

Les Cahiers de droit

La nouvelle histoire du droit

Jean-Guy Belley



Volume 27, numéro 2, 1986

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042745ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042745ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cette note

Belley, J.-G. (1986). La nouvelle histoire du droit. *Les Cahiers de droit*, 27(2), 371–380. <https://doi.org/10.7202/042745ar>

Résumé de l'article

The collective book edited by G. Rubin and D. Sugarman, *Law, Economy and Society, 1750-1914 : Essays in the History of English Law* (1984) is well illustrative of the main trends of the new history of law that is now flourishing particularly in England and the United States. The twelve studies conducted by the contributors reveal the diversity of theoretical issues, subjects of inquiry, methodological strategies and sources of data that characterize the new history of law. In contrast with the more traditional and formal history of legal institutions, the entire book also expresses the critical stance the discipline is seeking to adopt, relying on sociology and other social sciences in order to apprehend law from an external rather than merely doctrinal point of view.

La nouvelle histoire du droit

Jean-Guy BELLEY *

The collective book edited by G. Rubin and D. Sugarman, Law, Economy and Society, 1750–1914: Essays in the History of English Law (1984) is well illustrative of the main trends of the new history of law that is now flourishing particularly in England and the United States. The twelve studies conducted by the contributors reveal the diversity of theoretical issues, subjects of inquiry, methodological strategies and sources of data that characterize the new history of law. In contrast with the more traditional and formal history of legal institutions, the entire book also expresses the critical stance the discipline is seeking to adopt, relying on sociology and other social sciences in order to apprehend law from an external rather than merely doctrinal point of view.

Après un déclin dramatique tout au long du vingtième siècle, l'histoire du droit connaît actuellement un essor indéniable. On a pu craindre un moment que la désaffection des juristes à son égard était irréversible et que son développement ne reposerait désormais que sur l'activité scientifique des historiens de formation. Aussi constate-t-on avec soulagement que la discipline renaît aujourd'hui dans les facultés de droit, particulièrement aux États-Unis et en Angleterre, grâce à des juristes qui se font un point d'honneur de la réhabiliter au sein du milieu juridique tout en affirmant avec force la nécessité impérieuse d'aborder désormais l'histoire du droit dans une perspective nettement pluridisciplinaire.

Dans leur introduction très substantielle à un récent ouvrage collectif consacré à l'histoire du droit anglais ¹, les professeurs Gerry Rubin et David

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval.

1. G.R. RUBIN et D. SUGARMAN, eds, *Law, Economy and Society, 1750–1914: Essays in the History of English Law*, Abingdon, Professional Books Ltd, 1984.

Sugarman offrent une synthèse particulièrement révélatrice de la diversité des préoccupations théoriques et des orientations méthodologiques qui caractérise la nouvelle histoire du droit telle qu'elle se pratique dans les pays anglo-saxons². Il arrive au lecteur de se demander si, dans leur enthousiasme, les auteurs n'attendent pas de l'histoire du droit une contribution scientifique démesurée. Mais, après avoir constaté avec eux le nombre et la variété des études récentes (la grande majorité des ouvrages et articles recensés dans les soixante-trois pages couvertes par leurs notes bibliographiques ont été publiés depuis moins de dix ans), on ne doute plus du regain d'intérêt considérable que suscite la discipline et de son potentiel scientifique.

Les douze études particulières réunies dans cet ouvrage montrent bien que la nouvelle histoire du droit s'affiche un peu en continuité, mais beaucoup en rupture avec un passé glorieux associé aux noms de grands juristes anglo-saxons tels Maine, Dicey, Maitland et Pollock. Les historiens du droit se sont traditionnellement préoccupés de l'évolution du droit avant la période contemporaine comme si le droit issu de la Renaissance constituait une sorte d'aboutissement ultime désormais soustrait au changement. La nouvelle histoire du droit affiche au contraire de nettes préférences pour l'évolution observable depuis le 18^e siècle jusqu'à aujourd'hui. La période 1750-1914 choisie par les auteurs leur permet ainsi de scruter plus à fond la destinée du droit libéral dont l'émergence fut contemporaine de l'économie industrielle et de l'affirmation politique de la bourgeoisie, la dynamique d'étatisation et de professionnalisation du droit et de la justice, la systématisation progressive d'une pensée juridique positiviste qui connaîtra son apogée à la fin du 19^e siècle. Pour les juristes d'aujourd'hui, l'histoire du droit devient dès lors plus immédiatement pertinente et intelligible car elle révèle la trame historique de phénomènes qui sont encore au centre des interrogations actuelles sur le droit et la justice.

La nouvelle histoire du droit se démarque aussi par les sujets qu'elle aborde et par la nature des sources documentaires qu'elle n'hésite pas à consulter pour satisfaire sa curiosité. Plus souvent qu'autrement, l'histoire du droit pratiquée par les juristes fut une histoire de type doctrinal centrée sur l'évolution des règles de droit, des concepts et catégories juridiques à travers le droit romain et l'ancien droit. S'inspirant des seules sources formelles du droit (codes, lois, répertoires de jurisprudence, doctrine des commentateurs), il s'agissait alors de retracer l'évolution du sens et de la portée juridiques d'une institution en la replaçant dans l'ordre juridique dont elle relevait du point de vue spatio-temporel, mais sans se préoccuper

2. D. SUGARMAN & G.R. RUBIN, « Towards a New History of Law and Material Society », dans G.R. RUBIN & D. SUGARMAN, *supra*, note 1, p. 1-123.

vraiment d'établir les rapports entre cette évolution et les changements de l'économie et de la société.

Dans un ordre juridique où la coutume, les précédents judiciaires et la réception des droits métropolitains occupaient une place importante, voire prépondérante, parmi les sources formelles de chaque droit national, on comprend que cette histoire des institutions juridiques ait été valorisée. Elle était non seulement intéressante mais aussi utile, même pour le juriste le plus préoccupé du seul droit en vigueur.

La prééminence normative, graduellement conquise par la loi au sein du système des sources formelles, et le relâchement des liens coloniaux ont sans doute contribué à diminuer l'intérêt des juristes pour la discipline. On ne s'étonne pas dès lors de voir la nouvelle histoire du droit déborder l'univers des règles de droit et des concepts juridiques pour s'intéresser aux diverses catégories professionnelles d'agents du droit, aux instances administratives, répressives et judiciaires chargées de l'application des lois, aux pratiques par lesquelles les justiciables cherchent à profiter du droit et de la justice ou à se prémunir contre leur intrusion.

Toutes les manifestations de la pensée juridique et du droit en action, tous les points de rencontre entre le droit et la société, tous les contacts significatifs entre gens de justice et gens ordinaires, intéressent désormais les historiens du droit. Pour parvenir à leurs fins et trouver les documents pertinents, ils n'hésitent plus à sortir des bibliothèques de droit. Ils retracent ainsi de multiples sources documentaires encore largement inexploitées dont la richesse tient pour beaucoup aux caractéristiques professionnelles des juristes : le culte de l'écriture, le souci scrupuleux du détail, la propension à se retrouver toujours aux centres névralgiques où les personnes qui font publiquement et privément l'histoire assurent la défense ou la promotion des modes anciens et nouveaux de répartition de la richesse et du pouvoir au sein de la société.

À partir des documents privés (agendas, mémoires de frais, livres comptables, courrier d'affaires...) laissés par deux avocats de province de la seconde moitié du 18^e siècle, Michael Miles parvient ainsi à reconstituer les conditions de la pratique professionnelle du droit dans un milieu rural que la décentralisation judiciaire et la division *solicitor/barrister* n'atteignaient pas encore³. Il met en valeur la part respective du travail contentieux et non contentieux dans les revenus professionnels, les liens qui unissent les avocats avec leurs diverses clientèles, notamment avec l'aristocratie foncière (les

3. M. MILES, « Eminent Practitioners : The New Visage of Country Attorneys c. 1750-1800 », dans G.R. RUBIN & D. SUGARMAN, *supra*, note 1, p. 470-503.

avocats de famille ont existé comme les médecins de famille), les avantages professionnels d'une participation active au fonctionnement des instances politiques et administratives locales, les pratiques de collaboration entre avocats de province et avocats de la capitale où siègent les tribunaux supérieurs.

C'est aussi en ayant recours à des archives privées, en l'occurrence les divers actes authentiques (testaments, donations, contrats de mariage) d'une des plus grandes familles d'Angleterre, que Barbara English a pu montrer comment les générations successives ont assuré la transmission et l'accroissement de la propriété foncière familiale depuis 1792 jusqu'à 1927 grâce à la vigilance et à l'ingéniosité de leurs conseillers juridiques ⁴.

De nombreux types de documents publics encore très peu utilisés s'offrent également aux nouveaux historiens du droit. Stuart Anderson donne un exemple patent du luxe de détails que peut atteindre l'analyse historique en étudiant sur une période de plus d'un siècle (1750-1857) la pratique des divorces par loi privée du Parlement. Les dossiers parlementaires de divorce et les documents sessionnels joints aux archives des cours ecclésiastiques et aux biographies mondaines lui auront permis de mesurer avec une précision impressionnante le volume des requêtes en divorce, l'influence du lord chancelier, responsable de la procédure, sur le taux de succès des pétitions, l'origine sociale des requérants et le coût des procédures ⁵.

Gerry Rubin nous fait revivre quant à lui l'atmosphère de tension qui prévalait à la fin du 19^e siècle entre les juges des tribunaux étatiques inférieurs (cours de comté) désireux de sauvegarder le prestige de leur fonction et les indésirables professionnels de la vente sous pression ou du prêt usuraire pour lesquels le recours aux tribunaux constituait un avantage stratégique appréciable pour le recouvrement de leurs créances ⁶. Les débats parlementaires, les comptes rendus des délibérations des commissions d'enquête et comités d'étude, les périodiques destinés à la magistrature, les revues professionnelles des associations de commerçants, les extraits de journaux, concourent à illustrer l'ambiguïté d'un tribunal dont la fonction proprement judiciaire se trouve le plus souvent réduite à sa plus simple expression au grand désespoir des professionnels du droit.

4. B. ENGLISH, «The Family Settlements of the Sykes of Sledmere, 1792-1900», dans G.R. RUBIN & D. SUGARMAN, *supra*, note 1, p. 209-240.

5. S. ANDERSON, «Legislative Divorce: Law for the Aristocracy?», dans G.R. RUBIN & D. SUGARMAN, *supra*, note 1, p. 412-444.

6. G.R. RUBIN, «The County Courts and the Tally Trade, 1846-1914», dans G.R. RUBIN & D. SUGARMAN, *supra*, note 1, p. 321-348.

Dans cette orientation de recherche qui redonne leur importance réelle à certaines dimensions du fonctionnement de la justice traditionnellement négligées parce que peu susceptibles de contribuer au discours mythique des juges et avocats sur la noblesse de leur profession, P.W.J. Bartrip indique comment les greffiers ont graduellement étendu au cours du 19^e siècle la sphère de leurs attributions judiciaires, notamment en matière de faillite et de divorce, pour devenir en pratique des personnages-clés de l'administration de la justice⁷. Cette évolution se constate à travers les nombreuses interventions législatives qui opèrent une réorganisation majeure des tribunaux étatiques à partir du milieu du 19^e siècle. Mais, elle se réalise surtout au niveau des règles de pratique plus ou moins formalisées que se donnent les instances judiciaires pour répondre de manière pragmatique à l'afflux croissant du contentieux généré par le développement commercial et industriel. Bartrip ne manque pas de souligner le paradoxe d'une nouvelle profession judiciaire qui acquiert ainsi une place importante dans l'administration de la justice avec la complicité active d'une magistrature d'ordinaire si prompte à défendre son monopole sur la fonction de justice.

Distincte par la période historique qui la préoccupe, par les sujets qu'elle aborde et les sources documentaires qu'elle utilise, la nouvelle histoire du droit l'est aussi par les problématiques théoriques qu'elle emprunte et par la perspective d'extériorité et l'attitude critique qu'elle n'hésite pas à adopter face au discours juridique dominant. L'histoire traditionnelle des institutions juridiques avait tendance à se méfier des interprétations et des synthèses inspirées par la référence à un cadre théorique préalable à l'étude des documents. Elle se limitait dans la plupart des cas à une description plus ou moins analytique des sources consultées sans se lancer dans une lecture au second degré qui eut pu mener à une interprétation non autorisée par le sens littéral des textes. On peut y voir l'influence chez les historiens du droit d'une méthode exégétique ou analytique qui en viendra à dominer toute la pensée juridique. Si d'aventure une interprétation un tant soit peu dégagée du texte était suggérée au passage, on prenait bien soin de s'en remettre généralement aux idées reçues de l'époque, l'autorité du sens commun prenant alors le relais de l'autorité du texte.

La nouvelle histoire du droit fait décidément preuve de plus de hardiesse. Elle n'hésite pas à soumettre la lecture des documents anciens à une perspective théorique moderne comme celle que suggère par exemple l'analyse féministe du droit actuellement en voie de s'affirmer. Eileen Spring propose ainsi une nouvelle interprétation de cette pratique fort répandue

7. P.W.J. BARTRIP, « County Court and Superior Court Registrars, 1820–1875: The Making of a Judicial Office », dans G.R. RUBIN & D. SUGARMAN, *supra*, note 1, p. 349–379.

dans l'aristocratie anglaise des 17^e et 18^e siècles par laquelle l'héritier de la propriété foncière d'une famille se voyait empêché de l'aliéner et devait faire office de fiduciaire au bénéfice des descendants futurs⁸. Sagesse du testateur qui protège sa descendance contre la dilapidation du patrimoine familial par ses héritiers immédiats? Indice de l'évolution de la famille vers des relations plus affectives que patrimoniales au nom desquelles on s'assure d'une répartition plus équitable de la richesse familiale? Aucune de ces interprétations généreuses ne résisterait à une analyse systématique des actes testamentaires et des conventions matrimoniales de l'époque.

Cette analyse établirait plutôt que le *strict settlement* participait d'une stratégie juridique traduisant le retour de l'aristocratie anglaise à la pratique de primogéniture qui réservait les terres au fils aîné assurant ainsi leur rétention dans la lignée des mâles et provoquant l'exclusion des femmes de la propriété foncière. Y a-t-il là une interprétation trop influencée par une idéologie actuellement en vogue? Peut-être. Mais, si cette idéologie moderne permettait une lecture des documents ou des faits dégagée des idéologies anciennes qui rendaient peut-être compte des interprétations antérieures? L'influence d'une idéologie militante procurerait-elle aux historiens d'aujourd'hui la motivation et le regard critique indispensables à l'analyse laborieuse des milliers de documents d'archives qui peuvent seuls révéler des stratégies socio-juridiques dont la complexité et l'ingéniosité n'avaient certainement rien à envier à celles de nos contemporains?

Son aptitude à relancer la connaissance du droit sur des pistes inédites, la nouvelle histoire du droit prétend aussi la fonder sur un emprunt explicite à la problématique théorique des autres disciplines. S'agit-il de reconstituer l'évolution des professions juridiques? Alors il ne faut plus hésiter à inscrire cette recherche dans la problématique plus large d'une sociologie historique des professions et ne pas craindre d'établir des parallèles constants entre l'histoire des avocats et celle des autres groupes professionnels. Wilfrid Prest suggère ainsi que les grandes professions d'aujourd'hui, en particulier celles de la médecine, du clergé et du droit, se sont constituées avant le 19^e siècle sur la base des relations étroites qui les liaient à l'aristocratie, relations d'où elles tiraient tout leur prestige⁹. Avec les débuts de l'industrialisation, le discours professionnel cherchera de plus en plus à fonder le prestige des professions libérales sur l'importance de leur fonction sociale au nom des valeurs associées à la santé, au sacré et à la justice.

8. E. SPRING, « The Family, Strict Settlements and Historians », dans G.R. RUBIN & D. SUGARMAN, *supra*, note 1, p. 168-191.

9. W.R. PREST, « Why the History of the Professions is not written », dans G.R. RUBIN & D. SUGARMAN, *supra*, note 1, p. 300-320.

En se donnant un cadre théorique et, plus encore, en l'empruntant à une discipline autre que le droit, l'histoire du droit adopte aussi une attitude d'extériorité qu'on ne lui connaissait pas auparavant. L'historien du droit n'est plus d'abord juriste dont l'activité doctrinale s'exercerait à partir de documents anciens. Il est avant tout scientifique qui retrace à travers l'histoire les rapports entre le droit et la société, entre la pensée juridique et la culture, entre la lettre du droit formel et son effectivité réelle. Ce point de vue externe suscite inévitablement un scepticisme au moins provisoire à l'égard des croyances que l'idéologie ou la dogmatique juridique impose comme des évidences dans l'analyse doctrinale du droit.

La sécurité juridique est-elle indispensable au développement économique ? R.B. Ferguson ose soumettre le postulat à une vérification historique en s'interrogeant sur la fréquence et l'efficacité de certaines transactions boursières prohibées par l'État¹⁰. Il cherche aussi à mesurer l'impact du *Statute of Frauds* (1677) qui assujettissait la validité des contrats les plus importants à la rédaction d'une convention écrite. Des divers documents analysés, il ressort que les transactions boursières auxquelles l'État déniait toute force obligatoire continuèrent d'être pratique courante, le contrôle social interne au milieu boursier suffisant dans la plupart des cas à garantir leur exécution. De même, les exigences formalistes du *Statute of Frauds* ne firent pas obstacle au développement des échanges sur la base d'ententes verbales largement respectées malgré leur vice de forme. Ferguson en conclut que le développement de l'activité commerciale a pu se poursuivre malgré le non-respect des lois qui leur déniaient ou leur conféraient la sécurité juridique et sans que les milieux d'affaires immédiatement concernés ne s'en émeuvent outre mesure. Certes, il arrivait que les dispositions de ces lois soient invoquées pour échapper à des transactions particulièrement désavantageuses, notamment lorsque la cohésion interne et le sens de l'honneur s'affaiblissaient au sein du milieu des affaires. Les litiges portés alors devant les tribunaux étatiques suffisaient peut-être à confirmer les juristes dans leur croyance aux vertus de la sécurité juridique. Ils ne cessaient pas néanmoins d'apparaître comme des cas déviants aux yeux des commerçants pour qui le recours au droit et à l'État relève en soi d'une pathologie des affaires.

L'État a-t-il exercé au 19^e siècle un monopole sur la fonction de justice ? L'activité judiciaire des tribunaux étatiques reposait-elle intégralement sur l'application du common law ? Rejoignant la problématique du pluralisme juridique, Harry Arthurs pose là des questions qui pourraient faire frémir

10. R.B. FERGUSON, « Commercial Expectations and the Guarantee of the Law: Sales Transactions in mid-19th Century England », dans G.R. RUBIN & D. SUGARMAN, *supra*, note 1, p. 192-208.

tous ceux pour qui l'idée de droit a toujours été inséparable de celles d'État et de légalité, du moins dans nos sociétés modernes et civilisées¹¹. Arthurs dresse un inventaire des diverses composantes du système judiciaire anglais vers le milieu du 19^e siècle. Il décrit la dynamique d'une organisation qui met l'accent sur les cours supérieures comme élément central du système judiciaire tout en conservant les avantages fonctionnels de multiples instances locales qui règlent la majeure partie des litiges sous une supervision très relative des tribunaux supérieurs. Il classe les tribunaux locaux en trois catégories selon l'étroitesse de leurs liens avec l'organisation judiciaire étatique et surtout selon le degré d'autonomie qu'ils se reconnaissent au regard de l'application du common law, certains allant jusqu'à sanctionner officiellement les normes d'un « droit spécial » distinct du droit commun. S'agit-il là d'un pluralisme juridique dont les efforts de centralisation judiciaire subséquents et le développement de la science du droit auront définitivement eu raison? Selon Arthurs, le monopole de l'État sur la fonction de justice a été et demeure relatif. L'arbitrage commercial et la justice administrative seraient aujourd'hui les nouveaux visages du pluralisme judiciaire. La doctrine de la *rule of law* qui triomphe dans la seconde moitié du 19^e siècle répond probablement, comme la centralisation judiciaire, à certains besoins de l'économie, mais ne serait-elle pas aussi et peut-être surtout la bannière dont les juristes ont besoin pour défendre leurs intérêts spécifiques au sein de l'État et de la société?

Cela semble une manifestation particulièrement importante de l'attitude critique de la nouvelle histoire du droit que cette propension à mettre en valeur le rôle spécifique joué par le groupe des juristes comme relais obligé des communications entre le droit et la société ou l'économie. Michael Chesterman révèle ainsi le rôle déterminant exercé par les avocats et conseillers juridiques de l'aristocratie anglaise dans l'évolution du droit définissant les pouvoirs du fiduciaire qui se voyait confier la responsabilité du patrimoine familial¹². Au cours du 19^e siècle, à travers une jurisprudence où se manifestait une interaction subtile entre les rédacteurs de clauses novatrices et les juges, les attributions du fiduciaire évoluèrent d'une simple fonction de conservation du patrimoine à une fonction de mise en valeur par le biais de l'investissement sans que l'institution même du *trust* familial ne change de forme. Non seulement les juristes assurèrent-ils ainsi une évolution rendue inévitable par le passage graduel du capitalisme foncier au capitalisme

11. H.W. ARTHURS, « Special Courts, Special Law: Legal Pluralism in 19th Century England », dans G.R. RUBIN & D. SUGARMAN, *supra*, note 1, p. 380-411.

12. M.R. CHESTERMAN, « Family Settlements on Trust: Landowners and the Rising Bourgeoisie », dans G.R. RUBIN & D. SUGARMAN, *supra*, note 1, p. 124-167.

industriel, mais ils parvinrent aussi, en jouant de toutes les ressources de l'idéologie juridique, à retarder jusqu'à la première moitié du 20^e siècle les réformes législatives souhaitées par la bourgeoisie montante mais redoutées par l'aristocratie.

La réaction des professionnels du droit aux réformes législatives dont l'application leur incombera en bonne partie apparaît aussi comme un facteur déterminant à considérer dans le cadre d'une recherche sur le degré d'effectivité des lois. Gerry Rubin a étudié en ce sens la portée réelle de la loi de 1869 qui abolissait l'emprisonnement pour dettes¹³. Comme c'est fréquemment le cas, cette loi ne manquait pas d'ambiguïté à sa face même. Elle consacrait formellement la fin du recours à l'emprisonnement comme sanction du non-paiement des dettes, répondant en cela aux revendications humanistes qui s'exprimaient depuis deux ou trois décennies. Mais elle maintenait aussi la possibilité d'une sanction d'emprisonnement pour outrage au tribunal à l'endroit des débiteurs qui ne satisferaient pas à un jugement les condamnant à rembourser leur dette après un examen judiciaire de leur capacité de payer, concession évidente à cette moralité du marché dont le maintien exige que soit découragé tout recours frivole aux facilités de crédit disponibles. L'application de cette disposition de la loi rend compte du maintien d'un volume considérable d'emprisonnements de débiteurs pendant les décennies suivant l'adoption de la loi. Les documents consultés par Rubin lui permettent d'affirmer que dans la plupart des cas les condamnations à l'emprisonnement pour outrage au tribunal visaient en pratique des débiteurs dont le défaut s'expliquait d'abord par une condition de pauvreté chronique et pour qui la procédure de faillite demeurait inaccessible. Compte tenu de l'opposition à l'abolition totale de l'emprisonnement pour dettes, exprimée notamment par les juges et les greffiers des tribunaux inférieurs qui verraient ainsi disparaître une part importante de leur activité professionnelle, ces faits n'ont en eux-mêmes rien d'étonnant. Les statistiques judiciaires compilées par Rubin lui ont aussi permis de constater que le taux d'emprisonnement pour dettes variait considérablement d'un district judiciaire à l'autre. La loi fut manifestement appliquée et interprétée de manière différente selon que les juges se révélaient plus sensibles à la perspective humaniste ou davantage influencés par les appels à la moralité du marché exprimés par les petits commerçants et paradoxalement partagés par les débiteurs eux-mêmes. L'emprisonnement pour dettes ne sera complètement aboli qu'en 1970 !

L'exemple qui précède fournirait une illustration commode à qui voudrait étayer la thèse d'une contribution normale du droit et de ses agents

13. G.R. RUBIN, « Law, Poverty and Imprisonment for Debt, 1869-1914 », dans G.R. RUBIN & D. SUGARMAN, *supra*, note 1, p. 241-299.

à l'oppression des classes défavorisées au bénéfice des classes supérieures. Au fur et à mesure que s'accumule la connaissance scientifique pertinente, la réalité apparaît cependant plus complexe et plus subtile. Raymond Cocks en fournit une preuve convaincante par son étude des orientations adoptées par les juges et les avocats spécialisés dans l'application des lois fiscales vers la fin du 19^e siècle¹⁴. Dans un contexte fortement imprégné d'idéologie libérale, on aurait pu s'attendre à ce que l'interprétation dominante tende nettement à favoriser les thèses des entrepreneurs cherchant à maximiser les possibilités d'exemption fiscale. Or, il s'avère que les juges se montrèrent très circonspects à l'égard de leurs prétentions au point que le législateur sentit lui-même le besoin d'intervenir pour accorder aux contribuables des avantages que les tribunaux judiciaires leur refusaient. Selon Cocks, on aurait tort d'attribuer la réaction des juges à une option idéologique quelconque ou au seul réflexe corporatiste visant à raffermir le contrôle des juristes sur des problèmes de taxation qui deviendraient autrement l'apanage exclusif des comptables et des fonctionnaires. L'interprétation judiciaire des lois fiscales fut plutôt influencée par un mélange de considérations, notamment par le souci d'une approche juridique et non seulement économique de la fiscalité, l'attachement aux critères du « sens commun » et du « caractère raisonnable » dans l'appréciation des choses (critères suffisamment flous pour que s'introduisent malgré tout les préférences idéologiques des juges), l'importance accordée aux usages. L'analyse en profondeur de quelques décisions importantes aura permis à Cocks de conclure que les juristes savent adapter le mode de pensée juridique pour en préserver la pertinence, que les juges ne forment pas un bloc idéologique homogène, que l'idéologie juridique n'est pas simple rationalisation des intérêts socio-économiques des juristes et, qu'à tout considérer, l'influence des juristes sur la fonction réelle du droit tient peut-être davantage à la forme même du raisonnement juridique qu'au contenu de leurs interventions.

En se consacrant à de telles recherches, la nouvelle histoire du droit contribue très heureusement à contrer l'influence des a priori simplistes qui conduisent soit à attribuer au droit une importance fonctionnelle démesurée au sein de la société, soit à lui dénier toute autonomie face aux sollicitations des agents économiques et des détenteurs du pouvoir politique. Avec l'analyse sociologique et économique du droit dont elle partage de plus en plus la problématique, elle apporte désormais un éclairage très important pour la compréhension du droit et de la pensée juridique aussi bien dans la perspective interne de la doctrine que d'un point de vue externe.

14. R. COCKS, « Victorian Barristers, Judges and Taxation: A Study in the Expansion of Legal Work », dans G.R. RUBIN & D. SUGARMAN, *supra*, note 1, p. 445-469.