective plus large, l'historien du droit, H. Berman eut ceci à dire sur la relation entre l'histoire et le droit dans le système du *common law* : « La jurisprudence historique – la théorie selon laquelle le droit tire son sens et son autorité de l'histoire passée du peuple dont il est le droit, de leurs coutumes, du génie de leurs institutions, de leurs valeurs historiques, des précédents – a été intégrée au *système* juridique anglais depuis la Révolution anglaise du XVII<sup>e</sup> siècle [...] »<sup>74</sup>.

Afin de comprendre le caractère vraiment central de la méthode du *common law* et l'esprit qui l'anime aux États-Unis, il faut savoir que la formation des avocats, des juges et des autres praticiens du droit dans les facultés de droit américaines s'organise principalement autour de deux axes : l'application technique de la méthode du *common law* et la conception selon laquelle le droit est un « outil » entre les mains de l'avocat destiné à faire valoir les intérêts de ses clients. Lorsqu'il commence ses études de droit (après quatre ans de formation universitaire), le futur avocat ou le futur juge n'a presque jamais de formation théorique générale en droit. En effet, il n'y a pas de programme scolaire obligatoire ou de concours qui exige une certaine formation pour être admis dans une *Law School*. La première année de *Law School* est l'année la plus formatrice des trois années du programme en ce qui concerne les perspectives sur le droit qu'apprendra l'étudiant. La méthode d'enseignement principale pendant cette année repose sur l'analyse d'opinions juridictionnelles destinée à voir comment les cours fonctionnent en pratique, pour dégager de ces décisions des règles de droit et pour apprendre comment formuler des arguments basés sur ces décisions et les règles qu'elles incorporent, avec pour objectif de convaincre un juge de rendre une décision favorable aux intérêts que plaide l'avocat. L'étudiant apprend à être conscient des faits qui ont une importance juridique, à formuler la règle précise appliquée par le juge et à comprendre comment cette règle se rapporte aux faits particuliers de l'instance<sup>75</sup>. Une part importante de l'exercice consiste à apprendre à démontrer qu'un cas particulier est ou n'est pas similaire à une décision antérieure, ce qui dépend de la détermination du caractère favorable ou non de l'application de la règle de cette décision aux intérêts du client de l'avocat. Même s'il s'agit d'une disposition constitutionnelle, d'une loi ou d'un règlement qui s'applique à la situation, l'étudiant apprend à chercher l'interprétation de cette source écrite principalement dans les décisions antérieures plutôt qu'à travers une analyse logique du langage de la source écrite elle-même. La recherche du sens des règles, écrites ou non, n'a pas pour objet de trouver leur sens inné ou

73 J. Hurst, *Justice Holmes on Legal History*, New York, The Macmillan Company, 1964, p. 10-11.

74 H. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Harvard University Press, 1983, p. 12. Mais voir R. Posner, *Frontiers of Legal Theory*, Cambridge, Harvard University Press, 2001, p. 145-192 (un des leaders de l'école de *law and economics* qui conteste la valeur de l'histoire comme aide au juge).

75 Cette méthode fut développée par le doyen Langdell de la faculté de droit d'Harvard durant les années 1870 et constitue encore la méthode dominante aujourd'hui. Voir C. Langdell, « Preface », *Selection of Cases on the Law of Contracts*, Boston, Little, Brown, and Company, 1871.

logique, mais plutôt de façonner des arguments pour convaincre le juge. L'étudiant apprend donc que les règles n'ont pas de sens objectif mais qu'elles sont des outils à manipuler pour atteindre un certain résultat. Les conceptions du droit et les attitudes envers le droit que les futurs avocats et juges américains intègrent pendant leurs études ont une influence considérable sur leurs conceptions ultérieures du droit. Il est nécessaire de prendre conscience de cela pour évaluer la justesse ou l'utilité d'une philosophie du droit dans le contexte de l'ordre juridique américain.

L'essai d'Adam Thurschwell dans *On Philosophy in American Law* mentionné *supra* soutient la thèse selon laquelle « c'est l'approche philosophique continentale qui répond mieux aux nécessités éprouvées par l'actuelle philosophie du droit américaine [...] »<sup>76</sup>. Il préconise l'approche suivante : « Une philosophie du droit adéquate doit être (1) historique, au sens où elle explique la succession du cours des décisions juridiques ; (2) interne, au sens où elle prend en compte non seulement le cours des événements mais aussi les motivations sous-jacentes des acteurs dans le drame historique ; (3) totale au sens où elle englobe le champ entier de l'histoire juridique américaine, et où elle fournit une théorie unificatrice et synoptique, le "tableau unique" dans lequel le champ de l'histoire du droit américaine doit "s'adapter" »<sup>77</sup>. Et il critique les théories dominantes d'aujourd'hui :

« [I]l me semble que dans leurs mélanges divers de l'an historicisme, du formalisme naissant (parfois le formalisme mathématique) et le positivisme irréflecti (soit sur le fondement des prénotions des intérêts, soit sur celle des valeurs fondamentales), les écoles dominantes de la philosophie du droit américaine entretiennent un air de famille avec les philosophies formaliste, positiviste et du droit naturel que Llewellyn a critiqué il y a 75 ans. [...] Les méthodes continentales de philosophie offrent un plus grand espoir d'articuler les nécessités éprouvées et encore inarticulées de notre époque philosophique<sup>78</sup>. »

Comme exemple de l'application de ce qu'il préconise, l'auteur discute de la discrimination positive. Il estime plus utile de fonder les arguments pour ou contre la discrimination positive sur des facteurs historiques plutôt que sur les droits formels entendus abstraitement<sup>79</sup>. Il cite la méthode d'Hegel :

« Hegel [...] fondait le droit formel sur la narration historique concrète. Selon Hegel, l'auto-compréhension de soi-même comme possesseur de la dignité intrinsèque et de la liberté indépendamment de son rôle social (par ex., comme esclave, paysan, aristocrate, propriétaire)

76 A. Thurschwell, « On Continental Philosophy in American Jurisprudence », *On Philosophy in American Law*, p. 131. La voix de Thurschwell se trouve presque isolée dans ce recueil d'essais. On en trouvera un écho dans l'essai de P. Goodrich, dans lequel l'auteur dit que « la clé des habitudes et des positions [juridiques] se trouve dans la qualité humaniste de l'histoire, et précisément ses explications de l'affect et des motivations ». P. Goodrich, « Dicta », *ibid.*, p. 216. Il attire notre attention sur les connaissances affectives et contextuelles conférées par l'histoire juridique, et l'importance de celle-ci pour la pratique du droit par les participants au processus juridique. Voir aussi l'essai de F. Mootz III, *ibid.*, p. 205 (« les problèmes juridiques... sont par nature normatifs et contextuels, plutôt qu'analytiques et conceptuels. »).

77 *Ibid.*

78 *Ibid.*, p. 135.

79 *Ibid.*, p. 136.

ne peut pas être comprise hors du développement historique des institutions sociales et juridiques qui a donné son sens et son effet à ce nouveau concept d'autonomie<sup>80</sup>. »

Dans la jurisprudence de la Cour suprême concernant la discrimination positive, où il s'agit la plupart du temps d'appliquer la clause d'« égale protection des lois » de la Constitution, les juges semblent pourtant avoir perdu de vue les vrais enjeux historiques : c'est-à-dire, l'élimination de la discrimination raciale et les incidents de discrimination raciale contre les personnes de couleur. Aujourd'hui, avec l'utilisation d'un concept abstrait d'égalité, la Cour a en effet fait échouer l'objet principal de la clause, et a frustré certains essais destinés à promouvoir le sort de cette classe de personnes. Une chose serait la réalisation du but de la clause, qu'une analyse historique pourrait éclairer ; en son absence, l'emploi de concepts abstraits masque simplement l'expérience historique et le sens de la clause d'« égale protection des lois ».

Bien que l'histoire du droit puisse élargir les horizons intellectuels et ajouter de la profondeur et de la tangibilité aux analyses juridiques, le danger existe certainement qu'elle puisse aussi servir de moyen pour figer la pensée et la créativité juridiques dans les formes et les doctrines démodées du passé. Tout dépend de l'emploi que l'on fait de l'histoire. Comme la femme de Loth qui se tourna pour regarder son ancienne ville d'où elle cherchait à fuir et fut pétrifiée, sans plus jamais pouvoir bouger ni changer pour l'éternité<sup>81</sup>, une adhérence rigide au passé peut amener au même résultat pour le droit – la pétrification ou la stagnation. L'histoire doit par conséquent être employée avec discernement et jugement<sup>82</sup>.

Supposons que l'histoire du droit soit une partie essentielle de la philosophie du droit<sup>83</sup>. Mais qu'est-ce que l'histoire du droit<sup>84</sup> ? Est-elle quelque chose

80 *Ibid.* Voir aussi G. Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Harvard University Press, 1982 : « Le langage des droits, de la justice, de la séparation des pouvoirs absolue [entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire], tend à ériger des barrages d'un équilibre trop simple, d'une analyse trop rapide et trop anhistorique ». p. 178. « Nous ne devrions pas oublier [...] que le langage de catégories et de subterfuges est particulièrement sujet à la manipulation. Il permet à ceux qui occupent la position pour employer des absolus de masquer ce qu'ils font, de cacher les intérêts qu'ils sacrifient. » p. 179. Voir égal., J. Balkin & R. Siegel, « Introduction », J. Balkin & R. Siegel (dir.), *The Constitution in 2020*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 4 : « Nous ne nous tournons pas vers le passé parce que le passé contient toutes les réponses à nos questions, mais parce qu'il est la mine de nos luttes communes et nos engagements communs ; il nous offre des ressources inestimables alors que nous débattons les questions les plus importantes de la vie politique, qui ne peuvent pas être pleinement ou finalement réglées. Dans ce processus, nous tirons sur le texte, l'histoire et les traditions de la Constitution des États-Unis pour faire de la Constitution des fondateurs la nôtre. À maintes reprises, nous nous sommes tournés vers notre passé collectif afin d'imaginer notre avenir collectif. » Voir aussi E. Renan, « Qu'est-ce qu'une nation ? », Conférence faite à la Sorbonne, le 11 mars 1882.

81 *Genèse* 19 : 26 « la femme de Loth regarda en arrière, et elle devint une statue de sel ».

82 En anglais, la décision d'une cour s'appelle un « *judgment* » (jugement). C'est parce qu'elle exige l'exercice du « *judgment* » (jugement). De la même façon, le juge doit exercer du *judgment* pour savoir s'il faut avoir recours à l'histoire, et si le juge y a recours, comment l'employer.

83 « [...] [D]ans le droit [...] l'intérêt envers l'histoire arrive souvent lorsque des doutes s'accumulent sur le point de savoir si les vérités éternelles, les paradigmes dominants ou les principes neutres sont disponibles pour répondre aux questions juridiques, de sorte que des sources de signification et d'explication plus contingentes, plus contextuelles et moins

d'étroit et de technique avec une finalité pratique – l'étude des précédents (la jurisprudence) ou des travaux préparatoires des lois ; ou devrait-elle au contraire inclure des études plus larges, qui visent à la compréhension des tendances juridiques et de l'esprit et des valeurs d'une époque passée ? Est-ce qu'elle devrait chercher à expliquer et à comprendre le droit à un moment donné du passé de façon statique ou au contraire est-ce qu'elle devrait chercher à expliquer et à comprendre la dynamique de l'évolution du droit ? Et l'étude de l'histoire du droit devrait-elle se borner à l'étude de l'histoire du droit américain ou anglo-américain, ou au contraire devrait-elle inclure aussi l'histoire du droit d'autres ordres juridiques, comme ceux des pays du droit civil ou le droit romain ? C'est au sujet de questions de cet ordre que la philosophie du droit pourrait apporter aide et rigueur à l'histoire du droit.

rogoff@usm.maine.edu

---

universelles sont nécessaires. » M. Horwitz, « Foreword : The Constitution of Change : Legal Fundamentalism without Fundamentalism », 107 *Harvard L. Rev.* 32, 39 (1993). Voir aussi « L. Kalman, Border Patrol : Reflections on the Turn to Legal History in Legal Scholarship », 66 *Fordham L. Rev.* 87 (1997).

84 Sur cette question et les questions subséquentes, voir D. Boorstin, « The Humane Study of Law », 57 *Yale L. J.* 960 (1948).