

Les Cahiers de droit

L'historiographie générale du droit anglais

José Antonio Escudero



Volume 9, Number 2, 1967–1968

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1004382ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1004382ar>

[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

Escudero, J. A. (1967). L'historiographie générale du droit anglais. *Les Cahiers de droit*, 9(2), 117–240. <https://doi.org/10.7202/1004382ar>

Tous droits réservés © Université Laval, 1967

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

Érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

L'historiographie générale du droit anglais *

JOSÉ ANTONIO ESCUDERO **

	Page
Introduction	120
I – Les bases de l'étude	123
A – Les sources et les caractères généraux de l'histoire du droit anglais	123
1 – La coutume et la doctrine	124
2 – La législation	124
3 – Le droit de formation judiciaire	126
B – Les antécédents de l'histoire du droit anglais	132
1 – Coke et les historiens de l' <i>equity</i>	133
2 – Les historiens qui ont étudié l'évolution du droit :	139
a) Le groupe anglo-saxon	139
b) Les auteurs de traités sur les institutions	141
c) Les historiens de la <i>legal doctrine</i>	144
d) Les compilateurs de documents	145
II – Histoire du droit anglais proprement dite	146
A – Les premiers essais	146
1 – John Selden	146

* Article publié en espagnol dans *Anuario de Historia del Derecho Español*. Vol. XXV (1965) pp. 217-356. Traduit par Ernest CAPARROS, professeur auxiliaire à la faculté de droit de l'université Laval, directeur des Cahiers de Droit.

Les expressions qui figuraient dans la version originale dans une langue autre que l'espagnol, n'ont pas été traduites.

La typographie du texte a été respectée autant que possible.

Le lecteur n'oubliera pas que cet article — comme on l'a déjà souligné dans la *Présentation* — est l'œuvre d'un juriste espagnol et qu'il a été publié dans une revue d'histoire du droit espagnol : ainsi s'explique la présence de quelques références à un contexte particulier, qui ne devraient pas diminuer la valeur du texte pour le lecteur de langue française et qui seront signalées aux endroits opportuns.

M. Caparros tient à remercier MM. Jean GOULET et Georges BOLARD qui ont bien voulu relire le texte français.

** Professeur d'histoire du droit à l'université de Madrid (Espagne).

	Page
2 – La première histoire de la <i>common law</i> : Sir Matthew Hale	148
3 – Blackstone et ses <i>Commentaries</i>	151
B – La première histoire du droit anglais : Reeves	156
C – L'enseignement à Oxford au XIX^e siècle	159
1 – Albert Venn Dicey	161
2 – Henry Maine : <i>L'Ancient Law</i>	161
III – Le passage du XIX^e au XX^e siècle : les crises et les renou- veaux	166
A – Pourquoi n'a-t-on pas écrit l'histoire du droit anglais ?	166
B – Frederick William Maitland	170
1 – Sa ligne de pensée et ses publications	170
2 – Réflexions sur son œuvre	175
a) L'influence de l'École historique	175
b) Le dépassement de l'isolationnisme anglais	176
c) Autres caractéristiques	178
C – Frederick Pollock	180
D – Maitland - Pollock : <i>The History of English Law</i>	182
E – L'apport d'un étranger : Paul Vinogradoff	188
F – D'autres manifestations du renouveau	192
1 – Publications périodiques	192
2 – La <i>Selden Society</i> et l'impulsion Oxford-Cambridge	194
3 – La contribution nord-américaine	196
IV – Les traités généraux du XX^e siècle	200
A – William Searle Holdsworth	200
1 – L'origine et le développement de <i>A History of English Law</i>	201
2 – Les caractéristiques de Holdsworth et de son œuvre	218
B – Autres tenants de cette discipline	222
1 – Edward Jenks : <i>A Short History of English Law</i>	222
2 – L'œuvre de Harold Potter	224
3 – Plucknett : <i>A Concise History of the Common Law</i>	230
4 – Harding : <i>A Social History of English Law</i>	234
Considérations critiques	236

Abréviations employées

AHR American Historical Review.

AJLH American Journal of Legal History

CLJ The Cambridge Law Journal.

CSELH Cambridge Studies in English Legal History.

EHR English Historical Review.

EALH Essays in Anglo-American Legal History.

HLR Harvard Law Review.

JR Juridical Review.

LQR Law Quarterly Review.

OSSLH Oxford Studies in Social and Legal History.

ZSR GA Zeitschrift der Savigny- Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung.

Introduction

Le 13 octobre 1888, le professeur Frederick William Maitland prononça le discours inaugural à l'Art School de l'université de Cambridge. Débordant le cadre des réjouissances traditionnelles en de semblables circonstances, le thème choisi, *Pourquoi n'a-t-on pas écrit l'histoire du droit anglais ?*¹, fut l'occasion d'un examen de conscience critique et pessimiste, dont l'avenir devait démontrer le caractère précurseur. Au milieu de l'année 1966 était publié le 16^e et dernier volume de l'œuvre *A History of English Law*, de Sir William Holdsworth, œuvre monumentale qui constitue, au-delà de son extraordinaire qualité scientifique, le plus considérable exposé d'histoire du droit jamais écrit dans aucun pays. C'est sur cette antithèse, et pendant plus de trois quarts de siècle, que s'est déroulé le canevas de l'historiographie moderne du droit anglais qui compte parmi ses représentants quelques-uns des plus brillants juristes et historiens de la *common law*.

L'objet de notre étude est de présenter un guide des traités généraux de l'histoire du droit anglais, aussi bien au regard des circonstances que de la problématique qui leur ont donné naissance et les ont façonnés. De la même manière, mais de façon complémentaire, nous voulons nous référer aussi au travail de quelques spécialistes qui, bien que n'ayant pas écrit de tels traités, ont contribué de façon décisive à l'élaboration et au progrès de l'histoire du droit anglais. Je voudrais aussi, dans la mesure du possible, remédier la pauvreté d'information dont souffre à ce sujet le monde historico-juridique espagnol*, insuffisance qui reflète, peut-être d'une manière excessive, l'absence de contact jusqu'à une époque récente, du système juridique espagnol avec le système anglais. De toute façon, il faut retenir que la singularité de la *common law* n'avait pas empêché Maitland de se faire le protagoniste d'un mouvement vers l'Europe, dont il espérait qu'il constituerait un frein au traditionnel isolement britannique et un puissant remède contre la carence scientifique qu'il dénonçait. En outre, la question de l'influence du droit romain sur le droit anglais a été un thème largement débattu, et les relations mutuelles anglo-germaniques ou franco-anglaises au stade des institutions ont fréquemment trouvé place dans les traités d'histoire du droit des Îles Britanniques. Si nous signalons enfin l'abondante bibliographie britannique relative à des périodes

¹ *Why the history of English Law is not Written*, apparaît dans les *Collected Papers* de l'auteur. 3 volumes. Cambridge University Press, vol. I, pp. 480-497.

* [N.D.T. Nous pourrions affirmer la même chose pour notre propre droit].

déterminées, entre autre la période médiévale, ou à des matières bien particulières, telles que l'histoire constitutionnelle, par exemple, dont l'intérêt est à la fois considérable et reconnu, les lignes qui vont suivre trouveront une justification supplémentaire. En maintes occasions, les essais monographiques, réalisés dans le cadre du contexte européen, ont été rendus possibles grâce à l'existence de l'exposé général auquel nous nous référerons.

Les monographies ne constitueront donc pas l'objet scientifique de notre étude. Nous nous y reporterons seulement dans le premier chapitre, et par la suite, sans vouloir en dresser un inventaire exhaustif, nous nous y référerons quand elles pourront aider à étudier la ligne de pensée des auteurs étudiés ou la genèse interne de leurs exposés généraux. De la même manière, les traits personnels de ces auteurs ne seront pris en considération que dans la mesure où ils aideront à mieux comprendre leurs positions doctrinales ou les rapports qu'ils ont entretenus, sur le plan scientifique, avec leur collègue.

La description du système et du contenu principal des traités de l'histoire du droit anglais à partir du XVIII^e siècle, exigera que l'on se réfère à des questions méthodologiques, que nous étudierons dans chaque cas, sous le dénominateur commun, généralement, d'une nette préoccupation anti-dogmatique, ainsi qu'aux travaux des historiens et des juristes aux époques antérieures. Pour ces raisons, afin de ne pas livrer le contenu des traités qui retiennent notre attention sans indiquer leur fondement nécessaire, nous avons consacré un premier chapitre à ce dernier aspect, en partant d'un schéma très simple des sources du droit anglais.

Notre désir de présenter un guide de ces divers exposés généraux, exige que chacun d'eux soit suivi à travers ses différentes éditions, pour que l'on puisse constater les modifications variées qu'ils ont subies. Les éditions se succèdent parfois au cours de périodes fort longues, et les revisions dues à une main étrangère peuvent modifier les traits originaux de l'œuvre. C'est pourquoi nous avons rejeté la méthode dite strictement chronologique, celle qui consiste, par exemple, à enregistrer, en les classant par périodes de courte durée, les nouvelles publications de manuels, y compris les rééditions d'ouvrages antérieurs, etc.: l'adoption d'une telle méthode aurait entraîné une solution de continuité dans l'unité de chacune des œuvres étudiées ainsi qu'une certaine confusion quant à la personnalité et à la signification de chacun des auteurs. Une deuxième méthode, l'énumération systématique et chronologique de ces derniers aurait permis de porter attention à chaque auteur à travers son œuvre; mais elle aurait eu l'inconvénient de trou-

bler l'homogénéité des positions doctrinales communes à certains historiens, homogénéité manifestée parfois, comme dans le cas de Pollock et Maitland, par l'élaboration en commun d'un même ouvrage.

La méthode retenue voudrait éviter ces deux difficultés. Le travail ici présenté est divisé en quatre chapitres, qui correspondent à des périodes de longue durée, au sein desquelles nous avons essayé de grouper les auteurs qui sont susceptibles, pour une raison ou pour une autre, d'être traités en parallèle. Ainsi, après le premier chapitre introductif dont nous avons fait mention, le deuxième cherchera à présenter une synthèse des résultats obtenus au XVII^e siècle, des premiers exposés, parus au cours du XVIII^e, et du travail de deux professeurs d'Oxford, Dicey et Maine, pendant la deuxième moitié du XIX^e siècle.

Le chapitre troisième, à cheval sur la fin du XIX^e siècle et le début du XX^e, portera sur la grande période rénovatrice et le point de départ de l'histoire moderne du droit anglais. Ce sont surtout Maitland, Pollock et Vinogradoff qui retiendront notre attention, non seulement à cause du rôle important qu'ils ont joué individuellement, mais aussi en raison des liens scientifiques multiples et fructueux qui les ont unis. Une grande partie de cette rénovation se refléta dans la création de la *Selden Society*, promotrice d'études historico-juridiques, ou dans le lancement de diverses publications, signalées dans ce même chapitre troisième, qui par ailleurs étudiera la contribution nord-américaine au cours de cette période.

Le chapitre quatrième et dernier, consacré au développement historiographique postérieur, est divisé en deux sections; la première est intégralement consacrée à Holdsworth à cause de son importance exceptionnelle, et la deuxième à l'œuvre de Jenks, Potter, Plucknett et Harding. Nous touchons là à la période contemporaine.

Chaque auteur est donc étudié à l'occasion de l'examen d'une des périodes mentionnées. On signalera la conception que chacun d'eux a eue de sa discipline, et même de l'enseignement de cette discipline, chaque fois que leurs réflexions à ce sujet ont revêtu une importance considérable. En revanche, malgré son ampleur, la suite exige deux correctifs que je voudrais d'abord mettre en relief. Certains auteurs se relient à deux périodes différentes : Dicey (1835-1922), par exemple, peut être rattaché à la fois au XIX^e et au XX^e siècle (v. chap. II, C., I). Toutefois, pour reprendre l'exemple cité, nous considérons préférable d'étudier Dicey au chapitre II, afin de ne pas briser le bloc tripartite de Maitland, Pollock et Vinogradoff qui, en tant que rénovateurs effectifs à la charnière du XIX^e siècle et du XX^e, sont étudiés au chapitre suivant. De plus, en étudiant l'exposé général de l'Histoire

du droit de n'importe quel auteur, nous étudierons le développement et les variantes de toutes ses éditions, indépendamment de la période chronologique au cours de laquelle elle est publiée. Disons encore que nous nous efforcerons d'harmoniser la périodicité ordonnatrice avec une nécessaire flexibilité, afin de faciliter la compréhension totale de l'évolution des différents traités et la pensée de leurs auteurs.

Je voudrais, enfin, remercier le docteur S. F. C. Milsom, professeur d'histoire du droit de l'université de Londres, pour les directives qu'il m'a données et pour l'accueil très cordial qu'il m'a réservé. Toute la bibliographie que j'ai employée a été consultée dans la bibliothèque du *British Museum* de la capitale anglaise, où ce travail a été mené à bien.

I – Les bases de l'étude

A – Les sources et les caractères généraux de l'histoire du droit anglais

Le trait le plus caractéristique du droit anglais, semble-t-il, et celui qui définit par excellence sa singularité est constitué par le principe selon lequel les juges ont une authentique mission créatrice de droit, selon un vieil adage juridique : « Judge made Law ». L'importance du juge dans le système juridique des Îles Britanniques amena Holdsworth à affirmer que l'histoire du droit devrait toujours commencer par l'histoire des cours de justice². En droit anglais, cette recommandation, formulée de façon générale, apparaît comme superflue, car si l'on ne possède pas une connaissance suffisante de l'aspect judiciaire de son histoire, le droit anglais devient presque inintelligible. C'est à partir du travail et des décisions des juges que l'on peut étudier l'essentiel de la problématique des sources. Celles-ci sont constituées substantiellement, par deux sources principales ou d'un rang supérieur, celle que nous venons de citer et la législation, et par deux sources secondaires : la coutume et la doctrine des jurisconsultes; l'autorité de cette dernière ne peut être invoquée devant les tribunaux que si elle a été colligée dans les ouvrages appelés « Books of Authority »³.

² Sir William HOLDSWORTH : *A History of English Law*. Londres, 1966, vol. I, pages 1-2.

³ J'ai réalisé cet exposé des sources en me basant fondamentalement sur l'*Introduction to English Law* de Phillips S. JAMES (5^e édition, Londres, 1962) et *The Book of English Law* de JENKS (édition de 1928, traduction espagnole de Paniagua Porras en 1930). Des éditions postérieures ont paru en 1932, 1936, 1953 et 1956. Étant donné le niveau élémentaire au sein duquel je me restreint, je n'ai pas jugé nécessaire de me référer, dans chaque cas, à des passages précis d'un des deux ouvrages cités.

1. La coutume et la doctrine

Parmi ces sources subsidiaires, la coutume a toujours été considérée par les juristes continentaux avec un intérêt spécial, non seulement parce que, dans sa formulation primitive, elle s'intégrait dans la *common law* à travers les décisions judiciaires, ainsi que nous le verrons plus loin, mais aussi à cause du rôle très important qu'elle joue en droit constitutionnel britannique. Les *conventional rules* ou « conventions » qui soutiennent quelques-unes des institutions les plus importantes, sont suffisamment connues. Il est intéressant de souligner ici leur valeur en tant qu'elles ont pu être invoquées devant les tribunaux. En ce sens, elles doivent satisfaire aux trois conditions suivantes : ne pas supposer une activité contre raison, être certaines, c'est-à-dire attribuable à un groupe social déterminé, et immémoriales. Cette dernière caractéristique signifie, en Angleterre, que la coutume doit remonter à 1189, puisque c'est la date de création des registres de la *Curia regis*; c'est à cette date que les tribunaux ont fixé la fameuse *limit of legal memory*. D'un autre côté, la mentalité anglaise a toujours été réticente à considérer comme argument d'autorité la doctrine des juristes. Toutefois, cette attitude a dû tolérer des exceptions en faveur des ouvrages d'une importance notoire. Parmi ceux-ci nous distinguons les trois plus significatifs auxquels nous nous référerons fréquemment tout au long de ce travail : le traité de *De Legibus et consuetudinibus Angliae* de Bracton, les *Institutes* de Coke et les *Commentaries* de Blackstone. Nous signalons seulement que la réserve traditionnelle à l'égard de la doctrine s'est affaiblie considérablement de nos jours, grâce à l'importance grandissante que l'étude du droit a acquise dans les universités, et au développement corrélatif d'une littérature scientifique fort valable.

2. La législation

La législation constitue ce qu'on appelle un *enacted law* établie par le Parlement en vertu de sa souveraineté. Nous trouvons ses antécédents dans les ordonnances des rois de la monarchie anglo-normande. Pour les époques antérieures, nous savons que les membres les plus représentatifs des communautés locales adoptaient différentes décisions au cours de réunions générales (*moots*) et jusqu'à un certain point, les juges du roi s'appuyaient sur ces décisions pour rendre leurs sentences au cours de leurs périple effectués pour administrer la justice. De toute façon, il faut retenir que jusqu'au XIV^e siècle les lois ne furent pas régulièrement publiées et que même alors le volume des lois publiées

chaque année n'occupe pas, d'ordinaire, le sixième des *reports* où sont colligées les décisions des juges. Certes, on ne publie, dans les livres des actes du Parlement, que les dispositions d'intérêt général, mais il est vrai aussi que seulement un dixième — approximativement — des sentences des juges des tribunaux supérieurs, sont rapportées intégralement dans les collections des *reports*.

La différence entre la juste façon d'interpréter la loi et celle pertinente au droit de formation judiciaire exige une mention particulière. Le texte des sentences rendues par les juges anglais ne comporte pas, normalement, la formulation claire des fondements légaux sur lesquelles elles s'appuient. Par conséquent, la recherche du précédent devient notoirement difficile, et les avocats doivent avoir recours à un examen serré des circonstances de l'affaire, des allégations avancées, etc. En revanche, l'interprétation de la loi doit se faire dans un sens littéral, même si l'extraordinaire élasticité du système lui-même a affaibli cette rigueur sans heurt excessif.

Les lois du Parlement reçurent initialement le nom des lieux où elles étaient approuvées : on parle ainsi de lois de Merton (1235), de Malborough (1267), de Westminster (1285) et de Gloucester (1278). Lorsque le Parlement s'établit définitivement à Westminster, il fallut adopter un autre procédé : on décida d'identifier les lois par les deux premiers mots de leur texte, par exemple, *Quia Emptores* (1290), à propos de l'aliénation des terres, etc. Dès la fin du XIII^e siècle, on préféra se référer aux lois comme à un chapitre des Statuts, c'est-à-dire l'ensemble de lois adoptées dans une période parlementaire donnée. Les réunions du Parlement étaient numérotées annuellement à partir du commencement d'un règne déterminé, mais cette période parlementaire comprenait parfois la fin d'une année et le commencement de la suivante, et c'est pourquoi ces deux années devaient être citées afin de localiser la loi (par exemple, 5-6 Edouard VI, c. 11; 16-17 Charles II, c. 8). A partir de la reine Victoria on accepta de présenter un titre abrégé de la loi qui en donnerait en même temps une brève description. Dans les traités modernes d'histoire du droit anglais, l'index des lois et des statuts, ordinairement établi au commencement de l'ouvrage, avec celui des décisions judiciaires, renvoie exclusivement à l'année du règne selon la méthode exposée (c'est le cas de Holdsworth), ou bien il ajoute le titre abrégé ou même l'année réelle et non seulement ordinale de chaque règne ⁴.

⁴ Voir ainsi : PLUCKNETT, *A Concise History of the Common Law*, 5^e édition, Londres 1962, page 17.

Il convient de préciser que l'identification que l'on fait fréquemment entre statuts et actes du Parlement n'est pas correcte. Le statut est, généralement, une disposition légale. Par le fait même, tous les actes du Parlement sont des statuts, même si tous les statuts ne procèdent pas du Parlement. Les actes du Parlement, depuis l'affermissement de ce dernier au XVII^e siècle, ont une valeur suprême, supérieure à celle des ordonnances royales (*orders in Council*) et des décisions des cours suprêmes de justice; celles-ci ne peuvent pas discuter de la validité des actes du Parlement, mais seulement des autres statuts.

Jusqu'en 1258, les principales lois furent écrites en latin. Les premiers statuts en français sont les Provisions d'Oxford de 1258. Depuis lors, les lois sont rédigées en latin, en français et en anglais, jusqu'à l'année 1483, date à laquelle cette dernière langue s'impose définitivement.

3. Le droit de formation judiciaire

La victoire de Guillaume de Normandie en 1066 eut une influence considérable dans l'histoire du droit anglais puisqu'on inaugure avec ce monarque la grande étape de la création du système des cours de justice qui devaient atteindre son apogée sous le règne de ses successeurs. Henry II divisait l'Angleterre en une série de districts que tous les juges du roi devaient parcourir. Ainsi apparaissent les tribunaux ambulants — *justices in itinere* — qui serviront non seulement à rendre efficaces les décisions de la couronne et à satisfaire ses exigences (*pleas of the Crown*) mais aussi à trancher les litiges entre particuliers (*common pleas*). Les sessions de chaque tribunal (*Eyres*) furent tenues d'abord sans périodicité fixe, même si Henry III avait promis de ne pas envoyer ses juges en mission plus d'une fois tous les sept ans au même endroit. Les juges étaient précédés par une communication du Shérif par laquelle on l'avertissait de l'arrivée des juges, afin qu'il puisse préparer un sommaire de tous les *doings, misdoings and non-doings* qu'ils devaient entendre, aussi bien en matière civile que criminelle. Cette institution atteignit son apogée pendant le règne d'Edouard I — dit le Justinien anglais — pour décliner ostensiblement plus tard et disparaître avec Richard II à la fin du XIV^e siècle.

On s'orientait vers un dépassement du fragmentarisme juridique des étapes antérieures, si bien qu'à partir du XIII^e siècle, lorsque le mécanisme des tribunaux semble être établi, on assiste à un processus rapide d'unification ayant pour but d'élaborer, en prenant pour base les différentes coutumes locales, un droit commun (*common law*)

pour tout le pays. Cette unification fut facilitée par le travail des juges ambulants. L'apparition très tôt du système des jury, compléta le phénomène. Les jurés informaient les juges sur la teneur des différentes coutumes locales et lorsqu'ils siégeaient à Londres dans les tribunaux centralisés du roi — V. *infra* —, les juges manifestèrent une tendance progressive à coordonner les critères extraits des coutumes, et le traditionnel tandem jury-juge, encore en vigueur de nos jours, fut définitivement fixé. Le jury précise les faits et le juge déclare le droit.

D'un autre côté, les réformes d'Henry I et surtout celles d'Henry II, créent les tribunaux centralisés de droit commun : *Common Pleas*, *King's Bench*, et *Exchequer*, liés dans leurs origines aux fonctions non différenciées de la *Curia Regis*. Le *Common pleas* tire fort probablement son origine des besoins d'alléger la *Curia* des tâches judiciaires. Henry II nomma pour ce faire cinq juges et la *Magna Carta* ordonna que leurs réunions aient lieu *in loco certo*, lieu qui fut vite fixé à Westminster où le tribunal demeura jusqu'à son abolition en 1875. Le *King's Bench*, par contre, s'est déplacé avec le roi jusqu'aux dernières années du XIV^e siècle, date à laquelle il acquit définitivement un caractère sédentaire. Il était compétent dans toutes les matières qui affectaient la souveraineté royale. Finalement, l'*Exchequer*, originairement considéré comme la *Curia* compétente en matière financière, acquit le caractère de tribunal autonome compétent pour juger de ces matières et, plus tard, indirectement, des litiges reliés aux matières fiscales.

La création judiciaire du droit en Angleterre, en marge des ordonnances des rois dans les deux siècles immédiatement postérieurs à la conquête normande, fut antérieure à l'existence des lois qui pouvaient s'appliquer. Ainsi donc, les juges du roi à la fin du XIII^e siècle n'étaient pas assujettis, dans l'exercice de leur ministère, à des règles formelles et il fut nécessaire d'élaborer une procédure. Les litiges qui, dans l'étape antérieure avaient été soumis à la *Curia Regis*, furent inscrits, à partir de Henry II, dans les registres de la *Curia*, et ils constituent ce que l'on appelle les *Plea rolls*. Lorsque la triple division des tribunaux centraux se produisit, ces registres se diversifièrent à la fois en *Exchequer Rolls*, *De Banco Rolls*, registres du *Common Pleas*, et *Coram Rege Rolls* ou registres du *King's Bench*. Faute de lois, on consulte ces registres et surtout, étant donné la concision de ces derniers on a recours aux notes prises par des particuliers dans les différentes causes, notes qui contenaient les plaidoiries des parties, les questions du juge au jury et les sentences avec les arguments sur lesquels elles se sont fondées. C'est en 1283 que l'on commença à rédiger ces notes ou

reports et leur diffusion fut d'abord assez réduite. On les reliait année par année, et ces recueils formèrent, à partir de 1292, les *Year Books*, d'une valeur inestimable pour la connaissance du droit anglais du bas moyen âge. Si nous considérons que le nombre des juges du roi était alors assez réduit, ce qui facilitait des échanges suivis entre eux durant leurs séjours à Londres et leurs réunions à Westminster et à *Sergeant's Inn*, et si nous considérons aussi le mouvement très accentué vers l'unification du droit, on comprend facilement l'importance qu'il y avait pour le plaideur à appuyer ses prétentions particulières sur une ou plusieurs sentences antérieures. C'est pourquoi les praticiens demandaient de plus en plus à consulter ces notes, ce qui donna lieu à une espèce de professionnalisation de leur élaboration. Nous en arrivons ainsi à une deuxième étape — du XVI^e au XIX^e siècle — au cours de laquelle les *reports* s'impriment et se publient. Maintenant, la pratique veut que l'on mentionne le nom du *reporter* et le travail lui-même s'est perfectionné considérablement. En conséquence, passent à l'histoire du droit les figures de Sir James Dyer, dont les *reports* commencent en 1537, ou de Sir Georges Burrow, qui couvre la période 1756–1772. Parmi tous, Sir Edward Coke, a joui d'un prestige tellement remarquable que son œuvre est restée comme *The Reports* par excellence. Vers la fin du XVIII^e siècle, certains *reporters* reçurent la qualification d'« autorisés » ce qui signifiait que les juges qui tranchaient les litiges examinaient et corrigeaient ensuite si nécessaire les différents *reports* avant leur publication. La plus grande partie de ces *reports* a été réimprimée et on peut les consulter dans les 176 volumes de la collection *English Reports*. La dernière période s'ouvre en 1865 avec la constitution du *General Council of Law Reporting*, ce qui met fin aux *reports* privés, qui caractérisaient les deux étapes antérieures. Ce conseil général assumait la tâche de publier les *reports* autorisés, qui sont complétés de nos jours avec la série des *Weekly Law Reports*⁵. Dans la littérature juridique, les *reports* sont cités selon des formes abrégées habituelles⁶.

⁵ Le *General Council of Law Reporting* ne jouit du monopole et du contrôle des *reports*. Il existe d'autres collections même si elles sont de moindre importance; on trouve ainsi, les *Revised Reports* (1785–1865), *Times Law Reports* (1884–1952), *Weekly Reporter* (1853–1906) etc. Soulignons particulièrement les *All England Reports*, publiés à partir de 1936.

⁶ Pour un guide complet, voir HALSBURY : *Laws of England*, 1^{re} édition, 31 volumes, (1907–1917). Il y a eu des suppléments annuels à cette publication jusqu'en 1939; une 2^e édition de 37 volumes (1913–1942), et une série de 5 autres volumes formés en 1949. La 3^e édition, qui devait être complétée en 42 volumes, débute en 1953. On trouve des index plus brefs dans A. B. CANE : *Tables of Reports of Cases, Superior Courts, England, Scotland and*

La formation juridique reçue au sein des *Inns of Court* contribua à assurer davantage l'isolationnisme des juristes de la *common law* au sein de la tradition anglaise. Tout le système converge, en somme, vers le principe du précédent. Lorsque les tribunaux se stratifient en des catégories différentes, les règles posées par les tribunaux supérieurs lient les tribunaux inférieurs. Ici on arrive à l'organisation actuelle des tribunaux, au sommet de laquelle on trouve la Chambre des Lords, dont les décisions engagent tous les autres tribunaux y compris la Chambre elle-même, et qui peuvent être annulées seulement par un acte du Parlement. Il est intéressant toutefois de signaler que la règle du précédent a toujours mis l'accent sur ce que l'on a appelé la *ratio decidendi* des cas analogues à ceux examinés et non pas sur les déclarations dites *obiter dicta* ou décisions par incidence (*pronouncements by the way*).

Cette exigence, comprise dans la règle du précédent, libère la *common law* d'une des critiques les plus fréquentes qu'on lui adresse : le jeu dangereux de l'arbitraire dans la création judiciaire du droit. Selon l'explication des juristes britanniques, les inconvénients de la *common law*, en raison précisément de ce principe du *binding case*, ne sont pas constitués par le risque d'un hypothétique arbitraire mais plutôt dans un risque de rigidité. Le correctif reste cependant facile étant donné que dans la grande majorité des cas le précédent corrélatif n'existe pas, et qu'alors le juge, qui ne peut pas refuser de juger, doit réaliser un travail d'interprétation par analogie. En fait, cette tâche se développe dans des limites étroites et suppose pour dépasser l'antinomie arbitraire-immobilisme, une procédure qui tend vers la flexibilité et l'accommodation du droit aux circonstances nouvelles. On peut déroger à la *common law* par les lois du Parlement et même par les *Orders in Council*. Ainsi ces règles juridiques évoluent énormément dans le domaine changeant où elles sont en vigueur, en raison de l'influence qu'elles subissent au fait des règles législatives qui les modifient; ce fait revêt une importance particulière au regard du mécanisme de droit constitutionnel et dans toute la matière des contrats.

La deuxième composante du droit prétorien est formée par les règles qui, issues de systèmes juridiques étrangers au système anglais,

Ireland, prior to Law Reports, 1895; J. C. FOX : Handbook of English Law Reports. Part. I, from the last quarter of the Eighteenth Century to the year 1865, 1913; Sweet-Maxwell Guide, 1929-1948; G. J. TALBOT et H. FORT : Index of Cases Judicially Noticed, from Michaelmas Term, 1865, Éditions : 1891, 1908, 1927; E. WISE : The Law Digest. Index to Reports and Statutes published between 1845-46, 1847. Les nouvelles séries de 1846-56, 1849-56 et 1856-73 par D. T. EVANS, comprennent 9 volumes.

ont été incorporées à ce dernier. On pourrait citer ici les droits romains, canonique et mercantile. Les historiens du droit anglais ont consacré de nombreuses pages à l'influence douteuse de ces systèmes sur la *common law* et nous ferons écho le moment venu à leurs différentes opinions. Ce qu'il faut ici prendre en considération, c'est que la voie judiciaire constitua un moyen possible d'assimilation. Dès lors, lorsque s'adonnant à la *legal history*, on cherche à déterminer la place du droit romain dans la problématique des sources, le véritable problème en cause n'est pas de démontrer si ces textes furent en vigueur principalement ou d'indiquer si, à partir de l'établissement du Parlement, les lois anglaises furent plus ou moins romanisées, mais plutôt de chercher à savoir si les juges royaux du bas moyen âge s'inspirèrent ou non du droit romain à la suite du phénomène de la réception, et, dans l'affirmative, dans quelle mesure ils l'ont fait. En effet, comme nous l'avons signalé précédemment, ce sont les juges qui structuraient alors la *common law*⁷. C'est dans cette optique que se retrouve la polémique à l'égard de l'importance de l'influence romaine sur le *Note Book* de Bracton, le plus fameux des juges anglais du XIII^e siècle.

Un phénomène très semblable peut être signalé dans le développement du droit canonique et mercantile; quant à ce dernier, l'existence des tribunaux de la *common law* fut reconnue par le Parlement dès 1353. Leur juridiction était distincte, elle s'exerçait souvent dans les foires et les marchés où se rendaient les tribunaux⁸. Le particularisme des tribunaux de commerce fit que leur contrôle releva du *Royal Council*, même si leur importance diminuait vers la moitié du XVI^e siècle, devant la poussée des tribunaux de droit commun. La publication de la *Lex Mercatoria* de Malynes au XVII^e siècle, en facilitant à tous les juges la connaissance de l'appareil complexe du droit commercial, mit entre les mains des juges de *common law* la possibilité d'absorber cette juridiction étrangère, tâche que Lord Mansfield réalisa au siècle suivant.

⁷ Ainsi, la période d'occupation de l'Angleterre par les Romains, revêt à cet effet une valeur secondaire. Cf. le travail de F. J. HAVERFIELD dans le volume I de la *Cambridge Medieval History*, à propos du déplacement des Romains en raison de l'établissement des Anglo-Saxons.

Un résumé à la fois bref et attrayant de la vie politique, économique et sociale à cette époque, est offert par le professeur I. A. RICHMOND dans son *Roman Britain* (vol. I de *The Pelican History of England*, Penguin Books, 1955).

⁸ De là leur ancienne dénomination des tribunaux dit de « pieds poudrés » (*piepowders or dusty feet*).

La troisième grande composante du droit de formation judiciaire est l'équité. La refonte de vieilles coutumes locales dans le grand débat judiciaire qui définit la *common law*, se réalisa au tout début dans un bref document appelé *writ* ou *writ original*. Dans plusieurs cas, la *common law* se révélait incapable de répondre à différents besoins, ce qui n'est pas étonnant si l'on tient compte de sa formation progressive. D'un autre côté, dès les XII^e et XIII^e siècles, lorsque les juges arrivaient à déduire d'une série de coutumes locales une règle générale de droit, ils en informaient la chancellerie royale, et dès lors les individus qui ne respectaient pas ces règles devaient comparaître à Westminster. La relation entre ces deux facteurs réside dans le fait que ceux qui se sentaient lésés par les insuffisances de la *common law*, en appelaient au chancelier pour lui demander, « pour Dieu et pour Charité » (*for God and in way of Charity*), d'administrer la justice. Ces requêtes illustraient généralement l'une des trois hypothèses suivantes : premièrement, il pouvait être difficile d'obtenir justice adéquate à cause des pressions auxquelles étaient soumis les juges ambulants de la part des puissants, ensuite, on pouvait regretter l'influence spécifique de la *common law* pour régler certaines matières; enfin, on pouvait chercher à écarter la *common law* parce que, normalement, elle ne connaissait et n'appliquait que des indemnités pécuniaires (*damages*) en cas de violation des contrats. C'est ainsi que, pour reprendre le même exemple de Jenks, si, après la vente d'un fonds immobilier, l'acheteur en avait payé le prix, et, si le vendeur remettait l'objet vendu à un autre acheteur plus généreux que le premier, la seule sanction offerte à ce dernier par un tribunal de *common law* consistait en la répétition du prix. Il n'aurait pu que très difficilement récupérer les terres, objet du contrat. Donc, l'acheteur évincé aurait eu recours alors au chancelier en demandant un *Bill in Equity*.

Le chancelier, au commencement, ne présida ni ne fit partie d'aucun tribunal indépendant. Il agissait comme gardien de la conscience du roi, « The Keeper of the King's Conscience ». Vers la moitié du XIV^e siècle naîtra comme tribunal autonome, la *Court of Chancery* qui se maintiendra jusqu'à son abolition, à la fin du XIX^e siècle, par les *Judicature Acts*, en laissant seulement le souvenir de son nom dans la section *Chancery* de la *High Court of Justice*. Jusqu'à la Réforme, l'office du chancelier fut toujours occupé par des ecclésiastiques, ce qui conféra au droit canonique une influence énorme facilitée par le caractère même des juridictions « de grâce et charité ». Au cours des premiers siècles, aucunes règles ni décisions liant le libre arbitre du chancelier ne furent établies. Pour en trouver, il faut attendre le XVIII^e siècle,

époque à laquelle les tribunaux d'équité, à l'instar de ceux de la *common law*, obéissent à la doctrine du précédent judiciaire. Actuellement tous les juges peuvent appliquer le principe de l'un ou de l'autre système. Notons finalement que les *Courts of Chancery* employèrent une procédure notoirement différente de celle des tribunaux de la *common law*, à tel point que la rivalité entre ces deux systèmes occupe des chapitres fondamentaux dans l'histoire du droit anglais.

B – Les antécédents de l'histoire du droit anglais

L'origine d'une authentique tradition historique peut se situer en Angleterre, selon Holdsworth⁹, à la fin du XVI^e siècle. Cette affirmation est basée fondamentalement sur trois motifs : les conséquences de la Réforme et de la Renaissance; la polémique entourant les questions relatives à un gouvernement constitutionnel, et le début des études historico-juridiques.

La période de la Réforme présente en Angleterre cette particularité parmi d'autres que le retrait de la discipline et de l'esprit romains, a une répercussion immédiate sur le droit et les institutions et ainsi, à la différence d'autres pays occidentaux, où la réception antérieure du droit romain façonne toute l'évolution juridique, en Angleterre, on se tourne vers la *common law* médiévale comme moyen d'autoaffirmation et d'indépendance. C'est aussi le moment où apparaissent de nouveaux tribunaux et de nouveaux conseils : la Chancellerie, la *Court of Request*, l'Amirauté, la *Star Chamber*, les Conseils du Nord et de Galles dont la compétence et les pouvoirs, au regard des tribunaux de *common law* soulèvent des problèmes complexes. Déjà au XV^e siècle la prédominance des tribunaux du roi s'était accusée en même temps que diminuait l'importance des anciens tribunaux féodaux et des *communal courts*¹⁰. L'application de la *common law* médiévale et sa rénovation corrélative suscitèrent de nécessaires recherches sur l'origine historique des différents tribunaux.

La Renaissance, par ailleurs, eut en Angleterre un impact particulier.

⁹ *The Historians of Anglo-American Law*, Columbia University Press, New York, 1928. Cf. *The Establishment of an Historical Tradition*, pages 11 et suivantes. Je suis, dans mon premier chapitre, le schéma qu'Holdsworth présente entre les pages 11 et 48, conformément aux lectures I et II. (Le livre cité en compte cinq, regroupés en vue d'une édition conjointe).

¹⁰ Cf. MAITLAND : *The Constitutional History of England*, Cambridge, 1963, Période II, 1, C, page 204.

Dès l'imposition du *new learning* pendant le règne d'Henry VII, et malgré les retards culturels occasionnés par la dissolution des communautés monastiques¹¹, le mouvement humaniste, dans sa complexité, trouverait son symbole, du point de vue qui nous intéresse ici, dans l'amitié d'Henry VIII et d'Erasme. Le successeur d'Henry VIII, Edouard V, ne relâcha pas l'attention qu'il portait aux idées nouvelles et Cambridge fut alors « The home of the best kind of humanism »¹². Cambridge devait ensuite donner quelques-uns des plus éminents politiciens qui entourèrent Elizabeth, tels Burghley, Bacon, Coke et Smith. Le règne d'Elizabeth, fondamental dans le développement politique de l'Angleterre, constitua la ligne de division entre le droit médiéval et le droit moderne, autant dans les institutions que dans la pensée et la doctrine¹³.

En deuxième lieu, il faut relever, à la fin du XVI^e siècle, la dérivation de ces thèmes vers une controverse politique et constitutionnelle. La tension entre le trône et le Parlement provoqua le regroupement, en deux blocs, des partisans de l'un et de l'autre, et tous cherchèrent à appuyer leurs positions sur des motifs historiques. De grandes questions furent posées, comme le signale Maitland à ce propos¹⁴, et partout on eut recours à l'ancien droit et à l'histoire.

Quant à l'étude historique des textes juridiques dans un but proprement scientifique, il faut souligner l'importance toute spéciale de deux figures, Lambard et Somner, que nous examinerons plus loin. Il nous suffit pour le moment de connaître les principaux axes du renouveau.

1. *Coke et les historiens de l'Equity*

Tel qu'Holdsworth l'a si justement fait remarquer¹⁵, si la thèse des Stuarts et des *prerogative lawyers* avait prévalu, la tradition historique anglaise aurait été fort différente de celle que nous connaissons aujourd'hui. Mais ce fut le Parlement et avec lui les *common lawyers* qui remportèrent la victoire, symbolisée par celui qui avait personnifié les idéaux de ces deux parties : Edward Coke (1552–1634).

¹¹ BASKERVILLE, dans son intéressante monographie traitant de cet événement, *English Monks and the Dissolution of the Monasteries*, tente d'atténuer les conséquences de cette dispersion. Il signale aussi que, malgré qu'on n'eût pas pris de mesures pour sauvegarder les livres et manuscrits, un bon nombre de ceux-ci furent conservés en raison du bon soin qu'en prirent individuellement les moines. V. pages 280-281.

¹² HOLDSWORTH : *Some Makers of English Law*, Cambridge, 1938, page 79.

¹³ *Idem Id.*

¹⁴ V. dans *Collected Papers*, III, page 453.

¹⁵ *The Historians . . .*, pages 14-15.

Coke restera celui qui a retransmis fidèlement la *common law*, et il a assumé la fonction la plus significative dans cette tâche fort complexe. Son succès est dû non seulement à sa parfaite connaissance de la *common law*, mais aussi à son caractère représentatif au sein même du Parlement et, enfin, à l'accumulation à laquelle il s'était livré, des matériaux juridiques médiévaux¹⁶. A ce dernier sujet, écrivait Spedding¹⁷, l'apport de Coke fut tellement important que sans lui le droit de cette époque aurait été comme un bateau sans son lest (« like a ship without ballast »). Sans doute peut-on imputer au juriste Coke, comme on s'était chargé de le faire, ses insuffisances d'historien : on lui a reproché de manquer d'esprit critique, de retenir sans discrimination à l'appui de ses convictions personnelles les témoignages les plus divers; on lui a même récemment fait grief de ses positions politiques. Quant à l'histoire médiévale, il est vrai, Coke appuie ses opinions sur les travaux de Camden et Lambard, les principaux historiens de son temps. Mais en outre, il fait très largement appel à des figures littéraires comme Chancer, Horace, Virgile, Cicero, etc., et il est si crédule, il manque tellement d'esprit scientifique qu'il est persuadé que les anciens Bretons parlaient le grec; il accepte avec la même naïveté les légendes rapportées par l'auteur du *Mirror of Justices*. Ses jugements ne furent pas non plus des modèles de pondération. Maitland rendit tristement fameux le jugement qu'il avait porté sur un petit traité écrit par Sir Thomas Littleton au XV^e siècle, en la qualifiant comme l'œuvre la plus parfaite et la plus complète qu'on ait jamais écrite dans n'importe quelle science humaine¹⁸.

Coke ne fut donc pas un historien. Parmi ses nombreux ouvrages, il faut en souligner spécialement deux à cause de l'influence qu'ils ont eue dans le développement subséquent du droit anglais. En premier lieu, les *Reports* publiés à intervalles irréguliers, la première partie en 1600, les deux suivantes peu après, et les huit dernières entre 1603 et 1615; les parties douze et treize furent publiées après sa mort, en 1655 et 1658 respectivement. Le deuxième ouvrage, les *Institutes*, divisé en quatre parties, est de composition voriée. La *First Institute*, la seule publiée du vivant de Coke, en 1628, constitue une espèce d'encyclopédie juridique réalisée à partir d'un travail antérieur de Littleton. La *Second Institute* traite principalement du droit public, pendant que la troisième se réfère au droit pénal et la quatrième à la juridiction des tribunaux. Les

¹⁶ V. *The Historians* . . . , page 14.

¹⁷ *Letters and Life*, VI, page 65.

¹⁸ V. Le commentaire sarcastique de MAITLAND dans son ouvrage *English Law and the Renaissance*, réimprimé dans *Select Essays in Anglo-American Legal History*, I, pages 168-207.

déficiences signalées plus haut ne permettent pas de considérer Coke comme un historien; en revanche, la rigueur de ces deux ouvrages autorise à le considérer comme un excellent juriste, compte tenu de l'état du droit de son temps. En ce sens, l'influence qu'il exerça sur le développement postérieur du droit anglais fut considérable. Holdsworth en a fait la synthèse dans les différents secteurs du droit : droit privé, problématique du droit en général, droit commercial, droit pénal et droit constitutionnel¹⁹.

Le travail de Coke en droit privé anglais a eu une influence manifeste sur les historiens du droit qui ont suivi. D'un côté, il harmonisa les préceptes épars qu'on retrouvait dans les *Years Books* avec la doctrine des *reports* qu'il avait étudiée. En second lieu, il adapta les travaux des juristes anglais du moyen âge, par ex. : Glanville et Bracton, à la doctrine moderne de la *common law*. La construction du droit anglais, il l'avait réalisée dans un esprit d'unification de la *common law*, à une époque, la fin du XVI^e siècle, où la diversité des tribunaux existants — *Chancery, Admiralty, Star Chamber, Ecclesiastical Courts* — faisait peser la menace d'un processus croissant de désagrégation. L'influence de ces tribunaux sur le droit commercial est directement relié aux attaques de Coke à l'endroit de la deuxième juridiction qu'on vient de citer. Si ces attaques n'avaient pas été couronnées de succès, affirme Holdsworth, le droit commercial se serait développé sous le contrôle d'une juridiction qui aurait appliqué les normes du droit romain, si bien qu'aurait surgi un secteur dissident au sein du domaine normatif de la *common law*. Quant au droit pénal, l'apport de Coke est en relation directe avec la suppression de la torture dans la procédure criminelle. Ce fut un historien du droit français, Esmein, qui signala comment la seule Angleterre fut libérée de la torture aux XVII^e et XVIII^e siècles, sa législation servant ensuite de modèle aux réformes réalisées par les législateurs après la Révolution française²⁰. Le droit constitutionnel anglais doit à Coke, chef de l'opposition au Parlement, ses efforts décisifs sur le plan politique, pour maintenir la suprématie du droit. L'influence de ce juriste sur les deux derniers domaines mentionnés, on ne doit pas la considérer seulement dans son entité propre et selon son importance; il faut aussi retenir sa mission spéciale d'élaboration des tarifs décisifs de l'ordonnement juridique propre à l'Angleterre. Pour cette raison, Holdsworth qui, comme nous le verrons le moment venu, ne fut pas spécialement séduit par le droit de l'Europe continentale, manifeste une sympathie

¹⁹ V. *Some Makers . . .*, pages 127-132.

²⁰ V. *History of Continental Criminal Procedure (Continental Legal History Series)*, pages 322-332.

très spéciale pour Coke, « le plus Anglais parmi nos grands juristes de la *common law* »²¹.

Ainsi Coke contribua d'une manière décisive au passage de l'ancien droit à la future *common law* des temps modernes. Il n'eut pas besoin dans cette tâche de recourir aux influences étrangères. En revanche on assiste à « une merveilleuse résurrection du droit médiéval anglais »²². Mais avant de s'attarder aux manifestations de ce phénomène dans l'œuvre des historiens du droit, il faut signaler un courant doctrinal, celui qui surgit autour du thème de l'équité, qui devait jouer un rôle important dans le développement du système de la *common law*²³. Ce courant est représenté par deux prédécesseurs de Coke, St. Germain et Thomas More, et par deux contemporains, Lord Ellesmere et Bacon.

St. Germain (1460 ?–1540) avocat au *Inner Temple*²⁴, fut un homme profondément intéressé par les questions religieuses et par le droit canonique. Ces préoccupations l'incitèrent à étudier continuellement le développement historique de l'équité. Il nous a livré sa pensée dans des dialogues entre un *Doctor of Divinity* et un étudiant de la *common law*, réunis dans un livre généralement connu sous le titre de *The Doctor and Student*. Le premier dialogue fut publié en latin en 1523; on en fit une seconde édition, celle qui nous est parvenue en 1528. Le second dialogue parue, en anglais, en 1530. Une année plus tard on traduisit le premier et les deux furent publiés conjointement, avec des additions, en 1532. *The Doctor and Student* marqua le point de départ de l'interprétation de l'équité dans l'optique du droit canonique. La conscience devait dire « comment » et « quand » on devait remédier à l'injustice que les juges royaux laissaient naître. De toute façon, en cas d'opposition entre les préceptes légaux et l'équité, une interprétation large de cette dernière devait prévaloir. Il en résultait un phénomène parallèle, le développement d'une *Court of Chancery* séparée, composée à sa manière et dotée d'une procédure propre, juxtapo-

²¹ *Some Makers . . .*, page 132.

²² MAITLAND : *History of English Law*, dans *Selected Historical Essays of F. W. Maitland, chosen and introducen by Helen M. Cam*, Beacon Press, Boston, 1957, page 112.

²³ V. HOLDSWORTH : *Some Makers . . .*, pages 91–110.

²⁴ Le *Inner Temple* est l'une de ces grandes corporations — les trois autres : *Lincoln's Inn*, *Middle Temple* et *Gray's Inn* — connues sous la dénomination collective de *Inns of Court*. Elles forment une espèce de Barreau Général. De caractère autonome, elles sont gouvernées par les membres de son corps exécutif (*Benchers*) selon une procédure coutumière. Seul ces corporations peuvent présenter des candidats au titre de *Barrister at Law* ou d'avocat.

sée aux traditionnels *common law courts*; d'où une certaine tension entre ces deux juridictions dans la première partie du XVI^e siècle, quand déjà les principes de l'équité recueillis dans les dialogues avaient été vulgarisés²⁵. Thomas More, connaisseur averti de la *common law* et fils d'un juge lié au système traditionnel, joue un certain rôle de médiateur. Sa nomination comme chancelier, signale Holdsworth²⁶, constitue une charnière dans l'histoire de l'équité alors que son administration, jusqu'alors dans les mains des ecclésiastiques et des canonistes, passe aux mains des juristes laïques. Les frictions s'atténuèrent alors autant en raison du phénomène que nous avons déjà signalé, que grâce à la personnalité même du chancelier²⁷, et les relations entre les tribunaux se développèrent harmonieusement pendant la deuxième moitié du XV^e siècle.

A la fin de ce siècle, et coïncidant avec la nomination de Sir Thomas Egerton, Lord Ellesmere, au poste de chancelier, en 1596, se ranima la vieille dispute dont la cause principale résidait dans la querelle opposant Ellesmere et Coke. Le premier, dans sa *Court of Chancery*, s'opposa aux tentatives de Coke de restreindre la compétence de cette juridiction, ainsi qu'aux efforts qu'il avait déployés pour empêcher les parties de comparaître devant elle. Ellesmere dirigea la Chancellerie jusqu'en 1617, ce qui prolongea la polémique entre les deux personnages jusqu'au règne de James I; ce dernier soumit la question à un conseil et au dernier grand créateur de la conception anglaise de l'*equity* : Francis Bacon. Suivant les orientations reçues, le roi pencha en faveur d'Ellesmere, de la *Court of Chancery* et, en dernière instance, de l'*equity* elle-même.

La tâche que Bacon réalisa sur ce point n'est qu'un reflet de sa préoccupation générale de fonder le droit sur une base philosophique. Né en 1561, élevé au *Trinity College*, de Cambridge, et au *Grays Inn*, il devint membre du Parlement en 1584, *solicitor-general* en 1607²⁸,

²⁵ Les relations nécessaires entre l'équité et la loi que ST. GERMAIN dénonça, furent l'objet d'une réplique. Et celle-ci, à la fois, combattue — avec une certaine explication des premières — dans l'ouvrage *The Little Treatise concerning Writs of Suppoena*. Les deux furent publiés par HARGRAVE : *Law Tracts*, pages 323-331 et 332-355.

²⁶ *Some Makers* . . . , page 98.

²⁷ Lorsqu'on mettait More au courant des plaintes portées par les juges de la *common law*, à l'effet que les parties étaient écartés de leurs tribunaux, le Chancelier les invitait à manger pour leur expliquer la procédure à suivre pour mitiger le droit. Cf. HOLDSWORTH : *Some Makers* . . . , page 99, et ROPER : *Life of More*, page 31.

²⁸ Il y a deux branches dans la profession légale anglaise. L'une est composée par les *barristers* (voir *supra* note 24), l'autre, par les *Solicitors of the Supreme Court*, résultant d'une combinaison de quelques professions histo-

*attorney-general*²⁹ en 1613, *Lord Keeper* en 1617 et *Lord Chancellor* en 1618. Ses œuvres s'échelonnent dans le temps : *The Advancement of Learning* en 1605, le *Novum Organum* en 1620 et les traités *De Augmentis* en 1623, trois ans avant sa mort. Indépendamment de ses travaux philosophiques, Holdsworth inclut Bacon parmi les créateurs du droit anglais autant à cause du poids et de l'influence de ses sentences, rendues en qualité de *Lord Chancellor*, qu'en raison de son œuvre de restauration de l'harmonie — malgré ses déclarations en faveur de la *Court of Chancery* — entre l'équité et la *common law*³⁰. Bacon se révéla en plus, un grand penseur juridique³¹ et un inspirateur infatigable de thème de travail. Ainsi il suggéra de reviser la *statute law* et de faire une compilation du *case law*; il suggéra aussi la composition d'un livre *De antiquitibus juris*, qui aurait pu être un traité d'histoire du droit à partir des textes et des documents, d'un autre livre encore *De regulis iuris*, qui expose les principes généraux du système juridique et enfin d'un troisième, *Terms of the law*, c'est-à-dire un dictionnaire de la terminologie juridique³².

Les divergeances entre Coke et Lord Ellesmere et l'orientation de Bacon en faveur de l'équité, nous amènent à une brève considération

riquement différentes telles les *attorneys*, des tribunaux de *common law* (voir *infra* note 29), les *solicitors* du tribunal de la Chancellerie, les procureurs de la juridiction ecclésiastique et les greffiers.

Les anciens *Solicitors* apparurent à la fin du XVI^e siècle, dans le but de diriger le cours des affaires pendantes devant les tribunaux d'équité. Au XVII^e, ils forment une profession analogue à celle des *attorneys*, avec lesquels ils s'unissent plus tard bien qu'ils se distinguent encore par leur dénomination.

²⁹ Les *attorneys* furent des agents et des procureurs des parties. Leurs noms furent inscrits dans les registres des tribunaux de *common law*, ce qui contribua à la professionnalisation de leur tâche. Le tribunal se réservait le droit de les rayer du registre ou de leur imposer — dans quelques cas — des sanctions différentes.

Après leur fusion avec les *solicitors*, les deux groupes furent expulsés du Barreau ou des *Inns of Court* qui restèrent sous la juridiction exclusive des *barristers*. Ils joignirent alors le Collège de la Chancellerie (*Inns of Chancery*), organisme qui se transforma — vers la moitié du XVIII^e siècle — en la Société du Droit (*Law Society*).

³⁰ De sa préoccupation pour se pencher sur la bonne marche de l'administration de la justice, les lignes suivantes, que Bacon rédige à Buckingham un mois après avoir pris possession de la Chancellerie, témoignent du souci qu'il porta à la saine administration de la justice. « This day — écrit-il — I have made even with the kingdom for common justice. Not one cause unheard. The lawyers drawn dry of all the motions they were to make. Not one petition unanswered » (Cf. SPEDDING : *Letters and Life of Bacon*, VI, page 208).

³¹ Ses conceptions furent principalement recueillies dans le livre Huitième du *De Augmentis*, et devaient être qualifiés par HOLDSWORTH comme « the first critical, the first jurisprudential, estimate of English law which had ever been made ». *Some Makers...*, page 108.

³² V. HOLDSWORTH : *Some Makers...*, page 108.

sur l'avenir de la *common law*. La décision de James I, fut en général bénéfique même pour la *common law*. C'est du moins à cette conclusion, un peu déconcertante, qu'en arrive Holdsworth. D'après lui³³, si la *common law* avait triomphé d'une façon absolue, il y aurait eu un danger d'immobilisme et d'un arrêt forcé de son développement, comme on l'avait vu au XV^e siècle. D'ailleurs, même en supposant une évolution hypothétique, il est difficile d'imaginer que la traditionnelle *common law* aurait été capable de régler certains types d'institutions, comme l'hypothèque, la tutelle, etc.

2. Les historiens qui ont étudié l'évolution du droit

La fin du XVI^e siècle et le commencement du XVII^e, constituent l'une des plus brillantes périodes de l'histoire culturelle de l'Angleterre. Cette époque, celle de Shakespeare et Bacon, comporte une signification spéciale pour le sujet qui nous occupe. Maitland l'a désignée comme « l'âge héroïque » du savoir historique et juridique³⁴. En 1572, est fondée l'*Antiquarian Society*, grâce à l'initiative de l'archevêque Parker, destinée à faire l'histoire des différents aspects de la société anglaise dans une optique scientifique³⁵.

Nous allons nous tourner maintenant vers les historiens qui ont porté leur attention à l'évolution du droit. Nous ne nous attacherons pas à ceux qui ont écrit des exposés généraux sur la matière, nous avons déjà indiqué le caractère introductif de ce chapitre, mais plutôt à ceux qui ont étudié les sources, les institutions, etc., et qui ont ainsi tracé des lignes fondamentales de travail que leurs successeurs devaient suivre. A la suite d'Holdsworth³⁶, on les répartira en quatre groupes : ceux qui étudient l'ancienne problématique anglo-saxonne, les auteurs de traités sur les institutions, le petit groupe d'écrivains traitant de l'histoire de la doctrine juridique et, enfin ceux dont la tâche consistait dans la recherche et la publication de documents.

a) Le groupe anglo-saxon

Ce groupe se fixa pour mission principale d'étudier l'ancienne langue et l'ancien droit des anglo-saxons. Selon Maitland, les événe-

³³ *Idem*, pages 101-102.

³⁴ *Collected Papers*, III, page 453.

³⁵ La Société cessa de se réunir régulièrement à partir de 1604. En 1717, il se constitua un nouveau groupe, composé de membres dont la formation de base était historique. En 1770, ils commencèrent à publier des documents qui parurent sous le titre de « *Archæologia* ». (*Cambridge History of Literature*, IX, 357-358). Cf. HOLDSWORTH : *The Historians*, page 30, et NICHOLS : *Literary Anecdotes*, VI, pages 140-160.

³⁶ *The Historians* . . . , pages 30-48.

ments politiques et religieux de l'époque permettent d'expliquer l'éclosion de cette tendance. La formation de l'Église anglicane, à la suite du règne d'Henry VIII, et son essai d'établir un lien avec l'ancienne Église catholique, en s'éloignant des prétendues usurpations du Pape, les amenèrent à étudier le droit anglo-saxon à la recherche d'appuis historiques. En ce sens, la tendance nouvelle qui devait être représentée principalement par Lambard et Somner, fut « un produit secondaire de la Réforme »³⁷.

William Lambard (1536–1601) devient membre de l'ordre des avocats de la *Lincoln's Inn* en 1567. Douze ans plus tard il est nommé « Justice of the peace »³⁸ de Kent, et à partir de 1597 il prend les registres de la *Chancery Lane*. En 1601, année de sa mort, il est nommé archiviste des documents de la Tour de Londres, dont il dresse lui-même un catalogue. Il écrit l'*Archeion*, qui commente le développement historique des tribunaux centraux de l'Angleterre, la *Einrenarcha*, relative aux juges de paix, dont il avait lui-même exercée les fonctions, et l'*Archaionomia*. Nous reviendrons aux deux premières œuvres au moment d'étudier les auteurs des traités sur les institutions. L'*Archaionomia* constitue une présentation initiale des lois des anglo-saxons et en ce sens, Lambard fut le pionnier d'une longue entreprise qui devait aboutir au travail magistral de l'allemand Liebermann.

Somner (1598–1669) fut un ecclésiastique, et sa place ici se justifie en raison des remarquables observations qu'il formula sur les lois d'Henry I, de la traduction — non publiée — du texte latin des *Lois des anglo-saxons*, de Lambard, de la traduction aussi des documents de cette époque pour les *Dugdale's Monasticon* et, surtout, en raison de son célèbre *Saxon-Latin-English Dictionary*. L'intérêt pour les thèmes anglo-saxons continue à se manifester d'une certaine façon chez

³⁷ MAITLAND, *Collected Paper*, III, page 452.

³⁸ Les précédents de cette institution se trouvent dans les « Conservators of the Peace » qui parurent vers la moitié du XIII^e siècle pour veiller à la paix et l'ordre du comté. Deux statuts, de 1327 et 1332, leur donnèrent le pouvoir de juger des questions pénales de peu d'importance, afin de décharger de ce travail les juges ambulants. Après la moitié du XIV^e siècle, ils commencèrent à être connus comme « juges de paix », en reconnaissance de leurs nouvelles fonctions — maintenant accrues — et un statut de 1414 prévoit qu'ils doivent se réunir quatre fois l'an pour entendre les procès. C'est là l'origine des « Quarter Sessions », maintenues de façon ininterrompue jusqu'à nos jours. Sur les « Justice of the peace » : R. D. M. LITTLE et A. HUTTON : *Rights and duties of Justices*, 1899; J. T. PRATT : *Office and Authority of a Justice of the Peace, out of Sessions*, 1828; W. ROBINSON : *Introduction of a Justice of the Peace to the Court of Quarter Sessions*, 1836; L. PAGE : *Justice of the Peace*, 1947; W. K. WIGRAM : *Justices' Note Book*, 1879 (15^e édition en 1951); A. RUSSELL : *The Magistrate. A practical Handbook for Magistrates and Justices of the Peace*, 1945, etc., etc.

Wheelock, Hicks et Wilkins. Avec ce dernier, nous nous trouvons au XVIII^e siècle. A partir de là, nous constatons un assez grand vide, que viendra combler au XIX^e siècle Liebermann en raison de l'intérêt qui avait suscité en Angleterre le travail de l'École historique du droit.

b) Les auteurs de traités sur les institutions

Nous avons déjà mentionné deux œuvres de Lambard qui ont pour objectif direct l'étude des institutions. L'une était l'*Archeion*, traitant des tribunaux centraux, et l'autre, l'*Einrenarcha*, traitant d'une institution locale. Le premier de ces deux livres — complété en 1596 mais publié seulement en 1635 — étudie la situation des tribunaux de *common law*, ainsi que les autres cours et conseils qui se sont développés au XVI^e siècle. Comme Holdsworth l'a fait remarquer³⁹, son principal intérêt consiste à montrer le point de vue de l'optique d'un historien, qui écrit précisément à l'époque antérieure au moment où tous ces organismes entrèrent en conflit, alors que leur compétence soulève des problèmes cruciaux. L'*Einrenarcha* fut publiée en 1581 et elle est probablement l'œuvre la plus documentée de Lambard. Le roi nommait pour chaque comté, un certain nombre de « justices of the peace », mais, le fait que certaines cités eurent le privilège d'élire leurs propres juges donnait parfois à ces villes une autonomie judiciaire au sein du comté lui-même. Dans d'autres cas, par contre, il se produisait un phénomène de juridictions concurrentes⁴⁰. C'est sur cette toile de fond que l'œuvre se développe rédigée du reste dans une harmonieuse forme littéraire⁴¹.

Le début du XVII^e siècle coïncide avec l'apparition d'une autre figure importante : Prynne (1600–1669). Malgré sa vie mouvementée, il resta longtemps emprisonné à cause de son opposition à la royauté et aux évêques, il devint une autorité primordiale en droit constitutionnel. Sur la fin de sa vie il occupa le poste d'archiviste des documents de la Tour de Londres, et profita de sa situation pour illustrer son œuvre de matériaux jusqu'alors inédits, comme on peut le constater par les registres des décisions du Parlement et les compilations des documents conservés dans la Tour. Ces études historiques — *Demurrer to the Jews' long-discontinued Remitteres into England* et le *Plea for the House of Lords* —, même si leur élaboration systématique laisse à désirer, nous livrent des matériaux dont l'utilité sera plus tard évidente. Ses

³⁹ *The Historians* . . . , page 38.

⁴⁰ V. MAITLAND : *The Constitutional History of England*, page 232.

⁴¹ Pour comparer les éditions successives qu'il publia, voir la note de Miss PUTNAM dans *EHR*, XLI, pages 260–273. Aussi, en général, voir : TEETOR dans *AJLH* (1963).

propres connaissances lui permirent de se livrer dans certains cas à une critique positive, comme la critique des attaques de Coke contre le tribunal de l'Amirauté, en mettant en relief les erreurs de Coke, de la même façon que Marsden l'a fait, plus largement, au XX^e siècle.

Le deuxième grand historien des institutions au XVII^e siècle est Dugdale (1605–1686). Henry Spelman, auquel nous nous référerons plus tard, l'aida à obtenir un emploi au *Herald's College*, et il devint, plus tard, *Garter-King at Arm*. Ses ouvrages les plus considérables sont les *Antiquities ob Warwickshire* et le *Monasticon*. La réalisation de ces deux ouvrages l'amena à réunir une grande quantité de renseignements sur des sujets précis de l'histoire juridique qui, publiés sur la pression de ses amis, formèrent deux nouveaux livres : *Origines juridicales* et *Chronica Series*⁴². Le premier nous renseigne sur les origines du droit anglais et des institutions anglaises et comprend un catalogue des auteurs de traité et d'ouvrages juridiques. L'apport le plus intéressant des *Origines juridicales* ou *Judicial Origins* est, peut-être, l'abondante information offerte sur l'histoire de la *legal profession* de même que sur les caractéristiques des *Inns of Court* : l'origine des offices, la discipline interne de cette institution, le contrôle que les juges et le gouvernement, etc. . . essayèrent d'exercer. Comme Holdsworth l'a signalé, jusqu'à la publication par les *Inns* de leurs documents dans la deuxième moitié du siècle dernier, le livre de Dugdale constitua l'autorité primordiale quant à l'histoire de cette traditionnelle institution britannique. *Chronica Series* offre un cadre chronologique des différents offices de chancelier, juge, trésorier, *law officer*, *King's serjeant* depuis l'époque de la conquête jusqu'à la publication de l'ouvrage.

A cheval sur le XVII^e et le XVIII^e siècle, se détache la figure de Thomas Madox qu'il faudrait rattacher si nous en jugeons par la publication de ses travaux, plutôt au XVIII^e siècle. Né en 1666, après avoir étudié au *Middle Temple*, il succéda à Rymer en 1714 comme chroniqueur du roi. Il mourut en 1727.

Madox publia en 1702 les *Formulae Anglicanum* qui contiennent une collection de documents médiévaux. Neuf ans plus tard, paraît son œuvre la plus fameuse, *The History and Antiquities of the Exchequer of the King of England*, avec une série d'appendices, parmi lesquels on trouve le premier texte imprimé du célèbre *Dialogus de Scaccario*. Dans l'histoire de l'*Exchequer*, Madox étudie le développement de la *curia regis* et des grandes institutions auxquelles elle donna naissance, l'*Exchequer*, les tribunaux de la *common law*, les conseils, le Parlement et la

⁴² HOLDSWORTH : *The Historians . . .*, page 41.

Chancellerie, car l'appareil de fixation et de perception des impôts fut étroitement associé à un complexe structural plus large. Le livre possède une signification réelle dans l'histoire du droit anglais. En 1722 parut l'œuvre suivante : *Firma Burgi*, qui comprend une histoire des institutions locales. Le dernier apport de Madox, *Baronia Anglica*, fut publié en 1736, neuf ans après sa mort. *Baronia Anglica* comprend l'étude d'un aspect partiel de la féodalité : le « constitutionnal aspect » selon la définition du professeur Hazeltine⁴³. Il faut souligner ici le solide appui documentaire que l'auteur lui-même a voulu mettre en relief dans le sous-titre du livre⁴⁴.

La mise en valeur de Madox et de son œuvre fait figure de constante chez les historiens du droit. Il avait acquis, signale Hazeltine⁴⁵, une connaissance des principes fondamentaux du droit anglais, constamment développée par une vie consacrée à l'étude des sources et de la littérature relative à l'histoire du droit. Maitland dit de l'*History of Exchequer* qu'elle était une des œuvres historiques grandioses du XVIII^e siècle et il signale la dette contractée envers l'auteur de la *Firma Burgi*⁴⁶ par tous ceux qui étudient les institutions municipales britanniques. Holdsworth l'a qualifié d'un des meilleurs historiens anglais⁴⁷. Madox a certainement possédé toutes les qualités nécessaires pour accomplir sa tâche. Il connaissait bien l'ancien langage anglo-saxon, le français et le latin médiéval. En plus les techniques de la paléographie et la diplomatie lui étaient familières. Par-dessus tout, il assumait sa tâche d'historien avec un haut sens des responsabilités et de l'auto-critique. « Écrire l'histoire, disait-il, est d'une certaine façon quelque chose de religieux ; . . . et on doit l'accomplir avec pureté et droiture d'intention »⁴⁸. Signalons, finalement, que ses œuvres furent rédigées dans une intention constamment marquée, qui n'aboutit pas : élaborer une histoire complète de l'ancien droit anglais. On interpréterait mal Madox, signale Hazeltine⁴⁹, si l'on oubliait que ses différents travaux sont disposés comme des parties ordonnées vers un tout : l'histoire du droit primitif de l'Angleterre.

⁴³ V. Harold D. HAZELTINE : « Thomas Madox as constitutional and legal Historian ». *LQR* 32 (1916), pages 268-289, à la page 288.

⁴⁴ *An History of landhonours and baronies, and of tenure in capite, verified by records.*

⁴⁵ « Thomas Madox . . . », *LQR* 32 (1916), page 272.

⁴⁶ « No one is likely to make much of a contribution to British municipal History who does not know and admire his Madox ». (*Collected Papers*, II, page 223).

⁴⁷ *The Historians . . .*, page 42.

⁴⁸ V. La « Espistle to Lord Somers » dans *History of the Exchequer*, page 111.

⁴⁹ V. *LQR* 32 (1916), page 285.

c) Les historiens de la *legal doctrine*

Puisque nous avons déjà fait mention de la tentative infructueuse de Madox, à laquelle on pourrait ajouter, sous certains aspects particuliers, les œuvres déjà citées de Lambard et Sumner, nous nous limiterons ici à signaler Henry Spelman (1564–1641).

L'œuvre de cet auteur, qui avait reçu sa formation juridique au *Lincoln's Inn* relève fondamentalement de l'histoire ecclésiastique, mais si on ajoute au *Glossary* l'essai sur la tenure pour services comme chevalier on se trouve en présence de deux œuvres de premier plan dans l'historiographie juridique anglaise⁵⁰.

Le *Glossary* est un dictionnaire de terminologie légale et historique⁵¹. Plusieurs des références qu'il contient, ainsi que le traité dont nous avons fait mention auparavant, revêtent un intérêt singulier dans l'interprétation de la féodalité britannique. Dans l'opinion de Harding⁵², Spelman fut le premier à signaler comment le trait fondamental de la *common law* pouvait être analysée à partir de l'organisation féodale. Il est intéressant de relever chez Spelman l'approche du phénomène : de ce point de vue, en raison de son intérêt pour le droit européen, Spelman apparaît comme une sorte de précurseur de Selden et plus encore de Maitland, et ouvre la première brèche dans l'hermétisme de la *common law*, faisant ainsi connaître les aspects juridiques de l'histoire britannique. C'est Maitland lui-même qui le signale, avec des mots qui, pour constituer une explication *à priori* de la position qu'il soutient, me semblent intéressants à transcrire ici. « A partir de la fin du XVII^e siècle », indique-t-il⁵³, « notre droit anglais grandit dans un merveilleux isolationisme : il devient très purement anglais et insulaire. Nos juristes semblent avoir été peu renseigné et ne s'être pas préoccupé du droit des pays étrangers ni du droit romain. Les autorités anglaises étaient pour eux suffisantes, et nos parlements et nos tribunaux n'étaient pas assujettis à l'influence étrangère. Coke, dans ses volumineux travaux, nous a fait un résumé du droit du bas moyen âge, mais dans tous ses livres, à moins que je ne fasse erreur, pas un mot n'est consacré au système féodal. Nous dirions qu'il explique ce système de façon détaillée, dans

⁵⁰ V. HOLDSWORTH : *The Historians...*, pages 45-46.

⁵¹ Il s'agit, d'après HOLDSWORTH (*The Historians...*, page 46), de la première œuvre de ce genre qui revête une certaine importance. On trouvera un compte rendu sur les anciens dictionnaires de droit anglais, dans l'article de J. D. COWLEY, dans *JR* 36, pages 165-170.

⁵² Alan HARDING : *A Social History of English Law*, Penguin Books A 753, Londres, 1966, page 259.

⁵³ *The Constitutional History of England*, Période I, F., page 142.

la mesure où le système était anglais [...], sans avoir conscience de l'existence d'un système commun à toutes les nations de l'Europe: il parle de notre droit insulaire. Pour une étude du système féodal il faut se reporter à un contemporain de Coke, *that learned and laborious antiquary*, Sir Henry Spelman celui-ci apprit », conclut Maitland, « dans ses lectures d'ouvrages continentaux, que le droit anglais faisait partie d'un système plus large, commun à la grande famille européenne parmi les membres de laquelle on trouve des traits marqués de similitude, avec le droit anglais ». Ceci constitua pour les Anglais une « grande et surprenante découverte », qui devait être divulguée parmi les juristes par Sir Martin Wright: Blackstone la popularisa et la fit admettre définitivement.

d) Les compilateurs de documents

Cet autre aspect du travail juridique, accessoire au caractère principal de leurs ouvrages, aurait pu être mis en relief pour quelques-uns des auteurs déjà cités; ce trait est particulièrement net chez Madox avec son *Formulare Anglicanum* et la première impression du *Dialogus de Scaccario* que nous avons déjà signalé.

Rymer (1641–1713) consacra ses premières années à des activités littéraires: le drame et sa critique. Mais déjà en 1684 il est définitivement orienté vers l'étude de l'histoire constitutionnelle⁵⁴. Nommé chroniqueur royal en 1692, Lord Somers vit sa proposition de publier une collection de traités, appuyée un an plus tard, par le gouvernement. Rymer fut chargé de cette tâche.

Prenant comme modèle le *Codex Juris Gentium Diplomaticum* de Leibnitz, il fait imprimer quinze volumes entre 1704 et 1713, et son co-éditeur Sanderson en ajoute cinq de 1715 à 1735. Les documents sont relatifs à la période qui va de 1101 à 1654. Une édition postérieure en dix volumes, comprenant de nouveaux documents, paraît au cours de la décennie 1735–1745. Il faudrait signaler en dernier lieu, à la fin du XVIII^e siècle, limite que je me suis imposée dans ce premier chapitre afin qu'il puisse servir comme antécédent aux auteurs de l'histoire générale du droit alors entreprise, la collection des *Rolls of Parliament*, commencée en 1765 sous l'impulsion de la Chambre des Lords, qui revêt un caractère fondamental pour le développement du droit public anglais et, d'une façon spéciale, pour l'histoire du Parlement.

⁵⁴ Je suis l'exposé de HOLDSWORTH dans son livre cité, *The Historians...*, pages 47-48.

II – L'histoire du droit anglais proprement dite

A – Les premiers essais

Avant d'étudier les premiers exposés d'ensemble de la *legal history* — objet de la section B de ce chapitre — il faut se pencher sur le travail de ceux qu'on pourrait légitimement considérer comme les premiers historiens du droit, soit Selden, Hale et Blackstone. Selden et Blackstone n'ont pas écrit une « Histoire du droit anglais »; Hale rédigea une histoire de la *common law*. Cependant, les sujets traités par ces trois auteurs et la largeur de vue dont ils font preuve ne permettent pas de les confondre avec les auteurs que nous avons étudiés au chapitre précédent. Ce ne sont pas des historiens qui étudient le droit de façon marginale et ils ne sont pas non plus de simples compilateurs de documents. Leur objectif est l'histoire du droit proprement dite et on a même voulu voir dans une partie de l'œuvre du dernier auteur cité, le premier exposé d'ensemble de la discipline. On peut expliquer ainsi qu'Holdsworth, lorsqu'il traite des historiens anglais du XVII^e et du XVIII^e siècle, sépare Lambard, Madox, Rymer, etc., que nous avons étudié plus haut, de Selden, Hale, Blackstone et Reeves. Les premiers sont qualifiés d'« historiens marginaux » alors que les derniers sont à proprement parler, des historiens du droit⁵⁵. Les deux premiers parmi ceux-ci, Selden et Hale, sont du XVII^e siècle; le troisième, Blackstone, du XVIII^e.

1. John Selden

John Selden naquit en 1584. Il mourut à l'âge de 70 ans. Il étudia à Oxford, pour recevoir plus tard sa formation dans l'*Inner Temple*. Lorsque le Parlement fut dissous, après l'approbation de la « Petition of Rights », Selden compta parmi les parlementaires incarcérés. Lorsque la guerre éclata il s'était rangé du côté du Parlement, même s'il ne prit pas une part active dans les affaires publiques. A partir de ce moment il se consacra à l'étude et à la recherche⁵⁶.

A côté de ses travaux dans différents domaines, droit international⁵⁷, histoire de l'Angleterre, etc., ses œuvres proprement historico-juridiques s'échelonnent de la façon suivante : a) la *Dissertatio ad Fletam* qui étudie les premiers auteurs du droit anglais ainsi que son développement jusqu'au règne d'Edouard I. Selden s'y attarde longue-

⁵⁵ V. *The Historians* . . . , chap. II, pages 31 et 48.

⁵⁶ *Idem*, pages 48 et 49.

⁵⁷ Ses attaques à l'encontre des Grotius à propos des droits de l'Angleterre à la domination des mers, revêtent ici un intérêt particulier.

ment sur l'influence du droit romain ⁵⁸; b) les annotations des travaux de Foortescue (*De Laudibus*) et Hegham (*Magna and Parva*) qui démontrent, comme Holdsworth l'a mis en relief plus tard, la maîtrise de l'auteur en droit médiéval; c) deux essais sur l'origine et le développement historique du droit des successions d'une importance très particulière en regard de la définition des biens meubles dans la succession *ab intestat* ⁵⁹; d) quelques traités sur l'histoire juridique constitutionnelle — *The Office of the Lord Chancellor, Legal Judicature in Parliament* — ou sur le droit canonique. Parmi les traités sur le droit canonique il faut souligner l'*History of Tithes*, où Selden analyse l'influence de la *common law* ⁶⁰ sur le droit canon.

La méthode de Selden et l'ordonnement de ses travaux sont surtout historiques. Il amorce cependant quelques essais systématiques jugés défavorablement comme non réussis par quelques-uns de ses critiques ⁶¹. L'étendue des connaissances dont il jouissait, l'emploi d'une documentation originale, la maîtrise de plusieurs langues, etc., se révélèrent des atouts très importants pour cette tâche. Il possédait en plus deux qualités qui, selon Holdsworth ⁶², la qualifiaient comme un historien du droit de valeur. Il n'était pas, en premier lieu, un simple collectionneur d'antiquités. En effet Selden distingua dans la connaissance historique une partie dépourvue d'intérêt qu'il appela « partie stérile de l'antiquité » (*sterile part of antiquity*) ⁶³, expression qui a fait fortune et qui se retrouve citée à plusieurs reprises. Elle est le symbole des préoccupations pragmatiques accusées qui, sous leur formulation originale et afin de soumettre les sources à une critique sérieuse et d'en extraire les données utiles, ont été ensuite utilisées à partir de points de vue très différents. En deuxième lieu sa connaissance d'autres systèmes juridiques,

⁵⁸ Une valorisation de la *Dissertatio ad Fletam* — où on souligne quelques inexactitudes où Selden était tombé — apparaissent dans la traduction de la nouvelle édition de cette œuvre, faite par Ogg, et publiée en *CSELH*.

⁵⁹ Ils sont fréquemment cités dans l'œuvre de POLLOCK - MAITLAND, *History of English Law*, et toujours on leur accorde une très haute valeur. Cf. Le paragraphe « The last will » dans le chapitre sur l'héritage, correspondant au Livre II.

⁶⁰ V. HAZELTINE : « Selden as legal historian : A Comment in criticism and appreciation », dans *HLR* 24 (1911), page 215.

⁶¹ « In the writings composed according to the historical method there is usually some attempt to arrange the subject matter for each period in a systematic way. But, for the most part, this attempt is not very successful; and — at any rate judged by standards of the present day — there sometimes seems to be rather the absence than the presence of anything that may be truly called a systematic arrangement ». HAZELTINE : *Idem*, page 213.

⁶² *The Historians* . . . , page 50.

⁶³ Cf. La dédicace de la *History of Tithes*.

en marge de la *common law*, lui permettait de s'insérer dans le mouvement que Spelman avait amorcé et que Maitland devait beaucoup plus tard porter à son apogée.

Harold D. Hazeltine, un des plus grands experts contemporains de Selden, a réalisé en trois volées la synthèse de son apport à l'histoire du droit anglais : la conception noble de l'histoire et de la tâche de l'historien, la méthode solide avec laquelle Selden avait procédé et en dernier lieu, ses connaissances du développement du droit en Angleterre et dans d'autres pays⁶⁴. Holdsworth, enfin, l'a qualifié comme « le premier historien scientifique du droit anglais » ainsi que le pionnier et l'un des plus éminents représentants de l'étude de cette discipline⁶⁵. Il ne faut donc pas s'étonner que lorsqu'on fonda en 1886 une société pour l'encouragement des études historico-juridiques, on lui donna, comme nous le verrons plus tard, le nom de Selden.

2. La première histoire de la common law : Sir Matthew Hale

La vie de Hale est comprise toute entière dans le XVII^e siècle. Né en 1609, il étudia le droit romain, l'histoire, la philosophie, et fut attiré par les manuscrits et les documents qu'il collectionnait jalousement. Il exerça comme plusieurs autres chercheurs anglais, quelques fonctions publiques : ainsi, après la restauration, il fut nommé *Chife Baron of the Exchequer*, et en 1671, *Chief Justice of the King's Bench*. De plus, l'exercice des fonctions de juge de *Common Pleas*, à partir de 1654, devait laisser une empreinte remarquable dans au moins une partie de son œuvre. Il mourut en 1676, peu après avoir demandé sa retraite comme *Chief Justice* pour des raisons de santé⁶⁶.

L'œuvre de Hale peut être classée sous quatre chefs principaux : le droit constitutionnel, le droit pénal, l'histoire générale du droit (*History of the Common Law*), et quelques autres ouvrages moins bien déterminés. L'*History of the Common Law*, le premier exposé écrit sur cette matière, bien qu'elle ne représente pas la plus remarquable de ses réalisations, correspond essentiellement à l'objet de notre étude. Pour cette raison et afin de mieux situer l'œuvre complète de l'auteur, nous étudierons sommairement les trois autres aspects mentionnés, nous passerons ensuite à l'examen de ses travaux historiques.

⁶⁴ « Selden as legal ... », *HLR* 24 (1911), page 219.

⁶⁵ *The Historians ...*, pages 50-51.

⁶⁶ Dans la biographie de BURNETT (*Life and Death of Sir Matthew Hale*), on retrouve des notes abondantes à propos de cet auteur. Aussi dans BAXTER : *Additional Notes on the Life and Death of Sir Matthew Hale*.

En droit constitutionnel, Hale nous a laissé son *Jurisdiction of the Lord's House*, publié par Margrave en 1796, c'est-à-dire un siècle après sa mort. Le caractère impartial des interprétations émises est d'autant plus remarquable qu'à l'époque où cet ouvrage fut rédigé, le sujet faisait l'objet de vives controverses. Le fait qu'une bonne partie de ses interprétations aient prévalu⁶⁷ résume de façon significative sa valeur. En droit constitutionnel encore, on pourrait signaler le traité de Hale qu'Hargrave publia dans son *Law Tracts*.

En droit pénal, on trouve l'*History of the Pleas of the Crown*, probablement la meilleure de toutes ses œuvres⁶⁸, dont seul le premier livre fut publié bien que le plan original en eut prévu trois⁶⁹. Cet ouvrage est un essai de systématisation de la matière déjà étudiée par Coke, Staunford et Pulton. Dans la bibliographie historico-juridique de l'Angleterre, ce livre a été considéré, précise Holdsworth, comme participant « de la plus haute autorité »⁷⁰. D'autres études de Hale, par ex. : l'*Analysis of the Civil Part of the Law*, les notes à la *Natura Brevium* de Fitzherbert, ou à la *First Institute* de Coke, etc., revêtent un moindre intérêt.

L'*History of the Common Law* parut en 1713 sans que le nom de l'auteur soit mentionné⁷¹. Cette omission fut cependant corrigée lors de la réimpression de l'ouvrage trois ans plus tard. En 1739 on publia la troisième édition, tandis que la quatrième, la cinquième et la sixième furent l'œuvre de Serjeant Runninton (1779–1820) qui ajouta une brève biographie de Hale et quelques notes.

Ce livre, qui forme comme nous l'avons dit, le premier traité sur le développement historique de la *common law*, est divisé en douze chapitres. Le premier signale les différences qui séparent la *common law* et la *statute law*. Le deuxième traite de la *lex non scripta*, c'est-à-dire de la *common* ou *municipal laws* en Angleterre. Le troisième est une analyse de type conceptuel : usage de la *common law*, raison de sa déno-

⁶⁷ D'autres, par contre, n'en furent pas acceptées. Ainsi, par exemple, le point de vue de Hale selon lequel la Chambre des Lords devait être incompétente pour entendre en appel les sentences dictées par les tribunaux d'équité.

⁶⁸ C'est le jugement qu'on porte normalement, même dans les traités récents. Par ex. : HARDING : *A Social History of English Law*, page 204.

⁶⁹ La Chambre des Communes ordonna son impression en 1680, mais la première édition — faite par SOLOM EMLYN — ne parut qu'en 1736.

⁷⁰ *Some Makers . . .*, page 142.

⁷¹ Le titre complet est *The History of the Common Law of England*, et le lieu d'édition, Stafford. Le nom de Hale reste voilé sous un pseudonyme : *Written by a learned Hand*, peut-on lire. Dans l'exemplaire que j'ai consulté au *British Museum* (cote 6154 b. 15) on inclut l'Histoire — pages 1–264 et son index — et une deuxième partie : *The Analysis of the Law* (171 pages).

mination, etc. Les chapitres quatrième et cinquième traitent de l'origine et du développement historique de la *common law* à partir de Guillaume I. Cette étude sera poursuivie au chapitre septième (de Guillaume I à Edouard II) et achevée au chapitre huitième (d'Edouard II ou XVII^e siècle). Le chapitre six étudie la similitude entre le droit de l'Angleterre et le droit normand tandis que le chapitre neuf analyse l'établissement de la *common law* anglaise en Irlande et au pays de Galles principalement, et le chapitre dix la réception de ce droit en Écosse. Le chapitre onze ramène le lecteur en Angleterre et le douzième termine l'œuvre par une analyse du problème du procès par jury.

Un premier examen de l'*History of the Common Law of England* met tout de suite en relief sa fragmentation excessive au détriment de l'unité de l'ensemble, la généralité des problèmes posés et, même si l'on tient compte de la date à laquelle elle fut écrite, le caractère sommaire de l'étude des différentes périodes historiques traitées. Il suffit de signaler qu'un chapitre, précisément le huitième, étudie le développement de la *common law* pendant quatre siècles, soit ceux qui précèdent la composition du traité. Quant au fond, on relèvera avec intérêt que les deux meilleurs historiens du droit anglais, Maitland et Holdsworth jugèrent tout différemment l'œuvre de Hale. Maitland, dans ses *Materials for English Legal History*⁷², reprocha à Hale d'avoir abordé des problèmes, par exemple les relations du droit anglais avec le droit normand, qu'on ne pouvait pas résoudre à cette époque. « Et précisément, conclut Maitland, lorsqu'on attend à voir le livre devenir intéressant, il se termine par un panagéryque prolongé de notre droit des successions et du procès par jury ».

Holdsworth, en revanche, formule des jugements plus positifs. A ma connaissance, il posa les premiers jalons d'une réhabilitation de l'ouvrage lors d'une conférence prononcée au *King's College* de l'université de Londres le 23 mai 1923⁷³. Les opinions qu'il y exposa furent substantiellement reproduites dans d'autres travaux postérieurs⁷⁴.

Holdsworth prend comme point de départ que l'*History of the Common Law* n'est qu'une simple esquisse ou une ébauche. Toutefois,

⁷² Ce travail est recueilli dans les *Collected Papers*, Tome II. Les références auxquelles je me reporte se trouvent à la page 5.

⁷³ Sur le titre de « Sir Matthew Hale » publié dans le *LQR* 39 (1923), pages 402-426.

⁷⁴ En marge de *A History of English Law* il faudrait citer les deux autres ouvrages de l'auteur dont j'ai fait référence. Dans *The Historians of Anglo-American Law*, de l'année 1927, il fait référence à la *History* de Hale en page 52. *Some Makers of English Law* de l'année 1938, considère le même sujet aux pages 142-144.

malgré son caractère élémentaire, elle contient suffisamment de qualités propres à s'attirer l'éloge. Elle nous offre, signale-t-il, un clair panorama du développement de la *common law* dans sa configuration externe, dans ses relations avec le droit canonique, commercial, etc.; elle nous présente aussi les traits si particuliers du *system of pleading*⁷⁵, relevé par Hale au cours des différentes périodes, et les relations entre le droit anglais et celui des autres territoires britanniques. La faiblesse des premiers chapitres historiques, soit jusqu'à la conquête, serait justifiée par l'inexistence, à l'époque de Hale d'un travail de recherches élémentaires sur la documentation de cette période. En revanche, à partir de la conquête, Hale montre une connaissance solide des œuvres et des auteurs⁷⁶.

Hale fut, en somme, un excellent juriste qui sut coordonner son admiration profonde pour le droit romain⁷⁷ avec une connaissance complète du droit anglais et plus particulièrement du droit constitutionnel⁷⁸ et du droit pénal. L'aspect juridique de son œuvre est aussi remarquable que l'aspect proprement historique. Selon Holdsworth⁷⁹, l'auteur de l'*History of the Common Law of England* apparaît comme le plus grand des juristes de *common law* depuis Coke. Coke était resté dans un stade intermédiaire entre le droit ancien et moderne. Hale, par contre, fut le premier des juristes modernes, et en plus, à la différence du premier, il avait travaillé en véritable historien. Ses relations avec Selden ne furent pas seulement professionnelles⁸⁰; elles accroissent l'importance du tandem des historiens du droit anglais au XVII^e siècle.

3. Blackstone et ses Commentaries

Blackstone est la figure la plus importante du droit anglais au XVIII^e siècle. Né en 1723, il commença son éducation au *Charterhouse School* pour passer plus tard au *Pembroke College* d'Oxford⁸¹. En

⁷⁵ A ce propos le traité de W. B. ODGERS : *Principles of Pleading in Civil Actions in the High Court of Justice*, 1892 (14^e édition en 1952), est fondamental. Il constitue le point de départ du *Handbook of Procedure, being a Student's Guide to Odger's Principles of Pleading and Practice*, 1933, de J. A. BALFOUR.

⁷⁶ HOLDSWORTH qualifia l'*History* de HALE comme « l'esquisse la plus réussie de l'histoire du droit anglais paru jusqu'à la publication de l'ouvrage de Pollock et Maitland en 1895 ». Cf. *LQR* 39 (1923), page 416.

⁷⁷ BURNETT recueille quelques aspects intéressants à ce propos. Cf. *Life and Death ...*, page 24.

⁷⁸ Il faudrait souligner sa conception de la souveraineté, en opposition avec la pensée de Hobbes. Cf. HOLDSWORTH : *Some Makers ...*, pages 138-139.

⁷⁹ V. *Idem*, pages 144-145.

⁸⁰ Les deux — malgré la différence d'âge — avaient maintenu une amitié solide et Hale fut, en plus, désigné exécuteur testamentaire de Selden.

⁸¹ Pour les détails biographiques, voir L. WARDEN : *Life of Blackstone*, 1938.

1743 il fut élu *Fellow* du *All Souls College* de la même université, qu'il devait quitter trois ans plus tard. En 1753 il retourne à Oxford où un heureux événement allait se produire. A cause de ses divergences politiques avec Newcastle alors premier ministre, Blackstone ne réussit pas à obtenir le poste de « Regius Professor of Civil Law ». C'est pourquoi Sir William Murray lui conseilla d'emprunter des voies nouvelles, entre autres de donner des cours sur le droit anglais dans cette prestigieuse université, et Blackstone se lança dans cette entreprise cette même année. Lorsque Viner légua ses biens pour subventionner l'établissement d'une chaire de droit anglais, l'occasion attendue se présente, Blackstone étant désigné pour la prendre en charge ⁸².

Il remplit le poste de *Vinerian Professor*, premier maître à porter ce titre, de 1758 à 1766 ⁸³. Les *lectures*, commencées, comme nous l'avons déjà signalé en 1753, et continuées avec l'instauration de la nouvelle chaire à partir de 1758, le rendirent immédiatement fameux. En 1761 il fut élu membre de la Chambre des Communes et deux ans plus tard *Solicitor-General* de la reine. Il est certain, signalons-le à titre d'anecdote, que Blackstone ne fut pas toujours dans les débats parlementaires à la hauteur de son brillant enseignement académique; Holdsworth nous raconte comment, alors qu'on discutait en Chambre du point de savoir si un membre expulsé pouvait ou non être réadmis, Blackstone qui soutenait la négative, perdit le duel oratoire précisément parce que le défenseur de l'autre position s'appuyait sur ses célèbres *Commentaries*. En 1770 il est nommé juge au *King's Bench* et aussi, cette année-là, juge au tribunal des *Common Pleas*. Il mourut le 14 février 1780.

Les cours qu'il donna entre 1753 et 1765 constituent la base des *Commentaries on the laws of England*, publiés à Oxford, en quatre volumes, entre 1765 et 1769. Ils sont précédés d'une étude introductive qui traite entre autres choses de l'enseignement du droit en Angleterre. Elle contient un bon argument en faveur de la nécessité d'inclure le « Droit anglais » dans les plans d'étude de l'université. C'était là une conséquence de l'activité même de l'auteur, qui fut le premier à parler du droit anglais à Oxford ⁸⁴.

⁸² Cf. L'intéressant article d'HOLDSWORTH : « Charles Viner and the Abridgments of English Law », dans *LQR* 39 (1923), pages 17-39. Une des sections intitulée *Charles Viner and the Foundation of the Vinerian Chair*, (pages 20-28) explique les événements entourant la fondation de cette Chaire, tellement unie à l'enseignement le plus prestigieux de l'histoire du droit en Angleterre. La citation correspond à la page 26.

⁸³ V. HOLDSWORTH : *Some Makers . . .*, pages 241 et ss.

⁸⁴ La condition de précurseur de Blackstone sur ce point a été unanimement

Le livre premier étudie les *Rights of Persons* dans son sens le plus large : le droit des hommes libres et les structures du droit privé, la condition juridique du roi et ses conséquences, les conseils qui l'assistent, etc. Le livre second traite des droits réels et particulièrement du droit de propriété. Les deux derniers livres sont consacrés aux actes illicites et à la procédure, aussi bien dans le domaine privé, le livre troisième étudie les *Private Wrongs*, que dans le domaine des *Public Wrongs*, qui fait l'objet du quatrième livre.

L'œuvre se termine par un chapitre, le trente-troisième du livre quatre, qui revêt pour nous un intérêt tout à fait spécial. Il est consacré à la « naissance, au progrès et aux améliorations graduelles des lois de l'Angleterre »⁸⁵. Il constitue comme l'auteur lui-même le signale⁸⁶, un examen des changements les plus considérables survenus en droit anglais, et il est divisé en six périodes : des origines à la conquête normande, de la conquête au règne d'Edouard I, de celui-ci à la Réforme, de la Réforme et de la restauration au règne de Charles II, du règne de Charles II à la révolution de 1688 et finalement, une dernière période qui aboutit au XVIII^e siècle. On voit dès lors que Blackstone, même s'il ne se propose pas d'écrire une histoire du droit anglais, réalise une tâche presque identique. En fait, le chapitre trente-trois du livre IV constitue le premier exposé complet de la matière, non pas de la *common law*, déjà décrite par Hale, mais du droit anglais dans son ensemble, même si son insertion dans le sujet plus large des *Commentaries* a obscurci la signification de l'exposé.

Le succès de l'œuvre est éclatant : huit éditions parurent du vivant de Blackstone et quinze de 1783 à 1849, année où Stephen publia ses *Commentaries* basés sur ceux de Blackstone. Les jugements que les *Commentaries on the laws of England*, se sont attirés de la part des historiens du droit ont été, en général, élogieux, même si à partir d'autres critères scientifiques, quelques voix discordantes se sont fait entendre. Les objections formulées contre les *Commentaries* reprochent principalement à Blackstone d'être enclin à l'apologie sans discrimination, et dans certains cas, la confusion de son texte et son manque de consistance⁸⁷.

admise, non seulement par les historiens anglais, mais aussi par les observateurs étrangers intéressés au système juridique des îles Britanniques. V. par ex. Andreas B. SCHWARZ : « Sir Frederick Pollock und die englische Rechtswissenschaft », dans *Annales de la faculté de Droit d'Istanbul*, n° 1, 1951, pages 1-31. Concrètement à la page 4.

⁸⁵ « Of the rise, progress, and gradual improvements, of the laws of England ».

⁸⁶ *Commentaries*, page 400.

⁸⁷ Cf. HOLDSWORTH : « Some Aspects of Blackstone and his commentaries », dans *CLJ* 4 (1930-32), pages 261-285, à la page 273.

Ces deux objections ont pour point de départ la critique que Bentham, dans son œuvre *Fragment on Government* — dont une publication anonyme fut donnée en 1776 —, fit à l'introduction des *Commentaries*, et qui fut continuée par les membres de l'école qu'il avait fondée. Holdsworth, dans le travail que nous venons de citer, démontra suffisamment comment la première objection généralisait de façon excessive certains traits concrets de l'œuvre de Blackstone, alors que la deuxième constituait une interprétation incorrecte des *Commentaries*.

Lorsque le livre parut, il bénéficia, comme nous l'avons dit, d'un excellent accueil. Mansfield affirma qu'il constituait un manuel idéal pour les étudiants⁸⁸, ce qui n'a rien d'étonnant quand on sait qu'il procédait des leçons de Blackstone. Maitland devait souligner plus tard que les *Commentaries* répondaient aux plus hautes exigences de l'époque à laquelle ils furent écrits⁸⁹. Pollock mit en relief, au commencement du siècle présent, comment on pouvait encore apprendre beaucoup de l'œuvre de Blackstone qui, malgré certains défauts méthodologiques, « fut admirable en son temps »⁹⁰. Indépendamment du style littéraire très brillant dans lequel ils sont rédigés⁹¹, les *Commentaries* constituent l'exposé global plus complet du droit anglais jusqu'à cette époque. Ce caractère général de l'œuvre, qui dresse un exposé harmonieux de réalités très complexes, a été souligné de différents points de vue et par différents auteurs⁹².

Dicey⁹³ et surtout Holdsworth ont été ceux qui ont étudié l'œuvre de Blackstone avec la plus grande rigueur. Holdsworth, spécialement,

⁸⁸ V. HOLLIDAY : *Life of Lord Mansfield*, pages 89-90.

⁸⁹ Cf. H. A. L. FISHER : *Frederick William Maitland, Downing Professor of the Laws of England. A biographical Sketch*, Cambridge, 1910, page 176.

⁹⁰ Dans ses notes à l'*Ancient Law* de MAINE, qui accompagnent l'édition de ce livre à partir de 1901. Voir page 21 de l'édition de 1927, qui est celle que j'emploie. L'affirmation générale de POLLOCK a une force plus grande si on considère qu'à cette date il a déjà écrit la *History of English Law* dont lui et MAITLAND étaient les auteurs.

⁹¹ Cette qualité est reconnue même par BENTHAM. Cf. *A Comment on the Commentaries*, édition de EVERETT, page 147. (Cité par HOLDSWORTH : *Some Makers . . .*, page 244). Les commentaires étaient écrits — dirait le Viscount SIMON — « in a noble english style and delivered primarily as an orderly and systematic course of academic instruction », dans *LQR* 60 (1944), page 138.

⁹² Voir par ex. MAITLAND : *History of English Law* dans *Selected Historical Essays*, page 116 et dans le *Note Book* de BRACON, (I, pages 7-8). VINOGRADOFF : *Outlines of Historical Jurisprudence*, Oxford, 1920, volume I, Introduction, page 30. Fitz-James STEPHEN : *History of Criminal Law*, Tome II, pages 214-215, etc., etc.

⁹³ V. Son essai « Blackstone's Commentaries » dans *The National Review*, LIV (déc. 1909), pages 653-675. Il fut ensuite inclu au *CJL* 4 (1930-32), pages 286-307.

a revendiqué pour celui-ci, en marge de son prestige reconnu de juriste, le rang important d'historien du droit, qualité trop souvent oubliée des commentateurs. Naturellement, les *Commentaries* ne sont pas consacrés à la *legal history*, sauf si on fait exception du dernier chapitre que nous avons signalé plus haut. Toutefois, Blackstone veut fonder sur des bases historiques⁹⁴ le panorama du droit anglais du XVIII^e siècle et cela donne à l'ensemble des *Commentaries*, une forme telle que ceux-ci constituent, selon Holdsworth, la meilleure histoire d'ensemble de la *common law* jusqu'à ses jours⁹⁵. Cette opinion s'appuie sur trois caractéristiques importantes qui permettent de voir en Blackstone un historien du droit : en premier lieu il maîtrisait aussi bien la bibliographie juridique que la bibliographie historique ; en plus, sa vaste expérience dans l'enseignement le conduisit à découvrir les « deux vérités », selon la terminologie de Holdsworth, soit la reconnaissance que toute histoire entraîne comparaison (jugement répété à plusieurs reprises par les spécialistes anglais à la suite de Maitland) et que pour être utile l'histoire du droit doit être une histoire des idées, et en troisième lieu, la qualité littéraire des *Commentaries*, à laquelle nous avons fait allusion plus haut.

L'influence et la signification de Blackstone eurent une profonde répercussion sur le terrain même d'où il était parti grâce à ses efforts pour assurer l'enseignement du droit anglais dans les universités. Dicey, qui devait être le premier *Vinerian professor* à une autre époque, fit remarquer, lors de sa leçon inaugurale de l'année 1883⁹⁶, que la prophétie de Blackstone sur les conséquences qu'une étude scientifique du droit anglais devait avoir en droit et dans l'enseignement universitaire, s'était finalement réalisée⁹⁷. Cette influence, par ailleurs, ne se limita pas à l'Angleterre. Thayer nous informe⁹⁸ que l'exemple de Blackstone fut immédiatement suivi aux États-Unis, et c'est ainsi qu'en 1779, un

⁹⁴ Esquisser les traits fondamentaux du droit depuis ces origines « to the customs of the Britons and Germans, as recorded by Ceasar and Tacitus; to the codes of the northern nations on the continent; and more especially to those of our own Saxon princes; to the rules of the Roman Law either left here in the days of Papinian, or imported by Vacarius and his followers; but above all, to that inexhaustible reservoir of legal antiquities and learning, the feudal law, or, as Spelman has entitled it, the law of nations in our Western orb », dans *Commentaries*, I, pages 35-36.

⁹⁵ *The Historians* . . . , pages 44-45.

⁹⁶ Significativement intitulé : *Can English Law be taught at the Universities ?*

⁹⁷ Voir aussi à ce propos le travail cité *supra* note 93.

⁹⁸ Dans son essai *The Teaching of English law at Universities*, qui fait partie des *Legal Essays* (pages 367-387) publiés à Boston en 1908. THAYER (James Bradley) était décédé à cette date. L'édition fut préparée par son fils, Ezra Rippler THAYER, qui ajoute une légère préface, datée aussi en décembre de la même année.

an avant sa mort, on fondait une chaire de droit en Virginie au *William and Mary College*. A cette même date, Isaac Royall léguait sa fortune au *Harvard College* pour qu'on y établisse un corps professoral spécialisé en droit tandis qu'en 1790 Wilson donnait un cours de droit à l'université de Pennsylvanie. Et nous ne tenons pas compte ici de quelques institutions — comme la *Litchfields law school* —, qui ne s'élevaient pas au rang universitaire.

B — La première « Histoire du droit anglais » : Reeves

John Reeves, né en 1752 ou 1753 et décédé en 1829, marque le passage du XVIII^e au XIX^e siècle. Son nom est resté lié à l'*History of English Law*. Il ne fut pas un grand historien ni un grand juriste. Cependant, il fut le premier à écrire, pour la période dont il traite, une histoire complète du droit anglais.

Reeves fut élevé à Eaton et il passa ensuite à Oxford où il devint *Fellow* du *Queen's College*. A partir de 1791-92 nous le voyons exercer les fonctions de *Chief Justice* à Terre-Neuve, et bénéficier de quelques nominations officielles comme celle d'Imprimeur de la Reine en 1800. Ce fut un érudit, membre de la *Royal Society* et de la *Society of Antiquaries*, mais il fut aussi sérieusement compromis par ses attitudes politiques à l'endroit du Parlement⁹⁹.

L'*History of the English Law* se compose de cinq volumes. Le premier de ceux-ci, paru en mars 1783, couvre une période qui va jusqu'à la fin du règne d'Edouard I. En 1784, en mars également, on publia le deuxième volume qui prolonge l'ouvrage déjà commencé en y ajoutant la période d'Henry VII. En 1787 Reeves fait une seconde édition pour comprendre le règne de Philippe et Marie Stuart. Le troisième volume voit le jour en 1814 et en 1829 l'ouvrage se termine avec le règne d'Elizabeth. Une nouvelle édition, quarante ans après la mort de l'auteur, fut réalisée par Finlason. Eu égard à ses caractéristiques spéciales, nous nous référerons à cette dernière séparément.

A cause de variations constatées d'un livre à l'autre en raison de leur éloignement chronologique et des refontes effectuées par l'auteur, il convient de fixer l'état de l'œuvre afin de préciser nos références. L'ouvrage que nous avons consulté¹⁰⁰ se compose de cinq volumes. Les quatre premiers portent le titre d'*History of the English Law from the time of the Saxons to the End of the Reign of Philip and Mary*, et ils ont été édités à Londres en 1787. Le cinquième, « qui contient le règne

⁹⁹ V. *The Historians . . .*, pages 60-61.

¹⁰⁰ *British Museum*, cote 508 b, 18-22.

d'Elizabeth », suit avec la date que nous avons indiquée auparavant : 1829.

Une brève préface, aux pages III–X du livre I, nous livre les motifs qui amenèrent Reeves à écrire son *Histoire*. Selon lui, un certain *inquisitive spirit* propre à cette époque, avait entraîné l'exposé historique de différentes sciences. Dans le domaine du droit, les essais partiels de Bacon, Sullivan, Darymple, Henry, etc., mis à part, il n'y avait pas d'études similaires. Reeves connaissait, bien sûr, l'*History of the Common Law*, de Hale, mais pour lui cette œuvre n'était « qu'une esquisse imparfaite où il n'y a rien de vraiment important ni de vraiment nouveau »¹⁰¹. De l'aveu de Reeves, ce fut la lecture du dernier chapitre des *Commentaries* de Blackstone qui lui suggéra d'entreprendre cette tâche qui devrait consister à charpenter minutieusement l'histoire du droit anglais, à partir des traits que Blackstone avait tracés¹⁰².

L'ensemble de l'ouvrage est divisé en cinq tomes : le premier, composé de sept chapitres, va des Saxons et de leurs lois, jusqu'à Henry III ; le deuxième comprend la période qui va d'Henry III à Edouard III ; le troisième continue avec Edouard III pour finir avec Henry VI et Edouard IV, point de départ du quatrième volume qui se termine avec le règne de Philippe et Marie Stuart. Le dernier tome, comme nous l'avons déjà dit, se limite au règne d'Elizabeth I. Le critère de division était donc strictement chronologique et dans différents chapitres les institutions, aux fins d'analyse, sont regroupées de manière quelque peu arbitraire. Ainsi, les règnes d'Henry VI (1422–1461) et d'Edouard IV (1461–1483) aux chapitres 20, 21, 22 et 23 du tome troisième et aux chapitres 24 et 25 du quatrième tome (le numérotage des chapitres ne tient pas compte des changements de tomes et ne connaît pas de solution de continuité d'un bout à l'autre de l'œuvre). Au chapitre 20, on étudie le Parlement, le Conseil et la Chancellerie. Le chapitre 21 traite encore de l'hommage, de la fidélité et du service à cheval, etc. Les chapitres 22 et 23 de la procédure judiciaire, le chapitre 24 du droit canon et le chapitre 25 du droit matrimonial et du droit des successions, etc.

Dans la nouvelle édition de W. F. Finlason, publiée à Londres en 1869, l'œuvre de Reeves comporte trois tomes. Dans le premier, Finlason inclut une étude introductive (pp. I–CXXXVIII), qui consiste plus en un exposé de sa pensée sur l'histoire du droit et une certaine critique du livre de Reeves, qu'en une véritable introduction à celui-ci.

¹⁰¹ *History* . . . , page 4.

¹⁰² V. *Idem*, page 5.

Indépendamment des sujets qu'il traite de façon marginale ¹⁰³, l'*Introduction*, de Finlason peut se résumer en une apologie continuelle du droit romain, où il veut voir une source et un facteur décisif du développement du droit anglais. Le droit romain, dit-il, devait être étudié comme contenant les principes à partir desquels notre propre droit s'est développé. Cependant, poursuit-il, ce ne fut pas le cas, et les auteurs d'histoire du droit — Hale, Blackstone et même Reeves — ont ignoré cette influence ou, s'il l'ont pris en considération, n'ont pas essayé de la clarifier, en expliquant la dépendance particulière de certaines parties du droit anglais à l'égard du droit romain ¹⁰⁴. Celui-ci, conclut Finlason, est « le droit le plus grandiose qui ait été créé par les hommes et la clef de toute l'histoire humaine » ¹⁰⁵.

L'*History of English Law* a toujours fait l'objet de commentaires très sévères. Holdsworth, qui a étudié en détail toutes les contributions à l'histoire du droit anglais en tâchant d'en faire une critique constructive et d'en extraire tous les éléments intéressants n'accorde à cet ouvrage qu'un crédit très limité. Le livre n'est pas tout à fait sans mérite, dit-il, mais il est obligé d'admettre que les défauts l'emportent sur les qualités ¹⁰⁶. Le style est lourd et grossier, l'auteur n'essaie pas d'établir la relation entre les facteurs juridiques et les facteurs sociaux ou politiques, ni ne paraît connaître cette *sterile part of antiquity*, dont Selden avait parlé, et qu'on doit rejeter si l'on prétend faire un travail scientifique sérieux. Reeves entassa des détails sans importance, auxquels il consacrait une attention sans mesure. Il était en plus « très insulaire » ¹⁰⁷ et il limite son travail à un examen de la *common law*, à certaines descriptions historiques, à un sommaire du *statute law* et à une brève note sur la littérature juridique ¹⁰⁸.

Il faut cependant reconnaître que l'édition de Finlason qui était alors généralement utilisée, avait encore accru les défauts du livre de Reeves. Finlason n'y avait pas ajouté seulement l'*Introduction*, mais aussi des notes inspirées de sa conviction que le droit romain avait continué à s'appliquer en Angleterre en y façonnant tous les éléments de valeur de la *common law*. Dès lors, les opinions de Reeves, déjà discu-

¹⁰³ Parmi lesquels acquière un relief spécial l'importance du règne d'Edouard I dans l'histoire du droit anglais. V. page CXI.

¹⁰⁴ *Introduction*, page CXVII.

¹⁰⁵ *Idem*, *Id.*

¹⁰⁶ *The Historians* . . . , page 62.

¹⁰⁷ V. T. F. T. PLUCKNETT : « Maitland's view and History » dans *LQR* (1951), pages 179-194, à la page 183. Ce travail a été réimprimé dans l'*Early English Literature* de l'auteur, Cambridge, 1958, pages 1-18.

¹⁰⁸ HOLDSWORTH : *The Historians* . . . , page 63.

tables, deviennent « dangereuses »¹⁰⁹. Même Brunner qui avait loué l'*History of English Law*, remarqua que les changements et les additions réalisés par Finlason, conduisirent l'œuvre à un « regrettable naufrage »¹¹⁰.

C—L'enseignement d'Oxford au XIX^e siècle

Les cheminements de l'histoire du droit anglais dans la première moitié du XIX^e siècle, définis dans le cadre plus large d'une réaction antirationaliste et romantique¹¹¹, conduirent à réformer l'étude de l'ancien droit anglais et à susciter un vif intérêt pour l'étude des documents. L'influence allemande¹¹², particulièrement celle de Ranke, se fait sentir chez les historiens généraux, et cette influence aura un impact sur les historiens du droit dès la deuxième moitié du siècle. À titre d'exemple de cette rénovation, il faudrait citer la parution de plusieurs ouvrages importants : le *Middle Ages*, de Hallam, publié en 1818, ainsi que son *Constitutional History*, publié neuf ans plus tard; le *English Commonwealth*, de Palgrave (1832), les deux volumes de Spence (1846–1849) sur la *Court of Chancery*, etc. Il faut mentionner aussi le fait que des sociétés scientifiques privées comme la *Camden Society* et l'*English Historical Society* à partir de 1838, le *Roxburgh Club* dès 1814, la

¹⁰⁹ V. HOLDSWORTH : *The Place of English Legal History in the education of English Lawyers : a plea for its further recognition*. Leçon inaugurale au *All Souls College d'Oxford*, le 22 octobre 1910. Recueillie dans les *Essays in Law and History*, édités par A. L. GOODHART et H. G. HANBURY, Oxford, 1946, pages 20–36, à la page 20.

¹¹⁰ V. dans son compte rendu « The History of English Law » de POLLOCK-MAITLAND, daté à Berlin le 25 juin 1896, *ZSR GA* (17), pages 125–135. À la page 125 : « ... un für damals höchst verdienstvolle Buch durch Änderungen und Zusätze zu modernisieren, litt kläglichen Schiffbruch ».

¹¹¹ V. VINOGRADOFF : *Historical Jurisprudence*, Oxford, 1920, volume I, partie II, ch. VI : « The Nationalists », pages 124–135.

¹¹² On ne peut pas nier cette influence, aussi bien chez ceux qui l'acceptent, comme chez ceux qui essayaient de s'en débarrasser. C'est là très significatif chez ces derniers dont nous tirons l'exemple de Macaulay. « Dans mon voyage de retour en Angleterre — écrit-il à un ami de Calcutta le 8 mars 1837 —, j'essaie d'apprendre l'allemand. Le monde me dit que c'est une langue difficile, mais je persiste à croire qu'il n'y a pas une langue que je ne puisse maîtriser en quatre mois, en travaillant dix heures par jour... J'ai comme un pressentiment, comme espèce d'avertissement de la Divinité, qui m'assure que le sens dernier de mon existence — la fin pour laquelle j'ai été envoyé dans cette vallée de larmes — c'est de me moquer de certains Allemands. Le premier pas à franchir pour obéir à cet appel divin c'est d'apprendre leur langue ». V. C. H. S. FIFoot : *Law and History in the Nineteenth Century*, Londres 1956. Conférence que l'auteur prononça au *Middle Temple*, le 13 mars de cette année.

Surtees Society en 1835¹¹³, commencèrent à publier des documents. Enfin, l'accumulation sans ordre des documents dans le *Chapter House* de Westminster, dans les *Exchequer Buildings*, dans la *Rolls Chapel* et la Tour de Londres, entraîna, en 1800, la constitution d'une *Record Commission* qui, pendant ses trente-sept ans d'existence, publia une quantité considérable de documents¹¹⁴.

Le passage à la deuxième moitié du siècle est souligné par un premier événement : en 1857, Lord Romilly, qui avait réussi à reviser le règlement du *Record Office* de façon à permettre aux chercheurs d'accéder aux papiers de l'État, obtint du gouvernement la possibilité de commencer les *Rolls Series*, qui devaient avoir une si grande importance dans la préparation des études historico-juridiques, par exemple pour la *Constitutional History*, de Stubbs¹¹⁵. De nouvelles sociétés, la *Pipe Roll Society*, la *Early English Text Society*, publient des documents inédits. Toujours dans le souci de découvrir les bases historiques de l'étude du droit, il faut enregistrer l'*History of the Criminal Law* de Fitzjames Stephen, qui constitue un apport décisif pour l'histoire du droit pénal, ainsi que l'ont fait remarquer Pollock et Maitland.

Une fois placé dans ce cadre plus vaste, retournons maintenant à l'objet de notre analyse. A propos de l'histoire du droit, dans son ensemble, au cours de la deuxième moitié du XIX^e siècle, il faut signaler cinq figures importantes : Dicey, Maine, Vinogradoff, Pollock et Maitland. Les quatre premiers donneront leur enseignement à Oxford et Maitland à Cambridge. Dicey et Vinogradoff n'ont pas écrit de traités généraux sur le développement de la *legal history* mais leur influence décisive, et particulièrement celle de Vinogradoff, exige qu'ils figurent ici. Vinogradoff, Pollock et Maitland dont les dernières années se situent au XX^e siècle, furent étroitement liés tant sur le plan personnel que dans une collaboration scientifique que révélait les travaux de chacun d'eux dans notre discipline. C'est pourquoi nous leur avons réservé le chapitre suivant, qui chevauche chronologiquement le XIX^e siècle et le XX^e. Leur importance est de loin supérieure à celle de Dicey et Maine, que nous allons maintenant étudier.

¹¹³ HOLDSWORTH : *The Historians* . . . , pages 70-71.

¹¹⁴ Voir l'énumération de quelques-uns chez HOLDSWORTH, *Idem*, page 72.

¹¹⁵ La première édition de *The Constitutional History of England* est de 1874. Une traduction française par Ch. PETIT-DUTAILLIS, existe déjà en 1907, sur l'auteur et la signification de son œuvre, voir le bref essai de MAITLAND : « William Stubbs, Bishop of Oxford », dans *Selected Historical Essays*, ch. XII, pages 266-276. Publié premièrement dans *EHR*, juillet 1901, et aussi recueilli dans les *Collected Papers*, III, pages 495-511.

1. *Albert Venn Dicey*

Dicey naquit en 1835. A l'âge de 25 ans il obtint une bourse pour le *Trinity College* et sept ans plus tard le prix Arnold lui était décerné pour un essai sur le Conseil Privé. Nommé conseiller à l'*Inland Revenue*, il retourna à Oxford en 1882 pour prendre en charge la chaire *Vinerian*, qui avait été réétablie et pour laquelle l'*All Souls College* avait fait une donation. Ainsi restent unis, dans l'histoire du droit anglais, les noms de Blackstone et Dicey, le premier ayant occupé à titre de premier titulaire la chaire dont il s'agit, lorsqu'elle fut instituée, et le second étant le premier à l'occuper au cours de la nouvelle étape qui nous retient. Dicey se trouve en 1884 parmi le groupe de juristes oxoniens qui fondèrent la *Law Quarterly Review*. En 1898 il dirigea une série de leçons au *Harvard Law School* sur l'histoire du droit anglais au XIX^e siècle. En 1909 il quitta la chaire *Vinerian* d'Oxford et mourut le 7 avril 1922¹¹⁶.

Law of the Constitution et *Law and Opinion in England* sont les deux ouvrages qui permettaient de voir en Dicey un excellent historien du droit. Le premier consacré à l'étude du droit constitutionnel anglais, se réfère fréquemment au droit des pays continentaux et témoigne d'une solide formation historique. *Law and Opinion in England*, qui est pour employer la phrase de Holdsworth, « l'œuvre d'un génie et un modèle pour les historiens du droit »¹¹⁷, chevauche sur trois grands secteurs ou courants d'opinion : le *toryism* (1800–1830), l'individualisme dans le style de Bentham (1825–1870) et le collectivisme (1860–1900) et il met en relief leurs influences et leurs inter-relations dans la création et le développement du droit au XIX^e siècle.

2. *Henry Maine : L'Ancient Law*

Maine naquit en 1822, il acquit sa formation au *Christ's Hospital* et au *Pembroke College* de Cambridge. Il fit son entrée à l'université, signalait Pollock¹¹⁸, comme un jeune inconnu et il en sortit avec la renommée d'un des plus brillants étudiants de son temps. En 1845, il fut nommé *law tutor* au *Trinity Hall* et deux ans plus tard *Regius Professor* de droit civil. Professeur de droit romain aux *Inns of Court*

¹¹⁶ V. pour celles-ci et pour d'autres références l'article de T. E. HOLAND sur DICEY — à l'occasion de sa mort — dans *LQR* 38 (1922), pages 276–279.

¹¹⁷ *Idem*, page 93.

¹¹⁸ Deux études intéressantes de POLLOCK sur MAINE : « Sir Henry Maine and his work », dans *Oxford Lectures and other discourses*, Londres, 1890, et « Sir Henry Maine as a Jurist », dans *Edinburg Review*, 1893. La citation correspond à *Oxford Essays*, page 149.

en 1852, il partit aux Indes en 1862 et y resta huit ans comme membre du Conseil du vice-roi et comme vice-chancelier de l'université de Calcutta. A son retour en Angleterre, il fut nommé premier *Corpus professor of Jurisprudence* à Oxford. En 1877, il apparaît comme *Master* au *Trinity Hall* et, la même année, il est nommé *Whewell Professor* de droit international à Cambridge. Il décéda à Cannes en 1888¹¹⁹. Le rôle de Maine comme historien du droit a été quelque peu discuté. Vinogradoff a reconnu en lui l'un de ses maîtres les plus influents, avouant que toute sa génération d'étudiants avaient eu à traiter, de façon directe ou indirecte, des idées qu'il avait diffusées¹²⁰. Cependant on lui a reproché d'avoir, dans son ouvrage le plus important, l'*Ancient Law*, principalement fait œuvre de droit comparé, et d'avoir consacré trop de place au droit romain et même au droit hindou, conséquence de son absence de Grande-Bretagne que nous avons signalée. Holdsworth répliqua à cette critique en soulignant que les travaux de Maine en droit comparé, le rendirent plus apte que ses compatriotes à devenir un authentique historien du droit. Ses œuvres témoignent de l'exactitude de cette affirmation : ce sont *Village Communities* où il fait l'analyse des origines des Seigneuries, *Early Institutions*¹²¹ ouvrage relatif aux premières manifestations de la féodalité, *Early Law and Custom* qui étudie la relation du roi avec la justice civile primitive, etc.¹²². Ces travaux représentent la contribution la plus importante de Maine à l'histoire du droit, et dépassent, de ce point de vue, l'*Ancient Law*¹²³, ouvrage que nous commenterons séparément, en raison de sa structure extérieurement semblable à un manuel d'histoire du droit. Fondamentalement, c'est un traité de droit romain avec des différentes références à l'ancien droit anglais, spécialement suggestives lorsqu'il traite de l'équité.

¹¹⁹ Les données biographiques de MAINE peuvent se retrouver en plus du premier travail cité dans la note antérieure, dans l'ouvrage plus complet *Life and Speeches of Sir Henry Maine*, de STOKES. Aussi, à côté d'une interprétation de son œuvre, dans HOLDSWORTH : *The Historians . . .*, pages 79-84, et *Some Makers . . .*, pages 271-273.

¹²⁰ V. « The Teaching of Sir Henry Maine », dans *LQR* 20 (1904). Cet article — qui recueillit une "inaugural lecture" de l'auteur à l'université d'Oxford, en mars 1904 — fut réimprimé dans les *Collected Papers* de VINOGRADOFF, II, pages 173-189.

¹²¹ Traduction espagnole : *Las Instituciones Primitivas*, Madrid, « La España Moderna », Biblioteca de Jurisprudencia, Filosofía et Historia. [N.D.T. cette référence se comprend mieux si on se rappelle du contexte espagnol de la version originale de cet article].

¹²² *The Historians . . .*, page 81. HOLDSWORTH cite les ouvrages de MAINE de façon abrégée. Ses titres complets sont : *Village-Communities in the East and West* (1871), *Early History of Institutions* (1874). Le *Early Law and Custom* (1883) est correct. Une autre œuvre intéressante de MAINE est *Popular Government* (1885).

¹²³ V. VINOGRADOFF : *Historical Jurisprudence*, Tome I, ch. VII, page 138.

L'*Ancient Law* ¹²⁴, publiée en 1861, remporta un vif succès et plusieurs éditions parurent du vivant de l'auteur : en 1871 on en était à la cinquième, avec une préface où Maine mentionnait les corrections faites au premier chapitre, et en 1883 on en connaissait déjà la dixième. A partir de 1906 l'ouvrage paraît sous sa forme actuelle, avec une introduction et des notes de Pollock ¹²⁵. L'œuvre divisée en dix chapitres, est répartie de la façon suivante : I) les anciens codes : Rome, Grèce et l'Inde; II) les fictions légales où l'on compare la doctrine du droit romain et du droit anglais; III) le droit naturel et l'équité; IV) le développement moderne du droit naturel sur la base d'une analyse des œuvres de Grotius et de Rousseau; V) la société primitive de l'ancien droit, avec principalement l'étude de l'organisation familiale; VI) l'histoire ancienne de la succession testamentaire; VII) les idées anciennes et modernes sur les testaments et les successions; VIII) l'histoire de la propriété, y compris ses modes d'acquisitions, la possession et l'emphytéose; IX) l'histoire du contrat; X) le droit pénal.

L'*Ancient Law* présente un certain attrait dans sa façon de poser les problèmes, qui souvent sont soulevés grâce aux suggestions hardies de l'auteur, fruits de sa très large formation. Holdsworth remarqua que l'utilisation de cet ouvrage, en pleine jeunesse, avait suscité chez lui un nombre très considérable d'idées nouvelles en lui ouvrant des perspectives plus vastes que tous autre ouvrage qu'il avait jusqu'alors consulté ¹²⁶. Les développements relatifs au droit anglais, romain, hindou, etc., revêtent par moment de l'éclat, même si l'étude manque d'une bonne base solide et, évidemment, d'un appareil critique quelconque. L'étude du droit romain, comme nous l'avons déjà dit, est fondamentale dans ce livre. Cependant Pollock lui-même, dans son Introduction, nous avertit qu'on ne peut tirer de sa lecture qu'une connaissance élémentaire qui pourrait se détacher d'une bonne édition des Institutes de Justinien ¹²⁷.

¹²⁴ Son titre complet : *Ancient Law. Its connection with the early History of Society and its relation to modern ideas*. Il y a une traduction espagnole sur le titre : *El derecho antiguo considerado en sus relaciones con la historia de la sociedad primitiva y con las ideas modernas*. Biblioteca jurídica de Autores Contemporaneos, vol. I, Madrid, 1893.

¹²⁵ Une bonne édition de l'*Ancient Law* est celle de février 1927. Par après, il y en eut d'autres parues en 1930, 1931 et une dernière en 1954, avec une introduction de J. H. MORGAN. Toutes s'appuient sur celle qu'on a citée en premier lieu.

¹²⁶ *The Historians* . . . , pages 81-82.

¹²⁷ Page 19. Une interprétation intéressante du livre de MAINE — et spécialement le facteur indien comme élément comparatif — peut se trouver dans PRASANNAKUMARA SENA : *A Study of Ancient Law or an analysis of Maine's Ancient Law*, 1896.

Il est plus intéressant de constater la relation de Maine avec les courants de pensées rénovateurs de l'historiographie juridique anglaise, courants nés sous l'influence de l'École historique allemande et de ce qu'on a appelé l'« anthropological jurisprudence ». Cette dernière supposait l'application de la conception évolutionniste de Darwin au développement du droit et de ses structures. Vinogradoff avait déjà mis en relief l'influence de la pensée de Darwin sur l'œuvre de Maine¹²⁸, observation qui a été approuvée par Holdsworth¹²⁹ et admise par les plus récents auteurs¹³⁰.

L'influence de l'École historique que nous constaterons plus loin chez Maitland, trouve son héraut et son avant-coureur avec Maine, qui inaugure ainsi une période d'inspiration germanique qui devait être décisive dans l'élaboration de l'histoire du droit anglais à la fin du XIX^e siècle. Maine peut compter sur la collaboration de Stubbs¹³¹, tous les deux avaient travaillé dans le *School of Law and Modern History*, collaboration extrêmement valable si l'on tient compte de la solide formation historique de ce dernier. Maine fut en somme le fondateur, en Angleterre, du courant historiciste¹³², et ici l'*Ancient Law*, où l'auteur manifeste sa préoccupation pour le développement du droit et la comparaison de ses manifestations historiques, prend tout son sens. Dockhorn, qui se pencha sur ce thème dans une intéressante monographie¹³³, a mis en relief l'influence de Savigny sur les traits les plus caractéristiques de l'œuvre du professeur oxonien. L'œuvre créatrice que les juges réalisent

¹²⁸ « The Teaching... », *LQR* 20 (1904), *Collected Papers*, II, pages 173-189.

¹²⁹ V. *The Historians...*, page 80.

¹³⁰ Par ex. HARDING : « This idea of natural growth, strengthened by the publication of Darwin's work in 1859, was applied to legal institutions by Maine in *Ancient Law* (1861) », dans *A Social History of English Law*, ch. XIII, pages 349-350.

¹³¹ C'est lui qui mit en relief — d'après Pollock — jusqu'à quel point les juristes devaient apprendre des historiens. V. *English opportunities and duties in the historical and comparative law*, Londres, 1833. Correspond à une leçon inaugurale au *Corpus Christi College d'Oxford*, le 20 octobre de cette année.

¹³² « So wurde Maine in der Zeit, in der die deutsche historische Rechtsschule Savigny's ihren Höhepunkt schon überschritt — von derselben nicht undeeinflusst, doch von ihr namentlich durch ihren rechtsvergleichenden Charakter erheblich sich untercheidend — zum Begründer eines englischen juristischen Historismus und zu einem sehr einflussvollen Anreger rechtshistorischen Denkens und rechtshistorischer Forschung in England ». A. B. SCHWARZ : « Sir Frederick Pollock und die englische Rechtswissenschaft » dans *Annales de la faculté de Droit d'Istanbul*, page 6.

¹³³ Klaus DOCKHORN : *Der deutsche Historismus in England. Ein Beitrag zur englischen Geistesgeschichte des 19. Jahrhunderts*, Göttingen, 1950. Il y a une préface de G. P. GOOCH. Cahier 14 de *Hesperia Ergänzungsreihe : Schriften zur englischen Philologie*. D'intérêt pour cette question est le chapitre VI : *Die Dechts — und Wirtschaftsgeschichte*, pages 172-188.

et la relation étroite entre la coutume et les faits sociaux populaires eux-mêmes ¹³⁴.

Dans l'*Ancient Law*, Maine examine le développement de ce qu'il appelle « les sociétés progressives » où le sentiment commun et les besoins collectifs précèdent toujours le droit, produisant ainsi entre les deux pôles un éloignement forcé. De la rapidité avec laquelle on annihile ou au moins on réduit, cet écart dépend la félicité même des peuples ¹³⁵. Les lois établies par un prince autocratique ou par une assemblée parlementaire, sont les dernières des procédures du progrès ¹³⁶. Ces lignes, et d'autres passages de l'*Ancient Law* qui traitent des contrats, de la possession, des testaments, etc., restent imprégnés des traits de l'historicisme juridique britannique. Maine, comme le faisait remarquer un compte rendu de l'*Ancient Law* paru dans le *Edinburgh Review* ¹³⁷, emploie fréquemment l'expression « Historical Method » et son livre a été décrit par plusieurs de ses critiques comme un exemple du processus que cette méthode historique implique ¹³⁸.

La synthèse de la pensée et de l'héritage de Maine, tel que Vinogradoff l'a formulé ¹³⁹ pourrait se concrétiser dans les points suivants : a) le droit doit être étudié non seulement comme une préparation à l'exercice professionnel, mais comme un sujet scientifique. Cette affirmation, à première vue superflue, est un lieu commun chez les historiens du droit anglais de la fin du XIX^e siècle, et c'est probablement le signe d'une réaction contre un pragmatisme marqué dans la conception du droit. b) Quant à la méthode à utiliser on doit se livrer à une déduction abstraite des concepts juridiques actuels et à une généralisation inductive sur la base des observations ethnographiques et historiques. c) Une conception large de l'histoire en tant que connaissance de l'évolution sociale de l'humanité. d) La méthode historique, lorsqu'on étudie le droit, doit être nécessairement comparative. Maitland insistera à nouveau sur ce point.

¹³⁴ « Grundlage der methodischen Forderungen ist die deutlich an Savigny und Savignyschen Begriffen und Gegenüberstellungen gebildete Anschauung von den Stufen der historischen Rechtsentwicklung und ihrem Wesen... Ganz in Savignyschen Geist ist auch die Fortbildung des Rechts durch die rechtsschöpferische Tätigkeit des Richterstandes begriffen. Sie vollzieht sich in engster Verbindung mit dem konservativen Rechtsempfinden des Volkes und in dauernder Rückschau auf die älteren, als Sitte und Gewohnheit verehrten sozialen Zustände », pages 173-175.

¹³⁵ V. page 29.

¹³⁶ V. page 33.

¹³⁷ Vol. 114, page 481.

¹³⁸ Sous l'influence de Maine, v. ROBSON : « Sir Henry Maine To-day », dans *Modern Theories of Law*, Londres, 1933.

¹³⁹ « The teaching... », *Collected Papers*, vol. II, pages 188-189.

III – Le passage du XIX^e au XX^e siècle : les crises et les renouvellements

A – Pourquoi n'a-t-on pas écrit l'histoire du droit anglais ?

La conférence du professeur Maitland, en posant le problème auquel nous nous sommes référé au commencement de ce travail, marque un jalon de référence particulier dans l'historiographie juridique britannique. Il est difficile de trouver un traité général, et même un essai quelconque, sur le développement de la *legal history* à partir des dernières années du XIX^e siècle, qui, d'une façon ou d'une autre, ne fasse pas une allusion à la leçon du 13 octobre 1888 à l'*Art School* de Cambridge. Elle représentait, comme nous l'avons déjà dit, un examen de conscience critique. Mais elle forme aussi et c'est plus important, un point de départ fécond pour l'heureuse collaboration de trois grands historiens du droit : Pollock, Vinogradoff et Maitland lui-même. Leurs travaux coordonnés ont suscité de multiples monographies qui sont autant de signes d'un profond renouvellement de l'étude de la matière. En plus, de la collaboration Maitland – Pollock, naîtra la première *Histoire du Droit anglais* écrite suivant une méthode rigoureuse et moderne. D'une façon ou d'une autre tout est en relation avec le manifeste de Maitland à l'*Art School*, sur lequel nous allons revenir aussitôt, afin de passer ensuite à l'examen de l'œuvre de nos trois historiens.

*Why the History of the English Law is not written ?*¹⁴⁰ souligne le fait que l'Angleterre gardait en réserve une énorme quantité de matériaux et de documents, en raison principalement de la centralisation rapide de l'administration de la justice. A la différence de la France¹⁴¹

¹⁴⁰ *Collected Papers*, I, pages 480-497.

¹⁴¹ Il est curieux quand même de constater qu'en France, prise comme exemple par MAITLAND, on peut trouver semblable critique. D'après ce que j'ai pu constater, l'Introduction à l'ouvrage *Les origines de l'Ancienne France*, de Jacques FLACH, présente une analyse de la situation de l'histoire du Droit français telle, que si l'on s'arrête à sa similitude avec *Pourquoi n'a-t-on pas écrit l'histoire du Droit anglais*, on pourrait très bien en déduire qu'elle aurait pu inspirer MAITLAND, si ce n'était de la valeur positive que celui-ci attribue à l'étude de cette discipline dans les pays voisins. L'œuvre de FLACH, professeur d'Histoire des législations comparées, se compose de quatre volumes, publiés entre 1886 et 1917. Dans l'introduction mentionnée parue dans le volume premier, soit deux ans avant la lecture de MAITLAND, FLACH indiquait que « L'histoire du droit est étudiée en France dans des conditions défavorables » (page 1), il arrive même à nier son existence : « Il faut donc en venir à la conclusion que nous n'avons pas d'histoire du droit français. La lacune est d'autant plus grave qu'elle est plus difficile à combler » (page 2). Comme MAITLAND, il soutient que l'on doit étudier le droit historique national, en le comparant avec celui d'autres pays (« L'histoire du droit français est donc inséparable de l'histoire des législations comparées », page

ou de l'Allemagne, où cependant on avait déjà réalisé des études plus brillantes sur le développement historique, il existe là-bas une « wonderful unity » et un système unique¹⁴², point de départ tout trouvé pour un chercheur désireux d'élaborer une histoire complète du droit anglais. On pouvait trouver des travaux sérieux sur le développement de différents secteurs, droit constitutionnel, pénal, etc., mais non un exposé d'ensemble digne de ce nom. L'œuvre de Reeves, rappelée par Maitland¹⁴³ fut écrite à une « époque obscure » et était vieillotte depuis déjà longtemps¹⁴⁴.

En comparant le flot de monographies historico-juridiques qu'on retrouve en France et en Allemagne, avec la carence de ces ouvrages en Angleterre¹⁴⁵, le professeur de Cambridge en vient à analyser le cercle vicieux qui en est la cause. Il n'y a pas de monographies parce qu'on

6). Comme MAITLAND, il se plaint qu'à l'université on laisse pour compte l'histoire du droit, disant qu'elle « n'a pas pénétré encore dans nos facultés de Droit » (page 6). De même que l'auteur anglais, il considère que le manque d'étude est attribuable à la « visée professionnelle qui domine ».

¹⁴² « Owing to the very early centralization of justice in this conquered country we acquired, owing to our subsequent good fortune we have preserved, a series of records which for continuity, catholicity, minute detail and authoritative value has — I believe that we may safely say it — no equal, no rival, in the world » (page 482). « The early centralization of justice gives to our history a wonderful unity; we have nor to compare the customs of divers provinces, or the jurisprudence of rival schools; our system is a simple system and revolves round Westminster Hall » (page 483).

¹⁴³ En 1829 avaient parus à Londres les traités de Georges CRABB : *A History of English Law; or an attempt to trace the Rise, Progress, and successive changes of the Common Law; from the earliest period to the present time*. Son auteur — un avocat du *Inner Temple* — écrit au cours d'une période immédiatement postérieure à celle de REEVES et il eut sous la main l'ouvrage de ce dernier, même s'il ne put en consulter l'édition la plus complète, qui parut justement cette même année (Cf. *supra* II, B). L'*Histoire* de CRABB se divise en trente-quatre chapitres et offre un certain intérêt — pour son temps — lorsqu'il traite de féodalisme et en ce qui se rapporte au développement du droit de propriété, sujet qu'il reprendra plus tard dans ses deux volumes sur la *Law of Real Property*, publiés en 1846. L'*Histoire* connut une deuxième édition en 1840, après quoi, en raison de son caractère élémentaire et de sa localisation chronologique entre REEVES et MAITLAND, elle tombe dans l'oubli. Sur un plan très secondaire, il faudrait aussi rappeler l'*Origin of Laws*, de A. V. GOGUET (3 vols, Edimbourg, 1775), l'œuvre de G. STUART : *View of Society in Europe, in its progress from rudeness to refinement: or inquiries concerning the history of law, government and manners* (2^e édition, Edimbourg, 1792), et les leçons de F. S. SULLIVAN de l'université de Dublin, publiées en 1772 sous le titre *Historical Treatise of the Feudal Law and the Constitution and Laws of England, with a commentary on Magna Carta and illustrations of many English Statutes*.

La *common law*, spécifiquement, avait déjà été l'objet de l'*Histoire* de HALE (voir *supra* II, A, 2) et le traité *The Common Law* du Nord-Américain HOLMES (1881), auquel je fais référence dans ce même chapitre.

¹⁴⁴ V. page 483.

¹⁴⁵ « Il y a peut-être des pays, signalait-il, où la rédaction de ces monographies est devenue une question fastidieuse, mais l'abondance est certainement préférable à la disette absolue ». (V. page 484).

ne travaille pas à l'impression et la publication de documents; il n'y a pas de traités généraux parce qu'il est impossible de les construire sans l'appui préalable de monographies¹⁴⁶. Trois causes plus profondes sont toutefois sous-jacentes à ces manifestations extérieures. On remarquera d'ailleurs que la première et la dernière de ces causes reflètent de façon caractéristique la pensée de Maitland en ce qui concerne l'histoire du droit et sa méthode d'étude. En se référant à l'analyse du droit médiéval, il souligne une des raisons qui se trouvent à l'origine du défaut et de la déficience de ces travaux, à savoir « notre ignorance absolue et traditionnellement consacrée du droit français et allemand ». Les juristes anglais, continue-t-il, ont exagéré dans les six derniers siècles le particularisme de notre histoire du droit, insistant trop, pour faire contraste, sur le triomphe du droit romain sur le continent. « J'en ai une connaissance suffisante pour pouvoir affirmer avec assurance qu'il y a de grands secteurs du droit médiéval (continental) fort comparables au nôtre »¹⁴⁷. La tendance à l'ouverture au droit européen, en réaction à l'isolationisme scientifique traditionnel, s'esquisse donc ici.

Le deuxième obstacle à l'étude de l'histoire du droit c'est le paradoxe relevé par Maitland qui est constitué précisément par les embryons de connaissance de l'ancien droit anglais; car cette connaissance embryonnaire constitue elle-même un obstacle sérieux à l'étude rigoureuse de cet ancien droit. Quant à l'ancien droit l'on s'attache aux seules connaissances exigées des étudiants et c'est ce qui empêche de constater l'urgence d'une recherche plus approfondie.

On trouve enfin une complaisance collective dans une erreur grave, qui consiste à imprégner de dogmatisme l'histoire du droit. Le mélange du dogmatisme et de la *legal history* a donné lieu à un « composé insatisfaisant ». On décèle l'influence de l'École historique sur ses considérations, frappée dans une de ces sentences caractéristiques de Maitland : « Si nous essayons de faire de l'histoire une servante du dogme, bientôt elle ne sera plus l'histoire »¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Devant l'immense tâche de sélectionner et éditer des documents, MAITLAND arrive jusqu'à proposer la grande aventure qui supposait le dévouement de dix chercheurs pendant dix ans. « Le bénéfice serait énorme, non seulement pour l'histoire du Droit anglais, mais pour l'histoire du droit en général » (page 484).

¹⁴⁷ V. page 490.

¹⁴⁸ « If we try to make history the handmaid of dogma she will soon cease to be history » (page 492). Récemment, en 1951, PLUCKNETT avertissait que ces dangers étaient alors plus grands qu'à l'époque de MAITLAND. V. son travail « Maitland's view of law and history » dans *LQR* 67 (1951), pages 179-194, à la page 190.

Rejeter le dogmatisme cependant ne signifie pas, lorsqu'on étudie la *legal history*, écarter complètement les structures juridiques en vigueur. Une telle position, précise Maitland, constituerait une exagération. Par contre, on doit considérer comme certain le fait que n'importe qui peut être un excellent juriste avec une mince connaissance historique¹⁴⁹, tandis qu'une certaine connaissance de la *modern law* est presque indispensable pour travailler en histoire du droit¹⁵⁰. Malgré tout, Maitland met l'accent sur la prépondérance de l'aspect historique et une fois qu'un professeur de droit entreprend l'analyse de l'histoire, il se transforme en historien, dira plus tard Plucknett en étudiant l'évolution de Maitland vers l'étude de l'histoire générale¹⁵¹.

Le système anglais d'enseignement n'a pas non plus échappé à la critique de Maitland, lorsqu'il cherchait à déterminer les responsabilités de chacun et de tracer des voies de solution. Que peut faire l'université ? En premier lieu, avait-il répondu, une faculté de droit doit enseigner le Droit, ce qui n'est pas précisément enseigner l'histoire du droit¹⁵². Cette affirmation curieuse se complète et son sens voilé apparaît, si l'on se souvient du point de vue de l'auteur, que nous avons signalé plus haut : la connaissance du droit en vigueur constitue un prérequis élémentaire pour entreprendre l'histoire du droit, ce qui, transposé dans l'enseignement, entraîne des conséquences concrètes. « Je crois, affirmait Maitland, que quiconque aspire à étudier l'histoire du droit doit commencer par étudier le droit contemporain »¹⁵³. Il faudrait en plus signaler d'autres déficiences que nous ne ferons que mentionner : le temps très réduit qu'on consacre à l'enseignement de cette discipline, la pénurie de professeurs, etc.

Un auditeur académique a-t-il déjà entendu quelquefois une leçon inaugurale plus déconcertante ? se demandera Plucknett plusieurs années plus tard¹⁵⁴. Ce qui est plus intéressant, c'est que la critique provoqua une réaction salutaire. La critique de l'isolationisme stérile du droit anglais, dans le grand siècle de l'Angleterre, et de son système d'enseignement, formulée du haut d'une chaire de Cambridge, trouve son contre-

¹⁴⁹ Page 493. Ceci, ajouta PLUCKNETT, est heureusement évident : « Maitland's view . . . » dans *LQR* 67 (1951), page 189.

¹⁵⁰ MAITLAND fournit l'exemple de son affirmation : « I do not think that an Englishman will often have the patience to study medieval procedure and conveyancing unless he has had to study modern procedure and modern conveyancing and to study them professionally », pages 493-494.

¹⁵¹ *LQR* 67 (1951), page 190.

¹⁵² V. page 494.

¹⁵³ V. *Idem, Id.*

¹⁵⁴ *LQR* 67 (1951), page 189.

poinds dans la vocation personnelle de Maitland qui publie sept ans plus tard, en collaboration avec Pollock, une excellente Histoire du droit anglais. A leur côté, on trouve Vinogradoff. Examinons maintenant leur contribution individuelle.

B – Frederic William Maitland

1. Sa ligne de pensée et ses publications

Maitland naquit le 28 mai 1850. Suivant la meilleure tradition britannique il étudia à Eton, et plus tard au *Trinity College* de l'université de Cambridge. En 1876 il passa au *Lincoln's Inn* où il fut nommé *Honorary bencher* en 1903. Vingt ans auparavant — en 1883 — il s'était installé à Cambridge pour occuper, à partir de 1888, la chaire de *Downing Professor of the Laws of England*¹⁵⁵. Son état de santé très précaire l'oblige à abandonner l'Angleterre et à partir de 1898 il se réfugie souvent, pendant une grande partie de l'hiver, aux Îles Canaries, territoire espagnol au climat favorable. Le 19 décembre 1906, il décéda au *Quiney's Hotel* de Las Palmas, et fut inhumé dans cette ville¹⁵⁶.

De son passage à Eton on nous rapporte son attrait pour les mathématiques et la musique. A son entrée à Cambridge, après avoir rencontré un succès très limité lors de ses premiers examens de mathématiques, l'attention de Maitland se dirigea vers les humanités, où il s'inscrit comme élève de « moral science » au *Trinity College*¹⁵⁷. Son premier travail : *A historical sketch of liberty and quality as ideals of english political philosophy from the time of Hobbes to the time of Coleridge*, que Maitland fit imprimer privément¹⁵⁸ date de 1875. Quatre ans plus tard paraît son premier article qui manifeste son intérêt pour les matières juridiques. *The law of real property* publié au *Westminster Review*. Son premier livre, *Pleas of the Crown of Gloucester*, parut en 1884 alors que l'auteur, déjà revenu à Cambridge, y donnait un cours de droit anglais. La même année il fait la connaissance de Vinogradoff, et cette

¹⁵⁵ La première leçon qu'il donna de cette chaire, est celle que l'on a déjà commentée : *Why the history of English law is not written ?*

¹⁵⁶ Un compte rendu bibliographique complet se trouve dans H. A. L. FISCHER : *Frederick William Maitland, Downing professor of the laws of England, A biographical Sketch*, Cambridge, 1910. Aussi A. L. SMITH : *Two Lectures and a Bibliography*; Henry Arthur HOLLOND : *Frederick William Maitland, 1850-1906, Selden Society Annual Lecture* du 18 mars 1953, Londres, 1963; HOLDSWORTH : *Some Makers . . .*, pages 273 et s.

¹⁵⁷ V. HOLLOND : *F.W.M. . . .*, page 7.

¹⁵⁸ Publié après dans les *Collected Papers*, I, pages 1-161.

rencontre devait s'avérer décisive pour l'orientation scientifique de Maitland. Les deux se rencontrent un dimanche de janvier. « Je pense souvent, écrivait-il quelques années plus tard à son collègue russe, que notre rencontre lors d'une promenade dominicale fut pour moi une chance extraordinaire. Cette journée décida du reste de ma vie »¹⁵⁹. Le 11 mai a lieu une réunion à Oxford. Maitland fit part de ses opinions personnelles à Fisher qui les rapporte dans l'esquisse biographique déjà citée. Pour la première fois, grâce aux renseignements amicaux d'un étranger, Maitland prend pleinement conscience de la richesse des documents qui existaient en Angleterre, et constituaient une base prometteuse et inexploree pour bâtir l'histoire juridique et sociale du moyen âge. Toujours en 1884, cette amitié donnera lieu à une des plus importantes réalisations de la *legal history* anglaise. Vinogradoff découvre au Musée britannique un manuscrit de l'époque de Henry III et il formule l'hypothèse qu'il aurait pu être employé par Bracton au XIII^e siècle, comme base de son traité classique¹⁶⁰. Vinogradoff suggère à Maitland l'étude et l'édition de ce manuscrit, tâche que celui-ci mène à bien, vérifiant ainsi l'hypothèse du chercheur russe. Maitland produit ainsi un de ses plus brillants travaux : le *Bracton's Note Book*, dont la préface est datée de 1887¹⁶¹. Cette même année, il participe activement à la fonda-

¹⁵⁹ V. en HOLLOND : *F.W.M.*..., page 11.

¹⁶⁰ Henry de BRATTON — normalement connu comme BRACTON — est la grande figure du Droit anglais au XIII^e siècle. Ecclésiastique et juge, son travail est rapporté dans l'ouvrage *De legibus et consuetudinibus Angliæ*. Sans plus de précédents importants que le travail de GLANVIL au siècle antérieur, cette œuvre apparaît comme une étude juridique première et fondamentale, qui ne trouvera pas de successeur adéquat jusqu'aux *Commentaries* de BLACKSTONE, cinq cents ans plus tard. (Cf. HOLDSWORTH : *Some Makers*..., page 17). BRACTON a bien connu le Droit romain, et en accuse l'influence; malgré ce fait, il fut « essentiellement pratique » (v. FISHER : *Frederick William Maitland*, page 31). Sur le sujet de ses relations avec le phénomène de la réception du Droit romain, l'œuvre fondamentale est le volume VIII des publications de la *Selden Society, Bracton and Azo*. La bibliographie se rapportant à BRACTON est fort abondante. On peut consulter l'ouvrage de HOLDSWORTH : *Sources and literature of English Law*, publié en 1925, et plus spécialement — à l'intérieur de celle-ci — la section *The Law books*, pages 23 et suivantes. Du même auteur : *Some Makers*..., ch. I : *Glanvil and Bracton*, pages 8-24. KANTOROWICZ : *Bractonians Problems*, Glasgow, 1941, etc. Voir pour un exposé clair et systématique : PLUCKNETT : *Early English Literature*, Cambridge, 1958. (Particulièrement le ch. III, *Bracton and his work*, pages 42-60, et IV : *Bractonian Problems*, pages 61-79).

¹⁶¹ Le sous-titre de l'ouvrage publié en trois volumes rend compte de son contenu, auquel je ne peux pas me référer ici en détails : *A Collection of cases decided in the King's Courts during the Reign of Henry the Third, annotated by a lawyer of that time, seemingly by Henry of Bracton*. On trouve deux intéressants comptes rendus du travail de MAITLAND, qui résumèrent le rôle du *Note Book*, dans *HLR* I (1887-1888), pages 351-352, signés J.B.A. et dans *EHR*, IV (1889), pages 154-161, dont l'auteur est Charles ELTON.

tion de la *Selden Society*, destinée à la promotion des études historico-juridiques et sur laquelle nous reviendrons plus tard. Maitland est l'auteur des volumes un, deux et quatre de la série publiée par cette société. Le premier, dont le titre est *Select Pleas of the Crown*, parut en 1887, et le deuxième, *Select Pleas in Manorial Courts*, un an plus tard. Le volume correspondant à l'année 1890, sur la *Court Baron*, fut écrit en collaboration avec Baildon, même s'il représente l'œuvre presque exclusive de Maitland. Nous avons donc laissé en arrière l'année 1888, témoin de la célèbre leçon au *Arts School*, et l'année 1889 où l'on enregistre un excellent travail de Maitland sur les sources : *The Materials for English legal history*¹⁶² qui devait dans ce secteur émanciper les chercheurs anglais de la tutelle germanique, puisque jusqu'à la parution de ce travail. Brunner était toujours l'autorité première en la matière¹⁶³.

En 1891 paraît une édition de documents pour le *Pipe Roll Society* et en 1893 une autre édition pour la *Roll Series*. Le volume *Bracton and Azo*, décisif sur le sujet toujours vivant de l'influence du droit romain, paraît en 1894. Mais tout ceci ne représente que des fragments, « merely chips », dirait Plucknett¹⁶⁴, qui conduisent à la grande œuvre de 1895, *The History of English Law*, que nous examinerons après avoir étudié Pollock, étant donné que ce travail est le fruit de la collaboration de Maitland avec ce dernier. A partir de l'*History*, et afin d'esquisser chronologiquement les rélations les plus significatives de l'auteur, il faut noter le *Domesday Book and Beyond*, publié en 1896, et un essai important sur l'histoire du droit canon, *Canon Law in the Church of England*, où l'inexistence d'un particularisme juridique anglais pendant le moyen âge est établie. Les décrétales des pages étant tenues pour obligatoires par les canonistes insulaires¹⁶⁵. L'année 1898

¹⁶² D'abord publié dans le *Political Science Quarterly*. Il fut repris ensuite dans les *Collected Papers*, II, pages 1-60.

¹⁶³ Avec son essai sur les sources françaises, normandes et anglaises publié dans la *Holtendorff's Enciklopädie*. La partie correspondant aux sources anglaises a été traduite en cette langue par W. HASTIE en 1888.

¹⁶⁴ « Maitland's view of law and history », dans *LQR*, 67 (1951), page 191.

¹⁶⁵ POLLOCK louerait l'importance de cette conclusion. Il en est de même pour certains juristes étrangers, par ex. Zocco-Rosa — directeur de l'*Istituto di Storia del Diritto Romano*, de Catania —, au début du présent siècle. Il déclare « merito grandissimo del Maitland l'aver dimostrato, in modo decisivo, che la Chiesa anglicana, durante il Medio Evo, non conobbe punto un Diritto nazionale o particolare : essa osservata l'ius commune della chiesa romana », *LQR* 23 (1907), page 149.

Arthur OGLE répondit au *Canon Law in the Church of England*, avec son ouvrage *The Canon Law of Medieval England, An examination of William Lynwood's Provinciale*.

voit la parution de *Township and Borough*, ouvrage qui reflète ses préoccupations pour l'origine des corporations locales¹⁶⁶. Vers la fin du siècle, Maitland s'adonne avec grand intérêt à l'étude de l'œuvre de Gierke, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, et en 1900 il publie la traduction du troisième livre, *Die publicistische Lehren des Mittelalters*, sous le titre de *Political Theories of the Middle Ages*. Il y inclut une introduction (pages I–XLIII) où il abandonne la conception de la « Genossenschaft » — fiction, telle qu'elle avait été comprise par les juristes anglais, en s'appuyant sur les canonistes du moyen âge. Et il se rallie à l'interprétation de Gierke qui voit dans la « Genossenschaft » « un organisme vivant et une personne réelle avec corps, membres et volonté propre »¹⁶⁷. Elle n'est pas *societas* (« Gesellschaft », « partnership ») mais « community » ou encore mieux, « fellowship ». Finalement, au cours des cinq longues années qui précédèrent sa mort, il faut signaler en plus du bref *Corporation and Trust*, la publication de ce que Holdsworth a qualifié de « deux excursions dans l'histoire du XVI^e siècle »¹⁶⁸, *English Law and the Renaissance* et *Cambridge Borough Charters*, cette dernière œuvre écrite en collaboration avec Mary Bateson.

Plucknett a regretté que les œuvres de Maitland les plus lues par les étudiants soient les œuvres posthumes, élaborées à partir des notes de cours personnelles jointes aux notes prise par le étudiants¹⁶⁹. Ce sont *Forms of Actions*, *Equity*, dont on a publié une édition moderne en 1936, le célèbre *The Constitutional History of England* qui reproduit les leçons données par Maitland au *Cambridge Law Club* pendant les termes académiques, « Michaelmas term » de 1887 et « Lent term » de 1888 lorsqu'il était professeur à Cambridge et avant d'être élu, au cours de l'été de 1880 à la chaire *Downing*. La première édition de *l'Histoire constitutionnelle* date de 1908 — deux ans après le décès de

¹⁶⁶ « He was, for instance — notera plus tard VINOGRADOFF —, opposed to the idea of a primitive collectivism shaping the early land law of Indo-European nations, and of England in particular. He looked at the old English townships from a point of view acquired in the course of a study of medieval law in its express manifestations ». V. « Frederick William Maitland », *EHR* 22 (1907), pages 280–289, à la page 285.

¹⁶⁷ « Unsere deutsche Genossenschaft ist keine Fiktion, kein Symbol, kein Teil des Staatmaschine, kein blosser Kollektivname für Individuen, sondern ein lebendiger Organismus und eine reale Person, mit Körper und mit Gliedern und einem eigenem Willen ». V. le texte et le commentaire de MAITLAND dans *Political...*, page 26.

¹⁶⁸ *Some Makers...*, page 276.

¹⁶⁹ V. HOLLOND : *F.W.M...*, page 16.

Maitland — et comporte une préface de Fisher ¹⁷⁰. Le grand nombre de réimpressions qu'on a dû en faire, témoigne de façon éloquente du succès de l'œuvre ¹⁷¹.

Par ailleurs un petit traité paru en 1915, *A sketch of English legal history*, mérite une mention spéciale; James F. Colby, *Parker Professor of Law* au *Dartmouth College*, y avait réuni une série d'essais de Maitland et de Francis C. Montagne; les cinq premiers chapitres, couvrant une période qui se termine au XVII^e siècle, sont dus à Maitland; Montagne, du *University College* de l'université de Londres, est l'auteur des trois derniers. Ces articles avaient été écrits en guise de contribution à l'ouvrage *Social England* préparé vers la fin du siècle par H. D. Traill ¹⁷². Ils représentent par conséquent une réédition, visant à offrir un schéma succinct du développement du droit anglais. L'œuvre connut la mauvaise fortune de paraître trois ans après la publication par Edward Jenks du *A short History of English Law*, voir *infra*, IV, B, I, qui visait un même but. A cause particulièrement de la qualité des articles de Maitland, devait signaler le professeur Colby dans sa note introductive — page III —, cette série d'articles constituait cependant l'introduction la plus utile à l'histoire du droit anglais ¹⁷³. Colby y ajouta de plus six appendices d'un intérêt certain, spécialement, à notre avis, la quatrième, qui réunit de brefs passages des *Commentaries* de Blackstone, du *First Book of Jurisprudence*, de Pollock et des deux ouvrages de W. C. Robinson : *Elementary Law* et *Elements of American Jurisprudence*, dans le but de nous expliquer la nature et la formation de la *common law*. Quoi qu'il en soit, en raison des circonstances que l'on connaît, l'ouvrage fut peu connu et n'attira l'attention du *Law Quarterly Review* que neuf ans après sa parution ¹⁷⁴.

¹⁷⁰ Daté au *New College* d'Oxford, en mai de cette année. FISHER manifeste sa conviction personnelle, en opposition à la publication de matériaux que l'auteur n'a pas préparés dans ce but. Cependant, il croit l'exception justifiée, dans ce cas, pour trois raisons principales : a) Le prestige de Maitland constitue une pièce tellement solide, qu'il peut être difficilement affecté par ses lectures qui, au surplus, étant donné leurs qualités, ne contribueront qu'à les rehausser; b) Elles contiennent beaucoup d'interprétations nouvelles et des idées qui n'ont pas été recueillies dans des œuvres postérieures; c) Il n'y a pas de livre, à mon avis, qui offre une meilleure introduction à l'étude de l'histoire constitutionnelle anglaise. (V. page VI de la préface recueillie dans l'édition de Cambridge, 1963).

¹⁷¹ A ma connaissance, en 1909, 1911, 1913, 1919, 1920, 1926, 1931, 1941, 1946, 1948, 1950, 1955, 1961 et l'édition que j'ai citée de 1963.

¹⁷² Édition G. P. Putnam's Sons, New York, 1899.

¹⁷³ V. page III.

¹⁷⁴ Particulièrement dans un compte rendu, signé F.P. au volume XL (1924), pages 252-253. Ce compte rendu commente en plus deux ouvrages : celui auquel j'ai fait référence, et *An Introduction to the History of English Law*, de Harold POTTER : l'accent porte surtout sur le dernier.

Dans l'œuvre abondante de Maitland dont nous avons signalé les travaux les plus importants ¹⁷⁵, il faudrait, à notre avis, dégager deux traits essentiels : son appartenance scientifique à l'École historique et sa sérieuse tentative de dépasser l'isolationisme anglais en essayant de coordonner l'histoire du droit britannique avec le développement du droit continental. Ces deux caractéristiques sont, d'une certaine façon, complémentaires et c'est à elles que nous allons nous en remettre pour conclure sur l'appréciation simultanée de la valeur de l'auteur et du rôle qu'il a tenu. Pour cette appréciation, nous ne considérerons pas spécialement l'*Histoire du Droit anglais* pour les raisons que nous avons expliquées auparavant (elle est écrite par deux auteurs) et parce que le but spécifique de cet essai vise à l'analyse indépendante des exposés généraux.

2. Réflexions sur son œuvre

a) L'influence de l'École historique

L'admiration de Maitland pour le travail des juristes et des historiens allemands, qu'il avait déjà exprimée, comme nous l'avons fait remarquer, dans sa leçon au *Arts School* en 1888, fait en quelque sorte figure de constante dans sa ligne de pensée scientifique. « Les Anglais verraient-ils et comprendraient-ils, se demandait Maitland encore deux ans avant sa mort dans un texte plus significatif que n'importe quel autre, ce qui s'est produit en Allemagne ? Est-ce qu'ils apprécieraient l'œuvre de Savigny et de Grimm ? Se sentiraient-ils stimulés par une telle œuvre ? En fait, seraient-ils disposés à chercher avec rigueur et zèle scientifique, inspirés par de grands idéaux, le développement du droit et des institutions, sans s'arrêter aux difficultés du travail, à l'obscurité des textes et sans omettre des détails sans signification parmi tous ceux qui doivent être connus ? » ¹⁷⁶ Dans la formation initiale de Maitland, le courant historiciste avait joué une influence, influence qui avait déjà

¹⁷⁵ On peut retrouver ces essais dispersés réunis dans les trois volumes des *Collected Papers*, publiés par Cambridge University Press en 1911. Robert Livingston SCHUYLER en a fait récemment un choix intéressant dans *Frederick William Maitland, Historian, Selections from his writings edited, with an introduction*, université de Californie, Berkeley - Los Angeles, 1960. James R. CAMERON, dans son ouvrage *Frederick William Maitland and the history of English law*, Norman, *University of Oklahoma Press*, 1961, inclut une liste générale des travaux de MAITLAND et en commente les détails les plus importants.

¹⁷⁶ V. « The laws of the anglo-saxons » en *LQR*, 20 (1904), recueilli dans les *Collected Papers*, III, pages 447-473. Citation à la page 455.

été sentie, comme nous l'avons vu, par Maine¹⁷⁷, et ce, plus spécialement grâce à deux œuvres spécifiques : la *Geschichte des römischen Rechts* de Savigny et la *Constitutional History* de Stubbs. Maitland avait l'habitude de dire du livre allemand qu'il lui avait ouvert la perspective sur la façon d'envisager le droit, éveillant en lui la curiosité pour le droit romain et le sens de son étude en Allemagne et en Angleterre¹⁷⁸. Le livre anglais, qu'il trouva dans un club de Londres et qu'il lut « parce qu'il était intéressant » se révéla probablement un grand stimulant pour décider Maitland à aborder dans ses lectures les sujets de l'histoire constitutionnelle, base de l'œuvre qui nous est parvenue. D'un autre côté, il convient de garder présent à l'esprit ses relations avec Pollock et Vinogradoff car tous les deux et surtout le dernier, comme nous le verrons, ont été gagnés par la même tendance doctrinale et méthodologique. Tout ceci structura la pensée et le travail de Maitland, « the historical spirit incarnate » pour employer le qualificatif d'un ancien président de l'*American Historical Association*¹⁷⁹.

b) Le dépassement de l'isolationisme anglais

Maitland représente en Angleterre le moment le plus décisif dans l'étude des problèmes historico-juridiques; il a rejeté l'insularisme traditionnel comme base de sa propre conviction, et pour lui l'histoire du droit anglais ne pouvait s'expliquer que par la concordance et le contrepoint des autres systèmes juridiques¹⁸⁰; de là ses relations avec Brunner, Stubbs, Holmes, Thayer, Ames, Vinogradoff, Viollet, Gierke et d'autres. Plusieurs de ses interprétations les plus lucides apparaissent reliées au travail des spécialistes continentaux, et d'une façon très particulière aux travaux de recherche réalisés en Allemagne. Nous avons déjà signalé la traduction de Gierke qui avait façonné son point de vue sur la nature des corporations. *Township and Borough* doit beaucoup aux *Untersuchungen über den Ursprung der deutschen Stadtverfassung*, de Keutgen. On en peut dire autant des *Untersuchungen zur germanischen Rechtsges-*

¹⁷⁷ Fait aussi partie de ce courant James BRYCE (1838-1932), auteur de *The Holy Roman Empire* (1864), qui compléta sa formation scientifique à Heidelberg avec VANGEROW.

¹⁷⁸ Dans l'introduction à *Political theories of the Middle Age*, on se rend compte de cette caractéristique : « Modern Germany has attained such a pre-eminence in the study of Roman Law, that we in England may be pardoned for forgetting that of Roman law medieval Germany was innocent and ignorant, decidedly more innocent and more ignorant than was the England of the thirteenth century ». V. page XII.

¹⁷⁹ Voir l'article de Robert Livingston SCHUYLER, dans *AHR* 57 (1952), pages 303-322.

¹⁸⁰ Cf. PLUCKNETT : « Maitland's view... », *LQR* 69 (1951), page 193.

chichte de Ficker ou des *Intitutionen des deutschen Privatrechts* de Heusler¹⁸¹. Tout ceci, loin de diminuer le mérite du professeur de Cambridge, il ne reçut toujours que de simples suggestions ou des invitations à poser les problèmes de telle ou telle façon, lui permit d'adopter fermement une ample vision de l'historiographie juridique, libérant ainsi la *legal history*, comme Brunner lui-même en avait témoigné¹⁸², de son « splendide isolement » pour l'enrichir de l'apport commun des droits romain, canonique, allemand et français qui s'y étaient intégrés à diverses époques. Maitland, en plus, par le truchement des comptes rendus et de commentaires d'ouvrages dont plusieurs ont été publiés dans l'*English Historical Review*¹⁸³, commentera les publications continentales en Angleterre. Lorsqu'en 1912 on édite à Londres le volume qui recueille un ensemble d'essais sur la formation historique du droit dans différents pays, la préface à la première Partie contient un texte significatif de Maitland, que les anglais pouvait présenter comme la profession de foi d'un chercheur à l'échelle européenne¹⁸⁴. Cinq années plus tôt, lors de son décès, Saleilles avait écrit : « Une ère nouvelle de rapprochement s'ouvre pour cette vaste communauté juridique que fut jadis l'Europe civilisée au moyen âge, et qu'elle redeviendra encore sous la pression de besoins économiques et civilisateurs des époques modernes. Si cette pénétration se réalise jamais, des hommes comme Maitland en auront été les premiers et nobles ouvriers »¹⁸⁵.

¹⁸¹ V. VINOGRADOFF : « Frederick William Maitland », dans *EHR* 22 (1907), page 288.

¹⁸² *LQR* 23 (1907), page 143.

¹⁸³ Par ex. des ouvrages de L. HUBERTI : « Studien zur Rechtsgeschichte des Gottesfrieden und Landfrieden », Tome I, 1892, *EHR* 8 (1893), 328-331; BRUNNER : « Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechtes », *EHR* 9 (1894), 593-594; BRUTAILS : *Étude sur la condition des populations rurales du Roussillon au Moyen-Âge*, 1891, et P. ERRERA : « Les masoirs », 1891, *EHR* 7 (1892), 748-754; PIRENNE : « Le livre de l'abbé Guillaume de Ryckel », en *EHR* 12 (1897), 552; BESTA : « L'opere d'Irnerio », 1896, *EHR* 13 (1898), 143-144; M. P. FOURNIER : « Les Collections Canoniques attribuées à Yves de Chartres », 1897, *EHR* 13 (1898), 815-816, etc., etc.

¹⁸⁴ *A general survey of events, sources, persons, movements in continental legal history*. Il contient des études sur la France, tirées de l'ouvrage de BRISAUD, l'Allemagne, recueillies chez BRUNNER, SCHRÖDER et autres, la Suisse, préparés spécialement par HUBER, etc. A la fin il y a une section de droit canonique. La partie correspondant à l'Espagne a été réalisée par ALTAMIRA et traduite en anglais par Francis S. PHILBRICK. Elle se retrouve aux pages 579 à 702. V. un compte rendu de cet ouvrage dans *HLR* 26 (1912-1913), pages 766-767, signé C. H. H. « The spanish chapters — signale-t-il — are relatively full and will prove of special interest to the American reader », (page 766). [N.D.T. Ici encore l'auteur s'attarde sur des détails qui peuvent intéresser davantage les chercheurs espagnols].

¹⁸⁵ *LQR* 23 (1907), page 141. [N.D.T.: en français dans le texte].

Signalons enfin comment chez Maitland l'ouverture à l'histoire des droits européens fut facilitée par son intérêt pour l'étude des langues. Il possédait le « deep love of languages » dont parla Plucknett, avec une orientation particulière vers le français et l'allemand¹⁸⁶. On ne peut se rendre compte avec exactitude de la valeur de cet intérêt que si l'on considère sa condition d'intellectuel anglais du XIX^e siècle, alors qu'une telle préoccupation n'était que le propre d'un petit nombre, et que si l'on considère encore les désagréables souvenirs, tels ses échecs en grec à Eton, que Maitland dut surmonter. Ses voyages aux Îles Canaries lui facilitèrent la connaissance de l'espagnol, à un point tel que les difficultés du subjonctif de cette langue deviennent chez lui une question de réflexes ainsi qu'on le voit dans la correspondance qu'il a entretenu là-bas et que Fisher a recueillie¹⁸⁷.

c) Autres caractéristiques

Fondée sur une extraordinaire capacité de travail¹⁸⁸, l'œuvre de Maitland, par son ampleur, surtout dans ses études principales déjà mentionnées est tout à fait remarquable. Sa qualité scientifique lui a toujours valu nombre d'adhérents même si quelques-unes de ses interprétations ont été rejetées au dépassées par des recherches postérieures¹⁸⁹.

Holdsworth a mis en relief trois caractéristiques importantes de l'œuvre du professeur de Cambridge¹⁹⁰. En premier lieu il souligne la

¹⁸⁶ Ce dernier, « was a delight to him ». V. PLUCKNETT : « Maitland's view... », page 181.

¹⁸⁷ V. les lettres de MAITLAND à Henry JACKSON, 20 décembre 1902, et à W. W. BUCKLAND, 14 février 1903. Dans FISHER : *Frederick William Maitland, Downing Professor...*, pages 136-137 et 142-143, respectivement. La seconde où l'auteur voulait prouver, comme il le dit lui-même, ses progrès en espagnol, étaient écrites dans cette langue, quoiqu'on doive admettre que la syntaxe n'est pas tout à fait correcte.

¹⁸⁸ « Indeed, is it credible — se demandait PLUCKNETT — that one man could write them in the space of two and twenty years ? » V. « Maitland's view... », *LQR* 67 (1951), page 179.

¹⁸⁹ Le jugement suivant de PLUCKNETT est très significatif à ce propos : « The man who feels entitled to give an opinion on "Domesday Book and Beyond" might speak with less confidence of "English law and the Renaissance" or of "Trust and Corporation". Clearly we must call in the legal, constitutional, economic, ecclesiastical, civilian, and all the other experts, and let each of them survey his own province. Having done that, we should still be very careful how we interpret the expert's evidence. When we are told that the garrison theory of borough origins is no longer in favour, for example, shall we get rid of our copy of "Township and Borough" ? If we are assured on high authority, with persuasive arguments, that Oswald's leases should be treated as evidence of the absence, rather than of the presence, of feudalism in the days of King Edgar shall we therefore abandon "Domesday Book and Beyond" ? The answer is obviously, no ». (« Maitland's view... », pages 179-181).

¹⁹⁰ *The Historians...*, pages 141-143.

rigueur avec laquelle il avait toujours procédé. On peut d'ailleurs retrouver une preuve éloquante du souci qu'il mit à choisir ses sources de renseignements dans l'accueil enthousiaste qui fut réservé hors de l'Angleterre à l'édition critique même incomplète des *Year Books* d'Edouard II, que cette rigueur le pousse à entreprendre¹⁹¹. De plus, il faut souligner le soin qu'il apportait, lorsqu'il devait analyser ou risquer un jugement de caractère général, à préciser ses points d'appui les plus concrets, ne prenant position que dans la seule mesure où il s'appuyait sur ces derniers. Sa sensibilité toute particulière, propre à donner de la vie aux textes et aux manuscrits qu'il avait employés est tout à fait digne de mention. Entre ses mains, écrit Holdsworth, les *Year Books* devinrent des « documents humains ». Cette caractéristique est en étroite relation avec le style littéraire brillant qu'il déploya, ainsi qu'avec l'attraction captivante qu'exerçait sa personnalité sur les gens qui le connurent. Un de ceux-ci, John Chipman Gay, témoignait plus tard qu'il lui était impossible de penser à Maitland ou d'écrire à son sujet, sans se rappeler « his personal charm »¹⁹². Il fut aussi remarquable pour sa passion de la vérité, qui l'amena à manifester un enthousiasme authentique en faveur des critiques qu'on faisait de son œuvre, lorsqu'elles étaient fondées et constituaient pour elle un apport¹⁹³.

L'importance de l'œuvre de Maitland pour l'histoire du droit anglais a été décisive¹⁹⁴. On pourrait la résumer en présentant Maitland comme le grand rénovateur de cette science. Il a étudié l'histoire du droit comme on l'étudie de nos jours. Il appliquait la critique historique à l'étude des sources, il s'intéressait au développement des autres systèmes juridiques qui étaient en rapport avec le système anglais, etc. Il faudrait ajouter aussi, comme Holdsworth le fit remarquer¹⁹⁵, le rapprochement

¹⁹¹ Cet ouvrage constitue, signalera Paul MEYER, « Un recueil de textes juridiques parfaitement édités et fort bien traduits », *LQR* 23 (1907), page 142. [N.D.T.: en français dans la note].

¹⁹² *LQR* 23 (1907), page 138.

¹⁹³ Cf. FISHER : *Life of Maitland*, page 177.

¹⁹⁴ Pour être en mesure d'accorder à son œuvre sa véritable valeur, on peut consulter avec profit, en plus des travaux que j'ai déjà expressément cités, les références suivantes : « Report of the Proceedings at a Meeting for promoting a Memorial of the late Frederick W. Maitland », dans *Cambridge University Reporter*, du 22 juillet 1907. *Proceedings of the British Academy*, 1905-1906 (Sir Frederick POLLOCK). R. J. WHITE, dans *The Cambridge Journal* (1950), pages 131-143. « The evolution of Professor Maitland », dans *Canadian Law Times*, 32 (1912), pages 390-455. BRUNNER, dans *Political Science Quarterly*, 11 (septembre 1896), page 537. PLUCKNETT, dans *New York University Law Review*, 26 (1951). Aussi REYNELL, dans *CLJ*, 11 (1951), pages 67-73; D. P. HEALTEX, dans *JR*, avril 1907, etc., etc.

¹⁹⁵ *The Historians ...*, page 147.

qu'il opéra, entre l'histoire du droit et l'histoire générale de l'Angleterre. Les deux ayant été dissociées depuis l'époque de Lambard, Bacon, Selden, Spelman, Prynne et Madox. Sa mort signifia, comme Brunner et Liebermann l'ont fait remarquer en Allemagne, la disparition du plus grand historien que l'Angleterre ait connu jusque là ¹⁹⁶ de même que celle d'un connaisseur averti du droit germanique ¹⁹⁷.

C – Frederick Pollock

Pollock naquit le 10 décembre 1845. Elevé à Eton, il passa de là au *Trinity College* de Cambridge, dont il fut *fellow* en 1868 et *honorary fellow* en 1920. En 1871 il se joignit au *Lincoln's Inn*. Douze ans plus tard, il est nommé *Corpus professor of Jurisprudence* à Oxford et en 1885 il mena à bien avec un groupe de juristes, la fondation de la *Law Quarterly Review*, où Pollock exerça pendant trente-cinq ans les fonctions de directeur, jusqu'à ce qu'il quitte cette prestigieuse publication en 1919 ¹⁹⁸. En 1891 il est nommé membre de la « Royal Commission on Labour » et en 1910, président de la « Royal Commission on Public Records », quatre ans plus tard il accède au banc de l'*Admiralty Court of The Cinque Ports*. De 1895 à 1936 il occupa la charge de directeur en chef des *Law Reports*.

Pollock se consacra intensément et généreusement à sa tâche d'enseignement qu'il compléta de diverses séries de conférences, faisant ainsi connaître la nature et le genèse historique de la *common law* ¹⁹⁹. A travers ces activités, et sur la base de ses livres largement diffusés, il jouit d'un crédit extraordinaire dans les pays de langue anglaise. A sa mort, le 18 janvier 1937, Pollock était probablement le plus célèbre des juristes britanniques.

¹⁹⁶ BRUNNER : « Mit Frederick William Maitland ist der bedeutendste Rechtshistoriker dahingegangen, den bisher das Sprachgebiet der englischen Zunge hervorgebracht hat », dans *LQR* 23 (1907), page 142.

LIEBERMANN souligne que l'Angleterre doit regretter « den Hingang seines in unserem Zeitalter grössten Rechtshistorikers », *Idem*, page 144.

¹⁹⁷ REDLICH écrivait de Vienne que la perte de MAITLAND n'affectait pas seulement l'Angleterre, mais aussi la science allemande : « Denn nicht nur darin stand er uns nahe, dass er sich selbst als Schüler und Jünger der deutschen Rechtswissenschaft vielfach mächtig gefördert hat; sondern auch deshalb, weil er dem geltenden deutschen Rechte, zumal in seiner neuesten Gestaltung mit Bewunderung und tiefen Verständnis gegenüberstand ». *Idem*, page 147.

¹⁹⁸ A propos de la contribution de POLLOCK à la *LQR*. V. la note qui apparaît dans le volume 53 (1937), pages 204-206.

¹⁹⁹ Ces travaux le conduisirent aux Indes, où il enseigna à l'université de Calcutta, lieu de résidence de la famille de son épouse, Georgina Harriet.

Dans le vaste répertoire de son œuvre il faudrait signaler les jalons suivants : en 1876, il publie *Principles of Contracts : a treatise on the general principles concerning the validity of agreements in the law of England*, qui en 1950, en était à sa treizième édition. Une année plus tard paraît *A Digest of the law of partnership* (15^e édition en 1952), et en 1882 *Land Laws* (on en connaît une traduction allemande par Ernst Schuster : *Das Recht des Grundbesitzes in England*). L'année 1887 marque la publication de *The Law of Torts*²⁰⁰, l'année 1888 celle de *Possession in the Common Law*, d'un intérêt remarquable pour saisir les différences entre la *common law* et le droit romain, et tout le domaine des droits réels. En 1895, *The History of the English Law*, que Maitland et lui-même avaient préparé, fut publié. Au XX^e siècle on doit enfin noter *The Expansion of the Common Law* (1904) et *The Genius of the Common Law* (1912), deux de ses principales contributions à l'étude du droit anglais²⁰¹.

Tous ces travaux groupés à l'intérieur du cadre plus large d'autres brefs essais²⁰², témoignent des vastes connaissances juridiques de leur auteur²⁰³. Il est remarquable que Pollock construit son œuvre théoriquement et globalement et s'éloigne ainsi de la méthode traditionnelle des juges, créateurs du droit. Pollock, en effet — comme nous l'avons dit plus haut — fut lui aussi magistrat, mais il le fut à l'*Admiralty Court of the Cinque Ports* et il ne trancha jamais une affaire²⁰⁴. Sa contribution fut appuyée par une très solide formation humaniste²⁰⁵ si bien que

²⁰⁰ Lord WRIGHT dira : « is a model of comprehensiveness and analytical arrangement; it has all the charm of style which is characteristic of Pollock. It is original independent, and philosophical ». *LQR* 53 (1937), page 164. En 1951 on publia la quinzième édition de cet ouvrage.

²⁰¹ V. H. D. HAZELTINE : *Sir Frederick Pollock, Bart. (1845-1937). Proceedings of the British Academy*, XXXV, pages 233-256. Concrètement page 247.

²⁰² Citons parmi ceux-ci : *Employers' Liability, The Science of Case Law, The King's Peace, Sir Henry Maine and His Work, The History of Comparative Jurisprudence, The History of the Law of Nature, Has the Common Law received the Fiction Theory of Corporations? . . . , The Transformations of Equity, The History of the Science of Politics, etc., etc.*

²⁰³ « Sir Frederick Pollock — affirma SCHWARZ — war nicht nur einer des grössten englischen Rechtsgelehrten seiner eigenen Zeit, sondern wohl die umfassendste wissenschaftliche Gestalt, die auf dem Gebiet des englischen Rechts bis dahin überbaut entstanden war ». (*Sir Frederick Pollock und die englische Rechtswissenschaft*, page 20).

²⁰⁴ Cf. *LQR* 53 (1937), page 201.

²⁰⁵ Il connaissait, et pouvait écrire le latin, le grec, le français et l'allemand. Il possédait aussi des notions des langues orientales; il fut philosophe et même mathématicien. V. Edward PORTON dans *LQR* 53 (1937), page 203, Lord MAUGHAM, *Idem*, page 172, et HOLDSWORTH : *Some Makers . . .*, page 281.

ce que Pollock avait dit de Maine, à savoir qu'« il fut un humaniste avant d'être un juriste » et qu'il « ne laissa jamais d'être un humaniste »²⁰⁶, pourrait très bien s'appliquer à lui²⁰⁷.

D – Maitland – Pollock : *The History of English Law*

Nous avons déjà étudié les relations Maitland – Vinogradoff et vu jusqu'à quel point Vinogradoff avait influencé Maitland. Il y eut aussi des contacts étroits entre Vinogradoff et Pollock²⁰⁸. Maintenant nous allons voir que le troisième de ces liens, qui ferme ce trio fait d'amitié et de collaboration scientifique, donnera naissance à un traité d'histoire du droit anglais.

Maitland et Pollock firent connaissance à Cambridge et particulièrement dans un cercle intellectuel célèbre, *The Apostles*, qui avait été fondé par John Sterling et F. D. Maurice. Leurs membres, selon le témoignage de Hazeltine²⁰⁹, étaient de tendance radicale; tout en conservant cependant un respect profond pour les traditions. Ils se réunissaient sans appareil dans les salles du *Trinity College* et là « buvant beaucoup de café et fumant beaucoup de tabac », ils discutaient des questions les plus diverses : philosophie, morale, psychologie, religion, politique, etc. L'amitié entre les deux historiens, qui entretinrent toujours un culte spécial pour les liens communautaires nés entre les *apôtres*, se développa à l'occasion de ces débats. « De toute façon, notre dévotion commune à l'histoire du droit anglais, écrira Pollock en 1933, aura fait de nous des amis, mais le compagnonage apostolique a scellé de la plus agréable manière notre profonde amitié »²¹⁰.

Le premier fruit scientifique de cette amitié prit la forme d'une note sur la classification historique de l'action, par laquelle Maitland contribua au *Law of Torts* de Pollock. L'idée d'écrire une histoire du droit anglais semble être née dans l'esprit de Maitland vers 1888, l'année même où il fut élu *Downing Professor*, et les deux chercheurs, dès lors, consacrèrent une grande partie de leur temps à la réalisation de cette tâche²¹¹.

²⁰⁶ *Oxford Lectures*, page 150.

²⁰⁷ Cf. HOLDSWORTH : *Some Makers* . . . , page 281.

²⁰⁸ Les *Essays in the Law* de POLLOCK — qui contiennent quelques-uns des articles cités à la note 202 —, parurent à Londres en 1922 dédiés à « my friend and fellow-worker Paul Vinogradoff ».

²⁰⁹ *LQR* 53 (1937), page 190.

²¹⁰ *Idem*, pages 190-191.

²¹¹ *Idem*, page 191.

The History of English Law before the times of Edward I parut à Cambridge en 1895, même si quelques parties isolées avaient déjà été publiées sous la forme d'articles à l'*English Historical Review*, à l'*Harvard Law Review*, Pollock entretenait des relations spéciales avec les organes scientifiques nord-américains, et à la *Contemporary Review*. L'œuvre paraît sous la double signature de Pollock et Maitland; le premier étant alors *Corpus Professor of Jurisprudence* à Oxford, et le second *Dowling Professor of the laws of England* à Cambridge. Peut-être pour des raisons d'âge, Pollock avait cinq ans de plus que Maitland, où par l'effet d'une particulière courtoisie de ce dernier, on avait jugé bon de mentionner en premier lieu le nom du professeur oxonien, même si l'*History of English Law* dérivait en fait d'une contribution inégale où l'apport de Maitland était principal. Pollock lui-même s'empressa de le constater dans une note jointe à leur préface commune, indiquant que même si l'œuvre avait été projetée et revue en commun, la plus grande partie en revenait à Maitland²¹². L'inégalité de la contribution respective de ces auteurs apparaissait donc de façon peut-être insuffisamment précise, mais claire²¹³. Ce fut en consultant la correspondance que Pollock avait maintenu avec Holmes à cette époque²¹⁴, que nous avons pu savoir quelles étaient les parts exactes de l'ouvrage qui revenaient à l'un et à l'autre. En effet, une lettre de Pollock à Holmes, datée du 23 août 1895, éclaircit le problème : « Je vais vous dire combien j'ai peu écrit de l'histoire du droit anglais : l'Introduction — et encore de façon incomplète — le chapitre sur le droit anglo-saxon, et la plus grande partie du chapitre sur l'histoire ancienne du contrat »²¹⁵.

The History of English Law connut sa première édition, comme nous l'avons déjà dit, en 1895; elle était composée de deux tomes. La deuxième édition paraît trois ans plus tard avec, il faut en tenir compte

²¹² « It is proper for me to add for myself that, although the book was planned in common and has been revised by both of us, by far the greater share of the execution belongs to Mr. Maitland, both as to the actual writing and as to the detailed research which was constantly required ». Page V de la première édition.

²¹³ HAZELTINE risquera l'explication suivante à propos du travail de POLLOCK : « apart from the chapter on Anglo-Saxon Law, which has always been ascribed to Pollock, it would seem that his own part in the preparation of the work was that of the friend who helps the author in planning the contents and in giving counsel as to the revision of the text in manuscript and in proof ». *LQR* 53 (1937), p. 191.

²¹⁴ Publié par Mark Dewolfe Howe, professeur à l'université de Buffalo. Son titre : *The Pollock-Holmes letters. Correspondance of Sir Frederick Pollock and Mr. Justice Holmes, 1874-1932*, 2 volumes, Cambridge, 1942.

²¹⁵ Le chapitre sur les contrats avait été rédigé à partir d'un article, retravaillé ensuite, que Pollock avait publié dans *HLR* (1893).

lorsqu'on consulte l'ouvrage, un premier chapitre de caractère général complètement nouveau : *The dark age in legal history*. Elle a été réimprimée à ma connaissance, en 1911, 1923 et 1952; cette dernière impression se signale toujours comme la deuxième édition et c'est à celle-ci que nous nous référerons dans nos observations. L'ouvrage est précédé d'une *Introduction* qui justifie sa division en deux livres avec le désir de consacrer le premier à une esquisse générale ordonnée chronologiquement, l'histoire générale ou externe du droit, comme Brunner l'avait observé²¹⁶, et le deuxième à une analyse du développement des différentes branches du droit et des institutions. Après des réflexions quelque peu marginales, relation entre le droit et la morale (page XXV), indépendance de la science juridique par rapport à l'exercice de la profession (page XXVII), l'introduction esquisse quelques traits essentiels qui seront développés avec soin le moment venu : l'existence d'un droit germanique pur avant l'invasion normande (page XXVIII), le manque de preuve de la persistance d'un élément celtique propre à influencer le droit anglais, et particulièrement la question de la persistance hypothétique du droit romain. Sur ce point, Maitland, rappelant qu'on avait souvent répondu, « avec une grande ingénuité » par l'affirmative — rappelons-nous des exagérations de Finlason signalées *supra* au chap. II, B — nie l'existence de preuves propres à fonder cette affirmation. Il maintient au contraire qu'il n'y a pas de traces proprement romaines dans l'ancien droit anglo-saxon, si ce n'est celles qui ont pu pénétrer par l'entremise du droit canonique²¹⁷.

La division de l'*History* en deux volumes ne coïncide pas avec sa division en deux livres : le premier de ceux-ci, *Sketch of early English legal History*, comprend exclusivement les pages 1 à 225 du tome I. Le livre deuxième, *The doctrines of English Law in the early Middle Ages*, comprend les pages 229-688 du tome I et tout le tome II (pp. 1-674)²¹⁸. Dans le livre I, mis à part le premier chapitre ajouté lors de l'édition de 1898, le deuxième chapitre est consacré au droit anglo-saxon et le troisième au droit normand, dont les caractéristiques franches et la structuration féodale sont mises en relief. Le chapitre IV étudie la période historique pendant laquelle l'Angleterre fut assujettie aux rois normands et comprend une analyse de la triple concurrence à l'épo-

²¹⁶ Dans le compte rendu de la première édition, qui parut daté du 25 juin 1896. *ZSR GA* 17, pages 125-135. V. page 125.

²¹⁷ *Introduction*, page XXXII.

²¹⁸ J'ai déjà indiqué que je cite l'édition de Cambridge, 1952. Dans la première, le *Sketch* comprenait les pages 1-204 du volume I, et *The doctrines...*, les 207-678 de ce volume, et 1 à 670 du second.

que de l'anglais, du latin et du français, avec la prééminence finale de ce dernier dans la formation du langage juridique; ce chapitre comprend aussi une note sur la législation de l'époque. Le chapitre V analyse l'influence du droit romain et du droit canonique. Le chapitre VI, *The Age of Glanvill*, traite du règne d'Henry II que Stubbs avait déjà étudié dans son Introduction à la *Gesta Henrici* et dans la *Constitutional History*. Cette étape est fondamentale pour la destinée future de la *common law*, à cause de la centralisation du pouvoir et des conséquences qui en ont résulté, par une multitude de réformes, dans l'administration de la justice. Dans ce cadre s'insère le problème des origines du jury ²¹⁹, la constitution d'un tribunal central à caractère permanent, *capitalis curia Regis*, à la différence des *itinerant justices*, qui parcouraient les comtés pendant le XII^e siècle, etc. Le chapitre XII et dernier, *The Age of Bracton*, est divisé en cinq parties parfaitement différenciées : la création du droit à l'époque d'Henry III (y compris la distinction entre *common law*, *statute law*, coutume et équité), le système judiciaire, la figure et le rôle de Bracton, ses relations avec Azo et le droit romain, selon les conclusions de l'étude fameuse de Maitland, une analyse de la professionnalisation du droit, et finalement, l'influence du droit anglais en Galles, Irlande et Écosse.

Le livre II est divisé pour sa part en neuf chapitres dont nous nous limiterons à énoncer le contenu. Le premier analyse les différents aspects de la tenure, en rapport avec les structures féodales (le paragraphe sixième, consacré à l'hommage et à la fidélité, est très intéressant); son importance apparaît lorsqu'on tient compte de l'existence passée, combien réelle, de ces structures en Angleterre ²²⁰. Le chapitre II traite de la condition des personnes : comtes, barons, chevaliers, serfs — en s'appuyant sur la monographie de Vinogradoff, *Villainage in England* —, religieux et clergé, également, étrangers, etc. Le troisième chapitre étudie les circonscriptions territoriales, leur administration et la procédure. Les droits réels et leur protection font partie du chapitre quatrième, qui constitue pour reprendre la phrase de Brunner ²²¹, le meilleur exposé qu'on ait donné jusqu'alors sur le sujet. Le cinquième chapitre étudie les contrats et le sixième le droit des successions. Le droit de la famille,

²¹⁹ On analyse — en partant du jury comme institution réelle — le lien qui l'unit à l'*inquisitio* de rois francs. L'ouvrage de base était jusqu'à ce moment *Entstehung der Schwurgerichte*, de BRUNNER (Berlin, 1872). Pour une critique de BRUNNER V. ERNST MAYER : *Geschworenengericht* (1916).

²²⁰ « England — affirme-t-on — is of all countries the most perfectly feudalized ». *The History...*, page 235.

²²¹ *ZSR GA* 17 (1896).

le droit pénal²²² et la procédure complètent la matière des trois derniers chapitres.

Pour porter un jugement sur l'œuvre dans son ensemble il faut partir d'une observation élémentaire qui se dégage du contenu exposé : il s'agit d'une histoire partielle du droit anglais, puisqu'elle se termine avec l'accession au trône d'Edouard I (1272) ; en fait, elle se situe en majeure partie dans la période qui va de 1154 à 1272. Mais elle est aussi une histoire, ainsi qu'on peut le déduire de ce qui a été dit précédemment, complète dans son contenu et construite comme un point de départ, même si Glasson avait déjà publié en 1882-1883 les six volumes de son *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre*²²³. Comparer l'*History* de Pollock – Maitland, avec celle de Reeves, comme on l'a fait parfois, n'a pas de sens. Il suffit de considérer que celui-ci n'avait disposé en pratique, comme l'a souligné Fisher²²⁴, que d'une mauvaise édition du *Statute Book* et des *Year Books*. Maitland et Pollock eurent à leur portée un ensemble de sources riches et précieuses comme la *Placitorum Abbreviatio*, les *Rotuli Curiae Regis*, *Domesday Inquest*, les *Select Charters* de Stubbs, les *Year Books*, de Pike et Harwood, etc., auxquelles il faut ajouter un ensemble considérable de monographies, dont plusieurs étaient écrites par Maitland et Pollock. L'*History* acquit d'ailleurs immédiatement un prestige notable et elle est passée au rang d'œuvre classique de la *legal history* anglo-saxonne. Nous avons déjà relevé les éloges de Brunner quant à quelques-uns des problèmes traités. Pour ce qui a trait à l'Angleterre, nous ne connaissons pas un seul auteur important qui ne se joigne à l'unanime concert d'éloges qu'elle s'est méritée. Lorsque Holdsworth publie en 1928 *The*

²²² L'*History of the Criminal Law*, de STEPHEN, facilita beaucoup la réalisation du chapitre VIII. On y utilisa la meilleure bibliographie anglaise d'alors, soit les ouvrages de STAUNDFORD, COKE, HALE, BLACKSTONE et PIKE, la chose se répète avec la bibliographie allemande comprenant entre autres les œuvres de BURNNER et WILDA. Le droit pénal anglais pouvait compter sur de bons travaux exposant son développement historique. Parmi ceux-ci il faut souligner, en plus de l'ouvrage de STEPHEN, les trois volumes de *A History of English Criminal Law and its Administration from 1750*, de LEON RADZINOWICZ.

²²³ Cet ouvrage — malgré ses prétentions — a été très peu connu dans le monde britannique de l'histoire du droit. Pour cette raison je ne fais donc que la mentionner. HOLDSWORTH fait une rapide référence à cet ouvrage, en traitant des auteurs étrangers qui étudièrent le droit anglo-américain. (*The Historians* . . . , pages 124-125). HARDING ne rappelle même pas son existence. (V. *A Social History* . . . , page 435. *Bibliography and References*) L'*Histoire* fut écrite suivant un ordre chronologique et elle accuse une faiblesse particulière au cours de ses étapes initiales, ainsi que dans l'exposé — très sommaire — des « *legal doctrines* » anglaises.

²²⁴ *Frederick William Maitland, Downing Professor* . . . , page 82.

Historians of Anglo-American Law il rapporte les multiples louanges de l'*History* de Pollock – Maitland, et considère qu'il n'est pas utile d'insister sur ce qui constitue une opinion unanime²²⁵. Les seize volumes de Holdsworth sur l'histoire du droit anglais n'ont même pas jeté dans l'ombre, aux yeux des spécialistes les plus récents, la signification singulière de l'œuvre que nous commentons. Dans la période qui s'achève au XIII^e siècle, l'*History* de Pollock – Maitland, sans vouloir déprécier le dépassement que la tâche gigantesque de Holdsworth lui a fait subir, recèle des passages de première valeur. « Quiconque est intéressé à l'histoire du droit, écrivait Plucknett voici seulement dix ans, a contracté une dette immense à l'égard des œuvres de Pollock, Maitland et Holdsworth »²²⁶. Le fait que le prestigieux professeur du *London School of Economic* ait groupé en un tout ces trois auteurs témoignent d'une reconnaissance qui ne permet pas de douter de la valeur des travaux de Pollock et Maitland pour la toute nouvelle génération des historiens du droit anglais, si l'on en croit le plus autorisé de ses représentants. Le jugement de Plucknett trouve d'ailleurs écho dans l'accueil qu'on accorde à l'*Histoire du droit* de Pollock – Maitland dans les plus récents *Manuels*²²⁷. Cet accueil, depuis le premier compte rendu de l'ouvrage²²⁸, va de pair avec celui qu'on rencontre aux États-Unis²²⁹.

Les qualités les plus remarquables de l'ouvrage sont probablement au nombre de deux : Holdsworth lui-même les avait mises en relief parmi d'autres qualités déjà remarquables²³⁰. D'un côté, il réalise la synthèse

²²⁵ « In praise of that history much has been written, I shall not spend time in an appreciation of work which most of my audience are, from their own experience, equally capable of appreciating » (page 136).

²²⁶ PLUCKNETT se réfère à l'Angleterre, et signale par la suite les auteurs américains. « Everyone who is interested in the history of the law is under an immense debt to the writings of Pollock, Maitland and Holdsworth in England, and of Holmes, Thayer and Ames in America ». V. Préface à la cinquième édition de *A Concise History of the Common Law*, Londres 1956, page IV.

²²⁷ Dans PLUCKNETT, précité, v. pages 5, 18, 83, 85, 93, 107, 111, 116, 153, etc. Dans *A Social History of English Law* de HARDING, (1966), il y a une référence spéciale à *The History of English before the times of Edward I*, qui inspire particulièrement les premiers chapitres. V. page 435; *Bibliography and references*.

²²⁸ Paru au Volume premier de *AHR* (1895-1896), pages 112-120, signé Melville M. BIGELOW.

²²⁹ V. par ex. THAYER : *Legal Essays*, Boston, 1908, page 370, où il traite aussi de l'influence aux États-Unis du renouveau anglais amorcé par Pollock et Maitland. RADIN : *Handbook of Anglo-American Legal History*, St. Paul, Minn., 1936, page 535. Aussi l'intéressant article « The Vocation of America for the science of Roman Law », dans *HLR* 26 (1912-1913), pages 389-415, spécialement aux pages 394-395.

²³⁰ *The Historians* . . . , page 136.

des résultats de la recherche historique jusqu'à la fin du XIX^e siècle en utilisant des méthodes modernes. On retrouve ici la préoccupation de Maitland pour le développement du droit continental dont il se sert pour étudier le droit anglais, comme nous l'avons déjà signalé. Ce que nous avons dit de l'orientation générale des travaux du professeur de Cambridge trouve une formulation non équivoque dans l'*History of English Law*. Maitland brise le carcan de l'insularisme scientifique et de la suffisance anglaise. Le lecteur le plus superficiel, écrivait Fisher en 1910, sera surpris du nombre de livres étrangers cités dans l'ouvrage, la quantité d'analogies et des contrastes établis avec les droits français et allemand pour illustrer le cours de l'histoire du droit anglais²³¹. En effet, la succession, dans un traité sur le droit anglais, des références à Karlowa, Krüger, Conrat, Maasen, Löning, Sohm, Hinschius, Brunner, Schröder, Esmein, Viollet et d'autres constituait, dans le monde juridique britannique de la fin du siècle dernier, une nouveauté surprenante. En deuxième lieu, l'œuvre de Pollock – Maitland est orientée vers l'étude de la période historique la moins connue et la plus difficile à connaître : précisément celle à l'égard de laquelle s'était manifestée de la façon la plus claire la faiblesse des traités antérieurs. Et c'est dans l'étude de cette période, pour conclure avec Brunner, que les auteurs utilisent tous les trésors des travaux scientifiques que la recherche avait réunis en Allemagne au cours des trente années antérieures²³².

E – L'apport d'un étranger : Paul Vinogradoff

Vinogradoff naquit à Kostroma le 18 novembre 1854. Gradué à Moscou en 1875, il passe ensuite à Berlin, afin de travailler dans les séminaires de Mommsenn et Brunner, et plus tard en Italie. Sous la direction de Brunner il étudia l'histoire du droit allemand, allant même jusqu'à publier un ouvrage, *Die Freilassung zur voller Unabhängigkeit in der deutschen Volksrechten*²³³. En 1884 il occupe à Moscou une chaire d'histoire qu'il abandonne en 1901 pour des raisons politiques. Il se rend alors en Angleterre et en 1903 il obtient la *Corpus chair of Jurisprudence*, qu'il occupera pendant 22 ans, jusqu'à sa mort survenue à Paris en décembre 1925. Pendant cette dernière période, et plus particulièrement en 1910 et 1911, Vinogradoff se rendit à Moscou pour donner quelques séries de leçons comme professeur extraordinaire. Il

²³¹ *Frederick William Maitland . . .*, page 81.

²³² *ZSR GA* 17 (1896), page 125.

²³³ Paru dans *Forschungen zur deutschen Geschichte*, Leipzig, 1876, pages 599–608.

semble que le gouvernement ait introduit des espions politiques parmi ses auditeurs, ce qui l'obligea à renoncer à cet enseignement sporadique dans sa patrie. La révolution russe de 1917 éloigna définitivement Vinogradoff de son pays, et un an plus tard, il devenait citoyen britannique. Vinogradoff n'a pas écrit une histoire du droit anglais. Cependant, sa riche production scientifique et ses relations, dont on a déjà fait mention, avec Pollock et Maitland, justifient pleinement que nous nous arrêtions maintenant sur lui. Tant en raison des circonstances de sa vie que nous venons de signaler que du caractère des travaux qu'il réalisa, l'Angleterre le compte parmi ses plus importants historiens du droit. Il fut celui — nous l'avons vu — qui, après la découverte du fameux manuscrit du *British Museum*, incita Maitland à l'étudier, et il fut ainsi à l'origine du *Bracton Note Book*. Maitland devait dire plus tard, que sur le texte de Bracton, Vinogradoff lui avait appris davantage en quelques semaines que n'importe quel Anglais depuis la mort de Selden ²³⁴.

Les œuvres de Vinogradoff peuvent être situées sur deux paliers principaux : d'une part les œuvres juridiques à caractère général, et d'autre part les œuvres que nous allons examiner, consacrées à l'histoire du droit ²³⁵. La première de ces œuvres fut *Villainage in England*, éditée en 1892, avec une préface où il explique les raisons qui l'ont amené à étudier l'histoire de la société anglaise, et que quelques auteurs reprenant les éloges de Maitland, ont considérée comme le meilleur de ses livres ²³⁶. L'ouvrage suivant parut en 1905 et il est le fruit des leçons de l'auteur. Intitulé *The Growth of the Manor*, il analyse le développement du régime seigneurial. A cette fin Vinogradoff utilise abondamment l'histoire de Pollock — Maitland ²³⁷ et des travaux de Round et Seeböhm. Trois ans plus tard il publie *English Society in the Eleventh Century*, résumant les différents facteurs qui comportent la société anglaise du haut moyen âge, l'influence des phénomènes politiques dans la forma-

²³⁴ V. le Mémoire de FISHER paru comme introduction à *The Collected Papers of Paul Vinogradoff*, Oxford, 1928, 2 volumes (I : Historical; II : Jurisprudence), qui contient une brève biographie de Vinogradoff, à la page 15.

²³⁵ HOLDSWORTH — sur lequel je m'appuie — publia un intéressant compte rendu sur l'œuvre de Vinogradoff dans la *Slavonic Review* de l'année 1926. D'autres articles de Bernard PARES et A. MEYENDORFF ont aussi parus dans cette revue. On retrouve au *Proceedings of the British Academy* un essai plus complet dû à Holdsworth. Les deux sont résumés dans la section qu'Holdsworth a consacré à Vinogradoff dans *The Historians...*, pages 84-91.

²³⁶ Par ex.: FISHER. V. le Mémoire aux *Collected Papers*, page 18.

²³⁷ Particulièrement, les sections V (*Seignorial Jurisdiction*) et VI (*The Manor*) du chapitre III, livre II.

tion du droit public et des facteurs économiques dans la formation du droit privé.

Ces trois livres traitent aussi bien de l'histoire du droit que d'une histoire sociale au sein de laquelle l'histoire du droit s'insère. Le travail de Vinogradoff sur les *Year Books* d'Edouard II, dans les publications de la *Selden Society*, reste marqué par la préoccupation dominante d'exposer l'histoire du droit dans ses relations avec d'autres éléments qui conditionnent le développement social²³⁸. On retrouve le même souci dans ses nombreux essais et articles parmi lesquels il faudrait signaler les suivants : le *Survey of the Honour of Denbigh*, publié en 1914 en collaboration avec Frank Morgan, *Roman Law in Medieval Europe*, publié en 1909, et sur le même sujet, son article *Roman Elements in Bracton's Treatise* qui parut quatorze ans plus tard dans le *Yale Law Review*, revenant encore une fois sur l'un des points les plus débattus de l'histoire du droit anglais. En 1913, la *Law Quarterly Review* publie son *Constitutional History and the Year Books*, et en 1918, Vinogradoff collabore aux *Commemoration Essays* de la Magna Carta. Cependant, ses deux réussites les plus remarquables, dans ce genre d'articles ou de brève collaborations sont, selon l'opinion de Holdsworth, l'article qu'il écrivit sur le *Folkland*²³⁹, et la note qu'il publia dans l'*Athenaeum* du 19 juillet 1884 pour faire connaître la découverte de manuscrit dont Maitland allait tirer le *Bracton's Note Book*. Nous avons déjà signalé ce dernier; quant au premier, il constitua une rupture avec la conception d'Allen, qui avait vu dans le *Folkland* un *ager publicus*, pour retourner à l'interprétation plus ancienne de Spelman, selon laquelle le *Folkland* était resté entre les mains des particuliers, et était réglementé par le droit coutumier²⁴⁰. A ceci il faudrait ajouter la série de travaux que Vinogradoff consacra à la féodalité, que Holdsworth ne mentionne pas dans les ouvrages que nous avons cités jusqu'à maintenant, et qui furent d'abord publiés en russe et traduits par la suite en anglais : *New doctrines on Feudalism in Italy, The origin of Feodal relations in Lombard Italy, The Empire of the VIth Century and Justinian. The origin of Feudalism, Feudalism in Italy, Feudalism in the making, etc.*

Les prodigieuses connaissances de Vinogradoff constituèrent peut-être le trait qui impressionna le plus ses contemporains : « Je doute qu'il

²³⁸ Les connaissances très étendues de Vinogradoff sur l'histoire du Moyen-Âge se reflètent dans les trois chapitres sur les origines de la Société médiévale dans l'Occident de l'Europe, avec lesquels il apporta sa contribution à la *Cambridge Medieval History*.

²³⁹ Paru dans *EHR* 8 (1893).

²⁴⁰ HOLDSWORTH : *Professor Sir Paul Vinogradoff*, page 8. *The Historians...*, page 89.

existe actuellement, dans aucune université d'Europe ou d'Amérique, un maître capable de traiter tous ces sujets avec une égale compétence », écrivait Haussoullier en 1924²⁴¹. Vinogradoff disposait d'un outil important : ses dons exceptionnels dans l'étude des langues. En effet, il maîtrisait douze langues; il maniait, avec autant d'aisance que le russe, l'anglais, le français, l'allemand, l'italien et le norvégien. À titre d'illustration il suffit d'examiner les travaux réunis dans ses *Collected Papers*²⁴² pour s'apercevoir que plusieurs d'entre eux sont imprimés dans leur langue originale, si celle-ci était une des langues occidentales courantes²⁴³.

L'influence de Vinogradoff, sa célébrité dans l'histoire du droit anglais ne résultent pas seulement des travaux mentionnés mais aussi de son enseignement comme *Corpus Professor* à Oxford. Lorsqu'il occupa cette chaire les séminaires étaient inconnus²⁴⁴. Vinogradoff s'efforça immédiatement de réunir ses meilleurs élèves pour entreprendre des travaux conjoints. Les huit volumes d'*Oxford Studies in Social and Legal History*²⁴⁵ constituent les résultats de ses efforts. Le premier volume, paru en 1909, contient deux travaux de Savine et Zulueta²⁴⁶, et il est précédé d'une préface de Vinogradoff (pages III–VI) qui apparaît comme le directeur de la publication. Il y justifie la création des *Oxford Studies*. On peut publier, écrit-il, les sources par le truchement de la *Selden*, de la *Royal Historical* et d'autres sociétés; on peut publier de brefs articles dans l'*English Historical Review* ou la *Law Quarterly Review*, mais il est difficile de trouver un éditeur disposé à publier le résultat des travaux et même très difficile de coordonner la publication des différents travaux à l'intérieur d'une unité thématique : « Je me propose de publier, avec la puissante coopération de la *Clarendon Press*,

²⁴¹ *Revue Historique de Droit français et étranger*, page 734. [N.D.T.: En français dans le texte].

²⁴² V. Mémoire dans *The Collected Papers*, page 47.

²⁴³ C'est ainsi qu'on explique l'anecdote que son disciple ZULUETA nous a transmis. L'intérêt général que les participants de la Section d'Histoire du Droit, au Congrès International des Études Historiques, tenu à Londres en avril 1913, portèrent à Vinogradoff fut résumé par la curieuse question de GIERKE : « Wer ist der Mann, der alle Rechte kennt und alle Sprachen spricht ? ». V. dans la note que ZULUETA publia à la mort de Vinogradoff, *LQR* 42 (1926), pages 202–211, citation à la page 209.

²⁴⁴ Cf. HOLDSWORTH : *The Historians* . . . , page 90.

²⁴⁵ Lorsque je donne ce chiffre, je me réfère à ce qui fut publié du vivant de Vinogradoff. Le volume suivant — le neuvième — fut publié en 1927.

²⁴⁶ Ces titres sont : *English Monasteries on the eve of the dissolution*, pages 1–303, et *De Patrocinii Vicorum. A Commentary on Codex Theodosianus II, 24 and Codex Iustinianus II, 54*, pages 1–78. (Comme on peut s'en rendre compte, une pagination indépendante leur est attribuée à l'intérieur du volume I).

une série d'études sur l'histoire sociale et l'histoire du droit où seront réunis des monographies sur différents thèmes, écrites par mes élèves ou bien par des chercheurs qui me font l'honneur de me consulter »²⁴⁷.

Le rôle important que jouent les *Oxford Studies*²⁴⁸ est dû, en grande partie, à la direction et aux conseils de Vinogradoff. De plus, son influence sur Maitland et Pollock, son enseignement magistral à Oxford, qui entraîne la constitution d'un large groupe de disciples de qualité, ses contacts répétés avec le monde historico-juridique continental²⁴⁹ et, surtout, la qualité de ses propres travaux justifient le haut crédit dont jouit Vinogradoff dans le monde juridique britannique²⁵⁰.

F — D'autres manifestations du renouveau

1. Les publications périodiques

Au cours de l'étape brillante que constituent pour l'histoire du droit anglais les dernières années du XIX^e siècle, la parution de revues spécialisées et la création de la *Selden Society* agirent aussi de manière importante, à titre de catalyseur. Nous ne traiterons pas, quant aux revues, des publications particulières à diverses universités dans lesquelles,

²⁴⁷ V. page 4.

²⁴⁸ En plus des travaux cités *supra*, note 246, les essais suivants méritent une référence spéciale : *History of Contract in Early English Equity*, de BARBOUR (Vol. IV), *Early Treatises on the Justices of the Peace*, de PUTNAM (Vol. VII), *Period of Baronial Reform and Rebellion, 1258-1267* (Vol. VIII), *Studies in the Hundred Rolls : Some Aspects of Thirteenth-Century Administration*, de CAM (Vol. VI) et *Proceedings against the Crown, 1216-1317*, de Ludwik EHRlich (Vol. VI). Voir pour un compte rendu des deux derniers *HLR* 36 (1922-1923), pages 352-362, signé Eugene WAMBAUGH.

²⁴⁹ VINOGRADOFF collabora activement, par des communications, des conférences, etc., à diverses rencontres de caractère scientifique. Au Congrès d'histoire, tenu à Berlin en 1908, il produit l'un de ses essais les plus intéressants : *Reason and Conscience in Thirteenth-Century Jurisprudence*, où il précisa le rôle du *Doctor and Student*, de St. GERMAIN, pour l'histoire de l'équité en droit anglais. (V. *LQR* 24, page 373). Le dernier travail qu'il réalisa et revisa complètement fut une communication — *Quelques problèmes d'histoire du droit anglo-normand* [N.D.T. : en français dans l'original] — présentée à la session du 3 décembre 1925 de la « Société d'histoire du droit ». Cette communication fut publiée dans la *Revue Historique de Droit français et étranger*, avril-juin 1926 et elle se retrouve aussi au deuxième tome des *Collected Papers* de l'auteur.

²⁵⁰ V. F. M. POWICKE, dans *EHR* 41 (1926), pages 236-243. « Never before — affirmait HOLDSWORTH — has Oxford had, and with difficulty will Oxford get again, a professor who is so completely the master of the vast range of the statutory subjects of his chair ». (*The History of Laws and the Comparative jurisprudence of different nations. V. Professor Sir Paul Vinogradoff 1854-1925*, page 16). Ce témoignage constitue un éloge vraiment significatif tant par son contenu qu'en raison de l'autorité de celui qui le formule.

d'une façon ou d'une autre sont publiées des études sur la *legal history*. Nous nous limiterons à citer deux revues de diffusion et de caractère généraux. L'une d'elles, comme son nom l'indique, est proprement juridique; l'autre est une revue historique. La *Law Quarterly Review* et l'*English Historical Review*, même si elles ne se spécialisent pas strictement en histoire du droit, jouent un rôle de grande valeur, publiant de nombreuses études historico-juridiques. Les deux sont encore publiées aujourd'hui.

La *Law Quarterly Review* fut fondée en 1885 grâce à l'initiative de Pollock, en collaboration avec Bryce, Holland, Dicey et autres. Dès le début Pollock exerce les fonctions de directeur, charge qu'il occupera pendant trente-cinq ans, jusqu'au moment où il quitte la publication en 1919. Le fait que l'un des plus importants historiens du droit anglais ait dirigé la revue pendant une si longue période de temps explique l'attention qu'elle réserva à notre discipline. En dénombrer les articles, essais ou comptes rendus se révélerait une tâche interminable. Qu'il suffise de signaler que n'importe quel événement d'intérêt pour le monde historico-juridique britannique, est enregistré dans ses pages, qu'il faut absolument consulter si on veut connaître les jugements que la critique anglaise a portée sur les spécialistes anglais et leurs œuvres. C'est sur ces jugements, très importants eu égard aux particularités de la *common law*, que nous avons essayé tout au long de ce travail de fonder nos observations; ou encore ce sont ces jugements qui nous ont servi de pierres de touche dans la vérification de l'exactitude de ces observations. De là nos allusions répétées à la publication que Pollock fonda il y a déjà plus de trois quarts de siècle. La publication, dès l'origine, d'index périodiques cataloguant normalement le contenu de cinq volumes, facilitent son emploi.

En 1886, un an après la création de la L.Q.R., fut fondée *The English Historical Review*, dirigée par Mendell Vreighton, professeur d'histoire de l'Église à Cambridge. Une note introductive justifie la publication²⁵¹ qui, dans son premier article signé par Lord Acton, *German Schools of History*, pages 7-42, manifeste la franche admiration des chercheurs anglais pour les grands historiens allemands et en particulier Ranke et Savigny qui ont changé leur pays en « a nation of historically thinking man »²⁵².

²⁵¹ « It has long been matter of observation and regret that in England, alone among the great countries of Europe, there does not exist any periodical organ dedicated to the study of history » (Vol. I, page 7).

²⁵² *Idem*, page 39.

A propos de *The English Historical Review*, maintenant sous la direction de J. M. Wallace-Handrill et éditée par Longmans, on pourrait apporter quant à l'histoire du droit un commentaire analogue à celui que nous avons donné pour la L.Q.R. même s'il devait être un peu moins élogieux. De façon très sporadique et élémentaire on trouve dans la E.H.R. des études d'histoire ou d'histoire du droit espagnol²⁵³. Ce qu'il est important de souligner c'est que l'une et l'autre, dans leur rôle respectif, agissent comme des stimulants efficaces. Ce fait est peut-être plus vrai encore pour la *Law Quarterly Review* imitée ensuite par de nombreuses revues juridiques tant en Angleterre que dans les autres pays de langue anglaise : on peut signaler, entre autres, *Harvard Law Review*²⁵⁴, *Canadian Bar Review*, *Australian Law Journal*, *Cambridge Law Journal*²⁵⁵, etc.

2. La Selden Society et l'impulsion Oxford-Cambridge

Le 26 novembre 1886 une lettre circulaire était adressée à différentes personnalités du monde juridique britannique, les convoquant à une réunion « pour étudier l'opportunité d'établir une société afin d'encourager l'étude et de promouvoir la connaissance de l'Histoire du Droit anglais »²⁵⁶. Lord Justice Gry présida cette réunion, et déjà en 1887, on décida la fondation de la société, baptisée du nom de l'auteur de la *Dissertatio ad Fletam*.

²⁵³ Surtout par les compte rendus des ouvrages. Ainsi, T. F. Tout fait la recension de *Acta Aragonensia; Quellen aus der diplomatischen Korrespondenz Jaymes II (1291-1327)*, de FINKE, dans le volume 24 (1909), pages 141-145. Dans ce même volume on rapporte *A History of the Inquisition of Spain*, de Henry Charles LEA (pages 345-349) qui avait été publié à New York en quatre tomes entre 1906 et 1907. Il en est de même pour *Auto de Fe and Jew*, de Elkan Mathan ADLER, Londres, 1908. Il y a un compte rendu de W. N. HUTTON de *Fuero de Guadalajara (1219)*, édité par KENISTON en 1924, aux pages 123-124 du Vol. 40 (1925). Dans ce même volume premier, on trouve un travail de Edward A. FREEMAN : *The Tyrants of Britain, Gaul and Spain, A.D. 406-411*, (pages 53-85). [N.D.T.: Cette note se rattache au contexte particulier du texte original].

²⁵⁴ Le volume I (1887-1888) paru au cours de cette dernière année, groupe les exemplaires initiaux de la revue. Le premier d'entre eux est daté du 15 avril 1887.

²⁵⁵ Ce dernier est publié en 1923, comme organe de *The Cambridge University Law Society*. Le volume I, auquel collaborent HOLDSWORTH, POLLOCK et ZULUETA est précédé d'une préface de HAZELTINE (pages 1-5) où on fait allusion aux succès et au bon accueil des publications précédentes.

²⁵⁶ V. l'article de HOLDSWORTH sur la *Selden Society* — dont j'adopte l'analyse — dans *LQR* 55 (1939), pages 230-236. La citation à la page 230.

Le but général signalé dans l'avis de convocation, nous dit Holdsworth, se concrétisa dans la fixation des objectifs suivants : 1) Publication de manuscrits et de traduction d'ouvrages relatifs à l'histoire du droit. 2) Collection de matériaux pour éditer des dictionnaires de termes juridiques. 3) Compilation des documents comme point de départ à l'élaboration de la *legal history*. 4) Tenue de réunions pour la lecture et la discussion de rapports. 5) Publication de ceux-ci et d'autres communications. Parmi ces objectifs le troisième fut reconnu dès le commencement comme le plus important, les deux derniers échouaient. Mais la réalisation des trois premiers suffisent à qualifier de transcendante la tâche de la société dans l'ordre des objectifs proposés.

La *Selden Society* fut dirigée au début par Maitland et Pollock avec l'aide très efficace de Fosset Lock et H. Stuart Moore. La tâche de Maitland quant à la publication des premiers volumes (mentionnée lorsque nous avons étudié cet auteur) fut décisive et donna du prestige à la Société dès sa naissance. Pollock lui prêta sa large formation et son bon goût littéraire; il fut, comme disait *The Times* dans sa note nécrologique, « perhaps the last representative of the old broad culture », Fosset Lock remplit la charge de secrétaire de la Société jusqu'en 1912, et fut remplacé à ce poste un an plus tard par Stuart Moore²⁵⁷. Lors du décès de Pollock, en 1937, Holdsworth ainsi que G. J. Turner et Plucknett furent nommés « literary directors ». Parmi les collaborateurs importants de la *Selden Society* on trouve Maitland, Leadam, Marsden, Turner, Borland, Bateson, Zulueta, Hemmant, Stenton, Jenkinson, Sayles, etc. Ses travaux furent orientés de préférence vers les études médiévales, comblant ainsi d'importantes lacunes de l'historiographie juridique postérieure. Holdsworth lui-même affirma catégoriquement que sans les travaux réalisés par la *Selden Society* il n'aurait pas pu écrire son Histoire du droit anglais²⁵⁸. Signalons finalement la tâche méritoire de A. K. R. Kiralfy et Gareth H. Jones, qui publièrent en 1960 un catalogue général des matières comprises dans les volumes 1 à 79, *Selden Society, General Guide to the Society's publications*, comprenant aussi un index complet par matières et par auteurs²⁵⁹.

²⁵⁷ « His work for the Society during a long term of years and in the very difficult times of the War and after — signala HOLDSWORTH — has been literally invaluable », *LQR* 55 (1939), page 234.

²⁵⁸ V. *Idem*, page 235.

Il faut tenir compte qu'HOLDSWORTH avait alors déjà écrit douze volumes de son *History of English Law*. Les quatre autres — comme nous le verrons — furent publiés après sa mort.

²⁵⁹ Édité à Londres au cours de l'année mentionnée. Sur ce Catalogue, voir *LQR* 78 (1962), pages 308-309.

D'autre part, déjà au XX^e siècle, on constate l'influence prédominante d'Oxford et de Cambridge grâce aux *Oxford Studies in Social and Legal History* et les *Cambridge Studies in English Legal History*. La première publication a déjà retenu notre attention quand nous avons étudié Vinogradoff et son œuvre. Les *Cambridge Studies in English Legal History* parurent douze ans plus tard, en 1921. L'introduction d'Hazeltine au volume I²⁶⁰, annonce qu'elles s'attacheront aussi bien aux monographies qu'aux publications de textes. Hazeltine, alors *Professor of the Laws of England* à Cambridge, brosse un tableau des grands maîtres européens, y compris Hinojosa²⁶¹, où il met en relief la grande contribution des historiens du droit anglais²⁶². « Ce groupe de chercheurs, écrit-il textuellement, a été organisé comme un moyen de réaliser ensuite une vaste recherche scientifique sur le développement du droit anglais et de promouvoir ainsi la connaissance d'un des plus importants aspects de l'histoire britannique et universelle »²⁶³.

3. La contribution nord-américaine

Indépendamment des revues juridiques qui parurent aux États-Unis à la suite du renouveau signalé en Angleterre, il faudrait mentionner les importants *Essays on Anglo-American Legal History* publiés par l'*Association of American Law Schools* (1907–1909). Ils se composent de 72 essais, dont 39 sont dus à des auteurs nord-américains, qui étudient le développement historique des différents secteurs du droit. Essentiellement, les *Essays*, de même que d'autres publications intégrées

²⁶⁰ Celui-ci contient un intéressant travail de Percy Henry WILFIELD : *The History of Conspiracy and abuse of legal procedure*. L'Introduction citée apparaît aux pages V–XIII.

²⁶¹ « For the last century trained legal historians — Eichhorn, Savigny, Ihering, Mitteis, Brunner, Gierke, Karlowa, Esmein, Viollet, Brissaud, Pertile, Hinojosa and many others — have been engaged in telling parts of this long history of the law's evolution throughout the ages », Introduction à la page VIII. [N.D.T. : Le contexte espagnol dans lequel cet article fut écrit explique cette référence particulière à Hinojosa dans le texte].

²⁶² « The Historians of English law made their own contribution to the story. The Study of English legal history during the last half century, characterized by the work of the great masters like Maitland and Ames, is indeed one of the important aspects of the vaster movement in historical, more particularly in legal-historical studies, which has marked the last hundred years ». *Idem, id.*

²⁶³ *Idem*, page V.

ou séparées, comprennent d'importants travaux en droit commercial ²⁶⁴, sur l'équité ²⁶⁵, le droit pénal ²⁶⁶, les institutions ²⁶⁷, les sources ²⁶⁸, etc. ²⁶⁹.

Quant à l'histoire de la *common law*, il faudrait signaler aux États-Unis, dans le cadre de ce mouvement de la fin du XIX^e siècle, les noms de Thayer ²⁷⁰, Wigmore ²⁷¹, Street ²⁷², Bigelow ²⁷³, et surtout Holmes et Ames si on en croit Holdsworth²⁷⁴. Ames était en étroite relation avec la *Harvard Law School* et il participa à la fondation de la *Harvard Law Review* ²⁷⁵. Largement connu dans son pays ²⁷⁶, il se maintint en

²⁶⁴ Par ex. BURDICK : *Contributions of the law Merchant to the Common Law*; VANCE : *History of Insurance Law*; BEALE : *History of the Carrier's liability*; WILLISTON : *History of Business Corporations*; BALDWIN : *History of Private Corporations*; CROSS : *Select Cases Concerning the Law Merchant*, etc.

²⁶⁵ Par ex. LANGDELL : *Equity Pleading* (cet ouvrage parut en 1877, mais sa partie historique fut réimprimée dans *EALH*, Vol. II, 753). DEAN POUND : *Certain maxims of Equity*, etc.

²⁶⁶ Par ex. VEEDER : *History of Defamation*, etc.

²⁶⁷ Voir les travaux du professeur McILWAIN sur la *High Cour of Parliament*, ou de HASKING à propos des institutions normandes et de leur influence dans l'Angleterre, ou de GROSS, sur les *Coroner's Rolls*. On se rapportera aussi à l'ouvrage important de BALDWIN sur le Conseil du Roi au Moyen-Âge ou celui de USHER sur le tribunal de la *High Commission*, etc.

²⁶⁸ Par ex. WINFIELD : *The Chief Sources of English Legal History*; WOODBINE : *Four Thirteenth Century Law tracts* et son travail sur Bracton et Glanvil, l'édition de *De Pace* de M^{lre} PUTNAM (*OSSLH*, VII) etc. La *Bibliography of Early English Law Books* du professeur BEALE est intéressante pour cette époque.

²⁶⁹ V. HOLDSWORTH : *The Historians . . .*, pages 106-1115. Aussi RADIN : *Handbook of Anglo-American Legal History*, pages 535-548.

²⁷⁰ Sa grande œuvre est le *Preliminary Treatise on the Law of Evidence*, qui constitue d'après HOLDSWORTH, « Le dernier mot sur l'histoire du jury » (v. *Essays in Law and History*, page 21).

²⁷¹ Particulièrement, son essai historique *Responsability for Tortious Acts* (*EALH*, III, pages 474-537) et le traité sur la *evidence* qui représente, en droit anglais, la preuve testimoniale, les experts, etc.

²⁷² *Foundations of Legal Liability* est « une œuvre de grande prétention et d'un mérite exceptionnel », telle que qualifié dans *LQR* 23 (1907), page 228.

²⁷³ *Placita Anglo-Normanica* fut publié en 1879, et l'année suivante vint *History of Procedure in England*; la première œuvre, d'après l'auteur, constitue l'introduction à la seconde.

²⁷⁴ V. *The Historians . . .*, pages 101-106.

²⁷⁵ Il publia son article « Purchase for value without notice » (avril 1887) à une place choisie au sein du premier numéro de la revue.

²⁷⁶ Il fut docteur en Droit des universités de New York et du Wisconsin en 1898, de la Pennsylvanie en 1889, de Northwestern en 1903, du Williams College et de Harvard en 1904, et de Cincinnati en 1908. V. ses *Lectures on Legal History and Miscellaneous Legal Essays*, Cambridge (Mass.), (1913). Préface, page 7.

contact avec Maitland (leur correspondance fut publiée au *CLJ*²⁷⁷) et Pollock. Ses *Lectures on Legal History* étaient basées sur une série de conférences, *Points in Legal History*, qu'il avait prononcées au *Harvard Law School* en 1886 et 1887, et qui furent reprises plus tard en 1889 et 1890 de même qu'en 1894 et 1895. Plusieurs de ces conférences furent publiées à la *Harvard Law Review* et quelques-unes au *Green Bag*. La publication de ces leçons fut réalisée à partir des notes prises par les professeurs Williston, Thayer et Beale, de l'université de Cambridge (Mass.), Richards de l'université de Madison, et par un juge de Chicago, Julian W. Marck. Les *Miscellaneous Essays* avaient été publiés à la *Harvard Law Review*, à la *Columbia Law Review*, à la *Yale Law Review* et à l'*University of Pennsylvania Law Review*. L'œuvre conjointe, telle qu'on l'a citée²⁷⁸ renferme les deux séries de travaux²⁷⁹. Elle ne constitue pas un ensemble harmonique et on relève la pauvreté de l'information et de la bibliographie non anglo-saxonne²⁸⁰.

Selon Holdsworth le rôle de Holmes aux États-Unis est parallèle à celui de Pollock en Angleterre; tous les deux avaient une formation très étendue, ils étaient de grands juristes et de grands historiens²⁸¹. Quand nous avons étudié Pollock nous avons examiné la correspondance qu'ils ont échangée. Le grand livre de Holmes est *The Common Law*, publié à Boston en 1881 et réédité à plusieurs reprises²⁸². L'ouvrage *The Common Law*, jugé très favorablement par Maitland²⁸³, contient peut-être le plus ancien exposé historique des principes de responsabilité civile et pénale; il porte également sur le développement du contrat et quelques aspects des droits réels et des successions. On constate chez lui — Holmes avait été juge — un souci pragmatique évident, que nous pourrions synthétiser dans l'avertissement qu'il donna contre les dangers des antiquités (*the pitfall of antiquarianism*)²⁸⁴, expression qui a fait fortune comme l'expression parallèle de la *sterile part of antiquity* dont Selden conseillait de se départir pour réaliser une tâche critique fé-

²⁷⁷ Dans son introduction aux lettres, HAZELTINE remarque que lorsqu'il montra à MAITLAND la série de travaux qui allaient être publiés dans les *Essays in Anglo-American Legal History*, celui-ci après les avoir examinés s'exclama : « Ame's essays are the best of the lot », v. *CLJ* II, page 1.

²⁷⁸ V. *supra* note 276.

²⁷⁹ On en trouve un compte rendu dans *HLR*, 26 (1912-1913), pages 765-766.

²⁸⁰ Bien que AMES devait connaître le français et l'allemand. Au moins — comme nous le savons — il enseigna ces deux langues au *Harvard College*. V. *Lecture on Legal History and Miscellaneous Essays*, page 7.

²⁸¹ *The Historians* . . . , page 102.

²⁸² La dernière que je connaisse, au *Harvard University Press*, Cambridge (Mass.) 1963.

²⁸³ V. *The Materials for English Legal History* dans *Collected Papers*, II, 8.

²⁸⁴ *Collected Legal Papers*, 194.

conde. Dans l'œuvre de Holmes, on ne trouve pas d'explication globale de l'histoire du droit anglo-américain²⁸⁵; mais l'ouvrage *The Common Law* présente des interprétations suggestives dans les domaines que nous avons mentionnés. La pensée de l'auteur, exprimée dans cet ouvrage et ailleurs²⁸⁶, exerça une influence considérable. Cependant, les manuels ou les courts exposés généraux sur la matière qui paraîtront aux États-Unis déjà de nos jours, s'appuieront davantage sur l'Histoire du droit anglais, plus complète, de Holdsworth. C'est le cas du *Handbook of Anglo-American Legal History* du professeur californien Max Radin²⁸⁷. Treize ans avant la publication de cet ouvrage, c'est-à-dire en 1923, on avait édité à New York deux ouvrages que nous ne ferons que mentionner ici en raison de l'étude élémentaire et conjointe qu'ils font du droit anglais et du droit américain et aussi en égard à leur construction générale : les *Interpretations of Legal History* de Roscoe Pound²⁸⁸, et les *Outlines of the History of English and American Law* de William F. Walsh. Walsh divisa son ouvrage de la façon suivante : le premier livre traite du droit anglo-saxon, du droit féodal et des traits primitifs de la *common law*; le deuxième étudie l'histoire des droits réels et, dans une moindre mesure, celle des successions; le troisième englobe le droit pénal, le droit commercial, la procédure, etc. Plucknett fera une critique consciencieuse de cet ouvrage, en signalant les accrocés répétés au plan proposé, et spécialement l'absence d'une orientation institutionnelle²⁸⁹.

²⁸⁵ Cf. *Justice Holmes on Legal History*, de James Williard HURST, New York - Londres, 1964. Spécialement page VIII.

²⁸⁶ V. DE WOLFE : *The occasional Speeches of Justice Oliver Wendell Holmes*. Cambridge (Mass.), 1962. Voir aussi Max LERNER : *The Mind and Faith of Justice Holmes*, Boston, 1943.

²⁸⁷ *Supra* notes 229 et 269. Dans la préface — pages V-VII — l'auteur fait connaître le but modeste de son ouvrage dédié aux étudiants américains : « giving students in American Law Schools a certain amount of information about how their law came to have its present form » (page V). Il est divisé en 36 brefs chapitres, dont le premier est un résumé élémentaire de l'histoire générale de l'Angleterre. En 1930, Richard MORRIS avait publié ses *Studies in the History of American Law*, d'un certain intérêt pour ce qui est proprement nord-américain. Le livre fut édité à New York.

²⁸⁸ Cet ouvrage se trouve très étroitement lié aux considérations sur la nature et l'évolution du droit anglais que l'auteur avait déjà exposé dans d'autres travaux : *Spirit of Common Law*, *Philosophy of Law*, etc. Un large compte rendu des *Interpretations* se trouve au *HLR* 37 (1923-1924), pages 270-283, signé Benjamin N. CARDOZO.

²⁸⁹ « Professor Walsh's book is likewise typical; the absence of any treatment of institutional and constitutional history is in accord with the American custom of treating these subjects slightly, throwing more emphasis upon substantive law and its history, and in this respect the work clearly shows that its author intends it to be used — as indeed he recommends — concurrently with the usual law school work, to which its various sections from historical introductions », *HLR* 37 (1923-1924), page 645.

IV – Les traités généraux au XX^e siècle

A partir de ce que nous venons d'exposer au chapitre précédent, et en tenant compte que sa structure chevauche les XIX^e et XX^e siècles, nous analyserons maintenant la succession et le caractère des exposés généraux d'histoire du droit anglais, parus en Angleterre au XX^e siècle. La presque totalité de cette période, soit 64 des 66 années qu'elle comprend, a été jalonnée par la publication de l'ouvrage de Holdsworth, *A History of English Law*, dont le premier volume parut en 1903. La grandeur de l'œuvre, avec la primauté indiscutable de son auteur parmi des historiens du droit anglais, mérite qu'on en traite ici séparément. Nous étudierons par conséquent Holdsworth et son œuvre, dans une première partie du chapitre. La deuxième sera consacrée aux principaux traités des autres auteurs.

A – Sir William Searle Holdsworth

Holdsworth, né en mai 1871, étudia au *New College* d'Oxford où il eut comme professeur le fameux historien H. A. L. Fisher²⁹⁰. Ses études terminées il retourna au *New College* en 1895 pour occuper le poste de *lecturer* en droit. En 1903 il fut nommé professeur de droit constitutionnel au *University College* de Londres, tout en continuant à résider à Oxford. Après le premier quart de siècle, alors qu'il avait déjà publié neuf volumes de *A History of English Law* et qu'il jouissait d'un large prestige scientifique, il entreprit un long voyage aux États-Unis. Il prononça des conférences dans les universités Northwestern, Yale, Harvard, où on lui remit la *Ames Medal* en souvenir de l'auteur nord-américain, Columbia, Pennsylvanie, Iowa, Wisconsin, Southern California, Washington et Chicago. Les États-Unis lui réservèrent l'accueil le plus chaleureux qu'on ait jamais accordé à un juriste britannique, comme l'écrivait, au terme de son périple John H. Wigmore, doyen de la faculté de droit de l'université Northwestern²⁹¹. L'année suivante il voyagea aux Indes et, en 1938, il se retrouve de nouveau en Angleterre et reprend son enseignement comme *Vinerian professor in English Law*, à Oxford, tout en étant *Fellow* du *All Souls College* de

²⁹⁰ V. A. L. GOODHART : *Sir William Searle Holdsworth, O.M. 1871-1944*, Londres, 1954. Il s'agit du texte de la conférence annuelle de la *Selden Society*, prononcé par l'auteur — *Master* du *University College* d'Oxford — le 25 mars de cette année.

²⁹¹ V. L'introduction de WIGMORE à *Some Lessons from our legal History*, par HOLDSWORTH, œuvre publiée à New York en 1928. L'introduction est datée d'octobre 1927.

cette université. Il collabora pendant trente-six ans à la *Law Quarterly Review*; après Pollock il est probablement la figure la plus intimement reliée à l'histoire de cette publication. Il décéda en 1944.

1. *L'origine et le développement de A History of English Law*

En 1901 la firme Methuen consulta le professeur Jenks sur la possibilité de publier une brève histoire du droit anglais en un volume. Parce qu'il se trouvait alors fort occupé, et à cause de ses doutes quant à l'état des recherches et des connaissances en la matière qui lui eussent permis d'entreprendre avec succès semblable tâche, il déclina l'offre²⁹². Jenks ne mit pas en doute cependant l'opportunité d'un tel projet, et lorsqu'il se récusa il recommanda aux éditeurs d'entrer en contact avec Holdsworth, ce qui est un peu curieux si l'on sait que Jenks était l'un des quatre membres du jury qui n'avait accordé à Holdsworth que la *second class* lors des examens du B.C.L. à Oxford. Holdsworth accepta la proposition et entreprit les recherches nécessaires tout en conservant la charge de tuteur au *St. John College*; il n'avait pas d'autre antécédent que le livre qu'il avait publié en collaboration avec C. W. Vickers en 1899²⁹³.

Holdsworth se rendit compte aussitôt de la difficulté de donner en un seul volume un exposé général et complet de la *legal history* anglaise, et c'est pourquoi il décida de doubler l'importance de l'ouvrage. Celui-ci, écrivait-il en 1903²⁹⁴, se composera de deux volumes : le premier consacré à l'histoire des tribunaux et des organes juridictionnels avec leur pouvoir, leur compétence et le deuxième au développement des différentes branches juridiques. Ici apparaît donc un trait particulier dans la genèse interne de l'ouvrage : son dédoublement progressif et grandissant jusqu'à ce qu'il comporte seize volumes, comme nous le verrons par la suite.

Volume I : Les variations de ses éditions

Le premier volume fut édité à Londres en 1903. Comprenant neuf chapitres, on y étudie le phénomène initial des tribunaux locaux et des juridictions privées ainsi que leur lent déclin et l'opposition du

²⁹² V. la préface à l'ouvrage de JENKS : *A Short History of English Law*, publié à Londres en 1912. Dans la 5^e édition — Londres, 1938 — qui est celle que j'emploie, la préface figure aux pages VII-IX. On y rappelle sommairement ce qui est arrivé à l'auteur en 1901.

²⁹³ Il s'agit d'un traité bref et élémentaire du droit successoral : *The Law of Succession : Testamentary and Intestate*.

²⁹⁴ Dans la préface au tome I, datée du *St. John's College*, avril 1903, page XIX.

système propre de la *common law*. La Chambre des Lords, la Chancellerie et les Conseils faisaient l'objet des chapitres quatrième, cinquième et sixième. Le septième étudie les tribunaux d'exception et les deux derniers la *Judicature Acts* et les *New County Courts*, particulièrement intéressants à connaître pour comprendre le dépassement de l'aspect local et l'évolution vers une organisation compétente pour chaque comté.

Maitland se révéla le meilleur critique de Holdsworth. Dans un compte rendu publié au *Law Quarterly Review*²⁹⁵, après avoir souligné le besoin en Angleterre d'un manuel complet d'histoire du droit, dans le genre de celui d'Esmein en France ou de Schröder en Allemagne, il comble d'éloges Holdsworth²⁹⁶, sans pour autant négliger de signaler quelques défauts de l'œuvre, comme par exemple son silence sur les idées modernes relatives au *Palace Court*, ses références excessives à Lord Campbell, ou le défaut des références à l'auteur nord-américain Ames et à son œuvre et en particulier à son travail sur le *Tyrrrel's Case*²⁹⁷, etc. Mais ces défauts, précise-t-il, sont de peu d'importance, et l'essentiel c'est que Holdsworth ait bien commencé et qu'il ait déjà écrit un excellent livre²⁹⁸. À l'annonce du deuxième tome, dont le contenu envisagé était évidemment très vaste, Maitland proposa à l'auteur de le dédoubler. « Nous espérons, écrit-il, que M. Holdsworth envisagera sérieusement la possibilité de dédoubler son second volume »²⁹⁹. Holdsworth suivit la recommandation et la dépassa largement.

La deuxième édition du tome premier parut en octobre 1914 alors qu'on avait déjà publié les volumes deux et trois; sa structure est identique à celle de l'édition de 1903. C'est probablement à partir des années 1915 que Holdsworth, ayant dépassé le projet primitif d'un bref manuel, et comptant déjà trois importants volumes à son crédit, décida d'entreprendre la tâche d'une histoire totale du droit. La période 1914–1923, extrêmement sombre, représente une preuve excellente de sa volonté ferme de mener à bien une telle entreprise. Pour atteindre son but il réalise que le plan du tome premier était inadéquat et qu'une révision et une mise à jour des deuxième et troisième tomes était nécessaire pour qu'ils s'harmonisent avec l'ensemble. En juillet 1922 est publiée la

²⁹⁵ 19 (1903), pages 335–337.

²⁹⁶ « Up to the present however Mr. Holdsworth has done well : indeed he has done admirably well. He has written a cleverly schemed, learned, lucid, and interesting book about an important matter », page 335.

²⁹⁷ V. page 336.

²⁹⁸ Les objections et les critiques exposées « are little matters, and the great matter is that Mr. Holdsworth has begun well and has already written a very good book ». Page 337.

²⁹⁹ V. page 335.

troisième édition du tome premier, qui constitue en réalité un nouveau livre. Dans sa préface³⁰⁰ Holdsworth communique les motifs qui l'ont poussé à cette refonte complète de l'œuvre : l'augmentation du matériel scientifique disponible et l'accroissement de ses propres connaissances, de même que la nécessité d'une coordination d'ensemble dont nous avons déjà parlé. Cette préface se révèle en plus un témoignage authentique du fait que Holdsworth avait pris conscience du rôle que son histoire devait jouer. Il rappelle les ouvrages de Reeves et de Pollock — Maitland, pour situer la nouvelle édition du volume, comme le point de départ de la première histoire complète du droit anglais. Il communique ainsi par écrit deux de ses convictions reconnues : l'imperfection des traités d'histoire élaborés sans tenir compte du point de vue juridique et l'impossibilité d'obtenir une compréhension totale des principes du droit anglais sans une connaissance de son histoire³⁰¹.

Une caractéristique importante de ce nouveau premier volume est la séparation des fonctions strictement judiciaires du Conseil du roi et de ses autres fonctions, ainsi que l'analyse des trois tribunaux supérieurs de la *common law* établis à Westminster. A. E. Randall, dans un bref article à l'intitulé significatif, *The new Holdsworth*³⁰², critiquait quelques points de vue de l'auteur³⁰³ mais reconnaissait aussi les mérites évidents de l'ouvrage³⁰⁴.

Dans la quatrième édition (octobre 1927) Holdsworth ajoute quelques notes et quelques observations sur le texte, tandis que d'autres sont réunis dans la liste des *Addenda et Corrigenda*. La cinquième édition, juin 1931, reste inchangée. Par contre, la sixième, comme l'au-

³⁰⁰ Datée au St. John's College, Oxford, novembre 1921.

³⁰¹ « These two truths — commente-t-il — are still, to a large extent, unrecognized; and the plea for the further recognition of the study of legal history which I wrote twelve years ago is almost as necessary now as then ». Ce phénomène reste vrai même si quelque temps auparavant, la *Law Society* avait reconnu l'importance de l'histoire du droit en l'incluant comme discipline dans son *Honours Examination*.

³⁰² *LQR* 38 (1922), pages 415-419.

³⁰³ RANDALL, par exemple, juge incorrect que l'auteur ait situé l'étude des fonctions judiciaires de la Chambre des Lords, au chapitre précédant l'établissement de la *Court of Chancery*. Il critique aussi les « unanswerable reasons » qu'offre HOLDSWORTH pour rejeter l'opinion de HALE à propos de la prétention de la Chambre des Communes à entendre les appels en tant que tribunal de dernière instance. V. page 416.

³⁰⁴ « I can only sum up in a few short phrases what I have sought to indicate in the preceding paragraphs. The only judgment that I can pass upon it is, that it shows a wide reading; a careful and judicious selection of materials; the elimination of irrelevant matter and a scientific division of the subject. To these essentials I must add that the book is written in a clear and attractive manner ». (Page 419).

teur l'explique en note ³⁰⁵, est l'objet d'une revision dans le but d'y incorporer les fruits de la recherche la plus récente, et spécialement les matériaux publiés par la *Selden Society*. Lorsque la septième édition paraît en 1956, douze ans se sont déjà écoulés depuis la mort de Holdsworth. Cette dernière édition s'explique peut-être par le fait que ce volume premier était employé comme Manuel par les étudiants et que l'histoire du système judiciaire avait été incluse au *Syllabus* du *First Examination* dans plusieurs universités. L'édition antérieure avait été alors à nouveau revue par Goodhart et Hanbury, qui associent à cette tâche, comme *special editor*, Chrimes, professeur d'histoire à l'*University College* de Cardiff. La tâche de ce dernier se concrétise dans un *Essai Introductif* qui inclut, comme le fait remarquer une note de l'éditeur, tous les apports récents en la matière. A notre point de vue, l'*Essai* vient jeter une note quelque peu discordante sur l'ensemble de l'œuvre. S'il ne s'était agi que de mettre à jour l'édition de 1938, il aurait suffi de compléter l'information bibliographique aux endroits opportuns, en ajoutant des notes qui auraient signalé, selon le cas, les possibilités d'une nouvelle interprétation en tenant compte des recherches publiées depuis 1938, mais cet *essai* inséré dans le volume à la façon d'un chapitre premier, même si on ne le désigne pas ainsi, manifeste les points de vue très particuliers de Chrimes qui, même lorsqu'il emploie une bibliographie antérieure à l'édition de Holdsworth, superpose ses idées et celles de Holdsworth, dut-il en résulter des divergeances critiques sur des problèmes identiques. La consultation du livre est rendue difficile car le lecteur est obligé de tenir compte pour chaque sujet de toutes les observations faites par Chrimes dans son long *essai* préliminaire. La publication en bloc des seize volumes de l'ouvrage, que l'éditeur Sweet & Maxwell a réalisée en 1966, à l'occasion de la parution du dernier de ces volumes, inclut en ce qui concerne le volume premier, l'édition commentée par Goodhart, Hanbury et Chrimes. Ce volume s'identifie avec le premier des cinq livres dont *A History of English Law* est composé. Il faut toutefois dire, malgré la revision fondamentale de 1922 et celle de 1938, et 1956, que la structure actuelle du tome I ne diffère pas tellement de sa structure de 1903 ³⁰⁶.

³⁰⁵ Datée au *All Souls College*, août 1938.

³⁰⁶ Très semblable dans les sept premiers chapitres. *The Judicature Acts* et *The New County Courts*, chapitre VIII et IX dans l'édition de 1903, donnent lieu maintenant à un seul chapitre VIII, *The Reconstruction of the Judicial System*. Le contenu de l'Ancien chapitre IX est inclus dans l'actuel chapitre II : *The Decline of the Old Local Courts and the Rise of the New County Courts*.

Les volumes II et III

Ces volumes parurent simultanément en 1909 et furent réédités ensemble en 1914 et 1923. À partir de cette date ils devaient toutefois être différemment orientés.

Comme nous l'avons déjà signalé, Holdsworth, dans la Préface au volume I de 1903, avait prévu la publication de l'autre volume qui compléterait l'œuvre. Dépasant la prédiction et le conseil de Maitland, Holdsworth se voit dans l'obligation, devant l'abondance et l'étendue des matériaux, de traiter la matière en deux volumes. La préface de l'édition de 1909 est commune aux deux tomes et elle contient quelques particularités dignes de considération ³⁰⁷.

En premier lieu il faudrait dire que six années (de 1903 à 1909) ne semblent pas représenter un temps excessif pour la préparation des deux volumes. Cependant, Holdsworth, qui déclare déjà que l'*History* n'est pas achevée malgré le dédoublement du travail projeté en 1903 ³⁰⁸, considère qu'on souffre déjà d'un retard notoire dans ce domaine et il justifie son retard pour deux raisons : le temps réduit que lui ont laissé ses tâches d'enseignement à Oxford et le fait que pour les étapes chronologiquement postérieures il n'y avait pas d'autre précédent, sauf bien entendu quelques monographies, que l'ancienne histoire de Reeves ³⁰⁹. Holdsworth ne pouvait emprunter les voies d'accès qu'avait ouvert jusqu'au XIII^e siècle l'*History of English Law* de Pollock — Maitland ³¹⁰, puisqu'à partir de cette époque, et à cause du caractère vieillot de l'ouvrage de Reeves, il devait lui-même construire les schémas et se charger des développements.

³⁰⁷ Datée, en janvier de cette année, au *St. John's College*.

³⁰⁸ « Here are two more volumes, and the history is not complete ». (Page V).

³⁰⁹ Il existait aussi l'œuvre de R. Storry DEANS : *The Student's Legal History*, publiée à Londres en 1896. Même si HOLDSWORTH ne la mentionne pas, il dut la connaître, étant donné qu'à cette époque il en avait déjà paru même une deuxième édition (1905) et DEANS était un avocat remarquable de la *Gray's Inn*. Il était aussi l'auteur d'un traité sur le droit de la famille. L'omission — je suppose — est due au caractère excessivement élémentaire de l'ouvrage, ce qui ne l'empêchait pas de connaître quand même deux autres éditions en 1913 et 1921. *The Student's Legal History* suit un plan chronologique rigoureux dans ses sept premiers chapitres, et atteint — dans sa quatrième édition — l'année 1921. Par contre, les chapitres VIII, IX et X étudient — en général — ce qui se rapporte aux tribunaux de justice, le problème dérivé de la possession des terres et la paix du Roi respectivement. Aujourd'hui, cet ouvrage n'a plus d'utilité appréciable. Cependant, il est juste de constater la clarté de son exposition, très appropriée à l'usage que sa rédaction lui destinait.

³¹⁰ Il signale sa dette envers cet ouvrage et, en se référant à MAITLAND, il indique « How great is the debt of all students of the history of English law, only those who have traversed the road upon which he has shed so much light can adequately appreciate ».

Quant à la méthode de travail suivie pour ces deux volumes comparée à la méthode suivie pour le premier, Holdsworth analyse les avantages et les inconvénients de l'orientation chronologique et systématique, et décide de pallier à leur défaut commun par l'utilisation d'un ordre chronologique dans les parties consacrées à la *general history of law* et en l'abandonnant dans celles qui traitent plutôt de l'*history of legal doctrine*. Ce procédé le conduit évidemment à certaines répétitions qu'on ne manquera pas de lui faire remarquer. Cependant l'auteur estime moins dangereux de tomber dans ces répétitions que manquer à la clarté nécessaire ou de traiter inadéquatement quelques sujets.

Dans l'édition de 1909, le volume II contenait la conclusion du livre I et la première partie du livre II. La conclusion était composée de deux parties : la première, couvrant les sources et le développement général de l'époque anglo-saxonne, et la deuxième, *The rules of law*, qui en schématisait les aspects relatifs au droit pénal, à la propriété, à la famille et à la procédure civile pour la même période. Le livre II se déroule avec un critère méthodologique parallèle lorsqu'on y traite de la *common law* médiévale. Ainsi, la première partie étudie ses sources et son développement historique dans quatre chapitres très denses. Le premier part de la conquête normande et va jusqu'à la Magna Carta en incluant l'analyse des origines de la *common law*. Le deuxième étudie le règne d'Henry III « Le progrès du droit commun », le troisième se réfère au règne d'Edouard I « L'établissement de la *common law* » et le quatrième et dernier traite du développement de cette dernière au XIII^e et XIV^e siècles.

Le volume III comprend la deuxième partie du Livre II, dont la structure est semblable à celui qui couvre la période anglo-saxonne, même si cette dernière avait été examinée de façon sommaire alors que la première faisait l'objet d'une analyse complète. Après un premier chapitre, *The land Law*, Holdsworth consacre les cinq suivants au droit pénal, aux contrats, au droit des personnes, aux successions et à la procédure. Il contient en plus un appendice.

La *Law Quarterly Review* fit immédiatement écho à la publication des deux volumes. Dans le numéro de juillet de cette même année 1909, une note signée F. P.³¹¹ (Frederick Pollock ?) fait remarquer que la revue ne publiait pas un compte rendu « en forme solennelle », étant donné qu'elle avait déjà publié quelques parties de ces livres au cours des trois dernières années, ce qui aurait pu risquer d'en entraver

³¹¹ *LQR* 25 (1909), pages 233-234.

l'objectivité nécessaire. Cependant, dans le numéro d'octobre ³¹² Holmes se penche sur le sujet, soulignant certains points fondamentaux de la conception de Holdsworth qui, par exemple, ne fixa jamais l'origine de la *common law* avant la première moitié du XII^e siècle et c'est ce qui explique les développements sommaires qu'il consacre à l'étape anglo-saxonne. Holmes relève aussi la rigueur de l'auteur, la qualité de sa documentation ainsi que la fluidité et l'équilibre de l'exposé ³¹³.

La deuxième édition des deux volumes parut en octobre 1914, sans modification notable. Ce même mois, toutefois, parut une deuxième édition de ce qui était jusqu'alors *A History of English Law*. À cette époque, comme nous l'avons signalé plus haut, commence une période de revision pour adapter chaque volume à la structure plus ambitieuse qui, maintenant, se dessine. Il est intéressant de rappeler que Holdsworth publia le nouveau volume I (3^e édition) en juillet 1922, et de signaler que seulement huit mois plus tard, en mars 1923, paraîtra la troisième édition des volumes II et III. Comme l'auteur le signale dans sa préface, les deux volumes ont été l'objet de réformes profondes, certaines parties ayant été réécrites et l'un et l'autre ayant été considérablement élargis ³¹⁴. Les apports des treize dernières années y sont incorporés et, tout spécialement, les essais du Congrès d'histoire de 1913, les *Oxford Studies in Social and Legal History* et le livre de Vinogradoff sur le droit romain au moyen âge. A. E. Randall rendit compte de cette troisième édition au *Law Quarterly Review* ³¹⁵.

La quatrième édition du volume II est de 1936. On n'y signale aucune modification. En revanche, la quatrième édition du volume III qui date de 1935, comporte quelques corrections et additions, de peu d'importance il est vrai. Ces éditions sont les dernières jusqu'à la réimpression totale en 1966. Si l'on compare celle-ci avec la première édition

³¹² *LQR* 25 (1909), pages 412-415.

³¹³ Ce que HOLDSWORTH affirme — signale HOLMES — avait été déjà dit en grande partie. Cependant, maintenant « it is told here in continuous form, with proportion, and so as to bring out the story of the birth and life of the common law... Mr. Holdsworth is telling us a profoundly interesting story... It is told with learning and scientific instinct, and the book is to be recommended equally to philosophers who can understand it and to practical students of the law ». (Pages 413-415).

Ce compte rendu de HOLMES fut qualifié en 1954 par GOODHART comme peut-être la plus intéressante que *LQR* ait publié : « This must be almost the most interesting review ever published in the *Law Quarterly Review* for in it we find a perfect example of Holme's flashing style ». V. A. L. GOODHART : *Sir William Holdsworth, O.M. 1871-1944*, page 19.

³¹⁴ La deuxième édition contient quatre-vingt-dix pages de plus que la première, et la troisième, cent soixante-trois.

³¹⁵ 39 (1923), pages 312-326. Intitulé aussi « The New Holdsworth » comme l'article de 1922 dont j'ai fait référence *supra* note 302.

de deux volumes en 1909, et à cause de leur réélaboration en 1923, on s'aperçoit que la première partie du volume II correspond au livre II du plan général de l'ouvrage, tandis que la seconde partie de ce volume II contient le livre III; il en résulte ainsi des modifications de structure par rapport à l'édition de 1909³¹⁶. Par ailleurs, le volume III, initialement consacré à la seconde partie du livre II du plan général, s'intègre dans l'ensemble de l'ouvrage à titre de seconde partie du livre III, qui étudie de façon systématique la *common law* médiévale jusqu'en 1485³¹⁷. L'auteur a voulu coordonner la seconde partie du livre III avec la seconde partie du futur livre IV et, dès lors, il dut rédiger à nouveau plusieurs sections des cinq premiers chapitres, et l'ensemble du sixième³¹⁸.

Les volumes IV et V

Précisément l'année où Holdsworth publie la coûteuse troisième édition des volumes II et III, il livre aussi au public, en mars 1924, ses quatrième et cinquième volumes. Il serait difficile de trouver une meilleure illustration de la capacité de travail de l'auteur que la succession, absolument surprenante, des dates de publication de son ouvrage à des époques comme celles-ci. *A History of English Law*, d'après les déclarations de Holdsworth en mars 1924, se composera de sept tomes. Dès lors, à partir du quatrième tome, on ne trouvera plus de modifications essentielles dans les deuxième et troisième éditions, et l'auteur ne sera pas non plus obligé, comme il en avait dû le faire pour les trois premiers volumes, de réécrire des parties de volumes ou d'en modifier la structure.

Les volumes IV et V font partie du livre IV, d'un contenu très vaste, et intitulé « La *common law* et ses rivales (1485–1700) ». Ces volumes, avec le sixième, s'intègrent dans la première partie consacrée, selon le critère habituel utilisé dans l'ouvrage, aux sources et au développement général du droit anglais. Le quatrième tome se compose de deux grands chapitres : l'un expose la problématique historico-juridique du XVI^e siècle en s'appuyant sur une base qui déborde le strict cadre anglais et l'autre qui traite du droit, et spécialement de l'*enacted law*, à cette

³¹⁶ Il ajoute un chapitre V — *Self-help* — dans la première partie, ce qui fait que la procédure forme le chapitre VI. A la deuxième partie, on ajoute et place en tête un nouveau chapitre : *The Intellectual, Political and Legal Ideas of the Middle Ages*.

³¹⁷ Formellement, la modification la plus considérable consiste en l'inclusion d'une nouvelle section au chapitre II. *Benefit of Clergy, and Sanctuary and Abjuration*.

³¹⁸ V. La préface à l'édition de 1923.

même époque et dans la première partie du XVII^e siècle. Le volume V se compose de trois chapitres et il étudie deux aspects du droit anglais fondamentaux et typiques de cette période : a) la *common law* elle-même et b) le droit appliqué, parallèlement aux règles de la *common law*, par la *Star Chamber* et la Chancellerie, ainsi que le développement indépendant du droit international, du droit commercial et du droit maritime.

L'interprétation du rôle de la *common law* comme moyen d'absolutisme politique et de ses conséquences dans une période aussi vitale pour l'histoire anglaise que celle d'Henry VIII, nous apparaît tout à fait remarquable. D'après Holdsworth, Henry VIII avait reçu de la vieille *common law* la plus grande partie de son pouvoir et obtenu le reste du Parlement. Dès lors, la *common law* ne fut pas sérieusement menacée durant la première partie du XVI^e siècle, ainsi qu'on l'avait si souvent affirmé; elle apparaissait au contraire comme un appui pour la monarchie³¹⁹. Un deuxième point de grand intérêt se retrouve dans le jugement de Holdsworth sur la question fort débattue de l'influence du droit romain sur la *common law*; il décide que ni ce droit, ni l'équité, ni la création d'autres tribunaux et organes n'arrivèrent à supplanter la *common law*. « Nous avons reçu, dit-il, le droit romain, mais à petites doses et à périodes différentes. Il a agi comme un tonique sur notre système juridique et non comme une drogue ou un poison »³²⁰.

L'édition de 1937, commune aussi aux deux volumes, suivit celle de 1924³²¹. Holdsworth y signale que son histoire se composera de douze tomes. On ne rencontre par la suite aucune variation intéressante, même dans l'édition de 1966.

Le volume VI

Sept mois ne s'étaient pas écoulés depuis la publication des volumes IV et V, que Holdsworth publia le volume VI en octobre de la même année. Il y traite du droit public au XVIII^e siècle, dans son premier chapitre. Les deuxième et troisième chapitres analysent respectivement

³¹⁹ Cf. Le commentaire de Lord WRIGHT dans *LQR* 60 (1944), pages 139-146, spécialement, pages 144-145.

³²⁰ Une explication élaborée de la pensée de HOLDSWORTH en rapport avec ces points peut se trouver dans l'article « The influence of Roman Law on English Equity » dans *Essays in Law and History*, pages 188-198.

³²¹ RANDALL fit à nouveau une critique de cette édition — avec le titre habituel « The New Holdsworth » — dans *LQR* 40 (1924), pages 413-425. Il manifeste particulièrement son désaccord avec le fait que HOLDSWORTH emploie l'avènement des Tudors pour différencier les deux étapes. V. page 413.

la *enacted law* et le développement professionnel du droit, dans la dernière partie de ce siècle. Il y abonde en réflexions sur les théories politiques de l'époque, par ex.: Hobbes et leurs relations, qualifiées de « very illuminating » par Lord Wright³²², avec le droit public anglais à l'époque des Stuarts. L'optique centrale de cet ouvrage est constituée par la rencontre de la suprématie du Parlement et de la vieille conception du droit divin des rois³²³. Il y aura une deuxième édition du volume VI, en 1937, sans modification intéressante et une dernière en 1966.

Les volumes VII et VIII

Nous avons déjà vu que Holdsworth avait promis en mars 1924 que son ouvrage se composerait de sept volumes. Un an et demi plus tard, une fois le volume VI publié, l'auteur présente simultanément les volumes VII et VIII dans leur première édition (26 novembre 1925). Dans une préface datée du mois de juillet de cette même année et rédigée au *All Souls College*, Holdsworth prie le lecteur de bien vouloir l'excuser de n'avoir pas suivi le plan initialement annoncé et d'avoir dépassé les prévisions proposées³²⁴: il prévoit la parution certaine de neuf volumes et la parution possible de trois autres volumes. Étant donné que le septième volume est consacré à l'histoire des droits réels, l'auteur se voit dans l'obligation d'inclure dans le huitième les contrats, le droit commercial et le droit pénal pour la même période (1485-1700), ce qui correspond au plan général du livre IV qui s'étale sur les septième, huitième et neuvième volumes. Si l'on retient par ailleurs que plusieurs sujets, propriété, possession, droit pénal et procédure, etc., se sont développés jusqu'au XIX^e siècle, l'ouvrage pourrait être achevé en neuf volumes. Mais l'étude d'autres matières comme le droit commercial, les droits international et canonique, par exemple, n'est pas aussi avancée et elle est interrompue avec l'étape prévue au livre IV, soit au début du XVIII^e siècle, précisément lorsque s'ouvre une autre période, celle des XVIII^e et XIX^e siècles, très importante en regard de l'état actuel de ces droits. J'espère traiter de ces sujets, rappelle Holdsworth dans la préface

³²² *LQR* 60 (1944), page 145.

³²³ Comme contrepartie au chorus de louanges générales accordé à HOLDSWORTH et à son *History* — ce sur quoi j'insisterai plus tard — on peut analyser les compte rendus de RANDALL, qui rapportent de nombreuses dissidences et auxquels il n'est pas possible de prêter une attention détaillée dans chaque cas. Pour le volume VI, voir « The New Holdsworth », dans *LQR* 41 (1925), pages 195-211. (Spécialement pages 206-207). Lord WRIGHT, par contre, signale que les volumes VI à IX développent la plus intéressante période de l'ouvrage de HOLDSWORTH. *LQR* 60 (1944), page 145.

³²⁴ « The Preface to these two volumes must begin with a plea of confession and avoidance. I have to confess that volume seven is not the last volume ».

citée, si je peux écrire l'histoire de ces deux siècles; en tous cas, j'affirme que les neuf volumes contiennent « a large installment » d'une histoire complète du droit anglais.

La partie la plus importante du volume VII, le chapitre premier, est consacrée à la *land law*. Sur ce sujet, il n'existait qu'une esquisse très élémentaire dans l'*History of the law of Real Property*, de Digby, le *Land Laws*, de Pollock, et quelques monographies comme celles de Fearne et Gray, relatives à quelques points très précis. Pour ces raisons, l'exposé coordonné de Holdsworth fut accueilli très favorablement. Comme dirait P. H. W. dans la *Law Quarterly Review*, le volume VII est le plus difficile, et il l'est non pas parce qu'il est construit avec moins d'habileté ou parce qu'il est rédigé avec moins de clarté, mais à cause des exigences de la matière elle-même³²⁵. Le volume VIII est composé de trois chapitres traitant respectivement du contrat et du quasi-contrat, du droit commercial et du droit pénal; l'élaboration du premier et du troisième de ces chapitres constitue peut-être le travail le plus méritoire puisqu'il existait, pour le deuxième, un bon nombre d'études particulières que Holdsworth avait employées³²⁶.

La deuxième édition de ces deux volumes parut en 1937. Elle n'offre pas de modifications importantes et elle est reproduite à peu près intégralement dans la réimpression de 1966.

Le volume IX

Le volume IX représente le dernier tome du livre IV. Il est composé de deux chapitres : le premier étudie l'état des personnes, et le second se réfère à l'*evidence* ou la preuve judiciaire, ainsi qu'à des questions générales de procédure, en relation avec la *common law* et l'équité.

Le volume IX parut en 1926. La préface datée du mois de décembre de l'année précédente, laisse d'une certaine façon présager la conclusion de l'ouvrage³²⁷, mais annonce aussi par ailleurs, comme l'auteur l'avait déjà fait dans sa Préface aux volumes VII et VIII, sa continuation possible. « Compléter l'histoire, dit-il, telle qu'elle doit être complétée, représente une tâche ardue; mais j'espère être capable de la mener à bien, au moins partiellement, dans quelques années. L'accueil que mes volumes ont reçu m'encourage d'ailleurs à m'attaquer à la dernière partie de mon travail »³²⁸.

³²⁵ *LQR* 42 (1926), 394-398, à la page 394.

³²⁶ « They are — signale P. H. W. — worthily acknowledged by the author, whose originality however, has plenty of scope even here ». V. *Idem*, page 396.

³²⁷ « In this last volume of my history... », page VII.

³²⁸ V. page VII.

Les volumes X, XI et XII

L'étape suivante, celle de 1926, coïncide avec le départ de Holdsworth d'Angleterre. Il faudra attendre une douzaine d'années pour que paraisse, exception faite des rééditions, quelque chose de nouveau sur l'*History*. Il s'agit cependant d'une période d'activité intense, manifestée de diverses façons et qui aboutira sur une conclusion spectaculaire, avec la publication simultanée des tomes X, XI et XII en 1938. Les projets de 1926, mentionnés auparavant, furent donc réalisés par l'auteur qui, en 1937, à l'occasion de la deuxième édition des volumes IV et V, VII et VIII, annonce catégoriquement que l'ouvrage se composera de douze volumes.

Parmi les manifestations d'activité intense de l'auteur il faut souligner la publication en 1927, de *An Historical Introduction to the Land Law*, basé en grande partie sur ce qu'il avait écrit au chapitre I du volume VII de l'*History*³²⁹. On retrouve aussi deux livres parus en 1928 : *Some Lessons from our Legal History* et *The Historians of Anglo-American Law*, tous deux édités à New York. Ces ouvrages représentent des compilations de leçons données par Holdsworth; il en est de même de *Some makers of English Law*, publié en 1938. Ce dernier ouvrage particulièrement, rapporte les leçons que Holdsworth donna à l'université de Calcutta, lorsqu'il y enseigna de 1937 à 1938³³⁰. Les neuf tomes de *A History of English Law* y sont abondamment cités.

D'après les explications de l'auteur³³¹, les volumes X, XI et XII ont pour but l'explication du développement du Droit anglais entre 1700 et 1875. Ils font partie du livre V et dernier de toute l'*History* et s'intitule *The Centuries of Settlement and Reform*. Le volume X traite des sources et du développement général dans un premier chapitre et du droit public au XVIII^e siècle dans un deuxième chapitre. Comme Lord Wright le signalait, il constitue un brillant précis de l'histoire

³²⁹ Le livre parut à Oxford. H. A. H., qui en fit le commentaire — *LQR* 44 (1928), pages 105-106 — jugea qu'il était excessivement dense et, à cause de cela, obscur. « We hope that the author — signale-t-il — when preparing the second edition, will not hesitate to rewrite at greater length those parts which students find over-compressed » (page 105). Il suggère à HOLDSWORTH la préparation d'index, afin d'en faciliter la consultation par les étudiants. (V. page 106).

Sur ce sujet on doit tenir compte de l'ouvrage récent de A. W. B. SIMPSON : *An Introduction to the History of the Land Law*, Londres 1961, qui a remplacé la *Historical Introduction to the Land Law* de HOLDSWORTH. Un commentaire critique de l'ouvrage de SIMPSON — fait par F. R. CRANE — peut être consulté dans *LQR* 78 (1962), pages 431-433.

³³⁰ V. un commentaire de MACMILLAN sur cet ouvrage, dans *LQR* 55 (1939), pages 295-296.

³³¹ V. La Préface au volume X, page VII, qui se répète dans les deux suivants.

politique ³³². Le volume XI continue sur le même sujet, en expliquant les problèmes juridiques de l'expansion coloniale. Holdsworth poursuit méticuleusement l'analyse de l'histoire générale anglaise et s'intéresse, pour une période identique, à la constitution de l'*enacted law*. Le volume XII est consacré totalement au développement professionnel du droit et il diffère sensiblement des volumes antérieurs. Il traite de la profession et de l'enseignement du droit; puis, du système des *reporting cases*, en partant des anciens *Year Books* et en montrant leurs relations avec la conception moderne de ces publications qu'il explique et examine à la lumière de l'appareil critique qu'il a conçu. Au volume VIII, Holdsworth avait traité du quasi-contrat et du droit commercial, sujets qu'on retrouve au volume XII, qui contient aussi un chapitre intéressant sur Blackstone et ses *Commentaries*. L'attention que l'auteur prête au droit privé du XVIII^e siècle, est moins grande que celle qu'il avait déjà portée à cette matière dans les siècles antérieurs : peut-être, comme l'expliqua Lord Wright, à cause de la méthode chronologique employée par Holdsworth ³³³.

La première observation qui se dégage de l'examen des trois volumes est la place disproportionnée et excessive que l'auteur accorde au XVIII^e siècle. Holdsworth lui-même justifie ce choix par le fait qu'il écrit la première histoire du droit anglais au XVIII^e siècle.

De plus, et ceci est très important, pour impliquer l'abondance de ses références à l'histoire générale, l'exposé des aspects juridiques de l'histoire a exigé de Holdsworth, à cette époque plus qu'à aucune autre, l'étude répétée des évolutions politiques. Évidemment, l'histoire parlementaire de cette période, le début du gouvernement par un cabinet, l'Acte d'Union avec l'Écosse ou la législation coloniale, deviendraient difficilement intelligibles sans ce fond de notions qui aident par contraste à comprendre les transformations du droit commercial. Enfin, dans quelques matières, comme la prérogative royale, la technique législative, etc., l'auteur en est arrivé au XIX^e siècle, c'est pourquoi Holdsworth pense pouvoir condenser le reste de l'histoire du droit public, les sources et influences qu'il y développera, dans un seul volume final ³³⁴.

Le volume XIII

A partir de 1938 Holdsworth poursuit son travail et amasse de nouveaux matériaux. La mort le surprend au cours de ce travail en

³³² *LQR* 60 (1944), page 141.

³³³ V. *Idem id.*

³³⁴ V. La Préface, page VII.

1944. Après la fin de la guerre et la liquidation de ses séquelles, les chercheurs anglais songent à examiner les papiers laissés par Holdsworth. Ces travaux entrepris par Goodhart et Hanbury donnèrent naissance à quatre nouveaux volumes au lieu d'un seul, contrairement aux prévisions de Holdsworth.

Le texte du volume XIII était déjà dactylographié. Goodhart et Hanbury n'eurent qu'à le remettre à l'imprimeur, après avoir comblé quelques omissions³³⁵, et avoir ajouté un index. Il est la suite de la première partie du livre V et il accorde une attention spéciale aux questions doctrinales; l'utilitarisme juridique de Bentham, par exemple, est décrit avec minutie, ainsi que le radicalisme philosophique de James Mill et son contre-point chez Coleridge.

La trame politique et constitutionnelle exposée dans ce volume se situe entre 1793 et la *Reform Act* de 1832, à travers trois périodes fondamentales : de 1793 à la mort de Pitt en 1806; de 1806 à 1815 et de 1815 au *Reform Act*. À côté des transformations du droit public et des événements qui en furent la cause, on y trouve un compte rendu détaillé du rôle joué par divers politiciens anglais : Pitt, Fox, Perceval, Liverpool et tout spécialement Brougham, à qui Holdsworth avait toujours avoué une profonde admiration³³⁶. La réimpression totale de l'ouvrage en 1966 n'entraîne aucune modification de ce volume.

Le volume XIV

Ce volume constitue, avec les volumes XV et XVI, le chapitre V et dernier du livre V. Chronologiquement il traite de la période centrale du XIX^e siècle, depuis le *Reform Act* de 1832 jusqu'aux *Judicature Acts* de 1873-1875.

D'après la préface au tome XIII de Goodhart et Hanbury, le passage qui correspond habituellement à la première partie, c'est-à-dire celui qui traite des sources et du développement général du droit de la période envisagée avait été rédigé intégralement par Holdsworth. Par contre, la seconde partie, qui contient l'étude systématique des notions déjà esquissées, comportait de sérieuses lacunes même si on pouvait prévoir, à partir des notes de Holdsworth, qu'elle n'aurait pas été exagérément longue. Quoi qu'il en soit, il faut prendre ici en considération le rôle des deux directeurs de la publication, qui complétèrent cette deuxième partie, en l'incorporant au texte de Holdsworth, qui avait été conservé,

³³⁵ En particulier, les commentaires sur la *Practice* de TIND et la *Equity* de MADDOCK.

³³⁶ V. La préface de A. L. GOODHART et H. G. HANBURY au volume VIII, pages VII-VIII.

à la différence du texte correspondant du volume précédent, en manuscrit³³⁷. Ce travail conjoint, avec son apport supplémentaire de matériaux, dépassait en principe les mille pages. Ils décidèrent donc de les répartir en trois volumes, ce qui finalement, amène l'ouvrage dans sa structure définitive.

Le volume XIV se poursuit avec le droit public, dans la même veine que le volume précédent. Il faut d'abord remarquer, dans ce volume, la description de certaines évolutions politiques (Peel – Melbourne, Disraeli – Gladstone) qui amena ses contemporains à conférer à Holdsworth les titres de *facile princeps* et de « sagace historien politique »³³⁸. Par ailleurs les analyses des relations entre la problématique juridique anglaise et le droit international en vue de l'étude de l'Empire Britannique, avec lequel se termine le volume, retiendront ensuite l'attention. L'étude du développement du droit public gravite essentiellement autour de l'administration centrale, locale et générale de l'Empire. « Comme on pouvait s'y attendre, le volume est absolument compréhensif, exhaustif, lumineux et stimulant », écrivait avec passion Lynn Ungood-Thomas au *Law Quarterly Review*³³⁹. Quant à l'administration centrale, on traite séparément du pouvoir exécutif, du Parlement et des tribunaux³⁴⁰, tandis que l'étude de l'administration locale montre substantiellement le cheminement de ses différents organes vers leur autonomie. Les objections techniques de la critique de Ungood-Thomas sont presque sans importance, comme celui-ci s'empresse d'ailleurs lui-même de le constater³⁴¹.

Le volume XV

Le volume XIV avait été publié en 1964. Le quinzième le suit un an plus tard et il faut reconnaître à son sujet que la tâche de Goodhart et de Hanbury dépasse largement les cadres d'un travail d'édition de l'œuvre d'autrui.

Le volume XV se divise en cinq grandes sections qui traitent successivement de l'*enacted law*, de la régulation des études juridiques et de

³³⁷ GOODHART et HANBURY font remarquer leurs efforts pour comprendre l'écriture de HOLDSWORTH qui était « Very difficult to decipher ». V. Préface au XIV^e volume, page V.

³³⁸ V. *Idem. Id.*

³³⁹ Numéro d'avril 1966, pages 253–256, à la page 253.

³⁴⁰ Pour l'auteur du compte rendu au *LQR*. « One of the most fascinating parts of the volume is that which deals with the development of a homogeneous and Treasury-controlled civil service through substituting salaries and pensions for fees and substituting open competition for appointment by heads of departments ». V. page 254.

³⁴¹ « The criticisms are diminutive, the work massive. When all criticism is done, it remains a work to admire and indeed venerate ». Page 256.

l'exercice des professions juridiques, de l'analyse des *reports*, de la littérature juridique, pour aboutir finalement à une étude particulière de la *common law* et de ses principaux spécialistes. Cette matière s'intègre naturellement dans le schéma bien connu du livre V.

L'analyse de l'*enacted law* constitue le premier exposé, et le plus complet, du développement et du contenu des différentes disciplines juridiques au XIX^e siècle. Compte tenu de l'extraordinaire expansion commerciale de l'Angleterre à cette époque, et des transformations de structures ainsi que de l'apparition des nouveaux problèmes que fait surgir le monde du travail, on accorde une nette priorité à l'étude du droit commercial et du droit du travail, avec toutes leurs implications corrélatives dans l'économie politique de l'Empire. Les cent pages que Holdsworth consacre au sujet se révéleront d'une consultation utile pour le juriste continental qui doit recourir si souvent au système britannique dans la recherche des solutions juridiques aux problèmes du syndicalisme, du transport maritime ou terrestre, etc. Holdsworth ne se contente pas d'étudier les différentes dispositions légales, il utilise en outre une bibliographie sélective au sein de laquelle on retrouve particulièrement les ouvrages remarquables de J. H. Clapham, *Economic History* et de Webb, *History of Trade Unionism* qui dessinent un tableau précis de ces matières complexes, lesquelles absorbent aujourd'hui une partie fort importante de l'ensemble de la littérature juridique anglaise. Cet exposé est suivi d'une note relative à la procédure civile³⁴² et aux procès par jury, ainsi que d'un schéma succinct, pour le milieu du siècle dernier, des transformations de l'*evidence*, et spécialement des déclarations verbales des témoins, changements qui sont essentiellement constitués par l'élimination progressive des différentes causes d'incapacité d'ester en justice, qui avaient caractérisé les périodes antérieures. Ce qui se rapporte au droit pénal et à la procédure pénale anglaise (pp. 142-167) revêt un moindre intérêt puisque son histoire avait déjà fait l'objet d'un exposé soigné par Stephen, un des partisans les plus convaincus de la nécessité de sa codification³⁴³. De la *Land Law* (pp. 167-

³⁴² La formation historique de la procédure civile sur le continent — et spécialement en Allemagne — était connue en Angleterre par l'ouvrage de R. W. MILLAR : *History of Continental Civil Procedure*. En guise de contrepartie à cette œuvre, pour la *common law*, il existe le traité de J. C. DAY : *The Common Law Procedure Acts*, paru en 1861, et qui atteint sa quatrième édition en 1872.

³⁴³ Le résultat de son intérêt pour cette matière fut le *Digest of the Criminal Law* (1877, neuvième édition en 1950), présenté comme base pour un possible Code criminel qui ne devint pas une réalité. J'ai déjà fait référence auparavant à son ouvrage fondamental : *History of the Criminal Law of England*. 3 volumes (1883).

192) Holdsworth passe à un bref examen de l'équité et du droit de propriété, pour conclure en s'attardant sur le droit canonique, et plus spécialement sur le mariage, les biens ecclésiastiques et les régimes des diocèses. Il coiffe le tout d'un résumé sommaire de la législation de cette période.

La seconde section, la quatrième de l'ouvrage, puisque Holdsworth commence sa numérotation au volume XIV pour tout le chapitre cinquième, relate l'évolution de l'enseignement du droit dans les universités anglaises³⁴⁴ et indique les différentes catégories des professions exercées devant les tribunaux. La troisième section, la cinquième, offre un intérêt spécial puisqu'elle traite des *reports*. Ce point est fondamental parce que, comme nous l'avons déjà indiqué, c'est à la fin du XVIII^e siècle que la différence entre les *authorized* et les *unauthorized reports* fut établie, seuls les premiers pouvant être invoqués devant les tribunaux; ils devaient perdre toutefois ce monopole quand Lord Denmann autorisa les plaideurs à invoquer d'autres *reports* devant le *King's Bench*. Cette interprétation fut élargie et trouva sa formulation précise en 1863, grâce à Lord Westbury³⁴⁵.

L'examen de la littérature juridique des différentes branches du droit fait l'objet de la section quatrième, en fait la sixième dans le plan général. La cinquième (ou septième d'après le plan général), c'est-à-dire la dernière, est consacrée à la *common law* et à ses représentants ou à ceux qui contribuèrent à la forger durant cette période, soit les juges en chef — *Chief Justices* — du *King's Bench* et de la *Common Pleas*, les principaux Barons de la *Court of Exchequer*, d'autres juges de la *common law*, et même quelques juristes importants — Follet, Karslake et Arherton — qui, même s'ils n'occupaient pas de fonction précise avaient vu leur autorité reconnue.

Le volume XVI

Le dernier volume de *A History of English Law* parut en 1966, fermant ainsi le cycle que Holdsworth avait ouvert en 1903. On remar-

³⁴⁴ L'université de Londres eut dès sa fondation une faculté de droit, d'un prestige singulier, dans le *University College*. Avant la moitié du XIX^e siècle, elle était la seule faculté qui donnait une formation juridique sérieuse. Oxford institua l'examen pour le degré de B.C.L. en 1852, et Cambridge pour le degré L.L.B. en 1885. Au début du siècle actuel — et plus particulièrement en 1908, date de la fondation de la *Society of Public Teachers of Law* — huit universités anglaises octroyaient leur *degrees* correspondants en Droit.

³⁴⁵ La règle donnée par celui-ci se lisait comme suit : « As soon as a report is published of any case with the name of a barrister annexed to its, the report is accredited, and may be cited as an authority before any tribunal ».

quera que c'est le plus bref de toute la série, il n'atteint pas les deux cents pages. On pourrait croire à première vue que la matière dont il traite présente moins d'intérêt suivant la remarque des directeurs de la publication, il tente d'esquisser le schéma qui, dans les domaines social, économique et politique, forma la toile de fonds de ce demi-siècle qui sépare la *Reform Act* de 1832 des *Judicature Acts* de 1873-1875. On a recours à cette fin à une série de biographies successives de Chanciers, *Masters of the Rolls* et d'autres juges. Ainsi apparaissent sous nos yeux les figures le Lyndhurst, Cottenham, Truro, St. Leonard, Cranworth, Chelmsfort, Campbell, Westbury, Haterley, Selborne et Cairns chez les premiers; Longdale, Romilly et Jessel pour les deuxièmes, et enfin une pléiade de juges classé d'après les différents tribunaux. On ne doit pas sousestimer l'importance de ce volume XVI. Il suffit de considérer que les développements strictement biographiques, de caractère personnel, ne représentent qu'une toute petite partie de l'ensemble et ne constituent qu'une introduction sommaire pour apprendre à connaître chacun des personnages. On analyse ensuite leur méthode d'interprétation, leur rôle respectif dans les structures et les institutions de l'époque, leurs interventions, écrites ou verbales, en matières juridiques, et le sens et la genèse interne des décisions qu'ils ont rendues. C'est seulement lorsqu'on a présent à l'esprit le caractère particulier du droit anglais qu'on peut mesurer avec précision l'importance des juges sur son développement et sa formation. Nous pensons ici, par exemple, à Cresswell, Penzance ou Hanne, à propos du mariage et des successions. La partie consacrée aux Chanciers présente brièvement l'ensemble des circonstances qui façonnèrent réellement l'évolution sociale et politique de l'Angleterre au siècle dernier.

2. *Les caractéristiques de Holdsworth et de son Oeuvre*

Il serait superflu d'ajouter ici des commentaires sur l'extraordinaire capacité de travail de l'auteur de *A History of English Law*. Comme nous l'avons déjà souligné auparavant il n'est rien de plus éloquent que d'examiner le déroulement chronologique de la parution des douze volumes qu'il publia personnellement, de leurs diverses refontes ou améliorations, ainsi que de la préparation du matériel qui a servi de base, plus ou moins directement, aux quatre autres volumes. Toutefois, on ne peut s'arrêter là. Holdsworth consacra une grande partie de son temps à des tâches d'enseignement tout en conservant sans cesse l'attention cordiale et humaine d'un grand maître. Le Président du *St. John College* résumait ainsi ses impressions personnelles : « Je ne connais personne,

écrivait-il³⁴⁶, qui sût combiner avec tant de succès joie de vivre avec un travail acharné. Il lui arrivait souvent de consacrer la matinée à ses cours et les premières heures de l'après-midi à se promener dans sa chaloupe sur le fleuve. Plus tard, après deux ou trois coupes de porto dans la *Common Room*, il prenait avec lui quelques-uns de ses élèves dont il était le tuteur. Finalement, il s'installait pour écrire un chapitre de sa monumentale Histoire ». Nous savons que ce ne fût que durant les dernières années de sa vie que son épouse réussit à lui faire quitter son travail à minuit.

En tant que professeur il ne s'illustra jamais par de brillants exposés, malgré l'intérêt des sujets qu'il maîtrisait de façon absolue. En raison de la faiblesse de sa voix il était difficile que tous les élèves puissent l'entendre, et même, comme l'a rappelé Stallybrass³⁴⁷, par moments, seulement ceux qui étaient placés sur les *stalls* réussissaient à suivre les explications. Par contre, selon le même témoignage, les heures que Holdsworth appelait ses *heures privées*, consacrées à sa tâche de tuteur avec les étudiants³⁴⁸, constituèrent un régal authentique pour ses disciples.

Les meilleurs spécialistes de l'œuvre de Holdsworth s'accordent à trouver sec et précis son style littéraire. Goodhart a situé son style plus près de la construction d'un ingénieur que de celle d'un artiste. Cependant, ce style, qui peut être rude à la première époque³⁴⁹, acquit plus de fluidité et de flexibilité et devient même parfois brillant, par exemple dans son célèbre essai *Charles Dickens as Legal Historian*, comme Goodhart et Stallybrass l'ont souligné³⁵⁰. Lord Wright signala que le style de Holdsworth était simple et nerveux et qu'on ne devait pas le comparer à la vivacité de Maitland ou aux ornements de la large culture philosophique et littéraire de Pollock. Holdsworth ignorait l'affectation et il essayait toujours d'exprimer de la façon la plus concise possible une quantité énorme de réalités et d'idées. Son style, conclut Lord Wright, fut précisément l'instrument que requérait son œuvre³⁵¹.

³⁴⁶ Cité textuellement dans GOODHART : *Sir William Searle Holdsworth, O.M. 1871-1944*, page 15.

³⁴⁷ *LQR* 60 (1944), page 147.

³⁴⁸ A propos de l'enthousiasme de HOLDSWORTH pour une relation étroite entre professeurs et étudiants et — plus spécialement — pour le système des tuteurs universitaires, v. la note de H. G. HANBURY dans *LQR* 60 (1944), page 154.

³⁴⁹ V. GOODHART : *Sir W. S. Holdsworth*, page 17.

³⁵⁰ GOODHART fit remarquer que cet ouvrage « Makes delightful reading even for those who are not legal scholars ». *Idem*, page 17.

« *Charles Dickens as Legal Historian*, in some ways his most attractive book ». V. STALLYBRASS, dans *LQR* 60 (1944), page 150.

³⁵¹ *LQR* 60 (1944), page 142.

Il est intéressant enfin de souligner que Holdsworth délaisse un peu cette ouverture d'esprit vers l'Europe qui avait caractérisé Maitland. D'après les renseignements que nous avons, Holdsworth lisait le français avec une certaine facilité même s'il éprouvait de sérieuses difficultés à le parler; il n'essaya jamais d'apprendre l'allemand. Cet état d'esprit à l'égard du continent si typiquement anglais même dans la première partie de notre siècle³⁵², s'explique probablement encore mieux pour l'auteur, quant à l'Allemagne, en raison d'un problème personnel qui surgit dans les dernières années de sa vie. Lorsque la deuxième guerre mondiale éclata il expédia à un de ses amis résidant à Washington, monsieur le juge Felix Frankfurter, une copie du manuscrit du volume XIII de l'*History*. Un de ses enfants fut tué pendant la guerre, et l'événement fut enregistré dans la dédicace de ce même volume et des suivants. Cette dédicace, adressée au fils décédé « pour défendre son pays et la civilisation contre la sauvagerie innée et incorrigible du peuple allemand »³⁵³, est d'une dureté exceptionnelle si l'on considère qu'elle précède un ouvrage scientifique.

On a dit que son ignorance de la langue allemande constitua un obstacle à la rigueur et à la documentation de son œuvre. Cette observation est sans doute exacte en ce qui concerne la première partie particulièrement, quand Holdsworth traite des lois anglo-saxonnes, dont le texte authentique avait été reconstitué par Liebermann³⁵⁴; toutefois,

³⁵² Il n'aimait pas aller sur le Continent — avait-il écrit à son épouse — disant que pour lui la nécessité de parler d'autres langues n'était pas « holiday ». V. GOODHART : *Sir W. S. Holdsworth*, page 14.

³⁵³ La dédicace complète, parue au début du volume XIII disait ainsi : « To the memory of my son Flight-Lieutenant R. W. G. Holdsworth, R.A.F.V.R., Stowell Fellow and dean of University College, Oxford, who was killed in the war to defend his country and civilization from the innate and incorrigible savagery of the German people this and the remaining volumes of this History are dedicated ». Dans l'édition de 1966 on a supprimé le passage insultant (« who was killed in the war to defend his country and civilization from the innate and incorrigible savagery of the German people »).

³⁵⁴ La *Record Commission* avait publié ces lois — sous la direction de THORPE — en 1840, mais le résultat ne fut pas satisfaisant. LIEBERMANN — qui avait manifesté son intérêt pour des sujets d'histoire du droit anglais avec la *Einleitung in den Dialogus de Scaccario*, parue en 1875 — entreprit son travail en examinant à peu près cent quatre-vingt manuscrits aussi bien en Angleterre que sur le continent. Le résultat de cette tâche fut la publication de *Die Gesetze der Angelsachsen*, qui fut publié en deux volumes. Le premier — de 1903 — contenait les textes de lois et leur traduction. Le deuxième était composé de deux parties : un vocabulaire — 1906 — et un *Rechts und Sachglossar*, paru en 1912. HAZELTINE qualifia l'œuvre de « Superb edition » (*LQR* 29 (1913), page 287) indiquant qu'elle constituait « a great treasury of accurate information upon the early law of England ». (*Idem*, page 395).

même alors Goodhart l'excuse en alléguant que les auteurs anglais consultés par Holdsworth suffisaient pour lui permettre d'arriver à ses fins³⁵⁵.

Un des traits caractéristiques de l'auteur est son souci de mettre en relief l'importance de l'histoire du droit, soit comme moyen de mieux comprendre l'histoire du pays³⁵⁶ soit comme facteur de la formation des historiens et juristes. Pour les historiens conscients de l'ampleur du monde juridique, « le droit intervient dans toutes les activités humaines que l'État ou la communauté doivent réglementer au cours des diverses périodes de l'histoire », dirait l'auteur de l'*History*³⁵⁷; c'est donc pourquoi les historiens des sciences économiques, sociales ou politiques se trouveront nécessairement impliqués dans la normativité du droit. Les juristes, de leur côté, doivent se rapporter à l'histoire s'ils veulent comprendre correctement le « mécanisme compliqué des matières juridiques », compte tenu du fait que la solution des difficultés d'interprétation dépend quelque peu de la formulation ancienne et progressive du droit. Seule l'histoire, et spécialement l'histoire du droit, nous rend capable de définir et de décrire le monde des institutions et des idées, de découvrir leur raison d'être et les effets qu'elles ont produits et qui subsistent encore³⁵⁸. Pour Holdsworth les points déterminants de l'histoire du droit anglais ont été au nombre de trois; le premier est la rapide centralisation de l'administration de la justice et l'élimination de la juridiction féodale, le deuxième est la professionnalisation du droit à partir du XIII^e siècle et sa conséquence, la formation au XIV^e siècle des si typiques *Inns of Court*, le dernier enfin est constitué par le fait que

LIEBERMANN devint avec ceci une figure importante — avec BRUNNER — chez les étrangers intéressés à l'histoire du droit anglais. A sa mort, le 7 octobre 1925, HAZELTINE lui dédia une note très élogieuse — *LQR* 42 (1926), pages 96-100 — soulignant la signification de son apport à la *legal history* des Îles Britanniques. H. W. C. DAVIS fit remarquer que sa disparition était douloureuse « not only to his personal friends in this country but also to all students of Anglo-Saxon law and history ». (V. dans *EHR* 41 (1926), pages 91-97, à la page 91).

³⁵⁵ « ... but even here the English authorities which he used seem to have been sufficient for his purpose » (*Sir W. S. Holdsworth*, page 15). HOLDSWORTH employa surtout — parmi ses « English authorities » auquel fait allusion génériquement GOODHART — le travail de MATTLAND, *The laws of the Anglo-Saxons*, publié en juillet 1904 dans *LQR*, incorporé plus tard aux *Collected Papers* (III, pages 447-473).

³⁵⁶ V. « The Place of English Legal History in the education of English Lawyers : a plea for its further recognition » dans *Essays in Law and History*, page 21.

³⁵⁷ *Some Lessons from our legal history*, New York, 1928. V. l'essai y inclus — pages 3-54 — « The importance of our legal history » revêt un grand intérêt pour valoriser la signification de cette discipline dans le monde anglo-saxon. Citation à la page 4.

³⁵⁸ *Idem*, pages 3 et 5.

l'influence du droit romain, tellement manifeste au XII^e siècle et dans la plus grande partie du XIII^e s'arrêta au XIV^e, ce qui permit le développement d'un droit proprement anglais à partir d'un contexte proprement autochtone ³⁵⁹.

Dès le début Holdsworth insista sur l'enseignement de la *legal history* dans les universités ³⁶⁰. La réhabilitation de cette matière dans les cadres des disciplines juridiques est due en grande partie à la suggestion du professeur d'Oxford et au prestige de *A History of English Law* sur la scène juridique britannique. D'après Lord Wright ³⁶¹, les résultats de son « presque incroyable travail de recherche en droit et en histoire » ont fait que cette œuvre est devenue une source de référence commune à tous ceux qui étudient la constitution et le développement du droit anglais. Le développement continu et inexorable de l'*History* depuis 1903 et sa conclusion en seize volumes explique, compte tenu de sa rigueur et de son ampleur, qu'elle ait découragé des tentatives similaires de la part d'autres historiens. De fait, le reste des auteurs anglais, pendant tout le XX^e siècle, a porté son attention sur la préparation de brefs traités ou de Manuels à l'usage des étudiants de l'université. Ce sont ces manuels qui vont maintenant retenir notre attention.

B – Autres tenants de cette discipline

1. Edward Jenks : A Short History of English Law

Nous avons déjà expliqué plus haut comment, à l'origine, l'œuvre de Holdsworth était née du refus de Jenks de rédiger un précis d'histoire du droit anglais en un seul volume. *A History of English Law* devint tout de suite une œuvre fort différente de celle qu'on avait d'abord prévue. La première décennie du XX^e siècle écoulée, alors qu'on pouvait déjà compter sur trois tomes de cet ouvrage et sur trois autres tomes des *Select essays in Anglo-American Legal History*, ainsi que sur des publications récentes de la *Selden Society*, Jenks reconsidéra la proposition de 1901. La publication en 1912, de *A short History of English Law*, alors que l'auteur était *Principal* et *Director of Legal Studies of the Law Society*, représente le fruit de cet effort.

³⁵⁹ *Idem*, pages 10-11.

³⁶⁰ Par ex. : dans la préface à la première édition des volumes II et III de *l'histoire*, en 1909 : « It is a subject which ought to be taught thoroughly in any University which possesses a law school, for it is essential to a knowledge of the principles of the law, and it is a knowledge of principles alone that a University can teach. But as the author knows from experience, it is difficult to teach a subject adequately without a textbook ». Page VII.

³⁶¹ *LQR* 60 (1944), page 140.

Dans la préface à la première édition, Jenks souligne l'aide que Holdsworth lui a accordée, car ce dernier avait lu et critiqué l'original avant qu'il ne soit remis à l'imprimerie. Si l'on retient que l'origine et le développement des tribunaux avaient été étudiés avec soin dans le premier volume de Holdsworth, ainsi que dans *The Constitutional History of England* ou dans *English Legal Institutions* de Carter, l'auteur ne traite le sujet que sommairement. Les plus grandes difficultés se présentèrent logiquement lorsqu'il s'agissait de schématiser le développement de la *legal history* à partir du XVII^e siècle où Jenks avoue avoir navigué sur une « mer presque inexplorée »³⁶².

L'ouvrage suit un ordre chronologique rigoureux, réparti en quatre périodes. La première traite de l'époque antérieure à la conquête normande. La deuxième va jusqu'à la mort d'Henry III, en cinq chapitres, où Jenks analyse principalement les sources du droit anglais, la structure féodale, l'organisation judiciaire et les droits réels sur les biens meubles. La troisième période, 1272–1660, est consacrée à la naissance de l'État moderne et l'analyse du droit de propriété (chap. IX), des contrats (chap. X), du droit pénal (chap. XI) et de la procédure (chap. XII). La dernière période, *The Restoration to the present day*, 1660–1911, se compose de sept chapitres qui s'ordonnent de la même manière que les chapitres précédents. L'ouvrage est écrit dans un style simple et agréable et comporte une bibliographie élémentaire.

La deuxième édition de *A Short History of English Law* est datée de 1920, à Londres, et la troisième fut publiée quatre ans plus tard. Les deux ne font que reviser l'édition antérieure. Par contre, la quatrième édition (Londres, 1928) ajoute un nouveau chapitre, à la fin de la dernière période. C'est le chapitre XX : *Post-War property legislation*, qui recueille les dispositions légales de la période 1922–1925 et examine l'important *Landlord and Tenant Act* de 1927. La nouvelle édition³⁶³ comporte aussi une mise à jour de la bibliographie relative aux autres matières traitées dans l'ouvrage et constitue un apport utile pour l'enseignement³⁶⁴. En 1934, on réédite l'édition de 1928 et on ajoute une sorte de chapitre supplémentaire, le XXI^e de la cinquième édition, publiée à Londres en 1938. Jenks³⁶⁵ étudie dans ce chapitre les dix der-

³⁶² V. La préface de la première édition (Londres, 1912), page VIII.

³⁶³ Contient une préface de l'auteur, datée à *The London School of Economics and Political Science*, en juin de cette année où il faisait le sommaire des réformes.

³⁶⁴ Cf. le compte rendu de P. H. W. dans *LQR* 45 (1929), pages 405-406. Il faut tenir compte qu'à cette époque, JENKS était *Professor of English Law*.

³⁶⁵ Alors *Emeritus Professor of English Law*. Il était aussi docteur *honoris causa* de l'université de Paris.

nières années à partir de l'*Annual Survey of English Law*, publié par la *London School*. Cette addition se révèle, à mon avis, quelque peu inopportune et dénature le caractère général et syntétique du reste de l'ouvrage; l'existence, à l'intérieur de l'ouvrage, d'un chapitre relatif au droit en vigueur, en rompt la structure formelle ³⁶⁶.

A Short History of English Law replacé dans le contexte des autres travaux de l'auteur ³⁶⁷, reste peu utilisée depuis que Plucknett a publié son Manuel complet : *A Concise History of The Common Law*.

2. L'œuvre de Harold Potter

En 1923 parut *An Introduction to the History of English Law*, premier pas dans les publications de Potter en histoire du droit. Ses publications se caractérisent, comme nous le verrons, par un plan d'ensemble confus dans lequel figurent sous divers titres des variations distinctes sur son premier ouvrage. Il convient, par conséquent, si on consulte l'œuvre de cet auteur, d'en user avec une certaine précaution afin de ne pas tomber dans les répétitions et des équivoques.

Comme l'explique Potter dans sa Préface à l'ouvrage cité ³⁶⁸, celui-ci a été conçu à l'usage des étudiants des universités et il s'appuie fondamentalement sur les ouvrages de Pollock — Maitland, Jenks et, tout naturellement, de Holdsworth. Les dix chapitres de l'ouvrage sont distribués de la façon suivante : le premier esquisse une sorte de résumé du développement du droit, tellement élémentaire qu'il n'a presque pas d'intérêt ³⁶⁹. La deuxième — pages 10–25 — traite des sources. Le troisième, le quatrième et le cinquième traitent de l'organisation judiciaire

³⁶⁶ Il semble disproportionné que l'auteur se limite à une période de dix années si on compare cette répartition avec les larges étapes dont il traite dans les autres chapitres de l'ouvrage.

³⁶⁷ De 1891 date *The History of the Doctrine of Consideration in English Law*, et de 1894, *An outline of English Local Government* (7^e édition, Londres 1930). Cette œuvre comporte une analyse très intéressante du sujet, et elle fut traduite tout de suite en français par J. WILHELM, sous le titre *Essai sur le gouvernement local en Angleterre* (Paris, 1902). Aussi : *Modern Land Law* (1899), *Treatise on Law* (1921), *Parliamentary England*, *The Evolution of the Cabinet System* (1903), *The new Jurisprudence* (1933), *Government of the British Empire* (éditions 1918, 1921, 1924, 1930, 1937), *The State and the Nation* (1919) et *Digest of English Civil Law* (1905–17, 1921, 1938, 1947). Le plus connu est *The Book of English Law*, auquel j'ai fait référence (v. *supra* note 3). JENKS écrit aussi une des Introductions au volume I du *The Continental Legal History Series*. Datée à Carcassone, avril 1912, elle apparaît aux pages XLIX–LIII du volume cité.

³⁶⁸ La préface — pages III–IV — était datée en août de cette même année. *An Introduction* . . . , fut édité à Londres.

³⁶⁹ « The preliminary sketch — dit POTTER — is intended to preserve a sense of co-evolution, and to correlate their interdependence ». (Préface, page IV).

et de son fonctionnement. Le sixième touche à la procédure et les septième, huitième et neuvième au droit pénal, aux contrats et aux droits réels. Le dixième chapitre constitue une *History of Equity*, Potter renonce à considérer le droit statutaire en tant que celui-ci se révèle être pratiquement un appendice du droit de la propriété et ne joue qu'un rôle secondaire dans le système juridique actuel. Il ne fait pas non plus l'histoire de ce que nous appelons * la partie spéciale du droit pénal, car, dit-il, chaque délit trouve son fondement propre qui n'est pas assujéti à des principes généraux d'évolution. Le même raisonnement est suivi pour la *commercial law*.

An Introduction est complétée par deux appendices. Le premier est le plus intéressant parce qu'il traite de l'influence du droit romain en Angleterre en quatre brefs paragraphes : l'époque antérieure à la conquête normande; de celle-ci à Edouard I, d'Edouard I à la Renaissance et enfin la Renaissance et la période postérieure. Le problème de la survivance d'un droit romain vulgaire, antérieurement aux invasions anglo-saxonnes, y est examiné et Potter semble, avec Seebohm et Earle prendre le contre-pied de l'opinion dominante, soutenue par Pollock – Maitland, Holdsworth et Brunner. L'appendice suivant est consacré au droit commercial.

La deuxième édition est publiée à Londres en 1926. L'auteur a réécrit certaines parties, des corrections et des additions sont apportées spécialement en droit pénal; avec ces retouches le volume de l'ouvrage augmente de plus d'une cinquantaine de pages. Potter signale³⁷⁰ que cette édition avait été examinée par Holdsworth qui l'avait conseillé sur différents points.

Après le premier tiers du siècle, l'œuvre est révisée en profondeur avec la collaboration de O. Hood Phillips. Cette révision ne conduit pas, comme on pourrait le supposer, à une troisième édition; elle constitue au contraire la première édition d'un nouveau livre : *An historical introduction to English law and its Institutions*, publié à Londres en 1932 — dédié à Holdsworth — lorsque Potter était doyen de la faculté de droit au *King's College*. Selon l'auteur les modifications apportées à l'ouvrage sont dus au désir d'offrir aux étudiants les fondements historiques du droit moderne plutôt qu'une esquisse introductive à l'histoire du droit anglais³⁷¹. Cette différence subtile se traduit par une

* [N.D.T. L'auteur se réfère, bien sûr, à la terminologie universitaire espagnole].

³⁷⁰ V. la Préface, datée à l'université de Birmingham cette même année.

³⁷¹ « To a desire to provide students with the historical foundations of modern law rather than to give introductory sketch of English legal History ». V. Préface, page V.

moins grande attention pour les sources, de courts traités existant déjà sur ce sujet et leur connaissance, affirme Potter, ne contribuant pas tellement à la compréhension des principes de la *substantive law*.

An historical Introduction to English Law and its Institutions, est divisé en quatre parties. La première contient une introduction et une esquisse succincte de caractère général. Dans la deuxième on brosse un tableau historique des institutions judiciaires; à travers onze chapitres il examine à vol d'oiseau les différents tribunaux, tant des anciens reliés au régime seigneurial, que de ceux de la Cour du roi et des tribunaux spéciaux de commerce, de même que des cours canoniques et des juridictions criminelles; le chapitre XI, pour sa part, est consacré à l'analyse du jury. La troisième partie constitue une histoire de la *common law*, considérée comme une unité indépendante, on étudie ses sources propres, le droit pénal, la procédure et les droits réels. La quatrième et dernière partie traite de l'équité; rappelons-nous du chapitre X de *An Introduction*, et on y laisse de côté son évolution abstraite et théorique pour s'arrêter à la contribution de quelques juges remarquables : Nottingham, Sumers, Macclesfield, etc. On y trouve aussi un appendice sur l'influence du droit civil et canonique en Angleterre où l'on peut relever quelques points de contact avec le premier appendice de l'ouvrage de 1923. Parmi les traits remarquables de cet appendice il faut mentionner l'attention sérieuse que l'on porte au monde des institutions et, corrélativement l'attention moins soutenue accordée au développement historique du droit de propriété, ce qui s'explique si l'on retient que Holdsworth avait traité de ce sujet à fond dans son *Historical Introduction to the Land Law*. Le droit commercial est l'objet d'un examen détaillé qui avait déjà été justifié par Potter dans sa Préface ³⁷².

La deuxième édition de l'ouvrage date de 1943 alors que Potter avait déjà publié *A Short outline of English Legal History*, livre que nous étudierons plus loin. Quant à ses structures, cette deuxième édition n'est guère modifiée; elle reprend la division en quatre parties ³⁷³. Cependant, encadrant un contenu différent, quelques parties se présentent comme complètement nouvelles, tandis que d'autres ont été refondues et

³⁷² « The principles of the Law Merchant and particularly the history of the Court of Admiralty have been dealt with relatively so fully because of the intrinsic importance of the nature of the Mercantile Law and the valuable illustration of the development of judicial institutions afforded by the growth and decay of the Admiralty ». Page VII.

³⁷³ La partie III n'était pas intitulée *History of The Common Law*, mais simplement *Common Law*, et les chapitres IV et V de celle-ci — auparavant *History of Contract* et *History of the Law of Property* — sont maintenant intitulés *The Law of Contract* et *The Law of Property*.

que l'ensemble de *An Historical Introduction* a été soumis à une revision totale par adjonction d'un schéma élémentaire de l'évolution économique et sociale à la manière d'une toile de fond sur laquelle se détachent les règles énoncées et les critères employés par les juges.

L'addition d'un chapitre sur les différents types d'actions exige la réadaptation du chapitre relatif à la procédure. Il y a aussi des modifications relatives aux contrats dont l'étude est en outre considérablement allongée. Ce livre, « presque nouveau » comme Potter l'appelait, est plus ambitieux et tâche de réaliser cette conviction de l'auteur qu'il avait professé dans sa préface³⁷⁴ : tout juriste doit être habitué, dès la première époque de sa formation, à maîtriser les caractéristiques essentielles du développement du système. « Il n'y a pas de doute que pour quelques-uns, continue-t-il, l'histoire du droit peut constituer une fin en elle-même, mais l'on ne doit pas me ranger parmi ces auteurs car j'ai passé la majeure partie de ma vie à enseigner et à pratiquer le droit moderne ». Le pragmatisme traditionnel, l'omission des *antiquities* qui ne contribuent pas à résoudre le problème des juristes, trouve ici l'expression d'un témoignage personnel. Notons finalement, d'un point de vue littéraire, la grande amélioration de cette édition³⁷⁵, et le fait que Potter, étant donné les incidences de la seconde guerre mondiale, ne put compter sur l'importante collaboration de Hood Phillips; ce dernier fut seulement le conseiller sur le chapitre relatif aux *Forms of Action* qu'il avait pu lire en manuscrit.

La troisième édition parut à Londres en 1948, bénéficiant des recherches des cinq années précédentes et spécialement des publications du professeur Sayles à la *Selden Society*. Dans la deuxième partie, ce qui constituait antérieurement le chapitre quatrième, *The King's Council and the Star Chamber* devient *The Conciliar Courts*, avec deux nouvelles sections; la troisième, intitulé *The Courts of Equity*, n'est autre que l'ancien chapitre V; la quatrième section, *Modern Administrative Tribunals*, est complètement nouvelle. Cette deuxième partie conserve ses dix chapitres, compte tenu de l'absorption du cinquième. La modification la plus intéressante reste probablement l'étude historique de la « nuisance », fréquemment négligée, que l'auteur mène à bien en s'appuyant sur un travail de recherche personnel.

³⁷⁴ Daté au *King's College* de l'université de Londres, octobre 1942. Elle apparaît aux pages III-VI. Citation à la page V.

³⁷⁵ « I have also allowed myself a certain freedom of style, particularly in the use of metaphor, which seems inappropriate to strictly legal exposition ». Préface, page 4.

La quatrième édition fut publiée par Kiralfy, ancien disciple de Potter, et éditée à Londres en 1958 sous le titre de *Potter's Historical Introduction to English Law*. Kiralfy ne se limita pas à l'addition d'annotations bibliographiques propres à mettre l'ouvrage à jour, mais il remania quelques passages quand il supposait que Potter l'aurait fait³⁷⁶; par exemple au chapitre relatif aux *Forms of Action* et à la *History of Tort* Kiralfy traite séparément du « tort » et du « crime ». On pourrait discuter du point de savoir si quelques-unes de ces modifications ne dénaturent un peu l'optique propre à Potter, puisque ce dernier avait renoncé à étudier séparément, en droit pénal, le développement historique des principaux délits, ou parce que dans l'étude des sources il avait exclu les statuts. Kiralfy ajoute une *Table of Statutes*, avec les références correspondantes en bas de pages. Quant aux sources, l'*Historical Introduction* est complétée par deux livres importants : *History and Sources of the Common Law, Tort and Contract* et le *Source Book of English Law* de Kiralfy lui-même, préparés, nous dit l'auteur³⁷⁷, comme un complément à celui de Potter.

On trouve en outre quelques changements dans la disposition et dans l'ordre de l'ouvrage. L'ancienne introduction de la partie II, *Histoire des institutions judiciaires*, dans la troisième édition, devient le premier chapitre de cette partie, avec le nouveau titre : *The Legal Profession*. La deuxième partie elle-même s'appelle maintenant *The Court*. Dans l'ancienne partie III, le chapitre *The Common Law* est intitulé ici *History of The Common Law*, de la même façon que dans la première édition et l'ancien chapitre IV, *A History of Crime and Tort*, est subdivisé en un quatrième et un cinquième chapitres, respectivement intitulés : *History of Crime and Criminal Procedure* et *History of Tort*.

Nous avons donc situé *An Introduction to the History of English Law* et *An Historical Introduction to English Law and its Institutions*, ce dernier ouvrage constituant le résultat de la refonte du premier, en même temps complété. Cependant, Potter, précisément un an après la publication de son deuxième ouvrage, c'est-à-dire en 1933, décide de

³⁷⁶ « I have considerably rewritten passages where the author would himself have done so ». V. Préface de cette édition, page VII.

³⁷⁷ V. *Idem*, page VIII.

Cet ouvrage paru à Londres en 1957. Son auteur est alors avocat et « Reader in law » au *King's College*. Comme il le fait remarquer dans la Préface — pages VI-VII — le critère sur lequel il s'est guidé pour la sélection des matériaux, fut celui de suivre l'ordre de *A Historical Introduction to English Law* de POTTER, dans le but de coordonner les deux livres. POTTER lui-même avait considéré le besoin d'accomplir une tâche semblable qu'il ne put pas réaliser en raison de son décès.

publier encore *An Introduction* après une révision complète et après en avoir réédité une nouvelle fois quelques passages. Afin de ne pas semer la confusion dans les titres : *An Introduction*, *An Historical Introduction*, Potter ne présente pas une nouvelle édition du premier de ces livres, mais un autre livre avec un titre distinct : *A Short Outline of English Legal History*, composé avec la collaboration de O. Hood Phillips et imprimé à Londres.

Laissant de côté la discussion sur le critère adopté par l'auteur dans l'édition refondue, critère qu'à notre avis il faut rejeter en raison de la confusion qu'il entraîne, il est intéressant de comparer *A Short Outline* avec l'ancienne version de *An Introduction*, *A Short Outline*, constituant en fait la troisième édition de *An Introduction*.

Les chapitres premier et deuxième restent sans changements importants. Par contre, l'ancien troisième chapitre, *History of the Law Courts to 1873*, est divisé maintenant en cinq chapitres. Ceux-ci comprennent l'analyse des tribunaux locaux (chap. III), des tribunaux de *Common Law* (chap. IV et V), des *Conciliar Courts* — y compris le Conseil du roi — (chap. V), de la *High Court of Parliament* (chap. VI) et des cours de droit commercial et maritime (chap. VII où est intégré l'ancien appendice B qui disparaît en tant que tel). Il ne reste que l'appendice A, sous le titre de « L'influence du droit civil et canonique en Angleterre », qui vient répéter avec de légères modifications, non pas l'appendice A de *An Introduction* mais le seul appendice de *An Historical Introduction* publié exactement un an auparavant.

La quatrième édition, ou la deuxième du nouveau titre, parut en 1945. Potter revisa les chapitres relatifs à la procédure, au droit pénal, aux contrats et à l'équité. « Je désire insister, explique-t-il dans la préface, sur le fait que ce livre n'est pas un sommaire de mon *Historical Introduction*, même si tous les deux doivent leur origine à une source commune déjà vieille de vingt ans. L'*Outline* continue d'être réellement une introduction à l'histoire du droit et pas plus, bien qu'il contienne certains matériaux qui ne se trouvent pas dans le livre le plus long ».

La diffusion de *A Short Outline* connut un succès considérable chez les étudiants et ceci amena Kialfy à en publier une cinquième édition en 1958 précisément après avoir achevé la *Potter's Historical Introduction to English Law*. Il conserve une structure semblable à celle de l'édition antérieure. Dans le chapitre troisième, *The Local Courts*, il ajoute une très brève section 4 qui étudie les *Urban Courts*. Au chapitre quatrième il change l'ordre de l'ancienne section 4 qui se trouve dans cette édition la section 6. Le paragraphe trois du chapitre douze. *The evolution*

of some torts, vient constituer, après correction un chapitre indépendant, le treizième, *The History of Torts*. L'ouvrage compte par conséquent un chapitre de plus, il en a maintenant seize avec, en outre, un appendice B : *English Court of Law*.

3. Plucknett : A Concise History of the Common Law

La première édition de *A Concise History of the Common Law*, ouvrage qui sera probablement le meilleur Manuel moderne d'histoire du droit en langue anglaise, parut en 1929 lorsque son auteur était *Assistant Professor* en cette discipline à l'université de Harvard. Comme Plucknett l'a lui-même reconnu, le livre est en relation étroite avec les *Readings on The History and System of the Common Law*, de Roscoe Pound, et plus particulièrement avec la troisième édition, à laquelle Plucknett avait collaboré³⁷⁸. D'après celui-ci la partie historique des *Readings* peut être considérée comme une antologie des sources, qu'on peut employer simultanément avec l'ouvrage qu'il présente. La préface à *A Concise History* contient une apologie chaleureuse de Pollock et de Maitland, et surtout de Holdsworth, en même temps que des regrets quant à la pénurie de données sur une histoire du droit proprement nord-américain et la rareté des auteurs qui s'y intéressent³⁷⁹.

A Concise History fut éditée dans un volume divisé en deux livres. Le livre I, *A General Survey of Legal History*, est réparti de son côté en quatre parties. La première est une histoire du droit public et de

³⁷⁸ L'origine de cet ouvrage fut une série de leçons sur l'histoire du droit que Roscoe POUND — *Carter Professor of Jurisprudence* à l'université de Harvard — avait prononcé en 1889. On réalisa à partir de ces travaux un genre de compilation résumée qui parut en 1904. Neuf ans plus tard la deuxième édition revue fut publiée, en 1927 on lança la troisième édition, à laquelle PLUCKNETT avait collaboré. Cette dernière se compose de douze chapitres, où l'on recueille plusieurs textes, « to provide in convenient form — selon signala POUND — materials which may serve as a basis for discussion in class and for lectures and explanation which, unless the matter is before the student at the moment, would be abstract, if not unintelligible ». (Préface, page III). A proprement parler, le chapitre dédié à l'histoire de la *common law* est le deuxième — pages 43-250 —. Les textes latins et français furent traduits par PLUCKNETT. Il y a des références constantes à l'ouvrage de HOLDSWORTH, et la bibliographie est fondamentalement aglo-saxonne.

³⁷⁹ « More especially we regret the omission of a systematic treatment of the legal history of this country. Under the circumstances it has proved impossible. Upon this side of the Atlantic there has been no Reeves, no Maitland, no Pollock, and no Holdsworth. American Legal History is a field of enormous extent and extraordinary interest, but it still waits its pioneers ».

l'organisation politique jusqu'au XVIII^e siècle; son dernier chapitre devient une espèce d'histoire sociale et d'histoire de la pensée pendant ce dernier siècle. La deuxième partie étudie principalement l'organisation judiciaire : depuis les *communal* et *local courts*³⁸⁰ jusqu'à la centralisation des tribunaux, en passant par la juridiction seigneuriale. Le chapitre IV de cette partie examine la problématique et le développement du jury, et le sixième chapitre, original et attirant, présente une analyse historique de la *legal profession*. Les chapitres VII et VIII, *Professional Literature*, traitent des auteurs et des textes fondamentaux dans le développement de la *common law*.

La troisième partie du livre I et la première du livre II offrent un intérêt spécial. La première est consacrée aux « forces externes » du droit anglais, et on y étudie en de larges exposés généraux l'influence des droits romain, canonique et commercial. Parallèlement à ce travail, l'auteur traite de l'interprétation judiciaire et des caractéristiques de l'équité. La partie IV se réfère à la coutume (chapitre I), aux types d'actions (chapitre II) et au système historique de législation, et elle comporte un dernier chapitre sur le principe du précédent. Le livre II se compose de deux parties : la première qui comprend des observations remarquables à propos de la féodalité anglaise, traite des droits réels et du droit de propriété. La deuxième dresse une fresque historique du contrat, dont il n'est pas intéressant de faire ici une description plus détaillée étant donné les changements qui se produiront dans les éditions subséquentes.

L'édition suivante parut à Londres en 1936, lorsque l'auteur était professeur d'histoire du droit au *London School*. Cette deuxième édition, refondue, essaie de rendre l'ouvrage accessible en Angleterre, étant donné le succès que la première édition avait connu aux États-Unis. La structure primitive en deux livres est maintenue, même si le contenu est considérablement élargi, augmentation qui se traduit par une addition de quelque cent quatre-vingt pages à la première édition.

Le livre I se compose maintenant de trois parties. *The Crown and The State*, la première, ajoute à la publication précédente un chapitre neuvième relatif au XIX^e siècle. La deuxième est améliorée par

³⁸⁰ On constate l'influence constante des travaux de VINOGRADOFF et MAITLAND. *Village Communities* du premier et *Domesday Book and Beyond* et *Towship and Borough* du second, forment des parties importantes dans l'analyse synthétique de PLUCKNETT.

sa structuration en quatorze chapitres, dont la simple énumération³⁸¹ permet de connaître l'ordonnancement complet des différents tribunaux. La troisième, dont le titre antérieur est remplacé par celui de *Some Factors in Legal History*, est divisée en cinq chapitres qui traitent du droit romain, du droit canonique, de la coutume, du système législatif et du principe du précédent. Le premier de ces chapitres rejette comme excessif l'ancien postulat de Maitland relatif au grave danger qui menaçait la *common law* à l'époque d'Henry VIII sous l'influence du droit romain et du mouvement humaniste³⁸²; il adopte ainsi le point de vue moderne, proposé antérieurement par Vinogradoff dans son *Roman Law in Medieval Europe* et, surtout, par Holdsworth; ces auteurs ne virent dans cette situation qu'un simple concours de facteurs étrangers qui, en disputant la suprématie jusqu'alors unique de la *common law*, contribuèrent en définitive à la fortifier.

Le livre II dépasse le plan schématique antérieur orienté vers le droit de la propriété et des contrats en incluant maintenant des études sur la procédure, le droit pénal et l'équité. Pour être précis il se divise en cinq parties : procédure (trois chapitres), droit pénal (cinq chapitres), propriété (dix chapitres) et équité (trois chapitres). La deuxième moitié, écrit l'auteur dans sa préface³⁸³, se compose d'introductions à quelques-uns des principaux secteurs du droit. On aurait pu traiter, continue l'auteur, d'autres matières, mais seulement au risque de s'écarter de l'objet de l'œuvre qui est celui d'exposer le développement historique du droit et non de servir le livre de référence.

L'ouvrage fut bien accueilli en Angleterre³⁸⁴. Les éléments les plus remarquables, souligne T. E. Lewis, sont constitués par la démonstration de Plucknett, tentant de prouver que la législation d'Edouard I³⁸⁵ n'avait pas un caractère anti-féodal, par son résumé des

³⁸¹ Titre général : *The Courts and the Profession*. 1) *The communal Courts*. 2) *Seignorial Jurisdiction*. 3) *The Crown and Local Courts*. 4) *The Jury*. 5) *The origins of the Central Courts*. 6) *The elaboration of the Judicial System : 1307-1509*. 7) *The Tudors and the Common Law Courts*. 8) *The Rise of the Courts of Equity*. 9) *Prerogative, Equity and Law under the Stuarts*. 10) *Parliament and the Privy Council*. 11) *The Courts in the Nineteenth Century*. 12) *The legal Profession*. 13) *The growth of the Judiciary*. 14) *Professional Literature*.

³⁸² V. « English law and the Renaissance », dans *Select Essays in Anglo-American History*, I, pages 168-207.

³⁸³ Datée au *London School*, le 1^{er} mai 1936, il figure aux pages V-VI du volume correspondant. Citation à la page V.

³⁸⁴ *LQR* 52 (1936), pages 595-596.

³⁸⁵ V. pages 40-41 dans la seconde édition de *A Concise History*.

théories sur l'origine du jury³⁸⁶, par l'analyse des *Year Books*, de la doctrine du précédent, des questions de procédure, de la classification des actions et de la propriété, etc. Lewis, enfin, loua *A Concise History* à tous les points de vue³⁸⁷.

La troisième édition publiée à Londres en 1940, constitue une édition entièrement révisée et augmentée d'une sixième partie ajoutée au livre II, relative au droit successoral et divisée en trois chapitres : *Inheritance, Intestacy et Wills*. Cette refonte tire profit des recherches des trois années antérieures et, particulièrement, de l'œuvre *Felony and Misdemeanour* du professeur Geobel, du volume de Putnam, *Proceeding before the Justices of the Peace*, édité par la *Ames Foundation*, d'un grand intérêt non seulement quant aux aspects judiciaires mais aussi pour l'histoire des origines du droit pénal, des trois tomes de *Cases in the King's Bench* de G. O. Sayles, publié par la *Selden Society*, et des volumes X, XI et XII de l'ouvrage de Holdsworth, parus en 1938. De plus, quelques passages ont été réécrits et la bibliographie de 1936-1940 est incorporée aux notes en bas de page. Dès lors, le volume de l'ouvrage augmenta encore et il n'est pas étonnant par conséquent que D. W. Logan, tout en retenant que l'œuvre est destinée aux étudiants, comme Plucknett le souhaitait lui-même³⁸⁸, suggère à l'auteur, dans la *Law Quarterly Review*, de le dédoubler en deux tomes, dont les contenus respectifs seraient formés essentiellement des deux livres qui le composent³⁸⁹.

³⁸⁶ *Idem*, pages 119-120.

³⁸⁷ « Every page shows accurate and scholarly research; the treatment is new and so is a great deal of the substance... The book is the work of an expert... The author is at his best when dealing with professional literature and the Year Books... There is an illuminating account of the origin of trespass... The equitable features of the *common law* are well brought out ». *LQR* 52 (1936), pages 595-596.

³⁸⁸ « The place of legal history in the law school curriculum is still a matter of debate. It may be remarked, however, that if law is a difficult study to the beginner, the history of the law with its different outlook and unfamiliar concepts, is apt to be more difficult still. This book has therefore been planned on the principle that the first part — *A General Survey on Legal History* —, is as much legal history as a first-year student can be expected to master, in view of the fact that he is embarking upon a subject for which his earlier studies have given him little preparation. At a later stage he can embark upon legal history in more detail ».

³⁸⁹ 56 (1940), pages 562-563 à la page 563 : « The new material has inevitably increased the size of the book, and perhaps the time has come for the author to consider the advisability of dividing it into two volumes. Book one, with some account of Equity added, might well be produced separately for the benefit of students reading the first year course called *English Legal System*. This would provide them with an admirable historical background while the present organization could be studied in D^r. R. M. Jackson's new book —

Plucknett ne retint pas cette suggestion et il publie la quatrième édition en 1948 en ajoutant à son livre quelque trois cents pages supplémentaires, sans introduire de changement essentiel à sa structure. *A Concise History* est mis à jour et élargi, en y incorporant des additions fragmentaires et une nouvelle bibliographie³⁹⁰, tandis que quelques passages, comme la discussion sur le *Trespass and Case*, bénéficient d'une nouvelle rédaction³⁹¹. La cinquième et dernière édition publiée à Londres en 1956, suit dans la même ligne. Sans compter les index, etc., elle comporte 746 pages de texte, contre les 707 de la quatrième édition. L'augmentation est surtout due à des modifications d'ordre typographique plutôt qu'aux améliorations et aux changements qui y sont introduits, particulièrement en ce qui a trait au jury. Pour Milsom³⁹², qui loua sans réserve *A Concise History* — « is a unique work » écrit-il —, le travail de Plucknett sur la *Brevia Placitata*, d'importance singulière pour déterminer l'origine des *Year Books*³⁹³, revêt un intérêt spécial.

4. *Harding : A Social History of English Law*

Le dernier traité sur l'histoire du droit anglais, paru en 1966, est celui d'Alan Harding³⁹⁴, qui vient d'être édité par *Penguin Books*. Le titre lui-même laisse présumer que l'auteur soutient un point de vue différent des auteurs antérieurs. L'intention de l'auteur consiste à associer étroitement l'évolution du droit avec celle de la société qu'il ordonne. Comme Harding le rappelle, le droit qui oublie la société prend le risque de se changer en une science occulte, « a black art », un labyrinthe dont on a perdu la clef. Cette dissociation s'est retrouvée chez les juristes anglais à cause de l'isolationisme des *Inns of Court*. *A Social History* tâche d'être avant tout une « histoire réelle ». Elle veut considérer le développement du droit comme un tout en tant

The Machinery of Justice —. Book two of professor Plucknett's present volume, which deals with the history of specific subjects, would, with a little expansion, meet a great want in supplying a text-book for students who in their third year specialize in Legal History ».

³⁹⁰ Principalement l'édition de D. M. STENTON des *Eyre Rolls of Gloucestershire, Warwickshire and Staffordshire*, publiés par la *Selden Society*, et le *Y.B. II Edward II*, édité par COLLES.

³⁹¹ V. Le compte rendu de S. F. C. MILSOM dans *LQR* 65 (1949), page 125.

³⁹² *LQR* 73 (1957), où se trouve le compte rendu de cette cinquième édition.

³⁹³ V. PLUCKNETT : *A Concise History* . . . , page 268.

³⁹⁴ Il enseigna l'histoire moderne au *University College* d'Oxford, et il obtint — après un travail de recherche sur la charge de *Justice of Peace*, qu'il réalisa à l'université de Manchester — le prix *Alexander*, de la *Royal Historical Society* de 1959. Il fut nommé en 1961, lecteur d'Histoire Médiévale à l'université d'Édimbourg.

qu'agent formateur de la société anglaise, et non pas se contenter de construire un ensemble rétrospectif des *legal doctrines*³⁹⁵.

Dans cette optique, le livre se divise en trois parties. La première décrit le développement du droit anglais jusqu'à 1642, en tant que système théorique. On y traite du droit primitif, de la formation de la *common law*, et spécialement du droit pénal et privé jusqu'au milieu du XVII^e siècle. La deuxième partie analyse l'infra-structure sociologique sur laquelle ce droit agit, à partir du système judiciaire primitif et de l'institution progressive des tribunaux de ces organismes centralisés. La pensée de Harding revêt une consistance particulière aux chapitres IX, *Law in the Making*, et X, *Law in English History*. Le premier, dans son expression synthétique, est spécialement complexe et il étudie le tandem loi-coutume, la création du droit par les juges, la législation et son rôle, ainsi que celui des statuts en droit anglais, concluant sur une brève référence au monde juridique européen, en fait pratiquement restreint au droit romain. *Law in English History*, qui tente de justifier, selon les indications de l'auteur, son affirmation en vertu de laquelle l'histoire du droit est l'histoire de la société³⁹⁶, confronte d'un point de vue historique la matière juridique avec le problème de la liberté, dont le droit est la garantie, avec les inégalités du contexte social et avec le statut du roi et de l'État lui-même. On y fait allusion aussi aux tribunaux considérés comme des piliers de la constitution médiévale, et l'auteur conclut sur une brève étude de l'histoire de l'Angleterre à l'époque considérée. La troisième Partie étudie la période qui va de 1682 à 1789, *The Age of Improvisation*, où une attention spéciale est réservée à des sujets comme le droit pénal, l'équité et aux artisans du droit anglais au XVIII^e siècle. Il continue avec le chapitre XII par l'étude de l'expansion de la *common law* au rythme de la colonisation anglaise, signalant le rôle du droit commercial à partir de la révolution industrielle. Dans le dernier chapitre on analyse les réformes juridiques du XIX^e siècle et, entre autres, celles qui se rapportent aux tribunaux civils et criminels. L'auteur conclut par un épilogue fort étendu, pages 389-431, où il examine les dernières manifestations de tout le processus historique, ses progrès et ses reculs, au siècle présent. Le livre de Harding, placé en dehors des schémas habituels de la bibliographie générale britannique, se révèle très utile pour évaluer les relations entre droit et communauté, spécialement significatives dans le monde anglo-saxon. Mais en raison du souci extrême d'anti-dogmatisme manifesté par l'au-

³⁹⁵ V. *Introduction : Law and History*, page 9.

³⁹⁶ A *Social History*..., page 242.

teur, l'ouvrage, même compte tenu de son caractère élémentaire, est moins utile pour comprendre le développement et la nature de l'ordonnement juridique, rarement esquissés avec clarté.

Considérations critiques

L'historiographie du droit anglais a suivi un rythme particulier en accord avec les caractéristiques du système des Îles Britanniques et particulièrement avec l'importance du droit de formation judiciaire de *common law*. Ainsi, chez nous, les juristes commencèrent par étudier les sources droit — lois, codes ou compilations — afin de connaître leur autorité et leur ordre de priorité, alors qu'en Angleterre l'histoire du droit se développe principalement autour des *reports* et par conséquent du *case law*.

Cette distinction met en relief l'évolution de l'histoire du droit jusqu'au XIX^e siècle. Initialement, l'étude de l'histoire générale eut peu de rapports avec l'étude de l'histoire du droit, et les premiers historiens du droit ne furent pas des historiens mais des juristes, comme Coke par exemple dans la confection des *reports* de droit commun, ou comme St. Germain dans l'étude des relations de la *common law* et de l'équité. Vers la fin du XVI^e siècle, l'histoire du droit contracte ses premières dettes envers les historiens généraux qui se sont intéressés aux institutions juridiques. Ceci ne veut pas dire que ces derniers élaborèrent de façon incidente la *legal history*, mais qu'ils traitèrent directement des institutions, comme le firent Lambard, ou Prynne et Dugdale au XVII^e siècle, et Madox au XVIII^e. C'est là que se retrouvent toutes les implications des relations entre l'histoire générale et l'histoire du droit en Angleterre³⁹⁷; sur le continent, au contraire l'histoire du droit est plutôt considérée comme une branche de l'histoire générale, quoiqu'il soit juste de signaler que le bénéfice obtenu, celui de mettre en relief la portée historique du droit en même temps que le contenu précis de ses concepts³⁹⁸, répondait à un besoin rarement senti dans les systèmes anglo-saxons.

La conception pragmatique de la *legal history* mérite d'être étudiée, en tant qu'elle explique l'esprit qui avait façonné ses formulations successives. La réticence de Selden, en Angleterre, à l'égard de la *sterile part of antiquity*, ou de Holmes, aux États-Unis à l'égard des inutiles recherches d'« antiquités » (*the pitfall of antiquarianism*) a été trop im-

³⁹⁷ V. HOLDSWORTH, *Sources and Literature of English Law*, 1925, page 5.

³⁹⁸ Cf. GARCIA-GALLO « Historia, Derecho e Historia del Derecho », *AHDE* 23 (1953), page 17.

portante pour ne pas éveiller certains soupçons. En ce sens nous pouvons affirmer que jusqu'à la fin du XIX^e siècle, l'histoire du droit ne fut pas étudiée comme une matière scientifiquement autonome et indépendamment des services qu'elle pouvait rendre pour une compréhension correcte du droit en vigueur³⁹⁹. On relève ici l'influence de l'École historique qui ne sentit pas un besoin spécial de recourir en Angleterre à la conscience populaire comme source du droit, et qui n'eut pas besoin non plus de livrer de luttes ardentes contre une codification systématique et formelle. Les moyens d'expression de cette école se retrouvant donc dans la sociologie juridique de Maine, la jurisprudence ethnologique de Vinogradoff, et dans un appel à l'étude scientifique de l'histoire du droit, telle que la comprenait Maitland, avec une référence complémentaire au droit comparé.

L'Histoire de Pollock – Maitland amorça une étude systématique des sources du droit et elle analysa le droit anglo-saxon, le droit normand ou le droit romain indépendamment de sa permanence et de son efficacité. Cependant, trente ans plus tard, Holdsworth commença son traité *Sources and Literature of English Law*, par la conquête normande, parce que comme il l'avait indiqué, celle-ci marquait le seul jalon vraiment décisif dans l'histoire du droit anglais⁴⁰⁰. De toute façon, le pragmatisme scientifique se manifesta plus clairement aux États-Unis. « Quel est le rôle de l'histoire du droit ? se demandait le doyen Pound, si ce n'est de montrer comment les divers principes juridiques [. . .] se sont rencontrés dans le passé dans des cas bien concrets afin de nous habiliter et nous aider à juger de quelle manière aujourd'hui on doit aborder ces problèmes avec assurance ? »⁴⁰¹. Le sens de la *Legal History*, manifesté de façon plus marquée dans son aspect judiciaire⁴⁰² est exprimé sans équivoque par l'un des auteurs nord-américains les plus connus. « J'emploierai l'histoire de notre droit, écrivait Holmes dans *The Common Law*, dans la mesure où elle est nécessaire pour expliquer les concepts ou pour interpréter les normes, mais pas plus ». On peut expliquer ainsi que cet auteur, en admirant l'œuvre de Maitland, accorde une

³⁹⁹ V. HOWE, *Readings in American Legal History*, 1949, III.

⁴⁰⁰ Édition Oxford, 1935, page 5.

⁴⁰¹ Cité par Morris D. FÖRKÖSCH « What is Legal History ? » Extrait des *Essays in Legal History in Honour of Felix Frankfurter*, 1966, page 5.

⁴⁰² « L'histoire — définissait le juge FRANKFURTER — constitue un corps d'expériences qui exprime le jugement de son temps. Mais ceci n'exempte pas le Congrès ni la Cour Suprême de la nécessité d'appliquer dans l'actualité l'histoire passée ». FRANKFURTER-CORCORAN : « Petty Federal Offenses and the Constitutional Guaranty of Trial by Jury », *HLR* 39 (1926), pages 917 et 982.

« importance philosophique »⁴⁰³ à l'objet de la recherche de ce dernier, et ce sans autres motifs que des déductions scientifiquement rigoureuses.

Tout ce que l'on vient de dire a conduit la *legal history* à un genre de dogmatisme. L'historien du droit, exigeait Holdsworth⁴⁰⁴, doit prêter attention aux cadres propres à l'histoire et être capable d'extraire des événements passés ces principes, ces règles et ces institutions, qui sont restés et sont aujourd'hui « opérationnels ». On détecte cependant de nos jours une certaine réaction soit face à ce que ce dogmatisme comporte de danger et d'inexactitude⁴⁰⁵, soit contre la stricte utilité pragmatique du savoir historico-juridique⁴⁰⁶.

Le contenu de l'histoire du droit anglais a déjà été esquissé auparavant, lorsqu'on en a précisé les différentes sources. La plus importante de celles-ci, exprimée dans la *common law*, a débordé les limites géographiques des Îles Britanniques pour s'imposer en tant que base du vaste système juridique anglo-saxon. Il convient cependant de souligner qu'à partir de l'Histoire de Pollock — Maitland, la souplesse dynamique de l'objet lui-même de la *legal history* fut assurée avec pour seule réserve le souci d'éviter ce qui pourrait être une simple discussion théorique sur des sujets juridiques⁴⁰⁷. Le lien unissant l'histoire du droit et l'histoire sociale apparaît réalisé dans l'ouvrage de Harding, alors que l'on connaissait déjà l'opinion de certains auteurs favorables à leur rapprochement mutuel⁴⁰⁸. Aux États-Unis un mouvement parallèle a demandé que soit entreprise l'étude des institutions à côté de l'analyse traditionnelle

⁴⁰³ V. Dans une lettre de HOLMES à POLLOCK du 4, III, 1888, où — en se référant à Maitland — il fit préciser que son œuvre « is of the truly scientific kind accurate investigation of details in the interest of questions of philosophical importance ».

⁴⁰⁴ *Some lessons from our legal History*, page 6.

⁴⁰⁵ Il est significatif de lire la réflexion suivante de POUND « The jurist historian may think he finds a solution to a new problem of the law in what he takes to be a reasoned solution of a problem of the past, when he may in reality, be interpreting the law of the past by what he assumes to be the rational of the problem of the present and so endeavour to make the latter solve itself ». (*What do we ask to Legal History ?* Cité dans Morris D. FORKOSCH, « What is Legal History ? ». *Supra* note 401, page 12, note 24).

⁴⁰⁶ V. DOWNER : « Legal History — Is it Human ? » Dans *Melbourne, U. Law Review*, I (1963), page 4.

⁴⁰⁷ « It has been usual for writers commencing the exposition of any particular system of law to undertake, to greater or less extent, philosophical discussion of the nature of laws in general, and definition of the most general notions of jurisprudence. We purposely refrain from any such undertaking. The philosophical analysis and definition of law belongs, in our judgment, neither to the historical nor to the dogmatic science of law, but to the theoretical part of politics ». (Introduction, *The History of English Law*).

⁴⁰⁸ Par ex. : CARR, dans son œuvre *What is History*. Londres, 1961.

des aspects judiciaires⁴⁰⁹. Dès lors, ainsi que l'avait écrit Cardozo dans un texte fort connu⁴¹⁰, « Notre Dame [de la *common law*] n'est pas, de nos jours, facile à contenter. Elle est devenue insatiable dans ses demandes. Elle exige de ses serviteurs non seulement une connaissance du Droit, mais de presque toutes les branches du savoir humain [...]. Ceux qui voudraient mériter ses faveurs doivent approfondir leur savoir à la mesure de la science elle-même, et élargir leurs connaissances aux dimensions de la culture contemporaine. Elle ne se contentera plus de moins ».

Il est intéressant de souligner l'autonomie obtenue par l'histoire de la société politique, et spécialement par son histoire constitutionnelle, à l'égard de l'histoire du droit. Nous devons à Maitland une *Histoire Constitutionnelle de l'Angleterre*, et on compte aujourd'hui à ses côtés un très large répertoire bibliographique d'un caractère général⁴¹¹. Les traités sur la *common law*, par ex. celui de Plucknett, se tiennent à cause de la nature même de la *common law*, fort en marge du sujet. Holdsworth tient compte de l'histoire constitutionnelle dans son examen exhaustif du droit historique anglais, comme nous l'avons fait remarquer

⁴⁰⁹ V. L'introduction au premier numéro de *AJLH*, en 1957. Concrètement, page 3.

⁴¹⁰ V. « Our Lady of the Common Law » dans *Select Writings*, 1947, page 88.

⁴¹¹ DE LOLME (J. L.), *Constitution and Laws of England* (1772); RUSSELL (Earl), *History of the English Government and Constitution* (1823); RAIKES (H.), *Popular sketch of the origin and development of the English Constitution*, 2 vol. (1851-1854); CREASY (Sir E. S.), *Rise and Progress of the English Constitution* (1853); HOWLEY (E.), *Concise history of the English Constitution* (1857); MAY (Sir T. E.), *Constitutional History of England*, 2 vol. (1861-1863); BROUGHAM, *The British Constitution; its History, Structure and Working* (1861); FREEMAN (E. A.), *Growth of the English Constitution* (1872); FULTON (F.), *Manual of Constitutional History* (1875); TASWELL-LANGMEAD (T. P.), *English Constitutional History* (1875); AMOS (S.), *Primer of the English Constitution* (1873); FEILDEN (H. St. C.), *Constitutional History of England* (1882); GNEIST (R.), *History of the English Constitution*. Traduction de P. A. ASHWORTH, 2 vol. (1886); MEDLEY (D. J.), *Original Illustrations of English Constitutional History* (1910) et *English Constitutional History* (1894); MONTAGUE (F. C.), *Elements of English Constitutional History* (1897); ROBERTSON (C. G.), *Select Statutes and Documents, illustrating Constitutional History* (1904); HAMMOND (E.), *Short English Constitutional History for Law Students* (1920); ADAMS (G. B.), *Constitutional History of England* (1921) y *Origin and Growth of the English Constitution* (1912); ADAMS (G. B.)-STEPHENS (H. M.), *Select Documents of English Constitutional History* (1901); PICKTHORN (K.), *Some Historical Principles of the Constitution* (1925); DYKES (D. O.), *Source Book of Constitutional History from 1660* (1930); OGG (D.), *Constitutional History*, 2 vol. (1934); JOLLIFFE (J. E. A.), *Constitutional History of Medieval England* (1937); KEIR (D. L.), *Constitutional History of Modern Britain, 1485-1937* (1938); PROSSER (C. W.)-SHARP (M.), *Short Constitutional History of England* (1938); THOMPSON (M. A.), *Constitutional History of England, 1642 to 1801* (1938); KNAPPEN (M.), *Constitutional and Legal History of England* (1942); CHRIMES (S. B.), *English Constitutional History* (1947), etc., etc.

en son temps. D'un autre côté, l'intérêt pour le droit de formation judiciaire s'accorde toujours parfaitement avec la valeur effective du précédent historique pour le juriste de nos jours.

Signalons enfin, dans une très sommaire conclusion à l'objet spécifique de ce travail, que *A History of English Law*, de Holdsworth, apparaît aujourd'hui comme l'ouvrage des consultations exhaustives pour le chercheur, *A Concise History of The Common Law*, de Plucknett, constitue le meilleur manuel disponible ⁴¹². De toute manière, et pour évaluer avec justice le rôle primordial des historiens du droit dans le monde anglo-saxon, il convient de garder présent à l'esprit l'observation finale de Kiralfy : « Ce n'est pas une coïncidence que les grandes figures juridiques, telles Pollock, Maitland et Holdsworth chez nous, de même que Ames et Holmes aux États-Unis, aient été des maîtres de l'histoire du droit » ⁴¹³.

⁴¹² Aux États-Unis une enquête menée par le professeur RE a démontré que plus de cinquante pour cent des étudiants d'histoire du droit emploient cet ouvrage. V. MORRIS D. FORKMOSECH, « What is Legal History ? », *supra* note 401, page 7, note 1.

⁴¹³ Préface à *Source Book of English Law*, Londres, 1957, page V.