

Le classicisme et le progressisme dans la pensée juridique aux États-Unis selon l'analyse historique de Morton J. Horwitz

Marie-Claire Belleau

Volume 34, Number 4, 1993

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043250ar>
DOI: <https://doi.org/10.7202/043250ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Belleau, M.-C. (1993). Le classicisme et le progressisme dans la pensée juridique aux États-Unis selon l'analyse historique de Morton J. Horwitz. *Les Cahiers de droit*, 34(4), 1235–1257. <https://doi.org/10.7202/043250ar>

Article abstract

In his latest book, *The Transformation of American Law, 1870-1960 : The Crisis of Legal Orthodoxy*, Morton J. Horwitz, professor at Harvard Law School and founding member of Critical Legal Studies, proposes an original and provocative analysis of the history of American legal thought. At the end of the 19th century, Classical Legal Thought was based on an apolitical and neutral vision of a legal system conceived as a science autonomous from the moral and political values of society. Two waves of progressive critique, Sociological Jurisprudence and Legal Realism, denounced the concealing and legitimating processes of classical legal constructions. These two schools of thought greatly influenced American legal theory; two contemporary movements, Law and Economics and Critical Legal Studies, claim to be their legitimate successors. The author of this essay draws a portrait of Horwitz's thesis through themes of interest to Quebec jurists.

Le classicisme et le progressisme dans la pensée juridique aux États-Unis selon l'analyse historique de Morton J. Horwitz*

Marie-Claire BELLEAU**

Dans son dernier ouvrage, The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy, Morton J. Horwitz, professeur à la Harvard Law School et membre fondateur de l'analyse critique du droit, propose une analyse originale et provocante de l'histoire de la pensée juridique aux États-Unis. Le classicisme juridique de la fin du XIX^e siècle reposait sur une vision apolitique et neutre d'un système juridique conçu comme une science autonome des valeurs morales et politiques de la société. Deux vagues de critique progressiste, la théorie sociologique du droit et le réalisme juridique, dénoncèrent les procédés de dissimulation et de légitimation de la construction juridique classiciste. Ces deux écoles de pensée exerceront une influence déterminante sur la théorie du droit aux États-Unis dont deux mouvements contemporains, l'analyse économique du droit et l'analyse critique du droit, disent en être les héritiers légitimes. L'auteure trace le portrait de la thèse de Horwitz à partir de thèmes d'intérêt pour les juristes du Québec.

* L'auteure tient à remercier Hélène Belleau, les professeures Michelle Boivin et Martha Minow ainsi que les professeurs Jean-Guy Belley, Nathaniel Berman, Duncan Kennedy et Sylvio Normand pour leurs précieux commentaires. Elle remercie également la direction des *Cahiers de Droit* pour avoir accepté d'ajouter le prénom des auteures et des auteurs cités, modifiant ainsi la méthode de citation habituellement utilisée. Par l'ajout de prénoms, l'auteure a voulu souligner que parmi les personnes qui écrivent dans le domaine du droit se trouvent des femmes et que, malgré la pertinence de leurs critiques, leur production est souvent ignorée par le courant traditionnel.

** LL.B. (Laval), LL.M. (Harvard), D.E.A. (Paris II), étudiante de troisième cycle (S.J.D.) à la Harvard Law School.

Morton Jay Horwitz enseigne l'histoire du droit des États-Unis et la responsabilité civile à la Harvard Law School à titre de professeur titulaire depuis 1974 et détient la chaire Charles Warren Professor of American Legal History depuis 1981. Son ouvrage *The Transformation of American Law, 1780-1860*² reçut, en 1978, le Bancroft Prize in American History. Horwitz publia aussi de nombreux articles³ avant la parution de son dernier livre, *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*⁴, qui fait l'objet de la présente recension. Ajoutons aussi que le professeur Horwitz fut parmi les membres fondateurs du mouvement de l'analyse critique du droit (*Critical Legal Studies*).

La publication du deuxième livre de Horwitz, comme du premier, constitue un événement d'importance dans l'historiographie des États-Unis. Le style particulier d'étude historique de Horwitz pourrait être qualifié de néo-réalisme ou d'analyse critique du droit (*Critical Legal Studies*). Il s'inspire de l'ancienne tradition des historiens Edwin Corwin, Lewis Hartz et Oscar Handlin. Horwitz fait partie d'une deuxième génération d'historiennes et d'historiens du droit comprenant, entre autres, Robert Gordon, Duncan Kennedy et G. Edward White qui, comme leurs prédécesseurs, offrent une perspective progressiste-pragmatiste de l'histoire juridique des États-Unis. Dans son premier ouvrage, Horwitz innovait en appliquant cette analyse à l'histoire du droit privé, cette approche s'étant limitée, jusque-là, à l'étude du droit public. Le deuxième livre de Horwitz ne peut être considéré comme la suite du premier puisqu'il ne retrace plus l'histoire des règles de droit privé, mais plutôt celle de la pensée juridique.

2. Morton Jay HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1977.

3. Citons notamment Morton Jay HORWITZ, « Law and Economics: Science or Politics? », (1980) 8 *Hofstra L. Rev.* 905 ; « Introduction » to Charles C. Goetsch », dans *Essays on Simeon E. Baldwin*, West Hartford, Connecticut, Univ. of Connecticut School of Law Press, 1981 ; « The Historical Contingency of the Role of History », (1981) 90 *Yale L.J.* 1057 ; « The Doctrine of Objective Causation », dans D. KAIRYS (dir.), *The Politics of Law: A Progressive Critique*, New York, Pantheon Books, 1982 ; « The History of the Public/Private Distinction », (1982) 130 *U. Pa. L. Rev.* 1423 ; « The Changing Common Law », (1984) 9 *Dalhousie L.J.* 55 ; « Progressive Legal Historiography », (1984) 63 *Or. L. Rev.* 679 ; « Santa Clara Revisited: The Development of Corporate Theory », (1985-1986) 88 *W. Va. L. Rev.* 173 ; « History and Theory », (1987) 96 *Yale L.J.* 1825 ; « Republicanism and Liberalism in American Constitutional Thought », (1987) 29 *Wm. & Mary L. Rev.* 57 ; « The Warren Court: Rediscovering the Link Between Law and Culture », (1988) 55 *U. Chi. L. Rev.* 450 ; « Rights », (1988) 23 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 393.

4. Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1. Horwitz prévoit écrire un ouvrage consacré exclusivement à la décennie de la guerre civile américaine de 1860 à 1870 (*id.*, p. vii).

*The Transformation of American Law, 1870-1960*⁵ relate d'une façon dense, originale et provocante l'histoire fascinante de la pensée juridique aux États-Unis de la fin du siècle dernier jusqu'aux années 1960. Il trace les grandes lignes du « classicisme juridique » (*Classical Legal Thought*) dont la thèse principale fut la neutralité et le caractère apolitique d'un système juridique conçu comme une science non contingente et autonome des valeurs morales et politiques de la société. Cette vision américaine d'un marché économique neutre, impartial et compétitif sera ébranlée profondément par les transformations économiques et sociales de la génération d'avant la Première Guerre mondiale. Ces changements provoqueront une crise de légitimité d'où naîtront deux vagues successives de progressisme juridique (*Progressive Legal Thought*) que nous désignerons respectivement par la « théorie sociologique du droit » (*Sociological Jurisprudence*) et le « réalisme juridique » américain (*Legal Realism*). Ces deux écoles de pensée progressiste dénonceront les procédés de dissimulation et de légitimation sous-jacents à la construction sociale de la conception classiciste. Elles accuseront les tenants du classicisme orthodoxe d'avoir créé un système juridique ayant perdu tout contact avec la réalité sociale, un système servant de technique légitimante pour y dissimuler leurs croyances conservatrices personnelles qui correspondent à l'idéologie des dominants. Des juges éminents, jusqu'aux niveaux les plus élevés de la hiérarchie des cours américaines, ainsi que des professeurs⁶ et des doyens des plus grandes facultés de droit, fonderont ces deux principales écoles de pensée progressiste qui vont révolutionner l'Amérique de tradition juridique anglaise.

La prémisse de Horwitz constitue un des aspects les plus intéressants de son dernier ouvrage. En effet, dans sa préface, Horwitz explique la différence entre *The Transformation of American Law, 1780-1860*⁷ publié en 1977 et son plus récent ouvrage, en invoquant, notamment, l'intérêt accru qu'il porte à l'influence du « narratif », soit des récits et des éléments culturels, dans l'explication historique. Il justifie ce changement par une remise en question importante des idées traditionnelles d'explication historique tant dans la pratique que dans la théorie depuis la fin des années 1970. Ainsi, le discrédit de la vision simpliste réductrice du lien de causalité unique (« *if-then* » *predictive statements*) a entraîné un virage remarquable vers la forme descriptive à la fois dense et complexe où la narration aspire à

5. Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1.

6. Dans le présent texte, l'emploi de termes au masculin seulement, sans leur correspondant féminin, est fait de façon délibérée et non afin de respecter les règles traditionnelles de la langue française. Ce choix témoigne du fait que l'histoire des rares juristes américaines dans l'évolution de la pensée juridique reste à faire.

7. Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 2, p. vii.

remplacer les théories générales abstraites⁸. Ces théories traditionnelles basées sur la recherche d'une science sociale ou historique dénuée de valeurs subjectives et postulant la foi dans l'objectivité et dans les catégories dichotomiques non contingentes (fait-valeur, théorie-pratique, esprit-corps, subjectivité-objectivité, idéalisme-matérialisme) sont aujourd'hui déconsidérées. Horwitz s'interroge sur la portée du « culte de la complexité » sur la pratique historique. L'acceptation d'explications multiples et parfois contradictoires ainsi qu'une prise en considération du caractère fortuit et contingent des théories et des causes historiques provoquent chez l'auteur une remise en question de sa propre objectivité. Son aspiration à élaborer la « meilleure explication possible » l'amène à constater l'ambivalence de son ouvrage qui oscille entre les théories conventionnelles d'explication historique et la reconnaissance de l'effet du modernisme sur la remise en question de l'objectivité de ces mêmes théories⁹.

La mise en œuvre de cette prémisse ambitieuse sur le plan méthodologique s'avère toutefois peu convaincante sous plusieurs aspects. Horwitz donne un compte rendu historique non linéaire, d'une grande étendue factuelle et théorique où il offre plusieurs explications pour un même événement sans nécessairement tenter de les réconcilier à l'intérieur d'une théorie uniforme. Cette approche, qui manifeste une tolérance à l'incertitude et à l'ambivalence, rend toutefois ardu la compréhension de son argumentation et le suivi de ses différentes thèses¹⁰. Il en résulte un déséquilibre inévitable entre des exposés touffus et détaillés et des thèses abordées de façon superficielle, sinon escamotée¹¹. Ces difficultés sont exacerbées par le manque de structure et l'idiosyncrasie de l'exposé. De plus, malgré les intentions « modernistes » de la préface, les sources historiques auxquelles Horwitz fait référence se limitent à des textes théoriques en majeure partie juridiques. Hormis quelques emprunts à des ouvrages de sciences humaines, l'auteur dépasse rarement les écrits « scientifiques » classiques et les biographies de ses acteurs. Dans l'ouvrage de Horwitz,

8. Voir Michelle BOIVIN, « Le féminisme en capsule ; un aperçu critique du droit », *Femmes et droit*, vol. 5, n° 2, 1992, pp. 365 et suiv., sur l'importance de la contribution de la théorie féministe à l'élargissement de la pensée contextuelle et de la relation dialectique entre l'abstraction et l'expérience.

9. Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 2, p. ix.

10. Le meilleur exemple de cette confusion est, dans Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 2, pp. 65-107, le chapitre trois intitulé « Santa Clara Revisited: The Development of Corporate Theory ».

11. Ainsi, Horwitz consacre tout un chapitre à la pensée du grand Holmes, mais il décrit très peu d'autres géants tels que Pound, Cardozo et Gray. Et, plus grave encore, il passe complètement sous silence le rôle des femmes dans cette histoire.

cette pénurie de sources non juridiques contribue à véhiculer une vision partielle, donc partielle de l'histoire. Il en découle une perspective hiérarchisée de la pensée juridique du pinacle de l'élite américaine telle qu'elle est perçue par cette même élite. Enfin, Horwitz ne mentionne qu'à une seule occasion le rôle des femmes dans l'histoire des sciences sociales, sans toutefois préciser leurs noms¹². Par cette seule phrase, il sème un doute sérieux sur sa thèse implicite du monopole masculin sur cette partie de l'histoire intellectuelle américaine¹³.

Dans ce contexte, la tentative de résumer les thèses de Horwitz en quelques lignes ne peut parvenir à en tracer un portrait ressemblant puisque c'est précisément la nature complexe, dense et parfois même contradictoire de son explication historique qui produit l'originalité de son travail. La tâche est d'autant plus difficile que l'ouvrage de Horwitz s'adresse à un auditoire américain familiarisé avec l'histoire de la constitution des États-Unis et des grandes décisions américaines dans tous les domaines du droit.

Afin de simplifier notre présentation, nous nous en tiendrons ici au récit historique de Horwitz sans distinguer les emprunts qu'il fait aux thèses des historiens qu'il cite de sa contribution personnelle. Ainsi, nous allons tenter de présenter un survol des traits caractéristiques du classicisme juridique et de deux autres courants peu connus en pays civilistes, soit la théorie sociologique du droit et le réalisme juridique. Ce faisant, nous nous éloignerons considérablement du plan de Horwitz en extrayant de son récit une structure plus pertinente pour nos fins¹⁴.

-
12. Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, p. 189, écrit : « It is important to appreciate fully the critical intentions of these early scientists, many of them women, whose desire to pierce the veil of conventional appearances and grasp reality sharply differed from later value-free social science. »
 13. Martha MINOW, « Cornel West Delivers », *Reconstruction*, vol. 1, n° 2, 1990, p. 60, souligne le rôle important de femmes telles que Jane Adams, Molly Dawson, Charlotte Perkins Gilman, Zora Neale Hurston et Florence Kelley qui, sans être des juristes, militèrent dans les mouvements de réformes législatives et sociales des pragmatistes.
 14. En effet, l'organisation de l'ouvrage de Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, tourne autour de thèmes issus de différents domaines du droit. Par exemple, il traite du droit des contrats (chap. 2), du droit des corporations (chap. 3), du droit de la propriété (chap. 5) et du droit administratif (chap. 8). Entre ces chapitres, il analyse de façon peu structurée le classicisme juridique (chap. 1), la contribution de Holmes à la théorie du droit (chap. 4) et le réalisme juridique (chap. 6 et 7). Pour notre essai, nous avons extrait de l'ensemble du livre les caractéristiques théoriques de ces trois courants de pensée en les accompagnant d'exemples pertinents.

1. Les grandes écoles de pensée juridique aux États-Unis entre 1870 et 1960

1.1 Le classicisme juridique

Dans la structure du classicisme juridique, le conflit entre droit et politique se résout par un système juridique jouant le rôle de tampon (*buffer*) apolitique entre l'État et les membres de la société¹⁵. L'idéologie dominante embrasse la vision libérale d'un État neutre de laisser-faire, dépourvu de parti pris dans les conflits religieux, de classes sociales ou de groupes d'intérêts¹⁶. Entre 1870 et 1900, sous l'influence du classicisme juridique, la doctrine subira un processus de systématisation, d'intégration, de généralisation puis d'abstraction de plus en plus sophistiqué. Le but poursuivi et son effet consisteront à renforcer la dichotomie entre le droit public et le droit privé¹⁷ et, avec elle, les dualismes État/société, libre marché économique/famille et politique/libre marché économique¹⁸. L'épuration de catégories juridiques autour de concepts tels que la volonté, la faute et la propriété vise l'élaboration d'un droit privé autonome, systématique et apolitique¹⁹. À l'effort d'intégration systématique s'ajoute un raisonnement juridique formaliste et conceptualiste perçu comme empreint de certitudes, de neutralité et d'une logique inexorable. C'est ainsi que le raisonnement juridique se distingue fondamentalement du politique²⁰. Plutôt que de reconnaître les conflits d'intérêts en jeu dans ces matières, les juristes tentent de dépolitiser les catégories de droit public en les faisant dériver de classifications de droit privé²¹.

À la fin du XIX^e siècle, l'agitation et les émeutes sociales en Europe et en Amérique conduisent à la conviction que seul un système politique et

15. Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, p. 9.

16. *Id.*, p. 19.

17. Selon cette conception, le droit public est coercitif et sujet à l'intervention politique, comme dans le domaine du droit criminel : Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, p. 10. Au contraire, le droit privé est non coercitif, résistant à l'ingérence politique et immunisé contre les dangers de la redistribution de la richesse (*id.*, p. 27). Par exemple, dans les domaines du droit des contrats, de la famille et de la responsabilité civile, les concepts de la volonté individuelle, du libre arbitre, du consensualisme et du laisser-faire empêchent toute velléité d'intervention judiciaire fondée sur l'équité (*id.*, p. 11).

18. Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, pp. 11 et 14.

19. *Id.*, p. 14.

20. *Id.*, pp. 16 et 27.

21. *Id.*, p. 27. Par exemple, le pouvoir constitutionnel de protection de l'intérêt général (*police power* : le pouvoir législatif étatique d'adopter des lois et des règlements pour la protection du public) fut reconceptualisé en faisant appel à la doctrine de common law de l'abus de droit (*nuisance*) afin d'éviter d'avoir à affronter le conflit des intérêts en présence.

économique décentralisé peut maintenir la liberté et éviter la tyrannie de l'État tout en encourageant la prospérité. Cette vision d'un libre marché économique naturellement et nécessairement décentralisé est aux prises avec le règne des grandes sociétés commerciales constitutives de monopole²².

Selon le classicisme juridique, l'intégrité du droit privé et l'autorité du juge de common law reposaient sur la non-intervention politique des juges. L'ingérence de plus en plus grande du droit dans la promotion de la prospérité économique provoque une confrontation entre l'émergence de l'utilitarisme²³ et les théories dépassées d'une fonction judiciaire non interventionniste basée sur l'application de droits naturels individuels²⁴. L'emploi du droit privé à des fins économiques utilitaristes menace la prétention à la neutralité politique²⁵. Si l'individu est sacrifié au bien commun en vue d'une plus grande prospérité économique, pourquoi alors ce sacrifice n'est-il pas aussi légitime pour redistribuer la richesse ainsi engendrée²⁶ ?

L'idéologie du classicisme juridique se manifeste notamment dans les débats entourant la codification et le rôle de la coutume.

Au XIX^e siècle, le débat²⁷ sur la codification mettra en évidence plusieurs thèmes classicistes. Le New York de cette époque s'avérait être le centre d'une lutte virulente contre la vague de codification²⁸. Cette offensive, orchestrée surtout par l'Association du barreau de la ville de New York et par son principal porte-parole, James Coolidge Carter²⁹, loin de porter sur des articles précis, s'attaque au concept même de la codification³⁰. En effet, selon Carter, un code est la caractéristique des pays qui ont une origine despotique ou qui ont souffert du long règne d'un pouvoir

22. Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, p. 66.

23. Théorie selon laquelle l'utile est le principe de toutes les valeurs.

24. Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, p. 112. Dans le présent texte, l'expression « droits naturels » désigne les droits innés et inaliénables découlant de la nature de l'être humain et dépendant de sa personnalité, par opposition aux droits créés par des lois positives.

25. Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, p. 112.

26. *Ibid.*

27. *Id.*, pp. 117-123. La question de la codification préoccupe surtout les juristes au cours des décennies entre 1820-1850 et 1870-1890.

28. L'État de New York adopte un code de procédure civile en 1848 et un code pénal en 1881. Le Code politique de New York ne sera jamais adopté. Le Code civil de New York comprenant 2 034 articles fait l'objet d'un veto par deux gouverneurs bien qu'il ait été promulgué à quatre reprises par l'assemblée de New York et deux fois par les deux chambres. Cependant, la Californie a adopté un code de procédure civile en 1851 et un code civil en 1872, tous deux adaptés de ceux de New York. Le territoire du Dakota et la Georgie ont aussi adopté des codes civils : Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, p. 117.

29. Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, p. 118.

30. *Ibid.*

despotique³¹. Par ailleurs, ce dernier affirmait que la défense du système de la common law était soutenue par le caractère apolitique, objectif et scientifique de l'adjudication. La common law était ainsi motivée par la peur avouée de la redistribution de la richesse et de la perte de privilèges qu'entraîne une ingérence législative indue³². De plus, Carter mettra en opposition la législation et l'esprit démocratique pour ensuite consacrer la coutume, plus apte à remplir les idéaux de la souveraineté populaire que la loi, comme intermédiaire entre l'État et la société³³. Pour Carter, les cours de justice et les assemblées législatives ne servent qu'à éclaircir, de façon exceptionnelle, des coutumes contradictoires ou ambiguës³⁴.

À la fin du XIX^e siècle, cette idéalisation de la coutume sert à camoufler certaines contradictions politiques et intellectuelles. Par exemple, les classicistes juridiques craignent deux visions du droit qu'ils situent aux extrémités du continuum juridique. Ainsi, à une extrémité, le *Code Napoléon* représente le positivisme continental, instituant, d'un côté, la suprématie législative et la souveraineté de la volonté populaire, mais, confirmant, de l'autre, la nécessité et la légitimité de l'utilisation de la contrainte pour le maintien de l'ordre et de la justice³⁵. À l'autre extrémité se situe un droit naturel individualiste, basé sur la souveraineté de la volonté individuelle et de la propriété privée absolue, et ayant atteint son apogée avec la Révolution américaine. Les classicistes juridiques rallient ces deux visions opposées dans la coutume, conçue comme consentement au contrat social et servant de base de réconciliation entre l'anarchie des droits naturels individualistes et la tendance coercitive de la souveraineté législative³⁶. Ainsi, la coutume répond au désir d'ordre et de stabilité tout en maintenant l'illusion du consentement de chaque individu³⁷. La défaite du mouvement de codification aux États-Unis consacre dès lors le rôle des juges et des juristes dans un système de common law démocratique qui s'est vu ainsi gagner en légitimité et en autonomie³⁸, tout en devenant aussi puissant que ses concurrents institutionnels : la démocratie, la religion, la science et le libre marché économique³⁹.

31. *Id.*, p. 119.

32. *Ibid.*

33. *Id.*, p. 120.

34. *Id.*, p. 121.

35. *Ibid.*

36. *Id.*, p. 122.

37. *Ibid.*

38. *Id.*, p. 221. Au sujet de la France, voir Pierre BOURDIEU, « La force du droit : éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64, 1986, pp. 3-19.

39. Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, p. 221.

1.2 Le progressisme juridique

En général, les progressistes révèlent les postulats et critiquent les aspects politiques et moraux du classicisme juridique. Ils attaquent les structures de la doctrine et du raisonnement juridiques qui présentent ces présuppositions comme neutres, naturelles et nécessaires⁴⁰. Deux groupes de progressistes se succèdent : les partisans d'une théorie sociologique du droit et les réalistes juridiques⁴¹.

1.2.1 La théorie sociologique du droit

1.2.1.1 Oliver Wendell Holmes, Jr.

Oliver Wendell Holmes, Jr.⁴², sans contredire un des plus grands juristes américains et le plus éminent des progressistes, incarne la naissance, les contradictions et les renversements de la pensée juridique progressiste américaine. Le cheminement intellectuel de Holmes entre la publication de l'ouvrage *The Common Law*⁴³ en 1881 et son discours « The Path of the Law⁴⁴ » en 1897 suit les changements sociaux, économiques et intellectuels de son temps^{44a}. En effet, les conflits sociaux et économiques marquant les années 1890 provoquent le discrédit des règles prétendument objectives.

40. *Id.*, p. 169.

41. Horwitz emploie l'expression « progressisme » pour désigner deux phénomènes distincts. Il l'emploie, d'une part, dans son sens particulier, pour nommer les réformateurs d'avant la Première Guerre mondiale et, d'autre part, dans son sens général, pour désigner la tendance réformatrice des critiques du classicisme juridique qui regroupent les progressistes d'avant-guerre et les réalistes juridiques qui leur succèdent. Nous allons tenter d'éviter cette confusion terminologique en parlant de la « théorie sociologique du droit » d'avant-guerre et en confinant le terme « progressisme » à son sens général. La théorie sociologique du droit se distingue de la sociologie du droit (voir André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1988, s.v. *Sociological Jurisprudence*). La théorie sociologique du droit est un mouvement progressiste issu de l'œuvre d'Oliver Wendell Holmes et fondé par Roscoe Pound (*infra*, note 78). Elle vise à replacer la décision judiciaire au sein de la société dans laquelle elle s'inscrit, en préconisant un « droit vivant » préoccupé par le bien-être collectif et tenant compte des us et coutumes sociales. Toutefois, contrairement à l'expression « réalisme juridique », l'appellation « théorie sociologique du droit » n'est pas tout à fait exacte puisqu'elle ne suffit pas à regrouper tous les progressistes d'avant-guerre. Nous employons ici l'expression dans un sens plus large que sa désignation usuelle.

42. Holmes (1841-1935) fut avocat de pratique privée dans la région de Boston. Il fut juge à la Supreme Judicial Court of Massachusetts entre 1881 et 1903, année de sa nomination à la Cour suprême des États-Unis, où il siégea pendant 30 ans.

43. Oliver Wendell HOLMES, *The Common Law*, 1^{re} éd., Boston, Little, Brown, 1881.

44. Oliver Wendell Holmes, « The Path of the Law », dans *Collected Legal Papers*, Harcourt, Brace & Have, 1920, p. 181.

44a. Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, chap. 4.

Celles-ci ne suffisent plus à justifier l'exercice de la force au nom d'un pseudo-consensus social. L'exacerbation de problèmes tels que l'accroissement de l'immigration, la cartellisation des corporations, les conflits de travail et la dépression économique révèlent l'absence de légitimité des droits naturels désormais perçus comme aléatoires parce qu'ils perpétuent l'injustice sous le couvert de la libre entreprise⁴⁵.

Au début, Holmes recherche des règles de droit objectives, c'est-à-dire des règles générales qui ne prennent pas en considération l'état mental ou moral de l'individu et qui assurent la certitude et la prévisibilité nécessaires pour régler les relations de plus en plus complexes et interdépendantes au sein de la société⁴⁶. « *The Path of the Law*⁴⁷ » marque un changement de taille dans la pensée de Holmes : il renonce à sa quête de l'objectivité et de la systématisation. De formaliste, il devient un anti-formaliste. Il adopte désormais une attitude de scepticisme détaché, et il articule, pour la première fois, une thèse positiviste en insistant sur une distinction nette entre le droit et la morale⁴⁸. En 1897, Holmes élabore sa fameuse théorie de la prophétie du droit⁴⁹. Il nie la prétention à la certitude mathématique et logique du droit en affirmant que ce dernier n'est que la détermination de la probabilité de ce que les cours décideront dans les faits⁵⁰.

Le débat sur la codification et la remise en question de l'idéologie entourant le raisonnement juridique témoignent des transformations fondamentales que subit l'œuvre de Holmes et de leurs répercussions dans l'histoire des théories du droit progressistes.

Comme Carter, Holmes favorise la coutume et s'oppose à la codification parce que, selon lui, « *law is not a science, but is essentially empirical*⁵¹ ». Holmes réitère ainsi son scepticisme par rapport aux généralisations et aux abstractions⁵². Dans *The Common Law*, la coutume réconcilie l'individu et la moralité sociale⁵³. On constate cependant qu'en 1897 Holmes remet en question cette conception, lorsque, sous l'influence des conflits entre classes sociales, il devient évident que la coutume ne peut

45. *Id.*, p. 138.

46. *Id.*, p. 110.

47. Oliver Wendell HOLMES, *loc. cit.*, note 44.

48. Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, p. 140.

49. *Id.*, p. 56. Dans les mots célèbres de Holmes : « the prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law ».

50. Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, p. 56.

51. *Id.*, p. 123.

52. *Ibid.*

53. *Id.*, p. 125.

plus constituer un élément rationalisant entre l'État et la société⁵⁴. Il abandonne alors l'espoir de découvrir un système de common law capable de fournir des solutions prédéterminées à des questions de droit particulières. Devant lui s'offre un choix de plus en plus limité entre un individualisme à outrance désormais anachronique et des formes variées et dangereuses d'étatisme et de collectivisme⁵⁵. Pour Holmes, le droit n'est qu'une bataille, partiellement consciente et dissimulée, sur des questions de politique législative. En somme, le droit est un construit social⁵⁶.

Si, en 1881, Holmes concevait les différentes règles et les principes de droit comme s'échelonnant entre les deux pôles du continuum juridique, en 1897, il ne voit plus que des contradictions entre les extrêmes⁵⁷. Aucune raison neutre et objective ne peut être invoquée pour choisir entre deux théories juridiques opposées et contradictoires celle qui doit prévaloir. Il dénonce le caractère fallacieux et illusoire du raisonnement logique et l'hérésie de faire du droit, comme des mathématiques, à partir de comportements réduits à des axiomes généraux. Dans « *The Path of the Law* », Holmes défend l'empirisme basé, non plus sur la coutume, mais sur la politique sociale (*policy*) en vertu de laquelle tout avantage acquis doit être évalué en fonction d'un sacrifice correspondant⁵⁸.

Déjà en 1894, dans son article « *Privilege, Malice and Intent*⁵⁹ », Holmes propose un test de prépondérance des intérêts (*balancing test*) pour remplacer le raisonnement par syllogisme. Il est le premier à articuler ce test qui va révolutionner la théorie du droit en provoquant l'érosion progressive du raisonnement du classicisme juridique. C'est donc à Holmes qu'est attribuée, en majeure partie, la responsabilité du renversement de l'orthodoxie dominante, le classicisme juridique⁶⁰.

« *The Path of the Law*⁶¹ » marque l'entrée dans le xx^e siècle d'un droit désormais conçu comme dépendant de la politique et inséparable de la réalité sociale. Au même moment, de nouvelles alliances intellectuelles ont

54. *Ibid.*

55. *Id.*, p. 127. Le terme « collectivisme » s'entend dans son sens large et désigne des mouvements tels que le communisme, le marxisme et le socialisme.

56. Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, p. 127.

57. *Id.*, p. 130.

58. *Id.*, pp. 140-141.

59. Oliver Wendell HOLMES, « *Privilege, Malice and Intent* », *op. cit.*, note 44, p. 117.

60. Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, p. 131.

61. Pour plusieurs, « *The Path of the Law* » est un texte inspiré. À l'époque où Holmes écrivait son texte d'avant-garde, il commençait une histoire d'amour intense avec lady Castleton. Cette relation put produire chez Holmes « what Freud called an « oceanic » feeling, inducing him to transcend the prior categories of his thought » : Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, p. 143.

vu le jour, notamment avec l'émergence de mouvements instigateurs de réformes sociales⁶².

1.2.1.2 Le consensualisme et la théorie objective de l'accord de volonté

La polémique opposant la théorie du consensualisme et la thèse objective de l'accord de volonté donne un aperçu des transformations du droit survenues entre le classicisme juridique et la théorie sociologique du droit.

Selon la théorie consensualiste, l'accord de volonté des parties fonde le contrat. Traditionnellement, la doctrine oppose les théories subjective et objective de la rencontre des volontés. La théorie subjective favorise l'élément interne de la volonté, c'est-à-dire l'intention psychologique et réelle des parties dont la preuve va être admise pour contredire les termes mêmes du contrat. Au contraire, en vertu de la théorie objective et formaliste, la manifestation externe de la volonté prime sur l'intention interne, et la recherche du consentement porte sur l'entente convenue entre les parties, même si celle-ci contredit leur intention véritable⁶³.

Après la guerre civile américaine, juges et juristes passent d'une théorie subjective à une théorie objective du consensualisme contractuel⁶⁴. La résurgence de la théorie objective dans le domaine du droit des contrats s'explique par le désir d'assurer la rectitude, la consistance et l'uniformité des décisions judiciaires jusque-là trop souvent sujettes aux aléas des jurys⁶⁵. En 1897, Holmes avait déjà bouleversé la pensée juridique américaine en affirmant l'incompatibilité entre la théorie objective de la volonté et la théorie consensualiste du contrat⁶⁶. En effet, Holmes en vint à la conclusion révolutionnaire que l'institution du contrat est assujettie à des objectifs politiques et sociaux⁶⁷. Cette conclusion deviendra un des slogans de la critique des progressistes.

En 1905, la Cour suprême des États-Unis dans *Lochner v. New York*⁶⁸ annula une loi imposant un nombre maximal d'heures de travail aux boulangers parce qu'elle constituait une ingérence inconstitutionnelle en enfreignant la sacro-sainte liberté contractuelle. Cette décision qui consacre constitutionnellement la liberté contractuelle, expression du libre marché économique, contribuera fortement à la naissance de la théorie socio-

62. Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, p. 142.

63. Maurice TANCELIN, *Des obligations*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1988, pp. 45-50.

64. Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, p. 35.

65. *Id.*, p. 112.

66. *Id.*, p. 38.

67. *Id.*, p. 49.

68. *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

logique du droit. Ses tenants attaquent le caractère consensuel du système contractuel existant et remettent en question l'équité et la justice de la structure même du marché⁶⁹.

La critique progressiste met en relief la contradiction entre la réalité des inégalités sociales et la théorie objective classique qui fait reposer la force obligatoire du contrat sur un accord de volontés libres et autonomes⁷⁰. La liberté contractuelle lui apparaît subordonnée à une volonté politique collective. Selon la théorie sociologique du droit, le choix par l'État d'accorder ou non la force obligatoire à un contrat n'est pas basé sur la volonté individuelle des parties, mais se fonde sur des considérations de politique sociale (*policy*)⁷¹.

Trois ans après l'affaire *Lochner*, la critique de la théorie sociologique du droit porte ses fruits. La Cour suprême des États-Unis dans *Muller v. Oregon*⁷² reconnaît la validité d'une loi imposant des heures maximales de travail pour les femmes. Cette décision doit sa célébrité au fameux *Brandeis Brief*⁷³ présenté devant la Cour suprême des États-Unis. Ce factum obligea les juges à faire face à un examen des véritables conditions de travail des femmes dans les manufactures par opposition à une analyse légaliste des clauses de l'entente contractuelle. Il symbolise l'activisme des sociologues qui firent appel aux sciences sociales afin de confronter le droit avec la réalité⁷⁴.

1.2.2 Le réalisme juridique

À plusieurs égards, les réalistes continuent le projet progressiste de la théorie sociologique du droit⁷⁵. La principale distinction entre les deux courants porte sur le scepticisme relatif aux notions de moralité et de raison qu'entraîne le traumatisme de la Première Guerre mondiale. En effet, le

69. Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, pp. 33-34.

70. Dans les mots d'Anatole France : « Les riches sont comme les pauvres libres de dormir sous les ponts de Paris. »

71. Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, p. 38.

72. *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908).

73. L'expression *Brandeis Brief* désigne un factum qui comprend de l'information politique, sociologique, économique et historique en plus d'arguments strictement juridiques. Dans *Muller v. Oregon*, le factum présenté par Louis D. Brandeis comprenait 2 pages d'arguments juridiques et 95 pages d'information sociologique et économique sur les conditions de travail des femmes dans les manufactures. Louis D. Brandeis (1856-1941), connu nationalement comme un « avocat du peuple » pour son activisme progressiste en droit du travail et de l'assurance, siégea à la Cour suprême des États-Unis entre 1916 et 1939.

74. Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, pp. 188-189 et 209.

75. *Id.*, p. 169.

réalisme juridique se caractérise par une plus grande incrédulité au sujet de la communauté des valeurs sociales et d'un système juridique positiviste⁷⁶.

Les aspirations réformistes des progressistes varient considérablement. Parmi les tenants de la théorie sociologique du droit, certains, comme Hohfeld⁷⁷, croient à la possibilité d'un système juridique scientifique et neutre même si, selon lui, les classicistes ont erré en laissant le formalisme isoler le droit de la réalité. Pour d'autres, comme Pound⁷⁸ et Cardozo⁷⁹, il s'agit de trouver une méthode juridique susceptible de produire des résultats plus légitimes et réalistes⁸⁰. En général, le sentiment d'après-guerre amène chez les réalistes juridiques une désaffection à l'égard de la justice sociale⁸¹.

De plus, la réforme des réalistes s'articule autour de changements législatifs et administratifs mis en œuvre par des institutions administratives spécialisées, tandis que leurs prédécesseurs misaient sur les interventions judiciaires progressistes des tribunaux de droit commun⁸².

Le réalisme juridique ne constitue pas une école de pensée cohérente et unifiée. Un échange d'idées virulent entre Roscoe Pound, alors doyen à la Harvard Law School, et un jeune professeur de la Columbia Law School,

76. *Id.*, p. 191.

77. Wesley N. Hohfeld (1879-1918) fut professeur à la Stanford Law School puis à la Yale Law School. Son analyse abstraite et quelque peu formaliste des relations et des différences structurelles entre des notions telles que droits, privilèges, pouvoirs et immunités constitue sa plus grande contribution à la théorie progressiste du droit : Wesley N. HOHFELD, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », (1913) 23 *Yale L.J.* 16 (Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, p. 182, à sa note 92).

78. Roscoe Pound (1874-1964) fut un des plus éminents juristes des États-Unis. Il fut professeur à la Harvard Law School à partir de 1910, et doyen entre 1917 et 1936. Il fut fondateur de la théorie sociologique du droit (*supra*, note 41). L'article de Pound intitulé « The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence » (parts 1-3), (1911) 24 *Harv. L. Rev.* 591, eut une importance significative dans l'émergence du réalisme juridique : Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, p. 182, à sa note 89.

79. Benjamin N. Cardozo (1870-1938) siégea à la New York Court of Appeals entre 1914 et 1932, date à laquelle il fut nommé à la Cour suprême des États-Unis pour remplacer Holmes. Il fut, comme ce dernier, un des plus grands juges des États-Unis : Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, p. 189. Conscient des transformations sociales et culturelles de la norme américaine, Cardozo contribua à la réorientation progressiste du droit privé et professa sa foi dans le pouvoir d'une justice sociale trouvant son expression dans l'analyse sociologique (*id.*, pp. 189-192 et 182, à sa note 90).

80. Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, p. 189.

81. *Id.*, p. 190.

82. *Id.*, p. 170.

Karl Llewellyn⁸³, est à l'origine de l'appellation « réalisme juridique » au début des années 1930. Dans un article de 1930 intitulé « A Realistic Jurisprudence — The Next Step⁸⁴ », Llewellyn attaque Pound qui aurait renié ses engagements réformistes⁸⁵. La riposte de Pound s'adresse à l'article de Llewellyn mais aussi à la publication par Jerome Frank de *Law and the Modern Mind* (1930)⁸⁶. À la suite de la réplique de Pound⁸⁷, Llewellyn dresse une liste de 20 réalistes⁸⁸.

L'existence de cette liste a limité les recherches historiques sur le réalisme juridique. Llewellyn n'était pas dans une situation propice pour

-
83. Karl Nickerson Llewellyn (1893-1962) fut professeur à la Columbia Law School (1925-1951) et à la Chicago Law School à partir de 1951. Il fut un des principaux artisans du *Uniform Commercial Code* des États-Unis.
84. Karl Nickerson LLEWELLYN, « A Realistic Jurisprudence — The Next Step », (1930) 30 *Colum. L. Rev.* 431. Dans son article, Llewellyn présente ses réflexions sur les courants théoriques américains et sur l'École du droit libre allemande : Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, p. 172. Il adopte la grande distinction entre le droit théorique (*law in the books*) et le droit en pratique (*law in action*) de Pound sans en attribuer le crédit à ce dernier. Au contraire, il attaque de façon virulente et ridiculise d'autres thèses de Pound (*id.*, pp. 173-174).
85. Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, p. 174.
86. Jerome FRANK, *Law and the Modern Mind*, New York, Brentano's, 1930, est un ouvrage « radioactif » et brillant, inspiré par la théorie psychanalytique, dans lequel Frank critique le formalisme de l'ancien régime et fait l'éloge du doute existentialiste : Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, p. 176. Il y remet en question non seulement la possibilité, mais aussi le caractère désirable de la sécurité et de la certitude juridique. Le style iconoclaste de *Law and the Modern Mind*, considéré comme une attaque rebelle contre le rationalisme, acheva de marginaliser Frank. En effet, une partie de son livre est vouée à la détermination de la maturité juridique des grands juristes américains dans laquelle un chapitre entier est consacré à Pound où Frank l'accuse d'avoir des réflexions enfantines (*id.*, pp. 176-179). Cette partie du livre de Frank s'explique sans doute par le fait qu'il était en pleine psychanalyse lorsqu'il commença à l'écrire et que, pendant les premiers six mois, il voyait son thérapeute deux fois par jour (*id.*, p. 176). Frank emploie pour la première fois l'expression *legal realism* dans son livre (*id.*, p. 175). Dans ce contexte, *Law and the Modern Mind* constitua une cible idéale pour les adversaires du réalisme juridique (*id.*, p. 179).
87. Dans « The Call for Realist Jurisprudence », (1931) 44 *Harv. L. Rev.* 697, Pound, tout en se défendant de chercher la polémique, fait des remontrances empreintes de respect et même d'admiration pour les nouveaux venus, les exhortant à éviter les pièges de l'excès et du dogmatisme. Son article, typique par ses généralisations excessives, critique les réalistes sans en nommer un seul : Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, p. 173.
88. Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, p. 171, à sa note 11. La liste incluait : Walter Bingham (Stanford), Charles Clark (Yale), Walter Wheeler Cook (Hopkins), Arthur L. Corbin (Yale), William O. Douglas (Yale), J. Francis (Oklahoma), Jerome Frank (avocat), Leon Green (Northwestern), J.C. Hutcheson (juge), S. Klaus (avocat), Karl Llewellyn (Columbia), E.G. Lorenzen (Yale), Underhill Moore (Yale), Herman Oliphant (Hopkins), Edwin W. Patterson (Columbia), T.R. Powell (Harvard), Max Radin (Berkeley), Wesley Sturges (Yale), L.A. Tulin (Columbia) et Hessel E. Yntema (Hopkins).

établir une telle liste qui, en somme, présente une perspective restreinte de la signification du réalisme juridique⁸⁹. En insistant sur les aspects technique et méthodologique de sa démarche, Llewellyn a réduit indûment la richesse de l'apport substantiel et des engagements politiques de la critique des réalistes juridiques⁹⁰.

Tous les réalistes partagent la conviction profonde que le droit, comme système de pensée, a perdu contact avec la réalité⁹¹. Cette remise en question appelée la « révolte contre le formalisme » ou le « naturalisme scientifique » s'étend à toutes les branches des sciences sociales, y compris notamment la philosophie, l'histoire, l'économie et la sociologie⁹². Ces premiers chercheurs en sciences sociales, dont plusieurs femmes, visaient la dénonciation des apparences conventionnelles pour mettre à nu la réalité⁹³. En droit, l'insistance sur l'importance de faire appel à des données sociales tant devant les tribunaux que dans la doctrine est un fruit du réalisme juridique et constitue une des stratégies pour ébranler la forteresse des concepts légalistes⁹⁴.

Le réalisme juridique est une des premières manifestations du « modernisme culturel » ou du « relativisme cognitif »⁹⁵. En effet, les réalistes examinent les fondements traditionnels de la pensée et des structures de la connaissance. Ils manifestent un intérêt particulier pour les constructions sociales concernant les schèmes de référence, les taxonomies d'idées et les concepts de légitimation et attaquent, sans relâche, la prétendue objectivité du raisonnement déductif et analytique⁹⁶.

Ainsi, un des fondements de la pensée orthodoxe classiciste repose sur la cohérence et l'intégrité des catégories dichotomiques formelles et tranchées. Les réalistes assaillent les tenants de ce mode de pensée en remplaçant la notion de classifications et de catégories juridiques dites natu-

89. Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, pp. 182-184, énumère les grands oubliés de la liste : a) les progressistes de l'avant-guerre (tels que Oliver Wendell Holmes, Jr., John Chipman Gray, Roscoe Pound, Benjamin N. Cardozo) ; b) les économistes institutionnalistes (tels que Richard T. Ely, John R. Commons, Robert Lee Hale) ; c) les philosophes (tels que John Dewey, Morris Cohen et son fils Felix Cohen) ; d) les critiques de la doctrine dans des domaines spécialisés du droit (tels que Nathan Isaacs, Warren Seavey, Walter Wheeler Cook) ; e) les auteurs de doctrine anti-formalistes (Lon Fuller, John Dawson, David Cavers) ; et f) les juristes du droit administratif (Felix Frankfurter, James M. Landis).

90. Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, p. 172.

91. *Id.*, p. 187.

92. *Id.*, p. 188.

93. *Id.*, p. 189.

94. *Id.*, p. 188.

95. *Id.*, p. 181.

96. *Id.*, p. 182.

relles par une démonstration de la construction sociale les entourant et de l'absence d'une essence qui leur soit propre⁹⁷. La déconstruction de la distinction droit privé/droit public est une des plus grandes contributions du réalisme juridique. En effet, l'opposition public/privé justifie l'idéologie masculine dominante du laisser-faire et condamne l'interventionnisme gouvernemental dans la réglementation de l'économie⁹⁸. Ce faisant, elle accentue les inégalités entre les femmes et les hommes, entre le libre marché économique et la famille, dans les relations de travail et de classes sociales. Encore ici, cette distinction se fonde sur une conception apolitique, neutre et autoréglémentée du domaine économique⁹⁹. La déclaration du philosophe réaliste Morris Cohen¹⁰⁰ selon laquelle le pouvoir contractuel n'est que le choix, exercé par l'État et basé sur des considérations sociales, de déléguer le pouvoir public aux individus constitue l'aboutissement de cette attaque. Elle conduisit à l'affirmation que toute activité privée est une activité publique et donc le droit privé est autant du droit public¹⁰¹.

La critique des catégories dichotomiques se distingue par ailleurs de l'anti-conceptualisme réaliste qui s'inscrit plutôt dans un scepticisme envers le raisonnement déductif et analogique, apolitique et non discrétionnaire, à partir de principes généraux. Les réalistes sont les premiers à adopter une attitude hostile à l'égard de l'abstraction et de la systématisation considérées comme instrument de distorsion de la réalité et comme technique de légitimation de politiques conservatrices¹⁰².

Dans l'histoire des États-Unis, l'absence d'une religion institutionnalisée ou d'une organisation sociale préétablie avait eu pour effet d'élever le principe de la légalité (*rule of law*) au rang de « religion civile¹⁰³ ». Dans ce contexte, c'est la critique de la conception classiciste d'une pensée juri-

97. *Id.*, p. 200.

98. *Id.*, p. 206.

99. *Ibid.*

100. Morris Raphael Cohen (1880-1947) fut professeur de mathématique (1902-1904, 1906-1912) puis de philosophie (1912-1938) au College City of New York. Il enseigna aussi la philosophie, entre autres, aux universités de Chicago, d'Harvard et de Columbia. Il publia notamment *Reason and Nature: An Essay on the Meaning of Scientific Method*, Glencoe, The Free Press, 1931; *Law and Social Order: Essays in Legal Philosophy*, New York, Harcourt Brace and Company, 1933, et fut *editor* de C.S. PEIRCE, *Chance, Love and Logic: Philosophic Essays*, coll. « Modern Legal Philosophy Series », New York, Barnes and Noble, 1923.

101. Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, p. 207. Voir Judy FUDGE, « The Public/Private Distinction: The Possibilities of and the Limits to the Use of Charter Litigation to Further Feminist Struggles », (1987) 25 *Osgoode Hall L.J.* 485, pour une analyse féministe de cette critique.

102. Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, pp. 200-201.

103. *Id.*, p. 193.

dique autonome et séparée du discours moral et politique qui constitue la contribution fondamentale des réalistes juridiques. Sur ce chapitre, la critique progressiste parvint à déséquilibrer la vision d'un marché économique neutre distribuant légitimement des récompenses justes et adaptées aux habiletés inégales de ses participantes et participants par une approche téléologique (*consequentialist*)¹⁰⁴ de la justice sociale¹⁰⁵.

La critique réaliste du classicisme orthodoxe donna naissance à plusieurs contradictions d'où émergeront deux tendances. La première, critique, vise à dénoncer sur un ton passionné mais d'une manière sophistiquée les offenses morales et politiques commises par l'ancien système. Elle déconstruit les prétentions à la neutralité et à la nécessité de conceptions juridiques dites naturelles¹⁰⁶. La seconde, constructive, utilise l'expertise des sciences sociales pour y soumettre les passions morales et politiques et aboutir à des projets positivistes souvent naïfs et favorisant le *statu quo*¹⁰⁷. Le virage vers les sciences sociales s'explique par une recherche de nouvelles bases pour des valeurs sociales changeantes et d'autres types de légitimation visant à remplir le vide laissé par le déclin de la religion et du darwinisme¹⁰⁸. Cependant, le positivisme des sciences sociales ne fit que camoufler, par un recours à l'expertise et au professionnalisme, la question centrale de la légitimation par la création d'un droit se limitant à n'être que le reflet fidèle de la société. Le mouvement réaliste finit par en perdre ses aspirations réformatrices et devint progressivement une apologie de la société existante¹⁰⁹.

2. La succession

2.1 L'après-réalisme

Les années 1950 et 1960 sont marquées par un renversement complet des positions libérales et conservatrices sur les questions du pouvoir de contrôle judiciaire (*judicial restraint*) sous l'influence, entre autres, du maccarthysme et de la guerre du Viêt-nam. Éventuellement, on verra se morceler le lien traditionnel entre conservatisme et procéduralisme avec

104. Ce terme désigne la notion selon laquelle les fins poursuivies par le droit déterminent sa valeur. Le principe de sélection « conséquentialiste » détermine la solution susceptible de correspondre le plus précisément aux fins poursuivies : Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, p. 190.

105. Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, p. 194.

106. *Id.*, p. 209.

107. *Id.*, p. 208.

108. *Id.*, p. 210.

109. *Id.*, p. 211.

l'association entre l'expansion des droits sociaux et des garanties procédurales¹¹⁰.

De la fin de la Seconde Guerre mondiale jusqu'à 1960, les pressions de plus en plus vives de l'orthodoxie tentent de rétablir la distinction entre le droit et la politique et d'éliminer l'héritage déséquilibrant du réalisme juridique. Cette période est aussi marquée par un retour à la légalité à la suite de l'émergence à l'étranger du totalitarisme et des différentes interprétations des horreurs du fascisme, du nazisme et du stalinisme¹¹¹. En effet, le désir de tirer les leçons des horreurs de la guerre monopolise l'intelligentsia américaine par l'insistance qu'elle place sur la moralité et sur la crise de l'autorité qui en découle¹¹². Dans le contexte de l'après-guerre, il était devenu habituel d'accuser le réalisme juridique de tous les maux, que ce soit d'athéisme, de nihilisme ou de communisme. Le débat sur le rôle du droit dans l'émergence du totalitarisme met le réalisme juridique dans une position particulièrement difficile puisqu'il proclame les origines sociales du droit¹¹³. Dans son ouvrage *The Common Law Tradition*¹¹⁴, Llewellyn retourne aux valeurs conservatrices de stabilité, de prévisibilité, de tradition et de formation professionnelle qu'il avait lui-même combattues¹¹⁵.

Au niveau constitutionnel, la Cour suprême des États-Unis se divise lorsque le juge Harlan Fiske Stone¹¹⁶, dans la fameuse note quatre de *Carolene Products*¹¹⁷, tente de justifier l'activisme judiciaire dans le domaine des droits de la personne, alors que la Cour s'était prononcée contre l'interventionnisme et le pouvoir de contrôle judiciaire de la réglementation économique¹¹⁸. Le nouveau juge en chef Warren réussit à faire prévaloir le point de vue du juge Stone dans la célèbre et importante décision *Brown v. Board of Education* (1954)¹¹⁹, où la Cour décide que la ségrégation des écoles est inconstitutionnelle. La décision *Brown* soulève la rage non

110. *Id.*, p. 246.

111. *Id.*, p. 247.

112. *Id.*, p. 250.

113. *Id.*, p. 248.

114. Karl Nickerson LLEWELLYN, *The Common Law Tradition*, Boston/Toronto, Little, Brown, 1960.

115. Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, p. 250.

116. Harlan Fiske Stone fut doyen à la Columbia Law School (1910-1923), puis procureur général des États-Unis (1924-1925) avant d'être nommé à la Cour suprême des États-Unis où il fut juge en chef entre 1941 et 1946. À partir des années 1920, il devint convaincu du caractère évolutif du procédé judiciaire et de l'importance d'y véhiculer des valeurs sociales.

117. *United States v. Carolene Products*, 304 U.S. 144, 152, n. 4 (1938).

118. Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, p. 252.

119. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

seulement des ségrégationnistes du sud des États-Unis mais aussi celle des anciens progressistes pour qui le pouvoir de contrôle judiciaire est incompatible avec les principes démocratiques¹²⁰.

Pour plusieurs théoriciennes et théoriciens du droit, l'affaire *Brown* représente un défi de taille à leurs justifications du non-interventionnisme judiciaire¹²¹. Le juge Learned Hand¹²² fut un des principaux critiques de *Brown*. Le changement dans l'idéologie du juge Hand, un champion du progressisme avant la guerre, s'explique par le décalage de plus en plus grand entre la conception du processus démocratique et la culture démocratique d'après-guerre¹²³. Hand en vint à la conclusion pour le moins radicale que le pouvoir de contrôle judiciaire est antidémocratique. À la fin de sa carrière, il alla jusqu'à faire l'apologie du triomphe du *New Deal*¹²⁴ par une révision historique axée sur la méthodologie et sur l'importance de la stabilité, de la neutralité et de l'uniformité des principes de droit¹²⁵. Hand propose de remplacer le test de la prépondérance des intérêts (*balancing test*) par l'« impartialité », le « détachement » et l'« absence de « préférences prononcées » »¹²⁶. Une nouvelle formulation conservatrice de l'orthodoxie juridique émergea de cette approche abstraite anti-historique associant l'analyse de principes neutres avec le positivisme éthique¹²⁷.

La quête d'une procédure morale indépendante des résultats domine la pensée juridique de l'après-guerre¹²⁸. Cette démarche qui s'oriente vers la recherche de principes neutres et qui, par conséquent, rejette la critique de la division droit/politique des réalistes juridiques touche en même temps tous les domaines du savoir dans les années 1950¹²⁹. Le procéduralisme juridique (*legal process school*) fondé par Henry Hart¹³⁰ et Albert

120. Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, p. 253.

121. *Id.*, p. 259.

122. Learned Hand (1872-1961) siégea à la Federal District Court du Southern District de New York entre 1909 et 1924, puis au Second Circuit jusqu'à son décès. Comme Cardozo, Hand fit preuve de réceptivité par rapport aux questions de politique sociale.

123. Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, p. 261.

124. Le *New Deal*, création essentiellement progressiste, désigne l'ensemble des mesures d'action gouvernementale et des programmes économiques et sociaux adoptés par Franklin D. Roosevelt pour affronter les problèmes de la grande dépression de 1929.

125. Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, p. 264.

126. *Id.*, p. 265.

127. *Id.*, p. 268.

128. *Id.*, p. 253.

129. *Id.*, pp. 253 et 271.

130. Henry Melvin Hart (1904-1969) fut professeur à la Harvard Law School entre 1932 et 1969. Il fut coauteur de *The Federal Courts and the Federal System*, Brooklyn, Foundation Press, 1953, avec Herbert Wechsler et collabora avec Albert Martin Sacks à *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of the Law*, édition provisoire, Cambridge, Mass., Harvard University, 1958.

M. Sacks¹³¹ concède au réalisme sa critique du formalisme. Cependant, ils incitent les juristes des milieux universitaires à changer leur attention presque exclusive à la common law pour la tourner vers des arrangements institutionnels basés sur le droit administratif et législatif afin de limiter le pouvoir discrétionnaire¹³². Cette école de pensée marque le passage entre la conception substantive de la notion d'intérêt commun des *New Dealers* et une vision procédurale¹³³.

2.2 La distribution de l'héritage

Depuis 1960, trois mouvements de pensée ont succédé au procéduralisme juridique. L'après-guerre marque le retour à différentes théories des droits naturels (*rights theories*), mais surtout à l'émergence de l'analyse économique du droit (*Law and Economics*) et de l'analyse critique du droit (*Critical Legal Studies*), qui prétendent toutes deux être les héritières du réalisme juridique¹³⁴.

La prétention à la succession de l'analyse économique du droit n'est valable qu'en adoptant la définition méthodologique et technique du réalisme juridique de Llewellyn, définition qualifiée précédemment d'extrêmement restreinte. Les tenants de l'analyse économique du droit cherchent plutôt à recréer une version abstraite du marché neutre, naturel et nécessaire du classicisme juridique. Enfin, la plus grande contribution des réalistes est absente de l'analyse économique, soit sa découverte des répercussions du culturalisme moderniste et, en particulier, du relativisme cognitif sur la pensée juridique. Selon Horwitz, ce sont les adeptes de l'analyse critique du droit qui ont repris à leur compte cet héritage¹³⁵.

Malgré les contributions révolutionnaires du réalisme juridique, la croyance dans la détermination de problèmes concrets à partir de propositions générales et abstraites est encore très vivante aux États-Unis. Ce phénomène s'explique par la tendance de la pensée juridique américaine à convertir des questions concrètes en concepts abstraits (*reification*) provenant de la dimension religieuse et anhistorique de la culture des États-Unis¹³⁶. Seul le dépassement de l'idée américaine de la séparation rigide entre le droit et la politique est susceptible d'éviter à chaque génération de

131. Albert Martin Sacks (1920-1991) fut professeur à la Harvard Law School à partir de 1952, puis doyen entre 1971 et 1981. Il écrivit *The Legal Process* en collaboration avec Henry Hart.

132. Morton Jay HORWITZ, *op. cit.*, note 1, p. 254.

133. *Id.*, p. 255.

134. *Id.*, p. 269.

135. *Id.*, p. 270.

136. *Id.*, p. 271.

se cacher derrière des universalismes abstraits et anhistoriques afin de nier ses propres choix moraux et politiques¹³⁷.

Conclusion

L'ouvrage de Horwitz constitue une contribution fondamentale à l'avancement de l'histoire intellectuelle des États-Unis. Son appartenance et sa participation au mouvement de l'analyse critique du droit lui donnent une perspective contrastante de la vision traditionnelle des historiennes et historiens positivistes. Les théories du droit synthétisées et exposées par Horwitz ont, malgré leur caractère historique, leur provenance américaine et leur survenance dans un pays de common law, une importance toute contemporaine. Les juristes du monde occidental, et particulièrement les juristes du Québec à l'aube de la mise en vigueur d'un nouveau Code civil, affrontent les mêmes débats philosophiques. En effet, plusieurs des dilemmes théoriques analysés par Horwitz ont parsemé de façon cyclique l'histoire juridique du Québec et reviennent aujourd'hui la hanter. L'histoire de la pensée juridique québécoise reste à faire et l'ouvrage de Horwitz constitue sans nul doute une source d'inspiration.

Nous vivons une période de changements rapides. En effet, les dichotomies traditionnelles qui sous-tendent la structure du système juridique québécois (par exemple, droit et politique, droit privé et droit public, famille et libre marché économique, liberté et coercition, interventionnisme et non-interventionnisme) subissent aujourd'hui un éclatement dû aux théories déconstructionnistes et postmodernistes. Le même phénomène influe sur la remise en question de certaines écoles de pensée traditionnelles en droit — dont le positivisme, le formalisme, le naturalisme ou le socialisme — provoquée par les mouvements critiques contemporains tels que le féminisme, la critique raciale, le postmodernisme. La contextualisation historique de ces idées dans l'évolution de la pensée fournit un éclairage indispensable à la délimitation de leur contour et à leur compréhension. L'ouvrage de Morton Jay Horwitz, *The Transformation of American Law, 1870-1960*, ouvre une fenêtre historique sur ces questions fondamentales.

137. *Id.*, p. 272.