HAL
open science

Walter Lippmann, la Common Law et le problème de la justification de l'interventionnisme libéral

Nathanaël Colin-Jaeger

To cite this version:

Nathanaël Colin-Jaeger. Walter Lippmann, la Common Law et le problème de la justification de l'interventionnisme libéral. Philosophical enquiries : revue des philosophies anglophones, 2022, Walter Lippmann, nouvelles recherches, 9 (11). halshs-03793271v2

HAL Id: halshs-03793271

https://shs.hal.science/halshs-03793271v2

Submitted on 4 Oct 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Public Domain

Walter Lippmann, la *Common Law* et le problème de la justification de l'interventionnisme libéral

Nathanaël Colin-Jaeger[1]

Résumé : Walter Lippmann est un des architectes du renouveau du libéralisme dans les années 1930 et 1940, couramment appelé néolibéralisme. Cet article montre comment Lippmann a développé une philosophie politique originale critique à la fois du collectivisme illibéral et du laissez-faire. Son néolibéralisme se fonde ainsi sur une forme d'interventionnisme libéral, puisant dans la tradition juridique du *legal realism*, notamment de Holmes et Pound. Le gouvernement libéral doit ainsi garantir les règles du jeu au niveau juridique, pour permettre à la concurrence de fonctionner de manière efficiente, comme un processus de libération des individus. Se faisant Lippmann reconnaît dans le marché un premier principe normatif pour juger de l'amélioration du droit. Plusieurs différences avec le *legal realism* apparaissent ainsi, faisant apparaître la particularité du néolibéralisme comme philosophie politique.

Mots-clefs : Lippmann, *Common Law*, néolibéralisme, Holmes, Pound.

Abstract: Walter Lippmann is one of the architects of the revival of liberalism in the 1930s and 1940s, commonly known as neo-liberalism. This article shows how Lippmann developed an original political philosophy critical of both illiberal collectivism and laissez-faire. His neoliberalism is thus based on a form of liberal interventionism, drawing on the legal tradition of legal realism, notably Holmes and Pound. The Liberal government must thus guarantee the rules of the game at the legal level, to allow competition to function efficiently, as a process of individual emancipation. In doing so, Lippmann acknowledges the market as a first normative principle for judging the improvement of the law. Several differences with legal realism thus appear, revealing the particularity of neoliberalism as a political philosophy.

Keywords: Lippmann, Common Law, neoliberalism, legal realism.

[1] ENS de Lyon, Triangle, nathanael.colin@ens-lyon.fr.

Introduction

Lorsqu'en 1938 les libéraux se réunissent à Paris à l'initiative de Louis Rougier le Colloque prend le nom de Lippmann, du fait de la parution, l'année précédente, de son livre *La Cité libre*. Dans cet article nous allons défendre que ce n'est pas un hasard du calendrier qui rattache le nom de Lippmann aux « origines du néolibéralisme » (Audier, 2008). Plusieurs auteurs ont déjà montré que Lippmann était, dans les années 1930, au sommet de sa carrière et de son influence, à la fois journalistique et académique. Il se trouve donc en position d'être le parfait catalyseur pour le mouvement libéral alors en période de crise structurelle (Burgin, 2012 ; Jackson, 2012 ; Clavé, 2015). Plus encore, ce qui a été selon nous moins souligné, Lippmann est en position de renouveler le paradigme libéral de l'extérieur – du fait qu'il n'est pas, avant 1936[2], intégré aux cercles libéraux – à partir de problèmes qu'il traite depuis les années 1910, c'est-à-dire ceux de la complexification des relations sociales dans un monde toujours plus interdépendant, nécessitant une réforme totale de nos concepts politiques et plus particulièrement de nos conceptions du gouvernement[3].

Les néolibéraux se trouvent, en effet, dans les années 1930 dans un moment de reconstruction de la doctrine. Il s'agit pour eux à la fois de défendre le libéralisme, notamment le fonctionnement du marché caractérisé par le mécanisme des prix qui permet de coordonner les actions individuelles, contre la planification socialiste et les théories totalitaires contemporaines ; et d'autre part de critiquer le libéralisme du laissez-faire, jugé responsable de la faillite historique du libéralisme (Innset, 2020). De ce fait, les néolibéraux sont amenés à défendre une forme « d'interventionnisme juridique », souligné par Foucault (1979), pour ne pas reproduire les erreurs historiques du libéralisme et sombrer dans un naturalisme funeste[4]. Or, Lippmann a proposé, dès 1925, une théorie de l'évolution des règles juridiques compatible avec une théorie libérale, qu'il mûrit pour la systématiser en une théorie de la *common law*[5]. Nous interprétons dans cet article la théorie lippmannienne de la *common la*w comme une réponse à la problématique néolibérale d'un gouvernement non autoritaire ne supposant pas de point de vue épistémique surplombant, c'est-à-dire qui ne réintroduit pas, à un niveau juridique, le dirigisme par ailleurs critiqué au niveau économique. C'est, en effet, à partir des années 1930, moment de crise du libéralisme majeur, que Lippmann reprend explicitement le thème de la *common law* comme une méthode de contrôle social libérale, allant jusqu'à faire référence aux figures tutélaires de cette tradition juridique, par exemple Coke mais aussi le grand commentateur de la *common law* qu'est Blackstone, à la suite du réalisme juridique, incarné

---

[2] Ce qu'une étude de la correspondance souligne particulièrement, je remercie ici le Center for the History of Political Economy à Duke, et plus particulièrement Bruce Caldwell, pour m'avoir permis de prendre connaissance des microfilms de la correspondance de Lippmann.

[3] Sur Lippmann, on peut lire Steel (1980), Riccio (1994) et Goodwin (2014), qui constituent les trois biographies intellectuelles importantes. On trouve davantage d'éléments relatifs à la théorie du droit de Lippmann chez Stiegler (2019), bien que le propos ne soit pas centré sur cette question, mais surtout chez Milanèse (2020) et Higgins (2013).

[4] Pour ce diagnostic et cette situation, on peut se référer à Beddeleem et Colin-Jaeger (2020) où nous développons la critique des libéraux vis-à-vis du libéralisme historique mais aussi les tentations planificatrices socialistes à partir d'une même erreur épistémologique provenant d'une propension à surestimer les pouvoirs de la raison.

[5] Nous conservons dans ce texte l'expression de *common law*, du fait que les traductions françaises, par « loi commune », « droit coutumier » ou « droit jurisprudentiel » sont inexactes. La traduction par loi commune suppose en effet qu'il s'agit d'une loi spécifique alors que la *common law* est un système juridique (à distinguer par exemple au droit civil), celle par « droit coutumier » suppose que le droit est essentiellement issu d'une tradition orale, alors que, bien que cela soit également le cas, elle comporte aussi des textes écrits et codifiés, enfin celle par « droit jurisprudentiel » est plus proche de l'esprit de la *common law* mais oublie qu'il existe également dans la *common law* certains textes votés par le parlement.

par Oliver Wendell Holmes et Roscoe Pound, qu'il cite et fréquente personnellement. Il répond ainsi explicitement à une insuffisance perçue des théories libérales de Hayek et de Mises. En effet, dans une lettre envoyée à Lionel Robbins, collègue libéral de Hayek à la *London School of Economics*, en mars 1937, Lippmann écrit de Mises et de Hayek qu'« ils ne sont pas arrivés, il me semble, à une théorie positive du libéralisme qui propose une méthode de *contrôle social* cohérente avec l'économie d'échange » (nous soulignons)[6].

La théorie de la *common law*, comme système juridique caractérisé par le façonnement de la loi dans les tribunaux au fur et à mesure de l'évaluation des cas individuels, présente en effet une théorie décentralisée du droit, conciliant à la fois la nécessité d'un encadrement juridique de l'économie et de l'autre la critique de toute autorité surplombante qui pourrait centraliser les connaissances nécessaires au bon fonctionnement social. Il s'agit de la méthode de contrôle social qu'il manque, selon Lippmann, à la théorie libérale. De ce fait, l'évolutionnisme qui caractérise la *common law* apparaît comme une théorie du droit non seulement compatible avec le libéralisme mais de plus réalisant spécifiquement le nouveau rôle d'un gouvernement en adéquation avec la critique néolibérale de la planification[7]. Je défends ainsi que Lippmann, loin d'avoir été un participant de second plan de la pensée néolibérale, a innové conceptuellement, en proposant, avec la théorie de la *common law*, une théorie positive du gouvernement libéral qui manquait jusqu'alors et qui rencontrera des échos chez les néolibéraux de la seconde moitié du XXème siècle[8].

Notre propos se divise en trois parties. Pour saisir pleinement la reprise lippmannienne de la théorie de la *common law* dans *La cité libre* il faut tout d'abord saisir la théorie de la modification des règles développée dans *Le public fantôm*e en 1925, qui montre comment Lippmann, avant les autres néolibéraux, s'intéresse à la question de la décentralisation de la régulation. Dans un second temps, nous verrons qui sont les juristes à qui Lippmann fait référence quand il développe sa théorie de la *common law*, c'est-à-dire principalement Roscoe Pound et Oliver Wendell Holmes, deux représentants du *legal realism* ou, en français, réalisme juridique. Ces deux auteurs permettent à Lippmann de développer sa théorie de la *common law* de façon explicite comme une réponse au problème néolibéral d'une conciliation entre interventionnisme et défense de l'ordre du marché, reconnu par Lippmann dès les *Godkin Lectures* à Harvard, publiées en 1934 sous le titre de *The Method of Freedom*. Nous pourrons, en dernière partie, montrer comment la théorie de la *common law* retravaillée par Lippmann constitue une philosophie du droit adéquate au néolibéralisme. Nous montrerons ainsi que la défense de la *common law* chez Lippmann est soumise à une orientation générale qui est celle de l'économie de marché, qu'il s'agit de parfaire et d'améliorer. Ce faisant, le marché demeure le critère normatif idéalisé permettant de juger du progrès, ce qui constitue une modification substantielle de l'héritage du *legal realism*.

---

[6] Lettre de Lippmann à Robbins, le 24 mars 1937, citée dans Clavé (2015, 981).

[7] Pour un développement sur les critiques épistémologiques de la planification on peut lire Lavoie (1981), Kirzner (1988), Buchanan et Vanberg (1991) ou encore Boettke (1998) et enfin Jael (2018). La planification socialiste est critiquée en ce qu'elle suppose deux choses : une capacité cognitive à centraliser un nombre important d'information (i) et que les connaissances individuelles peuvent être traduites en information objectivable (ii). Ces deux points sont remis en cause par les théoriciens libéraux, tels que Mises et Hayek. Néanmoins Buchanan et Vanberg (1991), puis Boettke et O'Donnel (2013) montrent bien que l'argument le plus important est le (ii), qui repose sur une véritable anthropologie et épistémologie néolibérale. Pour une discussion du concept d'information chez Hayek notamment on pourra lire Colin-Jaeger et Delcey (2020).

[8] L'idée de la nécessité d'une méthode de « contrôle social libérale » est en effet acceptée par la suite par les néolibéraux. Rougier définit ainsi la rénovation du libéralisme, dans un document énonçant le projet du Centre International pour la Rénovation du Libéralisme, en reprenant explicitement cette expression lippmannienne (lettre de Rougier à Lippmann, le 14 septembre 1938, Correspondance).

I. La théorie lippmannienne des règles dans *Le Public Fantôme*, une théorie décentralisée des règles contre la fiction d'une souveraineté populaire.

La nécessité de reconstruire nos concepts politiques

Lippmann développe sa théorie politique à partir du constat d'une inadaptation de nos concepts politiques à l'évolution du monde moderne (Stiegler, 2016, 2019), notamment ceux relatifs au gouvernement. Ses deux premiers ouvrages, *A Preface to Politics*, en 1913 et *Drifts and Mastery*, en 1914, témoignent ainsi de cette réflexion précoce sur les conditions de refonte d'une théorie pouvant faire face aux enjeux contemporains. Un concept structure très largement la pensée lippmannienne dès cette période, issu de la fréquentation du jeune américain avec Graham Wallas, ancien membre de la Fabian Society qu'il quitte en 1904 du fait d'un désaccord avec la ligne politique planificatrice de la Société. Ce concept est celui de Grande Société[9]. La Grande Société implique la complexification de l'ordre social et économique. La division du travail caractéristique de l'Occident depuis la fin du XVIIIème siècle transforme radicalement nos relations à notre environnement. L'âge des petites communautés jeffersoniennes est révolu car plus aucun individu n'est capable de maîtriser intégralement toutes les relations socio-économiques qui composent la société. N'importe quel produit, par exemple une voiture, nécessite une production éloignée, du forage de métaux lointains, des transports, des capitaux, et enfin une multitude d'individus, qui dépassent largement ce que chaque individu peut produire, maîtriser ou même connaître. À partir de ce constat, Lippmann tire les conséquences de ces développements pour la démocratie américaine, de façon explicite à partir de *Public Opinion* en 1922. Comment peut-on encore supposer que les sociétés du XXème siècle peuvent être gouvernées comme auparavant en prenant en compte cette situation ? En effet, la complexification des échanges et la fragmentation de l'information, disséminée dans chaque individu et chaque unité de production, de consommation ou d'échange, rend impossible tout gouvernement centralisé en connaissance de cause. En cela, Lippmann développe à cette époque, et en même temps, une critique du gouvernement démocratique – fondé sur la supposition que des individus élus et omnicompétents connaissent ce qu'ils sont censés gouverner –, construit sur les mêmes principes que la critique de la planification socialiste par les libéraux autrichiens comme Mises.

Ces éléments sont repris intégralement lors de la parution du *Public Fantôme*, en 1925, qui radicalise la position lippmannienne en systématisant ses rapports avec le concept de démocratie. Comme l'écrit Bruno Latour dans la préface à l'édition française l'« appareillage cognitif » (Latour, 2008, 10) des individus apparaît si déficient que c'est l'existence même des publics qu'il faut questionner. Si tout point de vue surplombant est rendu problématique par le fait d'une difficulté à pouvoir totaliser un ensemble trop important d'information Lippmann symétrise les capacités cognitives des individus en repensant ainsi la distinction entre connaisseurs et ignorants en la distinguant de l'opposition entre gouvernants et gouvernés. Les gouvernants ne sont pas plus connaisseurs que les gouvernés, car chacun ne maîtrise qu'une partie infime de l'ordre social. Chacun est donc tour à tour connaisseur sur ses affaires et ignorant sur celles des autres. La notion centrale sur laquelle est fondée la démocratie pour Lippmann, à savoir la souveraineté populaire, est donc remise en question car le « peuple », ce que le journaliste américain appelle « le public », est une entité qui n'existe pas, car il est impossible, au vu de la fragmentation cognitive qui caractérise le monde qui lui est

[9] Le titre est d'ailleurs celui d'un livre de Wallas, dédicacé à Lippmann en 1910, après un séminaire donné à Harvard. Sur ce point voir notamment Goodwin (2014, 16-17) mais aussi les premiers chapitres de Stiegler (2019) ou encore ceux de Milanèse (2020).

contemporain, de dégager un intérêt collectif ou commun. Comme l'exprime ainsi Lippmann (1925, 70) : "Personne n'est capable de percevoir ni d'appréhender continûment notre société moderne comme un tout cohérent. Telle série de mesures sera intelligible par un groupe donné, telle autre par un autre […]".

Or, et c'est le cœur de notre propos, si l'instance gouvernementale est rendue problématique c'est la question de l'édiction des règles qui est à repenser. Comment penser une régulation des interactions sociales nombreuses et conflictuelles sans point de vue surplombant, c'est-à-dire ce point de vue capable d'appréhender la société moderne comme un tout, pouvant arbitrer les conflits ? Si le point de vue du public disparaît, comme une fiction capturée par une classe d'individus défendant en réalité ses propres intérêts[10], c'est également la notion de régulation qui semble disparaître. Tout le propos de Lippmann dans ce livre, au-delà de l'aspect critique déjà présent dans *Public Opinion*, est de penser une théorie positive du changement de règle tout en faisant l'économie des fictions surannées de la théorie politique. En cela le *Public Fantôme* introduit une théorie décentralisée de la production des règles par des publics plutôt que par un public :

> Les affaires du monde vont leur train, sans que jamais l'opinion publique les dirige consciemment. À certaines étapes, des problèmes surgissent. Quelques-uns d'entre eux dégénèrent en crises, et c'est alors seulement que l'opinion publique s'y intéresse. Avec une seule idée en tête : apaiser la crise.
>
> (Lippmann, 1925, 85).

Public et règles

Un public se forme donc en fonction de problèmes, d'une crise. Ces problèmes et ces crises sont caractérisées par le fait qu'une ancienne régulation ne se trouve plus convenir vis-à-vis de la situation marquée par un dynamisme permanent. Un public se forme donc quand des individus en situation n'arrivent plus à se coordonner efficacement en vertu d'une régulation passée. Mais le public ne se voit pas ainsi octroyé un grand pouvoir. La particularité de la conception lippmannienne de l'action des publics est donc toute dépendante de ses conceptions relatives à l'impossibilité d'accéder à un point de vue neutre et surplombant. Non seulement le public a une action ponctuelle et locale, sur certains problèmes spécifiques, mais en plus son rôle ne consiste pas à élaborer une solution ou à diriger, mais plutôt à soutenir des acteurs, des acteurs locaux qui ont une connaissance des situations. Un ensemble d'individus limités ne possède pas, en s'agrégeant, une connaissance d'un degré supérieur à leurs limites individuelles[11]. Le public est donc un acteur épisodique, mineur, qui n'apparaît que pour un moment éphémère. En le comparant au public d'une pièce de théâtre Lippmann décrit ainsi l'activité du public politique :

> avant que le rideau ne soit tombé, juste assez longtemps pour détecter avec un peu de chance qui est le héros de la pièce et qui est le méchant. Par nécessité, il ne pourra jamais juger des

[10] Argument que l'on trouve développé chez Lippmann (1925, 146) : « chaque intérêt particulier, prétendant incarner la voix du peuple pour l'éternité, tente d'imposer ses fins à tous comme si c'étaient celles de l'humanité. »

[11] On pourrait aujourd'hui discuter cette thèse en montrant que les groupes importants peuvent illustrer des effets émergents témoignant d'une intelligence de la foule. Voir par exemple Almaatouq *et al*. (2020) sur le thème de la « sagesse des foules. »

> vrais mérites mais se prononcera d'après un simple échantillon du comportement, un aspect d'une situation, ce qu'il aura pu saisir de l'extérieur par des preuves très rudimentaires.
>
> (Lippmann, 1925, 84).

La finalité de l'intervention d'un public, formé éphémèrement et sur un problème précis et circonstancié, c'est d'apaiser la crise dans une situation en proposant un changement dans les règles qui coordonnent les interactions des individus[12]. Ainsi, la règle n'a pas de valeur intrinsèque *pour un public*, mais uniquement dans ses effets, à savoir permettre la bonne coordination des comportements entre les individus. Ce qui importe c'est que cette règle soit connue, ce qui implique la prévisibilité des comportements formés par l'habitude. En revanche, *pour les acteurs* de la situation le contenu de la règle est important. De ce fait, Lippmann conceptualise le rôle du public comme devant faire un choix entre plusieurs individus, qui présentent des options de sortie de crise. Le seul moyen pour le public d'être actif malgré l'incompétence due à son statut de spectateur passif c'est ainsi non pas en édictant continuellement le droit, mais en se constituant lorsqu'une règle de conduite est défectueuse, lorsqu'elle ne résout pas des problèmes, et la façon de la transformer en suivant un acteur de la situation, qui propose une méthode de transformation de celle-ci. Pour ce faire, il faut non pas éliminer les intérêts privés mais les démasquer. Lippmann n'indique pas qu'il faille éliminer les intérêts privés car ceux-ci tendent à se défendre et à manquer l'intérêt public mais surtout démasquer les intérêts privés qui se présentent sous la figure du bien commun. Pour démasquer ces intérêts il faut organiser un débat ou chaque intérêt privé se démasque mutuellement comme intérêt privé, c'est notamment en cela que constituent les tests que Lippmann évoque pour pouvoir identifier qui défend la bonne règle :

> Le seul recours du spectateur est d'insister pour qu'il y ait matière à un débat. Certes, on peut parier qu'il sera incapable de juger de la pertinence des arguments. Mais s'il insiste pour que les discussions soient absolument libres, il y a toutes chances pour que les partisans se démasquent mutuellement. Le débat ouvert ne mènera peut-être nulle part, il n'aura peut-être jeté aucune lumière sur le problème posé, du moins tendra-t-il à révéler au public quels sont ceux qui prêchent pour leur propre paroisse. Si c'est le cas, il aura atteint son objectif principal.
>
> (Lippmann, 1925, 115).

Un public n'est pas législateur, mais choisit ceux qui fixent le contenu des règles de coordination en situation. On peut imaginer un public pour différentes échelles, par exemple pour un problème local le public peut-être une assemblée à l'échelle municipale, pour un problème intercommunal un conseil départemental, pour un problème national de concurrence industrielle le public peut être constitué par le parlement. Mais dans toutes ces échelles le public

[12] Lippmann (1925, 108-109) : « L'intérêt du public dans ces affaires ne recherche rien d'autre sinon l'assurance que les hommes dans la pratique de leurs affaires rechercheront un *modus vivendi*. Tout ce qui l'intéresse est en effet qu'il existe une règle efficace capable de définir la conduite des gens, de la rendre prévisible, de telle sorte qu'ils puissent s'ajuster entre eux. »

ne choisit pas et la production des règles est laissée aux acteurs, qui connaissent mieux les problèmes rencontrés qu'un public extérieur, peu attentif et ignorant. Pour mettre en adéquation la nécessité d'une régulation des interactions inter-individuelles et le diagnostic relatif à l'impossibilité d'un dirigisme vertical, usurpant nécessairement sa légitimé en imposant un point de vue partiel de façon autoritaire, Lippmann propose une théorie de l'évolution de la régulation par la législation décentralisée, par les acteurs mêmes de chaque situation caractérisée par une crise. Il propose donc une théorie de l'autogouvernement (*self-government*), qu'il associe au libéralisme, fondée sur l'activité d'acteurs locaux, des leaders, prenant en charge l'évolution de la substance de la règle. Ce sont ces acteurs qui doivent produire les règles, et non le public, qui demeure extrêmement limité dans ses prérogatives à la fonction de jugement sur les acteurs, par le moyen de débats. Lippmann peut dès lors systématiser sa théorie du public, dans un passage qui résume sa théorie et que nous citons donc *in extenso* :

> I. Il n'appartient pas au public d'exécuter des actions. Le seul moyen d'agir dont il dispose consiste à s'aligner derrière quelqu'un qui se trouve en position d'exécuter l'action.
>
> 2. Il n'appartient pas au public de juger des mérites intrinsèques d'un dossier. Il intervient de l'extérieur sur le travail des parties intéressées.
>
> 3. Il n'appartient pas au public d'anticiper, d'analyser, de résoudre un problème. Son jugement sur une affaire ne repose que sur un petit échantillon de données.
>
> 4. Il n'appartient pas au public de disposer de critères techniques, de connaissances intimes qui sont spécifiques à un certain type d'affaires. Les critères dont dispose le public sont généraux et s'appliquent à toutes sortes de dossiers. Ils reposent tous sur le respect des procédures et sur des traits de comportement saisis de l'extérieur.
>
> 5. Reste une fonction : celle de juger si les acteurs du débat se conforment à une procédure établie, ou ne suivent que leurs propres désirs arbitraires. Pour le savoir, le public doit échantillonner de l'extérieur ce que font ceux qui sont de la partie.
>
> 6. Pour que le public échantillonne convenablement, il faut lui donner des critères de jugement adaptés à la nature de l'opinion publique pour qu'il puisse distinguer un comportement raisonnable d'un comportement arbitraire.
>
> 7. Dans le domaine de l'action en société, se conduire raisonnablement signifie respecter une procédure, qu'il s'agisse de créer une règle, de l'appliquer ou de la réformer.
>
> (Lippmann, 1925, 135-136).

De ce fait, il est nécessaire que le public demeure inactif dans la législation, sans quoi les règles édictées risquent d'être trop générales et ne pas résoudre la situation problématique en cours[13].

[13] Lippmann (1925, 161) : « Plus la règle est vaste, moins elle peut prendre en compte les faits et circonstances particuliers. Plus elle est en conflit avec les données locales, plus elle a été conçue loin de ceux qu'elle vise, plus elle se veut globale, et moins elle est facile à appliquer. Les règles générales violent les besoins particuliers. Les

La conception lippmannienne doit permettre aux acteurs de réadapter la règle aux cas particuliers, en luttant contre l'édiction de règles trop générales qui violent les besoins particuliers, et contre le laissez-faire strict ou les intérêts les plus forts sont de fait avantagés (Lippmann, 1925, 150).

Dès 1925, Lippmann est sur la voie d'une théorie de la régulation juridique cohérente avec sa critique épistémologique. Plus de dix ans avant le Colloque de Paris l'auteur américain développe une conception des règles qui définit le cadre d'un libéralisme renouvelé. Néanmoins à ce stade Lippmann n'a pas articulé cette position sur l'évolution des règles de droit avec la problématique spécifiquement néolibérale, qui apparaît de façon explicite à partir de 1934, du fait d'un contexte largement modifié.

II. La réception du *legal realism*, la tradition de la *common la*w contre le pouvoir arbitraire et centralisé.

Le contexte de crise du libéralisme

Alors que les années 1920 étaient caractérisées par la prospérité économique et la confiance dans l'avenir, qu'illustrent aussi bien l'essor du cinéma, de l'industrie automobile que la tendance art déco qui se développe à New York, les années 1930 sont marquées par le krach boursier de 1929, donnant lieu à la Grande Dépression, qui dure jusqu'à la guerre. De plus, d'un point de vue international les perspectives s'assombrissent, avec l'élection de Hitler en 1933, la montée des tensions en Europe et la multiplication des États autoritaires. La refonte du libéralisme se pose de façon d'autant plus explicite que la doctrine libérale est très largement mise en crise du fait de ces différents éléments (Burgin, 2012, 13). Comme le montre Goodwin (2014, 140-190) Lippmann est profondément marqué par la crise, à laquelle il cherche des réponses théoriques et des solutions pratiques. Il explicite ses positions vis-à-vis de la doctrine libérale, largement condamnée comme coupable de la crise, ainsi que du dirigisme étatique, en expansion constante dans tous les pays. En 1934, Lippmann donne des conférences à Harvard, *les Godkin Lectures,* rapidement reproduite dans ses colonnes éditoriales puis en livre, *The Method of Freedom*[14]. Dans ce livre, Lippmann critique tout aussi bien le collectivisme[15] que le laissez-faire[16] mais ne renvoie pas pour autant ces deux options dos à dos. Alors que le collectivisme est inapte scientifiquement, possible uniquement par la dictature, la censure, l'espionnage et le terrorisme pour contrôler des populations rétives, le libéralisme, affublé du terme d'évangile, est lui inadapté à la société contemporaine bien qu'il ait eu une valeur dans le passé, en considérant que le laissez-faire était une caractéristique inhérente à la nature. Lippmann ne discrédite pas la théorie libérale dans son projet, dont on a vu qu'il reprenait beaucoup, mais vise plutôt à redynamiser cette idée dans les nouvelles conditions du XXème siècle, notamment en quittant l'option naturaliste du laissez-faire qui suppose un spontanéisme

---

règles imposées de loin suscitent rarement l'adhésion. Moins adaptées aux besoins des gens et étrangères à leur mentalité, c'est par la force qu'elles s'imposent, plus que par l'habitude ou la raison. »

[14] Pour une lecture précise de ce texte, oublié par la quasi-totalité des commentateurs (Goodwin 2014, 135), on se rapportera à Milanèse (2020). On n'en retient généralement que la formule selon laquelle le « laissez-faire est mort » (Steel, 1980, 308).

[15] Lippmann (1934, 44): « It is no accident that wherever and whenever planned collectivism has been instituted, in all countries during the war, in the post- war dictatorships, it has required censorship, espionage, and terrorism to make it work. »

[16] Lippmann (1934, 13): « the gospel of laissez faire, which men treated as a revelation of the very nature of the universe, in fact reflected quite temporary conditions. »

opposé à l'artificialité de la régulation. Le laissez-faire se trompe donc dans sa théorie du droit, en oubliant que l'évolution du droit peut être spontanée et décentralisée. En cela Lippmann cherche à défendre un « collectivisme libre » :

> J'appelle cette doctrine la méthode du collectivisme libre. Elle est collectiviste car elle reconnaît l'obligation de l'État de garantir un standard de vie ainsi que les opérations nécessaires à l'ordre économique dans son ensemble. Elle est libre car elle préserve, dans une très large mesure, la liberté de mener des transactions privées. Sa fonction n'est pas de diriger les choix individuels et privés selon un plan officiel, mais de garantir l'équilibre et la coordination des décisions individuelles.
>
> (Lippmann, 1934, 46, nous traduisons)[17].

L'explicitation complète de ce positionnement dépasse le cadre de cet article[18]. Nous nous contenterons ici de noter que la position lippmannienne pointe le problème néolibéral qui sera explicité en 1938 par Louis Rougier lors de l'introduction au Colloque (Audier, 2008), à savoir celui des critères de l'interventionnisme juridique, distingué du collectivisme sans tomber sous les critiques du libéralisme du laissez-faire. Notre thèse est que c'est à partir de cette question que Lippmann relit les théoriciens américains de la *common law*, notamment Oliver Wendell Holmes et Roscoe Pound, que l'on définit généralement comme participants du *legal realism*[19]. Si les références aux théoriciens de la *common law* étaient présentes depuis les années 1910, notamment Pound que Lippmann cite abondamment, ce n'est qu'à partir de 1934 que Lippmann reprend explicitement la théorie de la *common law* comme théorie du gouvernement libéral[20].

---

[17] Version originale: « I shall call it the method of free collectivism. It is collectivist because it acknowledges the obligation of the state for the standard of life and the operation of the economic order as a whole. *It is free because it preserves within very wide limits the liberty of private transactions.* Its object is not to direct private enterprise and choice according to an official plan but to put them and keep them in a working equilibrium. »

[18] En effet les commentateurs ont souvent relevé qu'il y a dans cette proposition un héritage keynésien de la part de Lippmann, et que les mesures qu'il propose sont des mesures contracycliques qui supposent une dépense de l'État dans des investissements visant à encourager la demande des ménages pour relancer la croissance. Sur les rapports de Keynes à Lippmann, et plus largement une lecture plus attentive au contenu de *The Method of Freedom*, voir Milanèse (2020, III, 9, ii).

[19] Nous utilisons ici le terme de « relire », car Lippmann connaît Holmes, juge à la Cour Suprême de 1902 à 1932, bien avant les années 1930. En effet durant les années 1920, avec le juriste Félix Frankfurter, Holmes mais aussi l'autre juge à la Cour Suprême Louis Brandeis, Lippmann fréquente assidûment les tenants de la tradition du *legal realism*, théorie juridique défendue par Holmes depuis 1897. Roscoe Pound, théoricien important de la *common law*, doyen de la faculté de droit de Harvard et ami de Holmes, est également un partisan du réalisme juridique. Lippmann est également en contact avec lui à la fin des années 1920 (Hull, 1997). Lippmann entretient également une correspondance fournie avec certains d'entre eux, notamment Frankfurter et Brandéis. Sur le réalisme juridique on pourra lire Murphy (1989).

[20] Sur Lippmann et le *legal realism* les rapprochements ont rarement été fait systématiquement. Les liens sont mentionnés dans Riccio (1994, 117), Clavé (2005), et surtout Milanèse (2020, particulièrement III, 10, i), qui est le seul à développer des passages substantiels sur cette question.

Les théoriciens de la common law : Holmes et Pound, le legal realism *contre l'absolutisme juridique.*

Pour comprendre pourquoi Lippmann trouve les réponses à la problématique néolibérale dans la théorie de la *common law* il faut voir que les théoriciens de la *common law* que sont Holmes et Pound eux-mêmes se trouvent dans une situation analogue, bien que différente, à celle des néolibéraux. Le réalisme juridique qu'ils incarnent s'oppose ainsi à deux théories concurrentes, toutes les deux fermement établies dans des contextes différents au moment où ils écrivent. La plus importante de ces deux théories, car elle renvoie au contexte américain, est la théorie jusnaturaliste, héritée des travaux de Spencer, dominante aux Etats-Unis au XIXème siècle et au début du XXème siècle[21]. L'autre position est la théorie positiviste, dominante en Europe centrale à la même époque, à laquelle s'oppose également le réalisme juridique. Ces deux théories partagent pour les juristes réalistes deux conceptions erronées. La première erreur est celle de ne penser la loi que comme un commandement venant d'une autorité supérieure, à savoir l'État. La seconde erreur, bien évidemment liée à la première, est qu'il est possible de considérer la loi comme un ensemble de règles duquel on peut déduire des théorèmes et donc d'avoir une conception formaliste et déductiviste du droit. Comme l'exprime Holmes dans un des textes fondateurs du mouvement :

> Le danger dont je parle n'est pas d'admettre que les principes qui gouvernent les autres phénomènes gouvernent également la loi, mais l'idée qu'un système donné, par exemple le notre, peut-être reconstruit à partir d'axiomes généraux, à l'instar des mathématiques. Ceci est une erreur naturelle que commettent ces traditions juridiques, mais cette erreur n'est pas réservée à ces courants.
>
> (Holmes, 1897, 8, nous traduisons)[22].

Cette erreur consiste donc à supposer que la connaissance juridique peut être déduite d'après des principes absolus, considérés comme des découvertes immuables, dans le cas du jusnaturalisme, ou comme des principes premiers, dans le cas du positivisme juridique. Les deux théories présupposent donc le fait que les juristes connaissent une vérité première dont il s'agit de tirer les conséquences, c'est-à-dire qu'ils s'octroient un point de vue surplombant sur la société. Plus encore, cela suppose que les lois sont, ou peuvent être, dépourvues d'ambiguïtés, d'incertitudes, d'équivoques. Bref, ces théories supposent la possibilité d'accéder à un raisonnement logique sur le droit. Croire ainsi que la logique seule pourrait nous guider dans le développement de la loi est un sophisme pour Holmes et Pound. On comprend alors pourquoi Holmes défend que la loi soit avant tout un instrument de prédiction (*prophecy*),

[21] Cette théorie est par exemple la philosophie du droit sous-jacente à ce que l'on a appelé rétrospectivement « l'ère Lochner », provenant du jugement de la Cour Suprême *Lochner v New York* de 1905, où la Cour Suprême déclare inconstitutionnelle la limitation des heures de travail selon le principe d'après lequel les individus signent librement le contrat qui les engage, et donc que personne ne peut venir modifier ce contrat sans violer les droits naturels des individus.

[22] Version originale: « The danger of which I speak is not the admission that the principles governing other phenomena also govern the law, but the notion that a given system, ours, for instance, can be worked out like mathematics from some general axioms of conduct. This is the natural error of the schools, but it is not confined to them. »

visant à prédire ce que les juges diront demain, et ainsi permettre aux individus d'anticiper les conséquences de leurs actes[23].

Le réalisme juridique tire au contraire son nom d'une critique de cette certitude idéaliste, en se fondant sur une analyse psychologique et sociologique de l'interprétation du droit, qui est relatif à des philosophies du droit concurrentes ou à un « esprit public »[24] :

> Au-delà de la forme logique repose un jugement sur la valeur et l'importance relative de fondements législatifs concurrents, qui se trouve il est vrai, souvent être un jugement inconscient et inarticulé. Pourtant ce jugement est à la racine et au fondement de cette manière de procéder. Chacun peut donner à n'importe quelle conclusion une forme logique.
>
> (Holmes, 1897, 8, nous traduisons)[25].

Ce que défendent ainsi la vérité éternelle de la loi naturelle, ou le caractère indiscutable d'une norme fondamentale, commettent une double erreur. D'une part, une erreur normative, en ce qu'ils sont condamnés à supposer des principes immuables alors que l'esprit humain n'a pas accès à une certitude totale[26], alors que cette obéissance de la loi à des principes irrévocables est une absurdité historique, illustrée pour Holmes par le fameux procès *Lochner vs New York*, où la Cour Suprême, à partir d'une interprétation spencérienne du XIVème amendement, empêche l'État de New York de réguler le temps de travail des enfants. D'autre part, une erreur descriptive, en ce que l'interprétation des principes, par exemple ceux des amendements de la constitution, varie très largement en fonction de ce que Pound identifie comme les « philosophies du droit » (Pound, 1921, chap. VI). Pour le dire autrement, la norme juridique n'existe pas préalablement à son interprétation mais est un choix interprétatif à partir d'un énoncé, qui lui-même est compatible avec plusieurs expressions normatives concurrentes[27]. Le juridique c'est donc avant tout ce que font les juges pour Holmes (1897), qui décident en fonction de contexte, d'une culture, d'une histoire. Le sens de la loi évolue perpétuellement.

La critique de la certitude juridique n'entraine néanmoins pas Holmes ou Pound à considérer que les lois ne peuvent être améliorées. Au contraire ce reproche peut être adressé au jusnaturalisme encore davantage. Une fois la vérité découverte il faut absolument, pour un naturaliste juridique néo-spencérien, la conserver. À l'opposée, Pound défend la nécessité d'une amélioration constante de la loi, sans pour autant présupposer un point de vue de

---

[23] Holmes (1897) insiste en effet sur la nécessité de considérer le droit depuis le point de vue du « bad man », c'est-à-dire de l'homme qui n'agit pas de façon vertueuse. La loi doit anticiper que plusieurs individus n'agiront qu'en fonction de ce qu'elle édicte, et elle doit donc comprendre des limitations claires.

[24] Holmes (1897, 9): « We do not realize how large a part of our law is open to reconsideration upon a slight change in the habit of the public mind. »

[25] Version originale: « Behind the logical form lies a judgment as to the relative worth and importance of competing legislative grounds, often an inarticulate and unconscious judgment, it is true, and yet the very root and nerve of the whole proceeding. You can give any conclusion a logical form. »

[26] On trouve ainsi chez Holmes (1918, 43): « our categories are not, or may not be, adequate to formulate what we can not know. »

[27] Un énoncé *P* autorise ainsi une multitude d'interprétations, I_1, I_2, I_3, … I_n, qui dépendent tout autant de conditions individuelles que d'un contexte social. On peut ici rappeler la plaisanterie partagée par les réalistes légaux selon laquelle la décision judiciaire dépend de ce que le juge aura déjeuner le matin. Quoiqu'il en soit il est impossible de se situer en dehors de la relation d'interprétation pour spécifier quelle est la bonne interprétation d'un énoncé donné. Sur ce point le réalisme juridique a anticipé ce que Deffains et Ferey (2010) appellent la « révolution herméneutique » en théorie du droit.

connaissance absolu quant au monde social. C'est pour cela qu'ils défendent la *common law*, qui est moins un système structuré autour de principes définis, comme la loi civile française ou allemande, mais une méthode[28] de résolution de cas spécifiques. Mais cette *common law* a été pervertie historiquement (Pound, 1921, 85sq). « L'esprit de la common law », ce qui est la traduction du titre de l'ouvrage de Pound auquel Lippmann se réfère, est dynamique. Le naturalisme juridique en prétendant se référer à la *common law* ont en réalité retourné son sens en figeant l'évolution du droit aux principes libéraux mis en avant par le spencérisme, notamment la défense des droits individuels de la propriété et de la sécurité des contrats :

> Ce qui est spécifique à la pensée juridique anglo-américaine, et plus particulièrement la pensée juridique américaine, est son ultra-individualisme, compris comme une insistance intransigeante sur le fait que ce sont les intérêts individuels et la propriété privée qui doivent constituer le point nodal de la loi.
>
> (Pound, 1921, 38, nous traduisons)[29].

Contre cette conception substantielle du contenu de la *common law* Pound et Holmes repensent la *common law* comme un mode d'interprétation du droit, rompant très largement avec la conception selon laquelle certains principes immuables auraient pu être « découverts » par l'histoire[30]. Les arguments des réalistes juridiques anticipent largement la critique du laissez-faire qu'on trouve chez Lippmann. Pound étudie les dysfonctionnements dans la législation de son temps, relatifs par exemple à l'attribution de la responsabilité lors des accidents des travailleurs dans les usines. Lorsqu'un travailleur a un accident dans sa dixième heure de travail dans la journée, dans un environnement de travail délabré, la législation des années 1910 considère que le travailleur a signé librement son contrat de travail qui stipulait les conditions. Les conclusions du tribunal sont donc : « Fort bien ; c'est un homme libre, laissez-le donc assumer les conséquences » (Pound, 1921, 48, nous traduisons)[31]. Or, pour Pound, cette décision est irritante car elle revient à une conception minimaliste et trompeuse du droit, qui ne doit que garantir la paix publique. En effet, en considérant le contrat comme inviolable on suppose l'égalité des deux partis alors que le travailleur subit une contrainte économique qui peut être interprétée comme une attaque à ses « droits naturels », supposés exister en-deçà des droits civils[32]. La théorie du droit naturel est donc, comme le positivisme juridique, un absolutisme, dans le sens où l'État défend une vérité établie irrévocable au-dessus de tout jugement des tribunaux. Se faisant, et en croyant défendre la liberté, la conception jusnaturaliste rejoint en réalité une conception transcendante de la vérité de la loi qui est identique sur ce point à la conception monarchique historique de l'autorité royale située au-dessus des jugements des juristes. Cela s'explique pour Pound par le fait que la théorie

---

[28] Pound (1921, 3): « In a comparison of abstract systems the common law is at its worst. In a test of the actual handling of single controversies it has always prevailed. »

[29] Version originale: « What is peculiar to Anglo-American legal thinking, and above all to American legal thinking, is an ultraindividualism, an uncompromising insistence upon individual interests and individual property as the focal point of jurisprudence. »

[30] Pound (1921, 40) défend explicitement cela, l'article de Holmes (1918) « Natural Law » affronte explicitement cette théorie, encore au sommet de son influence au sortir de la Première Guerre mondiale.

[31] Version originale: « Very well; he is a free man, let him bear the loss. »

[32] Pound (1921, 93) critique largement cette position. S'il existe des intérêts naturels, les droits sont toujours édictés juridiquement et prennent une forme spécifique en fonction de l'état de la société. La critique est logique : cela n'a pas de sens de parler de contrat en deçà de la forme spécifique prise dans la législation. Parler de contrat naturel c'est ainsi naturaliser une activité sociale.

jusnaturaliste pouvait certes être adaptée au temps des pionniers pour les États-Unis, une époque où le territoire est encore peu peuplé, et où le droit peut se contenter de garantir des droits fondamentaux et la sécurité des individus (Pound, 1921, chap. V), mais est devenue absolument inadaptée à une société où les actions des individus sont irrémédiablement interconnectées, où les villes croissent de façon exponentielles et où les actions de chacun ont des conséquences sociales importantes. C'est donc la distinction entre public et privé qu'il faut très largement reconsidérer. L'analyse individualiste propre au jusnaturalisme est devenue très largement inadaptée et trahit ainsi l'esprit de la *common law* que les réalistes juridiques cherchent à réinsuffler dans la théorie du droit au début du XXème siècle.

Contre l'absolutisme, émergeant du sophisme consistant à croire en une stabilité de vérités découvertes dans le droit, Holmes et Pound souhaitent revenir à l'esprit de la *common law*, à la *common law* comme une méthode d'amélioration constante des règles, fondée sur un scepticisme épistémique quant à la possibilité de découvrir une vérité. En effet, Pound montre que la *common law* a émergé historiquement contre le pouvoir royal, comme un droit coutumier opposé à l'autorité du roi au début du XVIIème siècle. La figure importante et tutélaire est Sire Coke, dans son opposition à James Ier, qui exprime la nécessité de la soumission du jugement royal aux lois et coutumes du pays, elles-mêmes caractérisées pour Pound par une lente maturation historique. Le juriste n'obéit donc pas à une raison naturelle mais à une rationalité expérimentale, issue de l'histoire, permettant de considérer la règle comme une expérience révisable. Contre la tentation d'une édiction de la loi en vertu d'une vérité prétendument connue Coke, et après lui Pound, défend la validité des coutumes et traditions :

> Il n'est pas davantage possible pour le peuple d'administrer la justice ou de contrôler le cours de celle-ci directement que d'administrer la médecine ou encore de contrôler directement le cours de la science médicale, des armées ou de l'art de la guerre.
>
> (Pound, 1921, 82-83, nous traduisons)[33].

Les règles juridiques sont donc le fruit d'une évolution, qui nécessite de relativiser la connaissance actuelle que nous possédons. On peut ainsi résumer l'esprit de la *common law* par deux idées : la règle du précédent et la suprématie de la loi (Pound 1921, 182). Ces deux idées concordent conceptuellement. La règle du précédent suppose qu'un cas doit être jugé en fonction d'une expérience juridique passée, plutôt que par la déduction faussement logique à partir de principes posés arbitrairement. Ce qui importe alors c'est *l'anticipation des résultats de la loi plutôt que ses principes antécédents*. La suprématie de la loi, y compris sur le souverain, exprime *la même idée d'une soumission du pouvoir à des règles*, privilégiant donc la discussion rationnelle plutôt que l'arbitraire d'une volonté prétendant connaître le vrai. La critique de la vérité absolue n'est donc *pas une critique de la rationalité*, mais seulement des excès d'une forme de rationalisme funeste.

Tout cela n'implique donc pas que le juge doive uniquement avaliser l'évolution présente des règles. Holmes et Pound plaident en effet pour une interprétation rationnelle de la législation, c'est-à-dire une interprétation visant à *améliorer consciemment* le système juridique. L'esprit de la *common law* c'est ainsi l'adaptation permanente des règles de droit

[33] Version originale : « It is no more possible for the people to administer justice directly or to control the course of justice directly than it is for them to administer medicine or control the course of medical science directly or to direct armies and control the course of military science. »

vis-à-vis des problèmes qui émergent dans la société. Toute la spécificité de la *common law* est de conjuguer un scepticisme épistémique et une intervention continuelle sur le contenu des règles. Si l'esprit de la *common law* est caractérisé par la discussion rationnelle à partir de règles précédentes les réalistes juridiques ne défendent donc pas une inaction vis-à-vis de la loi. Pour Pound et Holmes les juges font la loi autant qu'ils l'appliquent. Ou plutôt *appliquer la loi et l'interpréter c'est définir ce qu'est la loi*, bien plus que de la définir par un principe intemporel et inamovible. Pound milite ainsi pour un renouvellement de nos critères d'interprétation de la loi en fonction d'une philosophie adaptée aux évolutions de la société moderne. Il ne s'agit plus uniquement de reconnaître des droits, mais de se demander :

> Quelles exigences, quelles revendications, sont impliquées par l'existence de la société dans laquelle les demandes individuelles sont formulées ; dans quelle mesure ces exigences individuelles peuvent-elles être formulées en fonction de ces intérêts sociaux ou identifiées avec eux, et lorsqu'elles sont ainsi subsumées sous les intérêts sociaux, dans la mesure où elles peuvent être ainsi traitées, qu'est-ce qui donnera le plus grand bénéfice à ces intérêts sociaux avec le moindre sacrifice ?
>
> (Pound, 1921, 203, nous traduisons)[34].

L'évolution des sociétés, l'industrialisation ou encore la généralisation des échanges, nécessitent de repenser les distinctions entre ce qui relève du domaine strictement individuel et privé, et ce qui relève du public, c'est-à-dire les conséquences que les actions individuelles peuvent produire sur les opportunités offertes à d'autres individus. Pound milite donc pour l'application d'un nouvel « utilitarisme social », fondé sur la reconnaissance des conséquences d'une interprétation juridique. Pour ce faire Pound s'appuie sur deux choses. D'une part, sur la tradition de la *common law* elle-même, qui est fondée sur un processus d'expérimentation historique sur lequel il faut s'appuyer pour l'interprétation présente ; d'autre part, sur les nouveaux outils de discussion rationnelle offerte par les disciplines développées au début du XXème siècle, comme la sociologie, sans pour autant pouvoir arriver à une certitude finale sur un problème. La règle elle-même doit être le fruit d'une expérimentation continue.

On voit assez bien ce qui a pu séduire Lippmann dans ces positions – au-delà de la proximité personnelle de Holmes, de Pound ou encore de Brandéis et Félix Frankfurter. Les théoriciens du réalisme juridique partent en effet d'une opposition aux théories postulant le caractère irrévocable de certains principes, en vertu de l'autorité première d'un souverain ou de la vérité de ceux-ci. La question qui émerge donc est celle des conditions de l'amélioration de la loi, tout en étant critique vis-à-vis de la possibilité d'accéder à une vérité absolue. Cette problématique apparaît, sous une forme différente, au sein des corpus libéraux. Une fois le laissez-faire critiqué comme ayant mal posé la distinction entre rôle de l'État et du marché, il est nécessaire aux néolibéraux de penser les conditions d'intervention de l'État, sans pour autant légitimer un point de vue centralisateur. La théorie de la *common law*, elle aussi critique du naturalisme du laissez-faire et du dirigisme sous la forme du commandement, apparaît comme une réponse théorique adéquate au problème néolibéral. Les positions de Holmes et de Pound peuvent alors être digérées par Lippmann dans le but de repenser le libéralisme et le réadapter à l'évolution de la société, en prenant en compte les nouvelles conditions historiques

[34] Version originale : « What claims, what demands are involved in the existence of the society in which these individual demands are put forward; how far may these individual demands be put in terms of those social interests or identified with them, and when so subsumed under social interests, in so far as they may be so treated, what will give the fullest effect to those social interests with the least sacrifice? »

du XXème siècle. S'il y a bien des raisons historiques et contextuelles pour la reprise des thèses du réalisme juridique par Lippmann[35], ces raisons théoriques permettent de saisir les conditions d'une reprise fructueuse de cette philosophie du droit particulière.

III. La *common law* dans *La Cité libre* : interventionnisme néolibéral et transformation de l'héritage du réalisme juridique

Une réponse au problème néolibéral de l'intervention

C'est en 1937, dans la *Cité libre*, que Lippmann reprend explicitement le thème de la *common law* comme une réponse au problème libéral d'un rôle juridique de l'État. Ce problème, celui de la justification de l'interventionnisme juridique, associé à la nécessité de conserver et d'améliorer l'économie de marché, qui demeure, selon la formule lippmannienne, le « premier principe » du libéralisme[36,] nécessite une refonte du libéralisme. Il faut d'un côté conserver le marché comme dispositif de coordination interindividuel, et de l'autre ne pas renoncer à une méthode de contrôle social. Or, contre le laissez-faire, que Lippmann critique en reprenant des arguments à Pound et Holmes[37], et la planification, critiquée au début du livre en reprenant des arguments de Hayek, Lippmann défend la *common law*, comme forme adaptée à la Grande Société et au marché :

> Excepté dans les cas où un petit nombre d'individus isolés vivent dans un désert, il faut, pour réglementer la vie sociale, choisir entre d'une part la définition et l'ajustement des droits individuels, et d'autre part les décrets arbitraires de l'autorité souveraine. La première méthode est celle de la *common law* : la seconde celle de l'autorité. La première, c'est le *libéralisme démocratique*, la seconde c'est le collectivisme autoritaire.
>
> (Lippmann, 1937, 326 nous soulignons).

En effet, la *common law* est compatible avec la critique néolibérale de l'absolue connaissance et de la planification. Pour Lippmann elle est ainsi la seule méthode de contrôle social pleinement libérale. Comme le marché, qui découvre de nouvelles informations en permanence[38] la *common law* est évolutive, susceptible d'améliorations et de modifications constantes[39]. Elle garantit un rôle à l'État, qui doit veiller à son respect, tout en limitant le

---

[35] Contexte et proximité personnelle avec les théoriciens qui est important, notamment pour comprendre les différences avec les ordolibéraux, qui viennent d'un tout autre contexte, et qui vont plutôt favoriser une théorie positiviste du droit mettant en avant le marché comme norme fondamentale.

[36] Ce problème se pose donc contre une distinction spencérienne entre l'État et le marché, l'État intervenant artificiellement, le marché étant naturel. Chez Lippmann et les autres néolibéraux, particulièrement les ordolibéraux et Hayek, le marché est une réalisation institutionnelle. Le marché libre n'existe ainsi que si l'État en garanti les conditions de possibilités (Biebricher, 2018, chap. 1).

[37] Voir par exemple dans *La Cité libre* : « Le titre de propriété est une création de la loi. Les contrats sont des instruments juridiques. Les sociétés sont des créatures du droit » (Lippmann, 1937, 323).

[38] Ce qu'on retrouve par exemple défendu chez Hayek (1946, 1964), mais la compréhension du marché comme un ordre spontané et dynamique, est constante chez les néolibéraux, qu'il s'agisse de Lippmann ou des ordolibéraux. Voir sur ce point notre note 6.

[39] Lippmann (1937, 328) : « Non seulement la propriété est un droit institué par la loi et soutenable en justice, mais encore toute propriété est un système complexe de droits. Ce système n'est pas le même pour tous les objets.

pouvoir de toute autorité centrale, puisque, comme nous l'avons vu même l'autorité souveraine doit sans cesse être soumise à la loi[40]. Les droits peuvent donc évoluer et définir de nouvelles « règles du jeu », c'est-à-dire de nouvelles règles structurant les interactions individuelles, qui doivent néanmoins être distinguées de toute intervention directe sur les actions des individus[41].

Le tournant politique majeur qui s'opère donc chez Lippmann est une incarnation essentiellement juridique du politique. Le pouvoir souverain ne s'exerce plus en énonçant des commandements mais en faisant respecter la *common law*, proclamée par les juges, qui soustrait les individus au pouvoir arbitraire d'une volonté extérieure. C'est la leçon que Lippmann tire de l'opposition entre Coke et James Ier :

> Le droit coutumier, étant détaillé et spécifique, garantissant les vies, les successions, les biens et les fortunes contre tout risque de changement soudain et arbitraire de la loi ; ne pouvant être modifié par décret, il affranchissait les hommes de l'arbitraire du pouvoir. C'est pourquoi Coke put affirmer au roi qu'il y avait une loi et une coutume du royaume supérieures aux prérogatives royales.
>
> (Lippmann, 1937, 396).

On instaure ainsi une ère de domination de l'homme par la loi. Pour autant, et c'est un problème inhérent à la théorie lippmannienne de la loi, si Lippmann met l'accent sur l'aspect coutumier et traditionnel de la loi, il ne faut pas en rester à cet aspect sans quoi on a le risque d'entériner la tradition et finalement la désadaptation des hommes à leur milieu, voire la rigidification de la *common law* en un crédo décrépi, à l'instar du libéralisme du laissez-faire. Deux choses doivent alors être conciliées : d'un côté l'accent porté sur l'importance de la *common law* pour s'opposer à l'autoritarisme du souverain voire du despote, de l'autre l'importance d'une refonte et d'un perfectionnement de la loi, des règles du jeu, de façon active par les juges. À l'instar du pragmatisme juridique donc Lippmann insiste sur la nécessité *d'améliorer* les règles du jeu. Cette nécessité d'une amélioration constante des règles pose à son tour la question du méta-critère de l'amélioration.

Il s'agit pour Lippmann de ne pas accepter le poids de la tradition qui met les vivants sous la domination des morts, mais de traquer les injustices de la loi, en fonction de qui domine injustement l'autre, en prenant en compte les nouvelles formes de domination émergeant dans la société moderne[42]. Néanmoins, un problème normatif apparaît ici. En effet, si la loi est le principe de légitimité qui instaure le juste et l'injuste, et notamment les règles du jeu, sur quels critères juger des règles du jeu elles-mêmes si celles-ci s'avèrent illégitimes ? Ou pour le dire autrement, depuis quelles règles peut-on juger de l'amélioration des règles ? Lippmann, qui par ailleurs a critiqué très largement la possibilité d'un privilège épistémique que serait un point de vue exogène aux processus sociojuridiques, répond par l'idée d'une maximisation de la

---

Il n'est pas toujours le même pour les mêmes objets. Il n'est pas le même toujours et partout pour les mêmes objets. En d'autres termes il n'existe pas de système de droits de propriété absolu, immuable et inaltérable. »

[40] Un élément central que Hayek reprend très largement (Hayek, 1944) dans sa théorie de la *rule of law*, qui est une des conditions de fonctionnement de la société libérale. Sur la proximité entre le thème hayékien de la *rule of law* et Lippmann on lira Jackson (2012).

[41] L'exemple paradigmatique est le cas du code de la route, repris par Rougier (dans Audier, 2008, 254).

[42] On retrouve un même argument chez Pound (1921), qui s'efforce continuellement de montrer qu'il faut prendre en considération les nouvelles formes de dominations propres à la société industrielle moderne, à savoir chez Pound les dominations économiques.

liberté individuelle par l'élimination des situations de soumission à une volonté extérieure et donc par un critère avant tout, semble-t-il, négatif :

> Dans la nouvelle échelle des valeurs humaines, il faut qu'aucun homme ne puisse être l'instrument d'autrui, ne puisse être comme la hache ou la scie du charpentier. Il faut qu'il soit un membre d'une société mutuelle dont tous les membres sont soumis à la loi et peuvent plaider entre eux. Il ne faut pas que quiconque soit simplement « à la merci du seigneur et maître ». C'est en cela que réside la conception d'un monde *qui est meilleur parce qu'il est libre*.
>
> (Lippmann, 1937, 407, nous soulignons).

Cette réponse est plus complexe qu'il n'apparaît de prime abord. En effet, le critère de maximisation de la liberté semble être la méta-règle permettant de juger l'amélioration des règles. C'est ainsi ce que la fin de la citation semble indiquer en exprimant qu'un monde est meilleur parce qu'il est plus libre. Mais cette liberté elle-même n'existe pas indépendamment des droits qui sont proclamés par la loi. Reprenant Coke, Lippmann exprime que « *la liberté, (…) n'est pas une abstraction rhétorique, mais un ensemble de droits spécifiques* » (Lippmann, 1937, 407, nous soulignons). On ne peut donc pas séparer l'émergence de valeurs permettant de juger l'amélioration du processus de la *common law* lui-même. Le désir d'émancipation, de l'élargissement des droits individuels du fait d'une lutte contre l'asservissement à la volonté d'autrui, est un gain de l'histoire du libéralisme et de sa théorie juridique, la *common law*. En somme, la conception de la liberté ne peut jamais être considérée comme uniquement négative[43] mais porte toujours en elle des considérations normatives relatives à une philosophie sociale plus générale. Taylor (1979) a en effet montré qu'une conception strictement négative de la liberté comme absence de coercition était problématique en ce que dans une société libre les différents projets individuels se trouvent nécessairement en interaction dynamique, ce qui limite nécessairement les opportunités qui s'offrent à chacun dans une société donnée. Dès lors, le libéral est contraint de reconnaître que certaines opportunités ont davantage de valeur, qu'elles sont davantage signifiantes, et qu'il faut les valoriser. Chez Lippmann, l'exemple du code de la route est évocateur. Les panneaux de circulation nous contraignent certainement, surtout lorsque la désobéissance est accompagnée de sanctions, mais ils permettent également davantage d'actions en autorisant une coordination entre individus. Sur ce point, on peut tirer une conception de la liberté plus complexe qu'une conception strictement négative, en reconnaissant que chaque individu étant nécessairement pris dans des interactions sociales il ne peut échapper d'une manière ou d'une autre à une forme de coercition extérieure.

Le critère qui émerge chez Lippmann est le suivant : la règle s'améliore si elle diminue les possibilités, pour un individu, d'être l'instrument d'un autre individu. En interdisant les différences statutaires Lippmann est conscient qu'on n'interdit pas empiriquement la domination des hommes entre eux, notamment dans le rapport économique, mais on rend possible pour chaque individu, ce que la concurrence est censée favoriser, le fait de s'émanciper de cette situation au moins théoriquement. Il s'agit de faire en sorte de produire une loi qui produise les conditions de possibilité d'un jeu équitable, éliminant les positions de pouvoir

---

[43] On fait généralement remonter le concept de liberté négative de façon explicite à Isaiah Berlin et à sa leçon inaugurale de 1958 : « Two Concepts of Liberty », qui introduit une distinction entre liberté négative et positive. Néanmoins Taylor (1979) fait justement remonter cette position à des penseurs aussi anciens que Hobbes ou Bentham par exemple. Pour une histoire du concept de liberté négative on lira Skinner (1984).

permettant un avantage dans l'échange par exemple et ainsi d'éliminer tous les aléas extérieurs qui ont fait qu'un individu s'est vu désavantagé dans la société. La métaphore qu'utilise pour illustrer cela Lippmann est révélatrice :

> Le partisan de la liberté n'exige pas que tous les participants à la course restent à la même hauteur et finissent ensemble. Ce qu'il veut, c'est que tous partent en même temps et qu'aucun ne puisse chasser un rival de la piste à coups de coude. *Si cette règle est observée, le meilleur coureur gagnera*. Ce ne sera pas celui qui aura soutiré un handicap aux arbitres, ni obtenu un avantage absolument étranger à ses aptitudes de coureur. La conception libérale de l'égalité ne comporte manifestement pas la promesse de rendre tous les hommes également riches, également influents, également honorés et également sages. *Au contraire, ce qu'elle promet c'est que, si les inégalités extrinsèques dues aux privilèges et aux prérogatives sont abolies, les supériorités intrinsèques pourront se manifester*.
>
> (Lippmann, 1937, 415, nous soulignons).

Le critère positif d'une « bonne loi » est d'égaliser formellement les conditions de départs. Aujourd'hui nous exprimerions la distinction développée dans cet extrait par Lippmann dans une distinction entre une égalité d'opportunité et une égalité distributive. Tout le monde doit *pouvoir* gagner la course, bien qu'on sache que seule une personne gagnera. L'égalisation se pense avant tout comme une action négative, à savoir la suppression de contraintes extérieures, permettant à chaque individu d'exprimer ses qualités « intrinsèques ». L'étendue de l'égalisation n'est pourtant pas strictement précisée chez Lippmann. Deux interprétations peuvent émerger de la lecture de l'ouvrage. Une conception essentiellement négative de la liberté, selon laquelle le rôle des règles est de soustraire les individus à l'instrumentalisation par autrui ; une conception substantielle de la liberté, défendant que les individus ont des droits à des biens pour s'épanouir comme des individus réellement égaux sur la ligne de départ[44]. Dans les deux, cas la conception de la liberté qui apparaît demeure conceptuellement imprécise. Si la conception de la liberté est négative il reste à préciser ce qui relève de l'ordre de la coercition *extérieure*, ce qui implique une reconceptualisation complète de la distinction entre public et privé, étant entendu par ailleurs que Lippmann critique la distinction trop rigide opérée par l'individualisme libéral des « later days liberals » entre un individu et son environnement. Nous avons vu en effet plus haut que la liberté est un concept essentiellement interactif chez Lippmann, dans l'héritage du pragmatisme. Si la conception de la liberté est positive et suppose un ensemble de conditions matérielles pour permettre l'égalisation des situations sur la ligne de départ il reste à donner le critère d'extension de ce type de droits, qui peuvent sinon légitimer des politiques absolument opposées au fonctionnement du marché. C'est tout le problème de l'interventionnisme libéral qui est posé dans ce texte, avec notamment la question des conditions légitimes d'intervention dans le processus juridique dans le but de maximiser la liberté. L'effort de neutralisation de tout point de vue surplombant ne réussit qu'à

[44] Cette opposition entre une conception positive et une conception négative de la liberté demeure imprécise chez Lippmann et, même chez ceux qui expriment uniquement défendre une conception de la liberté négative, comme Hayek, elle demeure problématique. Hayek (1944) défend par exemple qu'est libre celui qui n'est pas soumis à la volonté arbitraire d'autrui, définition reprise dans Hayek (1960). Néanmoins, il ajoute, dans les deux textes, un ensemble de mesures visant à garantir aux individus un revenu minimum, pour que les plus démunis ne soient pas totalement éliminés du jeu économique. Sur ce point les positions de Hayek sur le filet de sécurité qu'est le revenu minimum sont éloquentes.

moitié, car les conditions de maximisation de la liberté présupposent à leur tour une philosophie sociale sur ce que constituent les bonnes opportunités à favoriser pour les individus, tout en éliminant d'autres considérations sur ce qui peut entrer dans le domaine de la contrainte du champ légitime d'intervention libérale.

Les écarts vis-à-vis du réalisme juridique

Pour en arriver à ce résultat, Lippmann modifie l'usage fait de la *common law* vis-à-vis de celui qui était celui du *legal realism*. Ce qui apparaît de plus c'est que le processus de la *common law* n'est pas aveugle, il ne s'agit pas uniquement dans le cadre lippmannien d'une expérimentation juridique visant à résoudre des problèmes qui émergent spontanément des nombreuses interactions constituant la société et de la dynamique caractéristique de celle-ci. Elle est au contraire orientée par un critère que Lippmann n'explicite pas immédiatement. Si ce qu'il s'agit en effet de réaliser par la loi est la condition de possibilité de l'efficacité de la concurrence, le critère qui vient diriger la pensée juridique de Lippmann en dernière instance est le critère normatif du marché. Pour qui connaît *La Cité libre* dans le détail cette découverte n'est pas étonnante. On pouvait en effet lire plus tôt que : « Le libéralisme (…) a pour premier principe que le marché, régulateur primordial de la division du travail, doit être conservé et perfectionné » (Lippmann, 1937, 229). Si le perfectionnement du marché est une des finalités du gouvernement libéral c'est parce que l'idéal normatif du marché se trouve au cœur du néolibéralisme. Si le néolibéralisme n'est pas un économicisme en ce qu'il développe toute une théorie sociale et juridique il est en revanche irrémédiablement une théorie qui place le marché au cœur de sa théorie. Car c'est bien le marché, dans la pensée lippmannienne, qui permet la coordination sociale, qui soumet des individus à un ordre impersonnel et donc les libère de la domination arbitraire d'une autre volonté, et qui est l'objectif concurrentiel (la course) à réaliser. La concurrence, dans ce contexte conceptuel, est le processus qui, une fois les règles fixées et garantissant l'égalité formelle des participants, peut attribuer les mérites aux participants du jeu économique et social. En somme, Lippmann délègue au marché et à la concurrence l'exercice procédural de la justice. Cela permet de ne pas octroyer au souverain ou au libéral un privilège épistémique qu'il critique par ailleurs. Néanmoins, cela est fondé en dernière analyse sur une théorie qui reconnaît les vertus aussi bien économiques et épistémologiques que politique et éthique du marché concurrentiel, capable de réduire le pouvoir qu'exercent les individus les uns sur les autres et donc de favoriser l'émancipation, au moins virtuelle[45], des individus dans leurs relations sociales.

La réalisation de l'idéal normatif du marché, que Lippmann hérite des premiers libéraux, qu'il a pu critiquer par ailleurs pour leur naïveté à croire que leur théorie représentait la réalité, est le télos vers quoi toute la nouvelle théorie libérale qui apparaît est orientée. Plus largement, il semble que pour Lippmann la *common law*, la société de marché fondée sur la division du travail et la démocratie comme gouvernement de soi par soi, participent d'un même sens culturel, un « mode de vie » qui fonctionne comme un système[46] :

[45] Dans ce cadre Lippmann, comme d'autres néolibéraux, reconnaît qu'il y a bien une soumission hiérarchique au sein de l'entreprise, entre le salarié et le patron. Mais cette relation hiérarchique coercitive n'est pas absolue, car virtuellement le salarié, qui est dominé en un sens, peut toujours changer d'emploi et ainsi quitter son état de dominé.

[46] Sur la défense de la civilisation occidentale chez les néolibéraux on peut se référer à Dekker (2016), qui développe cette idée pour les Autrichiens, mais aussi à Beddeleem et Colin-Jaeger (2020), où nous montrons le conservatisme culturel des néolibéraux.

> Après cela, je vis clairement que la division du travail, la démocratie et la méthode de la *common law* sont organiquement liées, qu'elles doivent subsister ou disparaître ensemble, parce qu'elles sont *des aspects différents d'un même genre de vie*.
>
> (Lippmann, 1937, 432, nous soulignons, traduction modifiée).

La reprise lippmannienne de la tradition de la *common law*, et des arguments de Holmes et de Pound, n'est donc pas un décalque mais une reconfiguration. La *common law* comme méthode juridique est valorisée car elle s'oppose à tout pouvoir central et possesseur d'un savoir inquestionnable. Mais en réintégrant cette tradition juridique dans sa théorie politique Lippmann lui donne une fin particulière, à savoir celle d'être le système juridique compatible avec une économie de marché à laquelle elle demeure subordonnée, ce qui entre en tension avec la conceptualisation du *legal realism*, qui n'oriente pas la *common law* vers une fin extrinsèque à la dynamique immanente aux sociétés humaines, poussant ainsi vers une régulation importante des relations économiques chez Pound. C'est bien dans l'articulation entre théorie de la *common law* et problématique néolibérale que se trouvent à la fois l'originalité mais aussi les difficultés de Lippmann.

Conclusion

Cet article défend une thèse : la théorie de la *common law* développée par Lippmann n'est compréhensible qu'à partir de la problématique néolibérale, relative à la nécessité de penser un interventionnisme non dirigiste. La théorie lippmannienne, qui emprunte au réalisme juridique de Holmes et de Pound, est amenée à reconfigurer le rôle de la *common law* en la soumettant à un critère normatif idéalisé qui est celui de l'amélioration voire du perfectionnement de l'économie d'échange, donc du marché et de la concurrence. La *common law* change alors de statut théorique pour s'intégrer dans une pensée systématique qui articule l'économie de marché, une théorie politique et une théorie du droit comme participant d'une même adaptation à la société moderne. En ce sens, Lippmann a proposé, en 1937, une théorie positive du gouvernement libéral, qui explique l'importance du journaliste américain au sein du réseau néolibéral dans les années 1930 et 1940 ainsi que la prévalence de ses analyses pour d'autres participants de ce mouvement, tel Rougier et Hayek[47]. Lippmann va ainsi plus loin et articule sa théorie de la *common law* à une philosophie politique libérale plus générale, construite autour du concept normatif de marché.

On voit bien ce qui séduit Lippmann, et à sa suite d'autres néolibéraux comme Hayek, qui pourra écrire à Lippmann qu'il se trouve être en accord total avec le contenu de *La Cité libre*, aussi bien la partie critique que la partie « constructive »[48], ou qui, plus tard, écrira que

[47] Sur l'influence de Lippmann sur Hayek on pourra lire Colin-Jaeger (2020), en complément de Jackson (2012) et Clavé (2015).

[48] « I have read it from cover to cover almost at one sitting. I knew from your articles in the Atlantic Monthly that I should be in complete agreement with the critical parts, but it was still a pleasant surprise that I found myself in almost equally complete agreement even to points of detail with the constructive section. » (Hayek à Lippmann, le 11 Août 1937, Correspondance).

La Constitution de la liberté est le résultat de sa lecture de l'ouvrage de Lippmann[49]. La *common law* réalise ainsi plusieurs idées libérales importantes : la limitation du pouvoir souverain par la loi, la décentralisation de la production juridique, empêchant ainsi la résurgence d'un point de vue normatif problématique, l'adéquation vis-à-vis du monde complexe de la Grande Société, en plus de renouer les fils d'une tradition remontant au libéralisme historique. En cela on comprend que pour Lippmann être libéral est compris comme équivalent d'un soutien à la *common law* : « Étant libéraux, ils étaient en faveur de l'extension de la *common law* et opposés à l'extension de l'autorité gouvernementale » (Lippmann, 1937, 374, traduction modifiée).

Néanmoins, la soumission de la *common law* au critère normatif du marché modifie considérablement sa logique. La loi n'est plus une expérimentation continue visant, comme chez Pound, un utilitarisme social, mais le moyen de réaliser le fonctionnement efficace du marché. La loi n'est plus alors une réponse à la prolifération de problèmes et de crises situationnelles, développée dans un processus immanent, mais doit elle-même être orientée vers certaines mesures. Le marché, idéalisé comme une norme à réaliser, devient typiquement ce que Pound et Holmes critiqueraient comme une vérité inamovible rigidifiée[50]. La norme du marché qui permet de juger relativement à l'amélioration de la loi devient donc une véritable philosophie du droit interprétant les résultats des expérimentations juridiques. En cela Lipmmann, de manière incidente, participe très largement à la reconnaissance de l'importance du droit pour l'économie, sujet qui gagne en importance de manière significative à partir des années 1950 (Van Horn et Mirowski, 2009 ; Van Horn, 2018) et qui deviendra par la suite le mouvement *Law and Economics* au sein de l'Ecole de Chicago. Il n'est pas étonnant que la théorie lippmannienne de la *common law* possède alors de multiples et lointains héritiers. En effet, la théorie de la *common law* interprétée comme réalisant les conditions d'efficacité du marché, participant d'un « ordre spontané » économico-juridique, est reprise à la fois par Hayek, dans *Droit, législation et liberté*, mais aussi Posner, dès *The Econonomic Analysis of Law*, qui défend l'idée que la *common law* américaine permet l'efficience économique. Comme chez Lippmann, avec des modalités différentes, y compris entre elles, ces deux théories valorisent la *common law* autant pour des raisons politiques, la décentralisation des choix et la critique d'une régulation centralisée, qu'économiques, la *common law* est compatible avec le marché. Comme chez Lippmann la *common law* se trouve soumise au critère du marché. Alors même que la théorie de la *common law* introduit prétendument un évolutionnisme décentralisé, se distinguant radicalement d'une expertise qui est revendiquée par d'autres néolibéraux dans la continuité notamment des ordolibéraux, sa validité demeure fondée en dernière analyse sur un idéal de fonctionnement du marché lui-même issu d'une expertise économique. Apparaît donc une circularité typique du néolibéralisme où le marché est à la fois ce qu'il s'agit de

[49] « this book is the final outcome of a trend of thought which may be said to have started twenty-years ago when I read The Good Society» (Hayek à Lippmann, le 18 décembre 1959, Correspondance).

[50] Que Lippmann exprime comme étant une fin de l'histoire, puisque l'idéal du marché lui-même n'est pas susceptible d'être modifié : « À la longue, aucune nation ne pourra manquer d'entrer dans le système *de common law* ; une nation arriérée, qui ne peut ou ne veut rendre son territoire habitable à l'économie nouvelle de la division du travail, finira certainement par être conquise. À moins d'être aussi lointaine que le Tibet, elle sera d'une façon ou d'une autre réunie au domaine de la « grande association ». Il est également impossible qu'une portion quelconque de la terre s'isole en permanence de la société de la *common law* : la rébellion finira par être vaincue. Car la nécessité de la *common law* à toute l'économie mondiale s'impose à toutes les multitudes humaines dans leurs transactions quotidiennes, et sa force accumulée est invincible ». (Lippmann, 1937, 375, traduction modifiée).

réaliser institutionnellement et le critère normatif permettant d'évaluer la bonne intervention juridique.

Bibliographie

Almaatouq, A. *et al*. 2020. “Adaptative social networks promote the wisdom of crowds”, *PNA*, 117(21) : 11379-11386.

Audier, S. 2008. *Le colloque Lippmann*, Lormont, Le bord de l’eau.

Beddeleem, M. et Colin-Jaeger, N. 2020. « L’héritage conservateur du néolibéralisme », Document de travail.

Biebricher, T. 2018. *The Political Theory of Neoliberalism*, Stanford, Stanford University Press.

Boettke, P. 1998. « Economic calculation: the Austrian contribution to political economy », *Advances in Austrian Economics*, 5: 131-158.

Boettke, P. et O’Donnell, K. 2013. “The failed appropriation of F.A. Hayek by formalist economic”, *Critical Review*, 25(3-4): 305–341.

Buchanan, J. et Vanberg, V. 1991. “The market as a creative process”, *Philosophy and Economics*, 7(2): 167–186.

Burgin, A. 2012. *The Great Persuasion*, Cambridge, Harvard University Press.

Clavé, F. 2015. “Comparative study of Lippmann's and Hayek's Liberalisms (or neo-liberalisms)”, *The European Journal of the History of Economic Thought*, 22(6): 978-999.

Colin-Jaeger, N. 2020. “Reconstructing Liberalism: Hayek, Lippmann and Neoliberalism”, Oeconomia, 11(2): 281-313.

Colin-Jaeger, N. & Delcey, T. 2020. “When efficient market hypothesis meets Hayek on information: beyond a methodological reading”, *Journal of Economic Methodology*, 27(1): 97-116.

Dardot, P. et Laval, C. 2009. *La nouvelle raison du monde*. Paris: La Découverte.

Deffains, B. et Ferey, S. 2010. *Agir et juger. Comment les économistes pensent le droit*, Paris, Editions Panthéon Assas.

Dekker, E. 2016. *The Viennese Students of Civilization*, Cambridge, Cambridge University Press.

Foucault, M. 1979, *Naissance de la biopolitique : cours au Collège de France, 1978-1979.* Paris: Gallimard/Éditions du Seuil.

Goodwin, C. 2014. *Walter Lippmann: Public Economist*, Cambridge, Harvard University Press.

Hayek, F.A. 1944. *La route de la servitude*, Paris, Puf.

Hayek, F. A. 1946. “The meaning of competition”, in *Individualism and economic,* Chicago, Chicago University Press: 92-106.

Hayek, F.A. 1960. *La constitution de la liberté*, Paris, Belles Lettres.

Hayek, F.A. 1964. “Competition as a discovery procedure”, *The Quaterly Journal of Austrian Economics*, 5(3): 9–23.

Higgins, P. 2013. *The Struggle for the Good Society: Rudolf Hilferding, Ludwig Von Mises, and Walter Lippmann, and the Advent of Neoliberalism as Self-criticism and Self-defense of Liberal Governmental Style from 1896 to 1938*, Fairfax, George Mason University Press.

Holmes, O.W. 1897. “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, 10: 1-20.

Holmes, O. W. 1918. “Natural Law”, *Harvard Law Review*, 32: 40-44.

Hull, N.E. 1997. *Roscoe Pound and Karl Llewellyn: Searching for an American Jurisprudence*, Chicago, University of Chicago Press.

Jackson, B. 2012. “Freedom, The common Good and the rule of law: Lippmann and Hayek on economic planning”, *Journal of the History of Ideas*, 73(1): 47-68.

Jael, P. 2018, « Socialist Calculation and Market Socialism », Document de travail.

Kirzner, I. 1988. « The economic calculation debate: lessons for the austrians », *The Review of Austrian Economics*, 10(1): 1987-1997.

Latour, B. 2008. “Le fantôme de l’esprit public », *Le Public Fantôme*, Paris, Demopolis : 5-44.

Lavoie, D. 1981. "Introduction: An Economic Critique of Socialism", *Journal of Libertarian Studies*, 5(1): 1–5.

Lippmann, W. 1922. *Public Opinion*, Londres, Transaction Publishers.

Lippmann, W. 1925. *Le Public fantôme*, Paris, Demopolis.

Lippmann, W. 1934. *The Method of Freedom*, Londres, Routledge.

Lippmann, W. 1937. *La Cité Libre*, Paris, Les Belles Lettres.

Milanèse, A. 2020. *Walter Lippmann, d’un néolibéralisme à l’autre*, Paris, Classiques Garnier.

Mirowski, P. et Plewhe, D. 2009. *The Road from Mont-Pèlerin*. Cambridge, Harvard University Press.

Murphy, P. 1989. “Holmes, Brandeis, and Pound: Sociological Jurisprudence as a Response to Economics Laissez-faire”, in Frankel E., Dickman H. (ed.*), Liberty, Property and Government, Constitutional Interpretation Before The New Deal*, Albany, State University of New York Press.

Pound, R. 1921. *The Spirit of the Common Law*, Francestown, Marshall Jones Company.

Riccio, B. 1994. *Walter Lippmann – Odyssey of a liberal*, London: Transaction Publishers.

Skinner, Q. 1984. “The idea of negative liberty : philosophical and historical perspectives”, in R. Rorty, J.B. Schneewind et Q. Skinner (eds.), *Philosophy in History*, Cambridge, Cambridge University Press : 193-221.

Steel, R. 1980. *Walter Lippmann and the American Century*, London, Transaction Publishers.

Stiegler, B. 2016. *Le retard de l’espèce humaine, les sources évolutionnistes du néolibéralisme*, Thèse d’HDR, Bordeaux.

Stiegler, B. 2019. *"Il faut s'adapter". Sur un nouvel impératif politique*, Paris, Gallimard.

Taylor, C. 1979. "What's wrong with negative liberty", in A. Ryan (ed.), *The Idea of Freedom*, Oxford, Oxford University Press: 211-229.

Van Horn, R. 2018. "Corporations and the Rise of Chicago Law and Economics", *Economy and Society*, 47(3): 1-23.