



HAL
open science

Le réalisme juridique américain comme critique du droit

Pierre Brunet

► **To cite this version:**

Pierre Brunet. Le réalisme juridique américain comme critique du droit. Antoine Corre-Basset. Les approches critiques du droit, Paris, Ed. de la Sorbonne., Editions de la Sorbonne, A paraître, Histoire et Théorie du droit. halshs-03883831v1

HAL Id: halshs-03883831

<https://shs.hal.science/halshs-03883831v1>

Submitted on 4 Dec 2022 (v1), last revised 14 Oct 2023 (v2)

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

LE REALISME JURIDIQUE AMERICAIN COMME CRITIQUE DU DROIT

Pierre BRUNET

Ecole de droit de la Sorbonne

Univ. Paris 1 Panthéon-Sorbonne

pierre.brunet@univ-paris1.fr

Working Paper – 2022

Quiconque s'intéresse aux mouvements et courants critiques du droit ne saurait négliger le réalisme américain¹, quand bien même ce dernier serait, de l'avis général, difficile à définir², à identifier précisément, à restituer historiquement et prête encore aujourd'hui à de multiples interprétations voire controverses³. À lire en effet la littérature plus qu'abondante qui lui est consacrée depuis 1930, on se prend à penser au chat de Schrödinger : bien qu'annoncé comme mort et enterré et alors même qu'on a pu faire remarquer un temps qu'il ne retenait guère l'attention⁴, aucun mouvement intellectuel ne semble plus vivant et plus actuel⁵. La recherche de son état civil en dit long également : pour les uns, il démarre en 1925 et s'arrête en 1940⁶ ; pour les autres, il se prolongerait jusqu'à l'avènement d'un autre « mouvement » lancé par la publication du livre de Hart and Sacks, *The Legal Process*⁷ de 1958 ; les uns voient les premiers signes de son étiolement dès 1928⁸ quand d'autres soutiennent que sa fin coïncide

¹ H. E. Yntema, « American Legal Realism in Retrospect », *Vanderbilt Law Review*, vol. 14, 1960, p. 317-330, p. 319: "What really is American legal realism? In answer, it was pointed out that this was no new school of jurisprudence, but represented rather the complementary efforts of a number of individuals in various fields, with varied techniques, and with diverse predispositions, to extend the knowledge of law by critical or factual investigation".

² F. V. Cahill Jr, *Judicial Legislation: A Study in American Legal Theory*, New York, Ronald Press Co., 1952, p. 97: "Although much of the American juristic writing of the 1920's and 1930's is in one way or another connected with "legal realism", the term itself defies definition".

³ Par exemple: M. J. Horwitz, *The transformation of American law, 1870-1960 : The Crisis of Legal Orthodoxy*, New York, Oxford University Press, 1992, p. 169: "Indeed, defining Legal Realism with precision is not all that easy"; C. M. Yablon, « Justifying the Judge's Hunch: An Essay on Discretion », *Hastings Law Journal*, vol. 41, n°2, 1990, p. 231-280, p. 231 : "neither the time parameters of the Realist period nor the membership of the movement can be delineated precisely"; J. H. Schlegel, *American Legal Realism and Empirical Social Science*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1995, p. 1: « The questions of who were the realists and what was realism are not trivial and are still contested ».

⁴ En 1986, Altman notait: « Attention to the realist movement is, to say the least, scanty » (A. Altman, « Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin », *Philosophy & Public Affairs*, vol. 15, n°3, 1986, p. 205-235, p. 205).

⁵ K. J. Bybee, *All Judges are Political – Except When They Are Not. Acceptable Hypocrisies and the Rule of Law*, Stanford, Ca, Stanford UP, 2010, p. 27: "In public discourse, legal realism seems to be both dead and alive"; A. Liptak, « Judges Mix with Politics », *New York Times*, February 22, 2003, p. B1-B8 : « The White decision was thus something of a triumph for legal realism, the jurisprudential philosophy that calls for a frank acknowledgment of the role politics and other real-world factors play in judicial decision-making ».

⁶ G. Tarello, *Il Realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1962 et E. B. Mensch, « The History of Mainstream Legal Thought », in D. Kairys (dir.), *The Politics Of Law: A Progressive Critique*, New York, Basic Books, 1998, p. 23-53.

⁷ C. L. Barzun, « The Forgotten Foundations of Hart and Sacks », *Virginia Law Review*, vol. 99, n°1, 2013, p. 1-62 ; W. N. Eskridge, Jr. et P. P. Frickey, « The Making of "The Legal Process" », *Harvard Law Review*, vol. 107, n°8, 1994, p. 2031-2055 ; H. M. Hart et A. M. Sacks, *The Legal Process : Basic Problems in the Making and Application of Law [1958]*, Westbury, N.Y., Foundation Press, 1994.

⁸ W. Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 82.

avec l'avènement du des *Critical Legal Studies*⁹ ; les uns jugent que le réalisme a disparu après que tout le monde s'y est converti – c'est la fameuse formule « Realism is dead, we are all realist now »¹⁰ – ; mais d'autres enfin considèrent qu'il n'a peut-être jamais véritablement existé¹¹ ; les mêmes s'évertuent d'ailleurs à dénoncer la banalité du réalisme¹² quand d'autres louent son originalité et le voient comme le précurseur de tous les mouvements intellectuels qui ont animé de façon significative le droit des États-Unis (ou au-delà)¹³. La même confusion règne quant à son influence : les uns la jugent plus que modeste et très largement surestimée¹⁴ et que c'est au mieux un état d'esprit, une humeur ou une ambiance¹⁵, un label ou une image¹⁶ quand d'autres l'estiment considérable¹⁷ non seulement sur le droit des États-Unis, mais aussi sur son enseignement et plus généralement sur la science du droit bien au-delà des États-Unis¹⁸ ; les uns tendent à le réduire à deux thèses principales – sur la nature du droit et sur la nature de la science du droit¹⁹ – quand d'autres y voient une quasi escroquerie intellectuelle,

⁹ Le mouvement des *Critical Legal Studies* fut fondé en 1977 et réunit principalement Duncan Kennedy, Morton Horwitz, Karl Klare, Mark Tushnet et Roberto Unger. La filiation entre les CLS et le réalisme est bien évidemment source d'une autre controverse, v. not. W. De Been, *Legal Realism Regained: Saving Realism from Critical Acclaim*, Stanford, CA, Stanford, CA: Stanford Law Books., 2008.

¹⁰ Selon une formule récurrente, v. G. Peller, « The Metaphysics of American Law », *California Law Review*, vol. 73, n°4, 1985, p. 1151-1290 qui y voit la marque de ce que le raisonnement juridique est « politique » (p. 1152), et J. W. Singer, « Legal Realism Now. Review of Laura Kalman, *Legal Realism At Yale: 1927-1960* », *California Law Review*, vol. 76, n°2, 1988, p. 465-544, ici, p. 465 : « Legal realism has fundamentally altered our conceptions of legal reasoning and of the relationship between law and society. The legal realists were remarkably successful both in changing the terms of legal discourse and in undermining the idea of a self-regulating market system. All major current schools of thought are, in significant ways, products of legal realism. To so me extent, we are all realists now ». Selon Dan Priel, la première occurrence de la phrase apparaît en 1961 dans la recension du dernier livre de Llewellyn, *The Common Law Tradition* par B. H. Levy (v. B. H. Levy, « Book Review. A Symposium *The Common Law Tradition. Deciding Appeals* by Karl N. Llewellyn », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 109, n°7, 1961, p. 1045-1051, p. 1049), v. D. Priel, « The Return of American Legal Realism », in M. D. Dubber et C. Tomlins (dirs.), *The Oxford Handbook of Legal History*, Oxford, Oxford UP, 2018, p. 457-478. Mais on trouve une affirmation proche déjà chez Pound en 1934 qui, vantant les mérites du second Jhering, affirme : « Since Jhering every jurist has been more or less a realist in the American sense » (R. Pound, « Law and the Science of Law in Recent Theories », *American Law School Review*, vol. 7, n°11, 1934, p. 1057-1076., ici p. 1060).

¹¹ B. Z. Tamanaha, *Beyond the Formalist-Realist Divide. The Role of Politics in Judging*, Princeton, Princeton UP, 2009.

¹² B. Z. Tamanaha, « The Realism of Judges Past and Present », *Cleveland State Law Review*, vol. 57, n°1, 2009, p. 77-92.

¹³ D. E. Van Zandt, « The Only American Jurisprudence », *Houston Law Review*, vol. 28, n°5, 1991, p. 965-992: 987 : « The key and novel American contribution to jurisprudence has been that begun by the Poundian paradigm and developed by the legal realists. Not only has it been an original contribution, but its legacy is the vibrant and leading role of American jurisprudence in law today. Almost all modern schools of thought owe a substantial debt to this American contribution, which is now causing legal scholars outside the United States to reorient their work and teaching », B. Leiter, « Naturalized Jurisprudence and American Legal Realism Revisited », *Law and Philosophy*, vol. 30, n°4, 2011, p. 499-516 ; B. Leiter, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford UP, 2007 ; B. Leiter, « Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence », *Texas Law Review*, vol. 76, n°2, 1997, p. 267-315.

¹⁴ Gilmore G. Gilmore, « Legal Realism: Its Cause and Cure », *Yale Law Journal*, vol. 70, 1961, p. 1037-1048 ; G. Gilmore, « In Memoriam: Karl Llewellyn », *Yale Law Journal*, vol. 71, n°5, 1962, p. 813-815 ; G. Gilmore et P. Bobbitt, *The Ages of American Law*, New Haven, Yale U.P., 2014.

¹⁵ N. Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford, Oxford UP, 1995.

¹⁶ B. Z. Tamanaha, « Understanding Legal Realism », *Texas Law Review*, vol. 87, n°4, 2009, p. 731-785, p. 778 : « When all the conventional stereotypes are stripped away, what is left beneath “legal realism” is a label and an image. Had this catchy label not been coined (initially with no real content in mind), had the ire of Pound not been provoked, had a few personalities not reveled in pushing the envelope of respectability, the folks tagged as Realists would probably not have been seen as a discrete group at all-as some of those involved objected at the time » ; J. E. Herget, « Unearthing the Origins of a Radical Idea: The Case of Legal Indeterminacy », *The American Journal of Legal History*, vol. 39, n°1, 1995, p. 59-70 62: “While there are significant political and institutional reasons why realism went in eclipse, it is still somewhat of a mystery why it did not have a great impact on legal scholarship ».

¹⁷ En 1968, Rumble écrivait: “realism is generally regarded today as the most significant development in American legal theory in the years between the two world wars. Moreover, its impact is still visible. Finally, some of the most basic doctrines espoused by the realists retain contemporary relevance” mais il ajoutait: “Unfortunately, it has not received the kind of systematic study that it deserves” (W. E. Rumble Jr, *American Legal Realism: Skepticism, Reform and the Judicial Process*, Ithaca, NY, Cornell University Press, 1968, p. 3).

¹⁸ J. Q. Whitman, *Hitler's American Model The United States and the Making of Nazi Race Law*, Princeton, Princeton University Press, 2017, p. 156: « American Legal Realist movement yielded some superb insights, from which there is still much to learn, in my view » ; J. Q. Whitman, « The Case for Penal Modernism », *Critical Analysis of Law*, vol. 1, n°2, 2014, p. 143-198, p. 153 : « The prime focus of penal modernism, like the prime focus of so much legal realism, was on the practice of judging—on, in the stock legal realist phrase, the judge’s “sense of justice.” »

¹⁹ H. Kantorowicz, « Some Rationalism About Realism », *Yale Law Journal*, vol. 43, n°8, 1934, p. 1240-1253.

réduisant le réalisme à un comportement naïf – « la décision du juge dépend de la composition de son petit-déjeuner »²⁰ ou inversement, lui attribuent de nombreuses thèses novatrices d'ordre théorique, politique et épistémologique²¹. Quant à ses origines, les uns le voient comme le prolongement d'une réflexion européenne²² quand il est, pour les autres, la manifestation de ce que les juristes nord-américains prennent conscience de leur spécificité²³ ; les uns le rattachent au pragmatisme philosophique de Dewey, Peirce et James²⁴ quand d'autres le perçoivent comme le pur prolongement du mouvement progressiste des années 20²⁵ ou au contraire comme annonciateur du naturalisme de Quine²⁶ ou encore le tirent du côté de la sociologie du droit et le constituent en fondateur du courant *Law and Society*²⁷ ou mieux le rebaptisent « pragmatisme » et s'en approprient de nombreux aspects²⁸, mais d'autres le voient comme un mouvement profondément singulier²⁹. Le réformisme des Réalistes est également l'objet de controverses : les uns le rattachent au New Deal et insiste sur sa dimension réformatrice³⁰, quand d'autres s'efforcent de souligner combien les

²⁰ A. Kozinski, « What I Ate for Breakfast and Other Mysteries of Judicial Decision Making », *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 26, n°4, 1993, p. 993-1000; R. Dworkin, « Dissent on Douglas », *New York Review of Books*, n°Feb. 19, 1981.

²¹ A. T. Kronman, « Jurisprudential Responses to Legal Realism », *Cornell Law Review*, vol. 73, n°2, 1987-1988, p. 335-340, A. Altman, art. cit., J. H. Schlegel, *op. cit.* ; J. W. Singer, art. cit., Leiter B. Leiter, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, *op. cit.*

²² G. E. White, « From Realism to Critical Legal Studies: A Truncated Intellectual History », *Southwestern Law Journal*, vol. 40, n°2, 1986, p. 819-844 ; G. E. White, « From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth-Century America », *Virginia Law Review*, vol. 58, n°6, 1972, p. 999-1028 ; G. E. White, *Law in American History: Volume 3: 1930-2000*, New York, Oxford, Oxford University Press, USA, 2019 ; J. E. Grisé, M. Gelter et R. Whitman, « Rudolf von Jhering's Influence on Karl Llewellyn », *Tulsa Law Review*, vol. 48, n°1, 2012, p. 93-116 ; J. E. Herget, « The Great German Influence on American Jurisprudence », *Rechtstheorie*, vol. 25, n°1, 1994, p. 43-56.

²³ D. Priel, art. cit.

²⁴ W. E. Rumble Jr, *op. cit.*, sans compter ceux qui estiment que le pragmatisme des juristes n'a de toutes les façons pas grand chose à voir avec le pragmatisme des philosophes: T. C. Grey, « Freestanding Legal Pragmatism », *Cardozo Law Review*, vol. 18, 1996, p. 21-42 : « pragmatism in legal theory can stand free of philosophical pragmatism, whether old (William James, John Dewey) or new (Richard Rorty, Hilary Putnam). Epistemological foundationalists, metaphysical realists, Kantian moralists, and even theologically conservative Christians may find that they are jurisprudential pragmatists. So may lawyers who, though reflective about their profession, are not much interested in many philosophical questions. » ; D. Luban, « What's Pragmatic about Legal Pragmatism? », *Cardozo Law Review*, vol. 18, n°1, 1996, p. 43-74.

²⁵ Horwitz M. J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860 (Studies in Legal History)*, Cambridge, Harvard University Press, 1979 ; M. J. Horwitz, « "Transformation I": After 25 Years », *Law & Social Inquiry*, vol. 28, n°4, 2003, p. 1157-1160.

²⁶ B. Leiter, « Naturalizing Jurisprudence: Three Approaches », in J. Shook et P. Kurtz (dirs.), *The Future of Naturalism*, Amherst, N.Y., Prometheus Books, 2009 ; B. Leiter, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, *op. cit.* contra: P. Chiassoni, « Prólogo a la edición en castellano: El realismo americano según un abogado de provincia », in G. Tarello (dir.), *El realismo jurídico americano*, Lima, Palestra Editores, 2017, p. 15-41.

²⁷ S. Macaulay, « Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study », *American Sociological Review*, vol. 28, n°1, 1963, p. 55-67 ; S. Macaulay, « The New Versus the Old Legal Realism: "Things Ain't What They Used To Be" », *Wisconsin Law Review*, vol. 2005, n°2, 2005, p. 365-403.

²⁸ R. A. Posner, *How Judges Think*, Cambridge, USA, Harvard University Press, 2008 ; F. B. Cross, « What Do Judges Want? », *Texas Law Review*, vol. 87, n°1, 2008, p. 183-234.

²⁹ H. Dagan, « The Real Legacy of American Legal Realism », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 38, n°1, 2018, p. 123-146 pour qui « The most important promise of the legacy of legal realism is its robust understanding of law, which is irreducible to one or another more or less familiar jurisprudential school (...) ».

³⁰ L. Kalman, *Legal Realism at Yale, 1927-1960*, Chapel Hill and London, The University of North Carolina Press, 1986 ; L. Kalman, « Law, Politics, and the New Deal(s) », *The Yale Law Journal*, vol. 108, n°8 (Symposium: Moments of Change: Transformation in American Constitutionalism), 1999, p. 2165-2213 ; N. E. H. Hull, « Some Realism about the Llewellyn-Pound Exchange over Realism: The Newly Uncovered Private Correspondence, 1927-1931 », *Wisconsin Law Review*, vol. 1987, n°6, 1987, p. 921-970 ; N. E. H. Hull, « Reconstructing the Origins of Realistic Jurisprudence: A Prequel to the Llewellyn-Pound Exchange over Legal Realism », *Duke Law Journal*, 1989, p. 1302-1334 ; N. E. H. Hull, *Roscoe Pound and Karl Llewellyn: Searching for an American Jurisprudence*, Chicago, University of Chicago Press, 1997 ; R. Shamir, *Managing Legal Uncertainty: Elite Lawyers in the New Deal*, Durham, NC, Duke University Press, 1996 ; R. Kreitner, « Biographing Realist Jurisprudence (Review of Architect of Justice: Felix S. Cohen and the Founding of American Legal Pluralism by Dalia Tsuk; Mitchell Thurman Arnold: A Biography by Spencer Weber Waller) », *Law and Social Inquiry*, vol. 35, n°3, 2010, p. 765-791 ; M. J. Curtis, « Realism Revisited: Reaffirming the Centrality of the New Deal in Realist Jurisprudence », *Yale Journal of Law & the Humanities*, vol. 27, n°1, 2015, p. 157-200.

divergences politiques entre les Réalistes étaient fortes en dépit d'un même réformisme partagé³¹. Sur ce dernier point, on peut dès maintenant ajouter que la quasi-totalité des travaux sur le réalisme tendent à exclure de la discussion l'attitude des Réalistes envers la ségrégation raciale, ce qui n'est pas sans redoubler un silence pesant tant de la part des Réalistes que des commentateurs³². On peut ajouter également que l'histoire du réalisme est une histoire qui passe silence la contribution de certaines femmes dont Soia Mentschikoff, la seconde femme de Llewellyn³³. Pire, enfin, quand la plupart des commentateurs n'hésitent pas à parler « du » réalisme, il s'en trouve d'autres pour dénoncer les généralisations hâtives³⁴, qui seraient source de confusion car elles laisseraient entendre qu'il y eut une unité là où il n'y avait qu'une grande diversité voire un joli désordre³⁵. On peut encore ajouter les discussions sur le nom même de « réalisme » qui fut, dès l'origine, aussi contesté³⁶ que défendu. L'ultime difficulté que soulève le réalisme est qu'il donne lieu à des travaux principalement historiques, philosophiques et sociologiques. Certaines des questions que les uns et les autres se posent ne se recoupent pas et les analyses ne risquent donc pas de se contredire. Mais c'est sur le terrain de l'évaluation de la place ou de l'apport du réalisme que les discussions sont vives et les analyses souvent contradictoires, non seulement entre historiens et philosophes mais au sein de chacune des disciplines. Et la difficulté est épistémologique : les historiens écrivent une histoire souvent dépourvue des concepts philosophiques quand les philosophes proposent des analyses conceptuelles dépourvues à leur tour du contexte historique.

On mesure ainsi combien il serait vain de partir en quête d'une description « vraie » ou authentique du réalisme américain. Mieux vaut donc commencer par le commencement et

³¹ P. Ewick, R. A. Kagan et A. Sarat, « Legacies of Legal Realism: Social Science, Social Policy, and the Law », in P. Ewick, *et al.* (dirs.), *Social science, social policy, and the law*, New York, Russell Sage Foundation, 1999, p. 1-30 ; p. 2, n. 3 : « Legal realism was by no means, however, a unified or singular intellectual movement. »

³² La majorité des réalistes ont esquivé la question raciale, v. R. L. Allen, *Reluctant reformers: Racism and Social Reform Movements in the United States*, Washington D.C., Howard University Press, 1974, p. 85 ; à l'exception de Llewellyn, Cohen et Hale qui ont tenté de créer une « Realist critique of American race relations », v. C. Bracey [Note], « Legal Realism and the Race Question: Some Realism about Realism on Race Relations », *Harvard Law Review*, vol. 108, n°7, 1995, p. 1607-1624, not. p. 1619 et 1620 : « for many Realists, the race question was outside the scope of the Realist critique. This silence is nonetheless significant because the racial issues that emerged during the Realist period should have been natural targets for the Realist critique. » Le juriste le plus engagé à l'époque contre la ségrégation était Charles Hamilton Houston. Son rattachement au réalisme américain est discuté : R. A. Fairfax Jr., « Wielding the Double-Edged Sword: Charles Hamilton Houston and Judicial Activism in the Age of Legal Realism », *Harvard Blackletter Law Journal*, vol. 14, 1998, p. 17-44 estime que son activisme judiciaire contredit le *self-restraint* des réalistes tandis que G. S. Parks, « Toward a Critical Race Realism », *Cornell Journal of Law and Public Policy*, vol. 17, n°3, 2008, p. 683-745 considère qu'il incarnait aussi bien la philosophie que la pratique réaliste.

³³ S. Mentschikoff, « Highlights of the Uniform Commercial Code », *Modern Law Review*, vol. 27, n°2, 1964, p. 167-187.

³⁴ W. Twining, « Talk About Realism », *N.Y.U. Law Review*, vol. 60, 1985, p. 329 ; W. Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, *op. cit.*

³⁵ H. Dagan, « The Realist Conception of Law », *University of Toronto Law Journal*, vol. 57, 2007, p. 607-660 et *contra*: Priel D. Priel, art. *cit.*

³⁶ Cardozo proposait de parler de néo-réalisme, considérant que les premiers réalistes étaient Savigny et Jhering en Allemagne, Holmes et Pound aux États-Unis : « I have said that the members of this group style themselves realists, – realists because fidelity to the realities of the judicial process, unclouded by myth or preconception, is and aim of their endeavor. I shall make bold to vary the description and speak of them hereafter as neo-realists instead » ; E. N. Garlan, *Legal realism and justice*, New York, Columbia Univ. Press, 1941 ; Robert Summers a requalifié le réalisme d'instrumentalisme : R. S. Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca, Cornell Univ. Press, 1982, p. 30 : « Many instrumentalists regarded all uses of law as hypotheses to be tested experimentally in the laboratory of social experience. They called for an empirical science of law and its effects, with models drawn from fields as diverse as biology, physics, and behaviorist psychology ». À la suite de Felix Cohen, Laura Kalman a parlé de « fonctionnalisme ».

revenir au début de toute l'histoire du réalisme, une histoire qui est comme souvent une construction intellectuelle partiellement accidentelle. Ensuite, se défaire de l'idée trompeuse d'une unité et admettre – comme le disait Llewellyn – qu'il n'y a pas de mouvement ni de groupe encore moins une « école », à peine une méthode, au mieux un ensemble de thèses, mais il y a surtout une aspiration commune à tous ceux qui furent rattachés au réalisme, celle de provoquer un changement de perspective, autrement dit, un réformisme à la fois épistémologique et politique. Enfin, il convient de situer l'originalité du réalisme en adoptant un point de vue diachronique : les réalistes n'ont peut-être rien inventé – le prétendaient-ils ? – mais ils ont très largement contribué à nourrir les courants critiques du droit qui ont tous intégrés les apports des sciences sociales – dont notamment le courant *Law and Society* hier (que les théoriciens du droit laissent aux sociologues) ou *Law and Emotions* aujourd'hui et ils ont fourni les matériaux permettant de construire une théorie réaliste de l'interprétation³⁷. De même, et paradoxalement, les critiques suscitées par les réalistes ont, elles aussi, renforcé le réalisme. Et pour cela, mieux vaut partir de quelques questions qui ont l'apparence de la simplicité. Après quelques considérations historiques, on examinera plus précisément les thèses théoriques du réalisme. L'ensemble permettra, on l'espère, de prendre toute la mesure de la dimension critique du réalisme – lequel n'est pas non plus exempt de critiques.

Comment est né le « réalisme » ?

On dit souvent que certaines théories juridiques sont des accidents de l'histoire. Il en est de même avec le « réalisme ». Si, avant 1930, le terme « réalisme » est parfois utilisé par quelques juristes dans son sens le plus banal et le plus vague, ce n'est vraiment qu'à partir de 1930 qu'il est employé de façon systématique par les deux figures qui deviendront centrales : Jerome Frank intitule un chapitre de son premier livre *Law and the Modern Mind* « Legal Realism » ; Karl Llewellyn publie l'article qui déclenchera une polémique avec Roscoe Pound – « A Realistic Jurisprudence – The Next Step ». Ce sera le début d'une construction du « réalisme juridique » comme un mouvement de pensée en rupture avec la *sociological jurisprudence* de Pound³⁸ mais, comme lui, en « révolte contre le formalisme »³⁹. Une construction, peut-on dire, car Frank et Llewellyn sont à l'origine d'une relecture

³⁷ Il est à peine besoin d'insister sur le fait qu'un des fondateurs du réalisme juridique italien (doit-on dire génois ?), Giovanni Tarello a, très tôt, publié un ouvrage essentiel sur le réalisme juridique américain.

³⁸ Les raisons de cette rupture, liées à la divergence entre Pound et Llewellyn lors de l'affaire Sacco et Vanzetti ont été exposées par N. E. H. Hull, « Reconstructing the Origins of Realistic Jurisprudence: A Prequel to the Llewellyn-Pound Exchange over Legal Realism », art. cit.

³⁹ V. not., M. G. White, *Social thought in America : the revolt against formalism*, New York, Viking Press, 1949 ; M. G. White, « The Revolt Against Formalism in American Social Thought of the Twentieth Century », *Journal of the History of Ideas*, vol. 8, n°2, 1947, p. 131-152 et en français M. G. White, *La Pensée sociale en Amérique, la révolte contre le formalisme*, Paris, PUF, 1963.

rétrospective qui réunit et met en perspective un ensemble de réflexions que d'autres ont largement contribué à édifier.

L'invention du « réalisme »

Le choix du titre de l'article que Llewellyn publie en 1930 se comprend comme un moyen de marquer une différence avec la *sociological jurisprudence* défendue auparavant par Roscoe Pound et d'annoncer un programme de recherche impliquant un groupe de personnes au-delà de Llewellyn lui-même. Son titre initial était « Modern Concepts of Law » et Llewellyn l'a présenté sous ce titre en 1929 devant l'association américaine de science politique. Insister sur la dimension « réaliste » et la présenter comme une nouvelle étape est une façon de reprocher à Pound de n'avoir pas mis en œuvre son programme visant à intégrer le droit et les sciences sociales et de s'en être tenu, en dépit de certains de ses propres travaux à une approche tournée vers les mots du droit plutôt que vers ses effets⁴⁰. C'est encore dans cet article (dont au demeurant Twining fait remarquer que sa lecture n'est guère conseillée à qui voudrait savoir ce qu'est le réalisme) que Llewellyn oppose la distinction entre les « paper rules » et les « real rules » à celle que faisait Pound entre « law in books » et « law in action ». Les deux distinctions ne sont cependant pas assimilables : les « real rules » de Llewellyn ne sont pas des règles au sens juridique du terme mais, dans une approche scientifique du droit, elles seraient appelées, comme il le dit lui-même, les pratiques des tribunaux. Les « paper rules » sont, elles, les règles telles que les comprennent et les décrivent les manuels de droit, autrement dit, ce sont les règles telles qu'elles résultent d'une exégèse juridique mais qui ne correspondent pas nécessairement à la façon dont elles sont réellement mises en œuvre. Il ne faut jamais perdre de vue que Llewellyn a lui-même reconnu que c'est en travaillant sur des affaires de droit commercial comme avocat qu'il a compris que le droit des livres avait des années de retard sur la pratique réelle des commerçants et des banquiers.

Le réalisme est encore invoqué à propos des concepts et des catégories juridiques parce que créer des catégories c'est toujours une façon de découper le monde des faits ; or, puisque les faits changent, une analyse réaliste doit, selon Llewellyn, adopter une position sceptique envers la pertinence des catégories existantes dès lors qu'interviennent de nouveaux faits⁴¹. De même, la position réaliste se doit d'être méfiante envers la tendance à naturaliser les

⁴⁰ V. par ex., R. Pound, « The Limits of Effective Legal Action », *International Journal of Ethics*, vol. 27, n°2, 1917, p. 150-167 ».

⁴¹ K. N. Llewellyn, « A Realistic Jurisprudence – The Next Step », *Columbia Law Review*, vol. 30, n°4, 1930, p. 448-465, p. 453: "For this reason a realistic approach to any new problem would begin by scepticism as to the adequacy of the received categories for ordering the phenomena effectively toward a solution of the new problem".

catégories (comme on le dirait aujourd'hui) en en faisant des réalités⁴² ou, pire encore, à regarder certaines données à travers des catégories qui ont été créées pour d'autres de sorte que l'on s'interdit de voir les données nouvelles pour ce qu'elles sont⁴³.

Ainsi, une approche réaliste selon Llewellyn, du moins en 1930, repose sur trois idées principales : il y a un fossé entre les « paper rules » et les pratiques véritables des tribunaux ; le comportement des autorités officielles doit faire l'objet d'une analyse à l'aide des sciences sociales⁴⁴ ; les catégories et les concepts par lesquels on décrit habituellement le droit en action sont probablement inadaptés ou plutôt ne décrivent rien de réel.

C'est à la suite de cet article que Pound fait paraître, dans un volume de la *Harvard Law Review* consacré à Holmes, une critique des premiers « réalistes »⁴⁵. Sans citer quiconque nommément, Pound soutient que le réalisme est à la fois moins original que ne le pensent les réalistes⁴⁶, mais aussi réducteur et incomplet : d'une part, il réduit la science juridique à la description du comportement des juges et des personnes concernées par l'application et la création du droit, en négligeant bien d'autres éléments significatifs dont les idéaux, les valeurs et les théories jurisprudentielles mais aussi les concepts et les techniques qui font autorité et qui sont essentiels à la compréhension de l'ordre juridique ; d'autre part, le réalisme privilégie des méthodes ou techniques qui se veulent objectives et descriptives (observation statistique, la formulation de propositions exactes analogues à celles de la science physique, psychologie, focalisation sur les cas uniques dans les décisions judiciaires sans considération des éléments communs, conception purement instrumentale du droit comme un ensemble de dispositifs pour les affaires privées et non pour des finalités sociales générales) mais omettent la dimension normative⁴⁷.

⁴² K. N. Llewellyn, art. cit., eod. loc. : « The other suggestion of a realistic approach rests on the observation that categories and concepts, once formulated and once they have entered into thought processes, tend to take on an appearance of solidity, reality and inherent value which has no foundation in experience. »

⁴³ K. N. Llewellyn, art. cit., ibid: "although originally formulated on the model of at least some observed data, they tend, once they have entered into the organization of thinking, both to suggest the presence of corresponding data when these data are not in fact present, and to twist any fresh observation of data into conformity with the terms of the categories."

⁴⁴ K. N. Llewellyn, art. cit., p. 454 : "All this is nothing new in social science. It is of a piece with the work of the modern ethnographer. He substitutes painstaking objective description of practice, for local report of what the practice is, or for (what is worse) a report either of local practice or of local ideology pleasantly distorted by the observer's own homegrown conventions. It is of a piece with the development of objective method in psychology. It fits into the pragmatic and instrumental developments in logic. It seeks to capitalize the methodological worries that have been working through in these latter years to new approaches in sociology, economics, political science. The only novel feature is the application to that most conventionalized and fiction ridden of disciplines, the law." À l'appui de son propos, il cite Ehrlich, Nussbaum, Hedemann, Brandeis, Frankfurter, Moore, Clark, Douglas, Moley, Yntema, Klaus, Handler, Lambert.

⁴⁵ R. Pound, « The Call for a Realist Jurisprudence », *Harvard Law Review*, vol. 44, n°5, 1931, p. 697-711 ».

⁴⁶ R. Pound, « The Call for a Realist Jurisprudence », art. cit., p. 698: "Our new realist rejects all these conceptions of juristic reality. Reason is an illusion. Experience is not the unfolding of an idea. No "pure fact of law" is to be found in rules since the existence of rules of law, as anything outside of the books, is an illusion. Nor have we observed the phenomena of legal institutions among all peoples with sufficient accuracy and objectivity to be in a position to formulate any laws of legal development therefrom. One may concede this and yet be skeptical as to the faith in ability to find the one unchallengeable basis free from illusion which alone the new realist takes over from the illusion-ridden jurists of the past."

⁴⁷ R. Pound, « The Call for a Realist Jurisprudence », art. cit. p. 700: « Faithful portrayal of what courts and law makers and jurists do is not the whole task of a science of law. One of the conspicuous actualities of the legal order is the impossibility of divorcing what they do from the question what they ought to do or what they feel they ought to do. (...) As the analytical jurist insisted on the pure fact of law he seeks the pure fact of fact" et p. 703: "In the social sciences we must consider how men do act (or if one prefers, behave) in their relations and

Intervient alors l'événement, si l'on peut dire, qui crée le « legal realism » et explique qu'on en parle encore aujourd'hui comme d'un « mouvement », en dépit de sa grande hétérogénéité : la réponse de Pound entraîne une réplique polémique de la part de Llewellyn (à laquelle il associe Jerome Frank) car il dresse une liste de vingt personnes⁴⁸ qui auraient en commun d'admettre les neuf propositions suivantes comme points de départ de leurs travaux de juristes : « (1) le droit est en mouvement, (2) le droit est un moyen d'atteindre des objectifs sociaux, (3) le droit est en retard sur la société en mouvement, (4) le divorce temporaire entre "être" et "devoir-être", (5) le droit tel qu'il est incarné dans les règles et les concepts établis ne décrit pas le comportement réel, (6) le droit tel qu'il est exprimé dans les décisions des tribunaux ne découle pas des règles, mais est souvent une rationalisation, (7) la méfiance à l'égard des règles verbalement simples et donc un effort pour réduire les catégories, (8) le droit devrait être évalué en fonction de ses effets ; (9) l'insistance sur une attaque soutenue et programmatique des problèmes du droit selon l'une de ces lignes »⁴⁹. Llewellyn ajoute que « Aucune des idées énoncées dans cette liste n'est nouvelle (...) chacune peut être trouvée dans les travaux orthodoxes récents en droit ». En revanche, il précise que les points (4, 6, 7, 8 et 9) sont pour lui « les marques caractéristiques du mouvement ».

Dès lors, une scission en deux camps se crée, d'un côté les Réalistes, de l'autre, ceux qui prendront le parti de Pound⁵⁰ ou se lanceront dans une critique des « réalistes » en tant que groupe constitué quand ce n'était au départ qu'un nom ou une revendication émanant explicitement de deux personnes seulement. Et pourtant, on aurait tort de faire de Llewellyn et Frank les parfaits représentants du mouvement réaliste – en admettant même qu'on puisse parler d'un tel mouvement. Comme l'écrit Postema, l'ironie est que « deux des réalistes les plus connus, Karl Llewellyn et Jerome Frank, étaient considérés comme marginaux par les partisans de l'aile dite "sciences sociales" du mouvement »⁵¹. Mieux encore, Frank prendra

contacts with others, how they ought to act in those relations and contacts in order to maintain, further, and transmit civilization, and how to insure, as far as may be, by social, economic, political, and legal institutions or by ethical precepts, a correspondence of what takes place with what ought to be. In the narrower field of judicial application of law we must consider how judges do decide, how they ought to decide to give effect to the ends of the legal order, and how to insure as far as may be the decisions that ought to be". Un peu plus tard, il insistera sur la faible originalité du réalisme : v. Roscoe Pound, « Law and the Science of Law in Recent Theories », *American Law School Review*, vol. 7, n°11, 1934, p. 1057-1076, not. p. 1059: "When the realist of the moment tells us that he is a realist because he has found reality in the emotive experience or psychological make-up of particular judges or officials for the time being, he is but conforming to the settled tradition of jurisprudence for the past two centuries."

⁴⁸ On sait même qu'au moment de la rédaction de son article en réponse à Pound, Llewellyn a d'abord établi trois listes différentes d'auteurs susceptibles d'être qualifiés de réalistes, classés en radicaux, modérés, très modérés, v. N. E. H. Hull, *Roscoe Pound and Karl Llewellyn: Searching for an American Jurisprudence*, op. cit., Appendix.

⁴⁹ K. N. Llewellyn, « Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound », *Harvard Law Review*, vol. 44, n°8, 1931, p. 1222-1264, p. 1237-1238.

⁵⁰ V. J. Dickinson, « Legal Rules: Their Function in the Process of Decision », *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, vol. 79, n°7, 1931, p. 833-868 ; J. Dickinson, « Legal Rules: Their Application and Elaboration », *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, vol. 79, n°8, 1931, p. 1052-1096 ; et aussi, par exemple, H. Kantorowicz, art. cit.

⁵¹ G. J. Postema, « Realism and Reaction », in G. J. Postema (dir.), *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*, Dordrecht, Springer, 2011, p. 82, n. 3.

très vite position contre ce nom en proposant d'appeler les réalistes des « expérimentalistes » ou encore des « sceptiques constructifs ».

Comment expliquer qu'aucune des idées que Llewellyn identifie comme communes aux réalistes ne soit considérée comme nouvelle ? C'est que si la naissance du réalisme comme « mouvement » est imputable à la polémique Pound-Llewellyn, la critique réaliste trouve son origine dans une critique du droit américain et est effectivement un mouvement d'idées typiquement nord-américain.

La critique du droit américain

La naissance du réalisme est souvent imputée à la situation du droit des États-Unis à partir des années 1870 et permet non seulement de relativiser la thèse d'une rupture radicale mais aussi de tempérer l'idée que les réalistes n'auraient rien inventé ou n'auraient fait que prolonger un discours implicitement admis.

C'est après 1870 ou 1880, comme l'écrit Gilmore, que le processus d'évolution de la jurisprudence qui avait jusque-là bien fonctionné, a commencé à montrer des signes de tension et que la nécessité d'une réforme s'est fait sentir. La croissance exponentielle de la jurisprudence de droit privé laissée aux cours des cinquante États rend le droit très peu lisible compte tenu de la multiplication des décisions. À celles-ci, il faut ajouter le système de tribunaux du gouvernement fédéral, qui disposent eux aussi de l'autorité judiciaire ultime dans de nombreuses affaires de droit privé. En définitive, la règle du précédent devient inapplicable⁵² et, pour l'essentiel, il n'y a uniformité et cohérence qu'au sein de chaque juridiction. Dans l'ensemble, il existe une grande diversité et une grande dissemblance en sorte que « La structure fédérale du gouvernement des États-Unis engendre un scepticisme juridique »⁵³ quand bien même il existe une unité fondamentale à travers la common law anglaise, sa méthodologie et l'utilisation des traités doctrinaux ainsi que l'autorité persuasive des décisions des autres tribunaux de common law. Autrement dit, l'accumulation de données contradictoires fait perdre son pouvoir explicatif au paradigme formaliste quant à la façon dont le droit est appliqué dans les tribunaux et selon lequel ces derniers découvriraient le droit. De même, l'explosion des rapports de jurisprudence publiés par la West Law Book Publishing

⁵² G. Gilmore, « Legal Realism: Its Cause and Cure », art. cit., p. 1041 : «When the number of printed cases becomes like the number of grains of sand on the beach, a precedent-based case-law system does not work and cannot be made to work.»

⁵³ R. J. Savarese, « American Legal Realism », *Houston Law Review*, vol. 3, n°2, 1965, p. 180-200, p. 184.

Company avait fait apparaître de façon éclatante les incohérences entre les juridictions, et même au sein de celles-ci⁵⁴.

L'enseignement du droit lui-même devient plus complexe. Un besoin de réforme se fait nettement sentir⁵⁵. À partir de 1906, à la suite d'une intervention de Pound, le thème de la refonte du droit devient pressant. Mais il faut attendre 1923 pour que se mette en place l'American Law Institute, créé pour « promouvoir la clarification et la simplification du droit et sa meilleure adaptation aux besoins sociaux, assurer une meilleure administration de la justice, encourager et poursuivre les travaux d'érudition et les travaux scientifiques »⁵⁶. L'ALI entreprend le « Restatement of the Law Project » qui a vocation à dire ce qu'est le droit positif et à formuler les règles dans une forme simple et claire afin d'en dégager les principes corrects. Inspiré de la méthode de Langdell, ce projet suscite la réaction de juristes qui pour diverses raisons (parce qu'ils souhaitent au contraire maintenir la common law ou parce qu'ils jugent vains les efforts de rationalisation ou encore parce qu'ils les estiment inadaptés...) promeuvent une autre approche du droit qui prend acte de la liberté ou de la créativité des juges et entend s'intéresser à la mise en œuvre pratique et concrète du droit ainsi qu'à ses conséquences sociales. C'est notamment le cas de Roscoe Pound avec sa proposition de *sociological jurisprudence*. À l'époque, ces mêmes juristes lisaient leurs collègues européens (dans leur langue...), les traduisaient et acceptaient volontiers leur influence allant jusqu'à séjourner en Europe (Llewellyn séjournera en Allemagne) avant de faire venir ceux de leurs collègues chassés par les Nazis. Le réalisme fut donc précédé de ce courant dit de la *sociological jurisprudence* défendu par Roscoe Pound et qui se nourrissait des réflexions de l'école dite de la libre recherche ou *Freierechtsfindung* (Gény, Saleilles, Kantorowicz, voire dans une moindre mesure Kohler comme prédécesseur). Deux approches donc que l'on pourrait qualifier, en termes anachroniques de top-down et bottom-up.

S'ils partageaient le constat d'un droit devenu difficile à saisir, les premiers réalistes contestaient que la reformulation des grands principes de la common law fût un remède quelconque. On lit donc plusieurs critiques du projet chez Herman Oliphant⁵⁷, Edward S.

⁵⁴ N. E. H. Hull, « Restatement and Reform : a New perspective on the origins of the American Law Institute », *Law and History Review*, vol. 8, n°1, 1990, p. 55-96, p. 57: « les plaintes concernant la confusion du droit et la multiplicité des affaires au cours de la dernière décennie du XIX^e siècle étaient la manifestation de la dissonance cognitive d'une génération qui tâtonnait face à cette contradiction croissante entre les données et le paradigme ».

⁵⁵ Les circonstances institutionnelles tiennent aussi aux personnes et aux rencontres entre elles. On sait que les premiers juristes à avoir remis en cause la rigidité intellectuelle et le conservatisme politique de l'enseignement du droit qui s'était répandu dans les premières années du XX^e siècle aux États-Unis à travers l'enseignement de Langdell à Harvard tient à un petit groupe de professeurs de droit novateurs qui se trouvent tous à la Law School de Columbia (parmi lesquels Walter Wheeler Cook, Underhill Moore, Herman Oliphant, Hessel Yntema, William O. Douglas et, un peu plus tard, Karl Llewellyn).

⁵⁶ G. E. White, « The American Law Institute and the Triumph of Modernist Jurisprudence », *Law and History Review*, vol. 15, n°1, 1997, p. 1-48.

⁵⁷ H. Oliphant, « The Problems of Logical Methods from the Lawyer's Point of View », *Proceedings of the Academy of Political Science in the City of New York*, vol. 10, n°3, Law and Justice, 1923, p. 17-24, p. 23 : «All that can be done now is to set up the organization necessary

Robinson⁵⁸, Felix Cohen⁵⁹, Joseph Bingham⁶⁰ ou Hessel Yntema⁶¹. Le plus virulent est sans doute Walter Wheeler Cook qui, après avoir entrepris de penser autrement les conflits de lois selon une méthode empirique⁶², juge que la conception de la science que se fait l'American Law Institute est celle du XIX^e (et non du XX^e siècle) car elle en est encore à penser le droit comme un système philosophique constitué d'un ensemble de principes scientifiques stables⁶³. Or, c'est justement cette vision-là du droit qui est contestée parce qu'elle repose sur une approche du droit en décalage complet avec la science moderne. Purcell résume bien l'ensemble des critiques quand il écrit : « Un tel "restatement" supposait que le droit préexistait sous une forme qui pouvait être entièrement découverte par une analyse logique et que le travail de l'American Law Institute consistait simplement à l'écrire. La plupart des membres de l'Institut croyaient encore à la validité de l'ancienne méthode juridique et pensaient qu'une application plus rigoureuse résoudrait toutes les difficultés. Convaincus que le droit est un produit humain lié à l'évolution des conditions sociales et culturelles, les nouveaux critiques rejettent l'idée d'un "restatement" officiel comme un objectif impossible à

to make available such expert knowledge as now exists and to guarantee closest cooperation with those persons and agencies now working on the social facts in the fields touched by the law which the Institute may undertake to restate."

⁵⁸ E. S. Robinson, « Law. An Unscientific Science », *The Yale Law Journal*, vol. 44, n°2, 1934, p. 235-267, p. 260: "There is some reason to believe that it would be easier and more satisfactory to learn law by random sampling of the cases with all their contradictions and complexities than by reading the abstract propositions in the volumes issued by the Institute". Volontiers oublié aujourd'hui, E. S. Robinson publie l'année suivante, dans le droit fil de son article, un livre très provocateur qui suscitera de très vives critiques : v. E. S. Robinson, *Law and the lawyers*, New York, The Macmillan company, 1935. Favorable à une psychologie juridique et une "naturalistic (scientific) jurisprudence", il s'inscrit dans le prolongement de Jerome Frank et critique Pound pour avoir fait un usage abusif de l'adjectif « sociological » dans l'expression « sociological jurisprudence ».

⁵⁹ F. S. Cohen, « Transcendental Nonsense and the Functional Approach », *Columbia Law Review*, vol. 35, n°6, 1935, p. 809-849, p. 833 : "The age of the classical jurists is over, I think. The "Restatement of the Law" by the American Law Institute is the last long-drawn-out gasp of a dying tradition. The more intelligent of our younger law teachers and students are not interested in "restating" the dogmas of legal theology. There will, of course, be imitators and followers of the classical jurists, in the years ahead. But I think that the really creative legal thinkers of the future will not devote themselves, in the manner of Williston, Wigmore, and their fellow masters, to the taxonomy of legal concepts and to the systematic explication of principles of "justice!" and "reason," buttressed by "correct" cases. Creative legal thought will more and more look behind the pretty array of "correct" cases to the actual facts of judicial behavior, will make increasing use of statistical methods in the scientific description and prediction of judicial behavior, will more and more seek to map the hidden springs of judicial decision and to weigh the social forces which are represented on the bench. And on the critical side, I think that creative legal thought will more and more look behind the traditionally accepted principles of "justice" and "reason" to appraise in ethical terms the social values at stake in any choice between two precedents".

⁶⁰ J. W. Bingham, « American Law Institute vs. The Supreme Court. In the Matter of Haddock v. Haddock », *Cornell Law Quarterly*, vol. 21, n°3, 1935-1936, p. 393-435, à propos des conflits de lois en matière de droit du mariage. Bingham conteste une interprétation de Beale tout en rappelant en fin d'article les mérites de la méthode des cas de Beale critiquée par Frank (v. J. Frank, *Law and The Modern Mind*, New York, Brentano's, 1930 p. 435: « On matters of politics, religion, and government probably Mr. Beale and I would differ as radically. On more fundamental and important matters we should doubtless reach a happy concordance. However, I cannot concur in the extreme opinions of those of my fellow realists who find little, to applaud and much to deplore in the traditional case method as it was practiced by the earlier Harvard Law School teachers and have singled out Mr. Beale as a bright target for their criticisms. »)

⁶¹ H. E. Yntema, « What Should the American Law Institute Do », *Michigan Law Review*, vol. 34, n°4, 1936, p. 461-473, p. 472 : "the Restatement of the Law in its present form should be regarded as a preparatory survey, a somewhat inevitable preliminary to more intensive and incisive inquiry."

⁶² W. W. Cook, « The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws », *The Yale Law Journal*, vol. 33, n°5, 1924, p. 457-488.

⁶³ W. W. Cook, « Scientific Method and the Law », *American Bar Association Journal*, vol. 13, 1927, p. 303-309, p. 307 qui cite un extrait d'un rapport de l'institut : « The nineteenth century notion of science as the ascertainment of all-embracing laws of nature, holding for all cognizable occasions, which we have seen disappearing from physical science in the twentieth century, still underlies apparently the thinking of the eminent law teacher and writer who is at present restating for The American Law Institute an important branch of our law and who not many years ago wrote as follows : "The common law (...) is surely a philosophical system, a body of scientific principle (sic), which has been adopted in each of the common law jurisdictions in this country as the basis of its law. Courts of each jurisdiction, in attempting to apply this general body of principles in its own jurisdiction, have sometimes misconceived it and misstated it, and this misstatement is apt to lead to a local peculiarity in the particular common law of the jurisdiction in question. But the general scientific law remains unchanged in spite of these errors; the same throughout all common law jurisdictions". »

atteindre »⁶⁴. Rumble a toutefois raison de souligner que les réalistes s'opposaient au projet de Restatement tel qu'il était envisagé initialement et non tel qu'il s'est poursuivi⁶⁵ ; de plus, ils n'étaient pas tous opposés par principe à la codification et, tout en lui reconnaissant des limites, certains lui accordaient quelques vertus⁶⁶. On sait aussi que, plus tard, Llewellyn a activement participé à l'élaboration du Titre 2 de l'Uniform Commercial Code, et qu'il en était Chief Reporter⁶⁷.

Reste que la critique de l'American Law Institute eut un effet fédérateur et fut source de revendications novatrices. Pour Yntema, du moins tel qu'il se le représente en 1950 lorsqu'il évoque la figure – pour lui essentielle – de Underhill Moore et qu'il reproduit certains de leurs échanges, l'enjeu était de taille : il fallait arriver à convaincre qu'une analyse, mêlant le droit et les sciences sociales, qui s'attacherait au fonctionnement effectif du droit était nécessaire et était la condition d'une véritable science du droit⁶⁸. Cela donne d'abord lieu, au début des années 20, à une « bataille des facultés »⁶⁹ qui est surtout une lutte pour la direction de la faculté de droit de Columbia dont la perte explique la dispersion de ces premiers juristes hétérodoxes. Les uns rejoignent la faculté de droit de Yale après que Charles E. Clark, devenu doyen de la faculté de droit de Yale en 1929, y fait venir des personnalités aussi dynamiques que Jerome Frank, Walter Nelles, William O. Douglas, Thurman Arnold et Edward S. Robinson. Trois autres – Walter Wheeler Cook, Herman Oliphant et Hessel E. Yntema,

⁶⁴ E. A. Purcell, Jr., « American Jurisprudence between the Wars: Legal Realism and the Crisis of Democratic Theory », *The American Historical Review*, vol. 75, n°2, 1969, p. 424-446, p. 429 : « Such a "restatement" assumed that law pre-existed in some whole form that could be discovered by logical analysis and that the job of the American Law Institute was merely to write it down. Most of the members of the institute still believed in the validity of the older juristic method and thought that a more rigorous application would resolve all difficulties. Convinced that law was a human product related to changing social and cultural conditions, the new critics rejected the idea of an official "restatement" as an impossible goal ».

⁶⁵ W. E. Rumble Jr, *op. cit.*, p. 156 n.40.

⁶⁶ J. Frank, *op. cit.*, p. 200-210 ; p. 336-338.

⁶⁷ J. J. White, « The Influence of American Legal Realism on Article 2 of the Uniform Commercial Code », in W. Krawietz, *et al.* (dirs.), *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems Festschrift for Robert S. Summers*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, p. 401-421 montre que la contradiction des objectifs poursuivis par Llewellyn: d'un côté, il veut saisir les pratiques à partir des faits et les traduire en normes juridiques contraignantes pour les juges qui seront liés par ces pratiques et s'y conformeront ; de l'autre, il espère rédiger des dispositions juridiques qui laissent une grande liberté d'adaptation aux juges afin de pouvoir décider au cas par cas. Si certaines sections de l'article 2 UCC sont une excellente codification des pratiques commerciales et du comportement des pratiques. En revanche, ils ont échoué (416) pour la section 2-207 parce qu'ils ont grossièrement surestimé leur connaissance des transactions sous-jacentes.

⁶⁸ H. E. Yntema, « Jurisprudence and Metaphysics. A Triangular Correspondence », *The Yale Law Journal*, vol. 59, n°2, 1950, p. 273-287, p. 274 : « It was at the outset no light enterprise to convince the conservative law school community that legislation is a vital subject for legal study; that not alone legal doctrine but also its effective operation must be considered in legal instruction; that corresponding attention must be given to the practical aspects of judicial procedure and administrative law; that the interrelations between law and business practice, between legal and other social sciences, must be explored; that complementary comparative legal inquiries and notably actualistic studies to fill in the wide gaps in the available knowledge of the operation of the legal system, should be encouraged; in fine, that the study of law in the university law schools should be raised to a level of scientific activity comparable to that in other departments of education. The accomplishment of these objectives-which are even yet by no means adequately realized or even accepted in all quarters-was initially, due to the enlightened conviction and courageous persistence of a small group of legal scholars who in the 1920's launched the first comprehensive survey of the legal curriculum at the Columbia University Law School, an event which catalyzed the progressive efforts that have since been made there and elsewhere, abortively at The Johns Hopkins University, more effectively at the Yale Law School, and eventually in an increasing number of other institutions, to develop legal research and to provide a more modern and realistic system of legal education. In this group, specifically concerned about the actual effects of law and profoundly imbued with the open-minded spirit of scientific inquiry, Underhill Moore was outstandingly influential. It was my good fortune to make his acquaintance during the period of curricular discussion at Columbia and thereafter as occasion offered to observe his rare qualities as a friend and as a student of law ».

⁶⁹ G. J. Postema, *art. cit.*, p. 81 parle aussi de « radical diaspora ».

fondent le nouvel Institute of Law de l'Université Johns Hopkins (qui n'existera pas longtemps mais produira des travaux remarquables⁷⁰) et travailleront avec Underhill Moore au sein du Yale Institute of Human Relations et se réclament d'un « empirisme scientifique »⁷¹. Quelques-uns – dont Llewellyn – restent à Columbia et d'autres encore intègrent l'administration Roosevelt.

Ce qui permet toutefois de comprendre qu'on ait pu présenter le réalisme comme une rupture tient au fait que les critiques que les Réalistes ont adressé au système juridique américain furent largement partagées une fois la seconde guerre mondiale terminée.

Que voulaient les réalistes ?

Il est acquis que le réalisme est difficile à définir ; il l'est tout autant d'admettre un certain nombre de thèses et de diviser les réalistes en groupes distincts. Mais tout le monde n'identifie pas les mêmes thèses ni les mêmes groupes.

Les thèses les plus souvent rappelées sont parfois caricaturées. Elles consistent bien souvent en apparentes définitions du droit : le droit est ce que font les juges ou encore le droit est ce que font les « officiels » (on sait que Llewellyn regrettera cette formulation par la suite et qui lui aura valu entre-temps de sévères critiques, à partir des années 40 les réalistes seront accusés de faire le jeu des dictateurs⁷²) ; les règles ne déterminent pas les solutions ; le droit est politique ; la décision d'un juge dépend de la composition de son petit-déjeuner⁷³. D'autres thèses se trouvent chez les réalistes mais ne leur sont spécifiques : on peut écarter l'idée

⁷⁰ F. S. Cohen, art. cit., p. 846, note 90 remarque : « The Institute of Law of Johns Hopkins broke the ice in the modern study of trial court decisions. »

⁷¹ R. J. Savarese, art. cit., p. 195 : « Oliphant, Moore, Cook, and Yntema, sought to perfect a *scientific method* in which objective value judgments are to be reached not by rigorous deduction from arbitrarily chosen postulates but rather by scientific research with the same objectivity as physics or mathematical astronomy ». In 1929 Oliphant, Cook, and Yntema left their positions as law teachers to establish the Institute of Law, a research institute at The Johns Hopkins University, and Moore commenced his work with the Yale Institute of Human Relations. These activities were probably the first concretion of realist thinking. »

⁷² V. E. A. Purcell, Jr., art. cit., p. 437 : « While the early critiques of legal realism tended to be mild and often discriminating, by 1936 they were becoming wholly denunciatory. The tone of the attack grew in bitterness in proportion to the spread of fear and uncertainty created by the success of the totalitarian governments of Europe. As Americans became more acutely aware of the despotic and repressive practices in Russia, in Italy, and most especially in Germany, the great majority condemned them in clear and forceful terms. As the possibility of another war drew nearer, they clung more tightly to the ideal of democracy as the best and morally ideal form of government. The realists had raised, unintentionally, fundamental questions about the possibility and validity of democratic government at a time when the country needed reassurance and conviction » ; v. aussi E. A. Purcell, Jr., *The Crisis of Democratic Theory: Scientific Naturalism and the Problem of Value*, Lexington, Univ. Press of Kentucky, 1973, p. 159-178 not. 164-72 ; v. aussi J. E. Herget et S. Wallace, « The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism », *Virginia Law Review*, vol. 73, 1987, p. 399-455, p. 435-436 : « When applied to the operation of government, realist skepticism challenged basic beliefs in democracy, individual freedom, and equality. The rise of realism coincided with the zenith of totalitarianism as represented by the governments of Hitler, Mussolini, Stalin, and Franco. Thus, to be a realist (and skeptic opened one up to charges of being a moral relativist or even an antidemocrat. The movement was assailed along these lines by respected critics from all directions, including many Catholic legal scholars. Robert Hutchins, president of the University of Chicago and a former realist law professor at Yale, came to view realism as an insidious threat to American values. He completely withdrew from realism in favor of a neo-Thomist philosophy. Jerome Frank, sparkplug of the realist movement in the early thirties, likewise did an intellectual about-face, also coming to embrace a sort of neo-Thomism by the mid-forties. Karl Llewellyn moved slightly in the direction of natural law thinking. »

⁷³ Pour une démonstration scientifique, v. S. Danziger, J. Levav et L. Avnaim-Pesso, « Extraneous factors in judicial decisions », *Proceedings of the National Academy of Sciences*, vol. 108, n°17, 2011, p. 6889-6892 ; S. Danziger, J. Levav et L. Avnaim-Pesso, « “Qu'a mangé le juge à son petit-déjeuner ?” De l'impact des conditions de travail sur la décision de justice », *Les Cahiers de la Justice*, n°4, 2015, p. 579-587. Et pour une actualisation de cette thèse, D. Priel, « Law Is What the Judge Had for Breakfast: A Brief History of an Unpalatable Idea », *Buffalo Law Review*, vol. 68, n°3, 2020, p. 899-929.

souvent répandue que les réalistes auraient insisté sur le pouvoir discrétionnaire des juges et sur la libre création du droit par les juges. Cette thèse leur est bien antérieure. On la trouve déjà chez Oliver W. Holmes, John C. Gray, Eugen Ehrlich, Johann Gmelin, Morris Cohen ou Charles Haines. Pour d'autres enfin, la thèse centrale du réalisme consiste dans un rejet total des règles écrites et des raisons données par les juges sans que pour autant une enquête empirique puisse identifier les vraies raisons : cette forme d'irrationalisme n'a jamais été sérieusement soutenue ; elle correspond plutôt à une caricature résultant des critiques adressées aux réalistes par leurs adversaires dont certains les qualifiait de « nihilistes »⁷⁴. De même, est trompeuse la critique de Hart, qui a exercé une forte influence, selon laquelle les réalistes seraient des « absolutistes déçus »⁷⁵ qui, ayant découvert que les solutions judiciaires s'écartaient parfois de la loi écrite, en ont conclu que le respect des règles était largement impossible.

Peut-on identifier un « core claim » ?

Compte tenu de leur diversité, il est vain de prétendre identifier un argument principal ou une thèse propre aux auteurs réalistes et mieux vaut en retenir plusieurs qui expliquent qu'on puisse regrouper les réalistes en trois groupes.

D'un côté donc, on trouve une contestation du conceptualisme de la doctrine juridique classique (et dont Gilmore dit que dans sa pire version la dénonciation devenait un nihilisme infantile⁷⁶) ou encore une tendance critique qui a cherché à exposer les contradictions du formalisme juridique classique et dont on a pu considérer qu'il cherchait à saper la capacité du droit à fournir une légitimité aux élites politiques et économiques en exposant les contradictions de ce formalisme et l'hypocrisie de l'autorité juridique⁷⁷. De l'autre, une tendance, que l'on a qualifié de « science sociale »⁷⁸ qui se veut scientifique et naturaliste insiste sur la nécessité pour les juristes d'adopter les méthodes des sciences empiriques. Ses partisans tentent de promouvoir un ordre social plus éclairé, plus rationnel et plus efficace en utilisant les méthodes et les connaissances des sciences empiriques pour comprendre un large éventail de phénomènes humains, politiques et sociaux (parmi ces réalistes scientifiques, il y

⁷⁴ Ainsi, Mechem écrit : "the new realist" [sees] "no escape from an arbitrary rationalism save into a hopeless nihilism (...) Playing with his scientific toys, he leaves the world without law", v. P. Mechem, « The Jurisprudence of Despair », *Iowa Law Review*, vol. 21, n°4, 1936, p. 669-692, p. 672.

⁷⁵ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 139: "The sceptic's conception of what it is for a rule to exist, may thus be an unattainable ideal, and when he discovers that it is not attained by what are called rules, he expresses his disappointment by the denial that there are, or can be, any rules". L'expression « absolutistes déçus » fut sauf erreur employée pour la première fois par J. Dickinson, « Legal Rules: Their Function in the Process of Decision », art. cit. p. 835.

⁷⁶ G. Gilmore, « Legal Realism: Its Cause and Cure », art. cit., p. 1038.

⁷⁷ P. Ewick, R. A. Kagan et A. Sarat, art. cit., p. 4 n. 3.

⁷⁸ W. E. Rumble Jr, *op. cit.*

avait une division entre les adeptes pragmatiques de Dewey et James et les réalistes qui poursuivaient une version plus positiviste de la science empirique). Enfin, le dernier groupe est constitué des partisans d'un courant réformiste qui subordonne l'analyse du droit à la théorie politique et à l'éthique, le droit devant être mis au service des valeurs d'une bonne société ; une telle tendance pouvait donner lieu à des résultats très opposés : les uns voyant dans le droit un pur instrument, les autres en appelant au droit naturel⁷⁹. La mise en évidence de ce courant réformiste montre que le réalisme juridique consistait aussi en un effort politique pratique qui ne se contentait pas de soutenir ou de légitimer les élites politiques ; certains de ses membres étaient eux-mêmes les fonctionnaires qui concevaient, élaboraient et appliquaient les politiques de réforme⁸⁰.

Si maintenant on s'intéresse aux thèses d'ordre proprement théoriques et critiques – non sans prendre la peine de rappeler que le réalisme juridique américain ne consiste pas en une (seule) théorie du droit⁸¹ –, on peut en identifier principalement trois : une conception du droit comme décision ; une conception du raisonnement juridique qui accorde une place importante aux facteurs extra-juridiques et enfin une critique sceptique de la notion de « règle ». Mais si elles ne forment pas une théorie du droit parfaitement homogène et cohérente, toutes ces thèses sont liées.

La conception du droit comme décision s'oppose d'abord à la représentation du droit comme ensemble de règles. C'était principalement la proposition de Jerome Frank qui semble donner une définition du droit réduite aux décisions des juges⁸². On la trouve antérieurement chez Bingham qui soutenait que le droit consiste en des décisions individuelles et non en des règles générales que nul ne parviendrait à trouver, car ces règles ne sont que des idées subjectives dans l'esprit de ceux qui réfléchissent sur le droit⁸³. Mais ce n'était pas en tant que telle une définition conceptuelle ou théorique. Plus encore que Frank, Bingham insiste sur le fait que cette définition ne couvre pas toutes les significations du mot « droit » et qu'elle n'est une définition qu'en vue de justifier une certaine approche du phénomène juridique, une approche pratique, concrète, qui se défait de l'idée que le droit est un système de règles et de

⁷⁹ W. E. Rumble Jr, « The Paradox of American Legal Realism », *Ethics*, vol. 75, n°3, 1965, p. 166-178 qui a très bien montré que les réalistes étaient à la fois de grands destructeurs du formalisme et de grands réformateurs du système juridique : en même temps qu'ils cherchaient à décrire la façon dont les choses se passent effectivement, ils visaient un autre but, qui n'étaient pas cette seule connaissance des mécanismes mais une réforme de ces mécanismes.

⁸⁰ M. J. Curtis, art. cit.; R. Kreitner, art. cit.,

⁸¹ M. S. Green, « Legal Realism as Theory of Law », *William and Mary Law Review*, vol. 46, 2005, p. 1915-2000.

⁸² « We may now venture a rough definition of law from the point of view of the average man : For any particular lay person, the law, with respect to any particular set of facts, is a decision of a court with respect to those facts so far as that decision affects that particular person. Until a court has passed on these facts no law on that subject is yet in existence. Prior to such a decision, the only law available is the opinion of lawyers as to the law relating to that person and to those facts. Such opinion is not actually law but only a guess as to what a court will decide » (J. Frank, *op. cit.*, p. 46).

⁸³ J. Bingham, « What Is the Law, I », *Michigan Law Review*, vol. 11, n°1, 1912, p. 1-25 ; J. Bingham, « What Is the Law, II », *Michigan Law Review*, vol. 11, n°2, 1912, p. 109-121.

principes qui contrôlerait l'action des gouvernants⁸⁴. De même, comme Bingham, Frank rejette l'idée que le droit puisse consister en généralités⁸⁵. Et, en 1930, Llewellyn de son côté soutenait : «What officials do about disputes is (...) the law itself»⁸⁶.

Ces affirmations se sont bien évidemment autorisées de la fameuse phrase de Holmes : « The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by law »⁸⁷ lequel définissait ainsi le droit du point de vue du bad man et que Frank remplace par l'homme ordinaire.

De là le projet très généralement défendu d'une science du droit qui se tiendrait au plus près des faits et qui a donné lieu à la mise en place de recherches quantitatives. Ainsi, par exemple, Underhill Moore s'est efforcé d'identifier une corrélation entre les solutions retenues par les juges et la mesure dans laquelle les « faits » d'une affaire donnée s'écartent de la pratique commerciale. Avec Oliphant, ils voulaient établir une conception du droit descriptive et factuelle afin qu'une méthode scientifique qui s'en occuperait puisse être découverte⁸⁸.

Cependant, il n'est pas exagéré de reconnaître que si les méthodes que les réalistes ont cherché à défendre se voulaient empiriques, leur programme empirique est davantage de l'ordre de la revendication que de la réalisation⁸⁹. Cependant, leur empirisme était sincère et a nourri de nombreux travaux par la suite en science politique notamment⁹⁰.

L'autre thèse centrale du réalisme est l'affirmation que le raisonnement des juges est fondé sur des éléments initialement considérés comme extra-juridiques⁹¹.

⁸⁴ J. W. Bingham, « My Philosophy of Law », in A. Kocourek (dir.), *My Philosophy of Law. Credo of Sixteen Scholars*, Boston, Boston Law Book Co., 1941, p. 5-25, p. 13: « "Nothing is law that is not a generality" has been proclaimed as a juristic truism. We American realists contend to the contrary that the cases in all their concreteness of causes and effects are the very substance of the law and that the causes of judicial decisions are not always stated and often are stated inaccurately in the judicial opinions. Indeed the official written opinions of the judges are not an essential part of the governmental process ».

⁸⁵ *Law and the Modern Mind*, p. 276: « law is what happened or what will happen in concrete cases. Past decisions are experimental guides to prognostications of future decisions. And legal rules are mental devices for assembling, in convenient form, information about past cases to aid in making such prognostications. Or they may be defined as generalized statements of how courts will decide questions, of the considerations which will weigh with courts in the decisions of cases to which the rules are applicable ».

⁸⁶ Formule qu'il corrige et commente dans la 2^e édition. Comme l'écrit E. H. J. Taylor, « H. L. A. Hart's Concept of Law in the Perspective of American Legal Realism », *Modern Law Review*, vol. 35, n°6, 1972, p. 606-620, p. 613 : «The message for the intended law student audience was not the non-existence of legal rules, but was a suggested focus of attention for meaningful study of law. Llewellyn's concern was not the law on the books, the existence of which he did not deny, but the law in action. This law in action is most vividly revealed in the conduct of officials in settling disputes. Thus official conduct in dispute settlement was urged to be the focal point for purposeful analysis of law's real impact».

⁸⁷ O. W. Holmes, « The Path of the Law », *Harvard Law Review*, vol. 10, 1897, p. 457, cité par J. Frank, *op. cit.*, p. 133. La phrase de Holmes est comme l'on sait précédée de «A legal duty so called is nothing but a prediction that if a man does or omits certain things, he will be made to suffer in this or that way by a judgment of the court; and so of a legal right (...) If you want to know the law and nothing else, you must look at it as a bad man, who cares only for the material consequences which such knowledge enables him to predict (...)».

⁸⁸ E. W. Patterson, *Jurisprudence. Men and Ideas*, Brooklyn, The Foundation Press, Inc., 1953, p. 541.

⁸⁹ J. H. Schlegel, « American Legal Realism and Empirical Social Science: the Singular Case of Underhill Moore », *Buffalo Law Review*, vol. 29, 1980, p. 195-323 ; J. H. Schlegel, *American Legal Realism and Empirical Social Science*, *op. cit.*

⁹⁰ J. A. Segal et H. J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, Cambridge, Cambridge UP, 1993 ; J. A. Segal et H. J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, Cambridge, Cambridge UP, 2002 ; L. Baum, « Judicial Behavior and Judicial Review », in B. L. Bartels et C. W. Bonneau (dirs.), *Making Law and Courts Research Relevant: The Normative Implications of Empirical Research*, New York, Routledge, 2014, p. 38-54.

⁹¹ E. W. Patterson, « Can Law Be Scientific », *Illinois Law Review*, vol. 25, n°2, 1930, p. 121-147 ; J. J. White, art. cit., p. 402.

Généralement attribuée à une version du réalisme elle-même qualifiée de modérée, c'est une thèse largement partagée par ceux qui se réclament du réalisme ou qui y ont été rattachés. Elle est parfois résumée sous l'expression *rule-skepticism*⁹². Encore faut-il la préciser car on peut l'entendre en plusieurs sens.

Chez les prédécesseurs des réalistes tels que Holmes, Ehrlich, Gray ou Pound, cette thèse consiste d'abord à montrer que l'application du droit par les juges comporte une dimension personnelle et qu'elle ne se limite pas à l'interprétation des mots d'un texte⁹³. Cette thèse conduit à rapprocher le droit de la décision politique et à penser le processus de décision judiciaire comme intimement liée à la définition de politiques publiques. Le premier à avoir asséné cette thèse radicale est peut-être Haines en 1922⁹⁴ lequel se réclame alors très largement de Holmes et Ehrlich. On doit également souligner la dette importante des réalistes envers le mouvement allemand de la libre recherche scientifique à travers Kantorowicz, mais aussi Fuchs, Ehrlich, Wurzel et Bülow⁹⁵. Tous ces auteurs avaient été traduits dès 1917.

Mais la version réaliste de cette thèse va plus loin et systématise voire radicalise la thèse en question.

Les réalistes insistent, d'une part, sur le fait que dans tout litige, les juges doivent choisir entre des prémisses conflictuelles qui serviront à fonder leur décision et d'autre part que ce choix doit nécessairement se faire sur des fondements extra-juridiques. Autrement dit, dès lors qu'il y a litige, divers fondements peuvent servir à justifier diverses décisions et le droit ne suffit pas pour justifier le choix en question ou, en termes plus courant chez les réalistes : les règles ne déterminent pas à elles seules l'issue du litige : quelle que soit la facilité du cas, il y a toujours une part d'arbitraire, un choix, une décision, un jugement personnel à faire car il y a toujours un vide entre les matériaux juridiques dont disposent les juges et les faits. Dès lors, les juges raisonnent d'abord en fonction des faits qui leur sont présentés et non à partir des

⁹² W. E. Rumble Jr, *American Legal Realism: Skepticism, Reform and the Judicial Process*, *op. cit.*, not. 78 s. et M. P. Golding, « Jurisprudence and Legal Philosophy in Twentieth-Century America- Major Themes and Developments », *Journal of Legal Education*, vol. 36, n°4, 1986, p. 441-480, p. 452. On la trouve explicitement défendue en dehors des États-Unis par un autre juriste se réclamant du réalisme : A. Ross, *On Law and Justice*, Oxford, Oxford UP, 2019, 168: "we can assert that interpretation does not have any independent linguistic starting point, but that it is from the very beginning co-determined by pragmatic considerations in the shape of 'common sense'".

⁹³ E. Ehrlich, « Judicial freedom of decision: its principles and objects », in B. Ernest et L. B. Register (dirs.), *Science of the Legal Method: Select Essays by Various Authors*, Boston, The Boston Book Company, 1917, p. 48-84, §20. The personality of the judge", p. 74: "The administration of justice has always contained a personal element. In all ages, social, political, and cultural movements have necessarily exerted an influence upon it; but whether any individual jurist yields more or less to such influences, whether he is more inclined to follow tradition or is rather disposed to introduce changes and innovations, depends, of course, less on any theory of legal method than on his own personal temperament".

⁹⁴ C. G. Haines, « General Observations on the Effects of Personal Political and Economic Influences in the Decisions of Judges », *Illinois Law Review*, vol. 17, n°2, 1922, p. 96-116, p. 106 : "that the process of judicial decision is determined to a considerable extent by the judges' views of fair play, public policy, and their general consensus as to what is right and just. Law and politics are indeed inseparable and politics is the very stuff of life. Its motives are interlaced with the whole fibre of experience, private and public. Its relations are intensely human, and generally intimately personal".

⁹⁵ J. E. Herget, art. cit.

catégories juridiques⁹⁶. À l'opposé de la conception formaliste qui voit les juges soumis inéluctablement au droit et aux règles qu'ils appliquent sinon mécaniquement au moins exclusivement, les réalistes considèrent les juges comme des êtres humains réagissant aux faits de l'espèce et cherchant d'abord la solution équitable ou juste selon le sens commun plutôt que de déduire logiquement une solution à partir de règles posées pour ensuite rationaliser leur décision à l'aide des catégories juridiques⁹⁷.

Les réalistes font une distinction entre les raisons juridiques et les raisons non juridiques et admettent donc que des raisons non juridiques entrent en ligne de compte et déterminent la solution. L'originalité des réalistes tient d'une part à l'affirmation que plusieurs interprétations d'un même texte ou d'un même précédent sont possibles de sorte qu'aucune ne peut servir à justifier une seule solution et qu'un choix est nécessaire ; d'autre part, si tel est le cas, on ne peut expliquer le choix interprétatif par le droit lui-même : il faut nécessairement supposer que le choix sera fondé sur des raisons non juridiques. La question que soulève cette thèse est d'identifier les facteurs qui déterminent la solution retenue par les juges une fois écarté le droit formel⁹⁸. Pour les uns, qui retiennent une conception du droit réduites aux décisions des juges et contestent que le droit puisse être vu comme un ensemble de règles, ces décisions sont le produit d'intuitions – le fameux « hunch » de Hutcheson⁹⁹ – ou encore de réactions spontanées à des situations de fait particulières. Pour d'autres, ces situations de fait conduisent les juges à raisonner selon des situations-types qui ne sont elles-mêmes pas produites ou définies par le droit mais résultent de la pratique sociale, des acteurs sociaux. Cela apparaît clairement dans le type de matériel pédagogique préparé par les réalistes, qui n'était pas organisé autour de catégories juridiques positives, mais plutôt autour de situations-types factuelles¹⁰⁰. Les catégories du droit positif interviennent donc a posteriori, dans la phase dite de justification. Mais ces dernières sont largement indéterminées. Cette indétermination résulte soit du langage dans lequel les règles sont formulées, lequel est malléable, soit de ce que plusieurs règles juridiques sont simultanément applicables, soit encore de ce que les critères d'identification des règles juridiques applicables sont eux-mêmes

⁹⁶ Par exemple, M. Radin, « The Theory of Judicial Decision: Or How Judges Think », *American Bar Association Journal*, vol. 11, 1925, p. 357-362, p. 359: "The category into which to place the situation presented to them for judgment, does not leap into their minds at once. On the contrary, several categories struggle in their minds for the privilege of framing the situation before them. And since there is that struggle, how can they do otherwise than select the one that seems to them to lead to a desirable result".

⁹⁷ B. Leiter, « Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence », art. cit..

⁹⁸ F. Schauer, « American Legal Realism », in M. Sellers et S. Kirste (dirs.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Dordrecht, Springer, 2018, p. 1-9, p. 3.

⁹⁹ J. C. Hutcheson Jr, « The Judgment Intuitive: the Function of the "Hunch" in Judicial Decision », *Cornell Law Quarterly*, vol. 14, n°3, 1929, p. 274-288, rééd. *South Texas Law Review*, vol. 39, 1998, p. 889-903 ; J. C. Hutcheson Jr, « Le jugement intuitif et la fonction du "hunch" dans la décision judiciaire », *Cahiers philosophiques*, vol. 4, n°147, 2016, p. 95-109 (autre traduction aux *Mélanges Gény*, 1934).

¹⁰⁰ L. Green, *The judicial process in tort cases*, St Paul, West Publ., 1931 a classé les situations en fonction non des qualifications juridiques positives (négligence, dommage intentionnel, responsabilité) mais à partir des opérations chirurgicales ; garde des animaux ; fabricants, revendeurs...).

indéterminés, autrement dit des principes non juridiques – moraux... – sont aussi susceptibles d’être appliqués de sorte que les catégories du droit sont susceptibles d’être modifiées ou enrichies par les juges.

Cette thèse peut sembler aujourd’hui assez banale. Elle reste originale dans le contexte des réalistes mais elle l’est également au regard de certaines critiques formulées contre eux notamment par Hart. En effet, les premiers critiques des réalistes tout comme Hart assumaient sans difficultés la distinction entre les cas faciles et les cas difficiles et expliquaient la différence en termes de clarté/obscurité du langage. Les réalistes n’adhèrent pas à cette explication : l’indétermination ne résulte pas ou pas seulement de l’obscurité du langage ou de l’ambiguïté des termes employés mais des méthodes d’interprétation conflictuelles susceptibles d’être utilisées par les juges pour tirer une règle d’un même texte ou d’un même précédent¹⁰¹.

Ce faisant, ils retrouvaient une affirmation défendue par Kelsen en 1934 lequel critique de son côté la doctrine traditionnelle qui présente l’interprétation juridique comme une activité de connaissance et non de volonté. Or, écrit-il, dès lors qu’une norme est un cadre qui laisse une marge d’appréciation discrétionnaire à l’organe d’application, il n’existe pas de méthode pour identifier l’interprétation correcte de la norme et la doctrine traditionnelle n’a jamais résolu la tension entre connaissance et volonté car aucune méthode d’interprétation ne permet d’aboutir à un résultat correct mais seulement possible. Dès lors, la question du choix correct est une question non de théorie juridique mais de politique juridique : « In applying a statute, there may well be room for cognitive activity beyond discovering the frame within which the act of application is to be confined; this is not cognition of the positive law, however, but cognition of other norms that can now make their way into the law-creating process, the norms, namely, of morality, of justice - social value judgments customarily characterised with the catch-phrases 'welfare of the people', 'public interest', 'progress', and the like »¹⁰². On pourrait encore prolonger l’analyse et montrer l’influence de cette thèse sur le réalisme de Alf

¹⁰¹ B. Leiter, « American Legal Realism », in M. P. Golding et W. A. Edmundson (dirs.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell Publishing, 2004, p. 50-66, p. 64 : « The Realists, however, located the indeterminacy of law not in general features of language itself, but (...) in the existence of equally legitimate, but conflicting, canons of interpretation that courts could employ to extract differing rules from the same statutory text or the same precedent » (...) « Indeterminacy, in short, resides for the Realists not in the rules themselves, but in the ways we have of characterizing what rules statutes and precedents contain. »

¹⁰² H. Kelsen, « On the theory of interpretation (1934) », *Legal Studies*, vol. 10, 1990, p. 127-135, p. 130. Et un peu avant: « Interpretation is an intellectual activity accompanying the law-creating process as it moves from a higher level of the hierarchical structure to the lower level governed by this higher level. (...) This determination, however, is never complete, for a norm cannot be binding with respect to every detail of the act putting it into practice. There must always remain a range of discretion, sometimes wider, sometimes narrower, so that the higher-level norm, in relation to the act implementing it (an act of lower-level norm creation or of pure implementation), has simply the character of a frame to be filled in by way of the act. » (Ibid., p. 128).

Ross lequel ne cessera de contester l'existence d'un sens littéral comme des méthodes d'interprétation¹⁰³.

De là, enfin, l'idée que les règles sont dépourvues de valeurs, comme le dira Llewellyn – mais cela ne vaut pas, par principe, pour toutes les règles et ne signifie pas qu'elles ne méritent pas d'être prises en compte : l'affirmation doit être comprise comme une critique de la doctrine classique (formaliste) qui n'accorde d'importance qu'à la lettre de la règle ou croit que la lettre de la règle a une réelle importance, autrement dit cette doctrine qui ne voit que la « paper rule ». D'autre part, si ces règles ne déterminent pas l'issue des litiges, l'étude du droit doit changer d'objet : plutôt que de s'intéresser aux règles, il faut prendre en compte les comportements dans le but d'être en mesure de prédire ce que feront les tribunaux. C'est à ce stade que l'on peut distinguer deux tendances et, empruntant à Kronman¹⁰⁴, distinguer entre une approche « scientifique » et une approche « conventionnaliste ». La première approche, dans une version descriptive défendue par Underhill Moore, William Douglas, Charles Clark, Hessel Yntema ainsi que Karl Llewellyn, revient à dire que les sciences sociales peuvent nous aider à saisir l'intelligibilité du comportement des juges (des officiels...), elles peuvent aider à comprendre et prévoir le comportement des juges : on peut découvrir les lois, les régularités – les « real rules » – ; on peut comprendre le droit de l'extérieur, le droit n'est donc pas une discipline autonome¹⁰⁵. Une seconde approche, conventionnaliste, se trouve chez le dernier Llewellyn – celui de *The Common Law*¹⁰⁶ – qui cherche à montrer que liberté n'est pas totale, il n'y a pas de pur arbitraire car il y a des contraintes. Ainsi, Kronman écrit : « The process of adjudication is constrained, Llewellyn said, by all sorts of conventional understandings, by local traditions, and by shared professional norms, which guide the interpretation of rules, policies, and principles and give their application a predictability-an orderliness, rigor, and professionalism-which the negative side of realism overlooked »¹⁰⁷. Daniel Priel reprend partiellement cette distinction en opposant le « Legal realism scientifique » de Felix Cohen et le « Legal realism traditionnel » de Llewellyn : tandis que le premier adhère à l'idée que les méthodes des sciences naturelles peuvent améliorer le droit et faire progresser la société, le second se méfie du modèle des sciences naturelles et plutôt que de rejeter les méthodes de l'avocat comme une imposture, il a déclaré que les méthodes des avocats telles que la

¹⁰³ A. Ross, *op. cit.*, chap. The Judicial Method (Interpretation).

¹⁰⁴ A. T. Kronman, art. cit., p. 335-340.

¹⁰⁵ Mais comme le reconnaît Kronman, ils concluent alors un pacte faustien car ils veulent faire de la science comme Langdell en rompant avec l'idée d'autonomie du droit car les régularités observées le sont non par le droit mais par d'autres sciences.

¹⁰⁶ K. N. Llewellyn, *The Common Law Tradition-Deciding Appeals*, Boston, Little, Brown and Company, 1960.

¹⁰⁷ A. T. Kronman, art. cit., p. 338.

« distinction » et la « limitation » des cas passés « servent à la fois à tester et à rafraîchir les règles de droit par un contact récurrent avec de nouvelles expériences »¹⁰⁸.

Quelle originalité peut-on reconnaître aux réalistes ?

Les premières réactions critiques au « legal realism » en ont toutes dénoncé l'exagération, leur manque d'originalité – et bien souvent les deux à la fois – mais aussi leur naïveté. Ces premières critiques se fondaient d'abord sur *Law and the Modern Mind* de Frank qui provoqua de très vives réactions. Ce fut le cas par exemple de Francis Bohlen¹⁰⁹, Mortimer Adler¹¹⁰ (on pourrait aussi ajouter le nom de Norberto Bobbio¹¹¹). Mais ensuite tous les auteurs qualifiés de réalistes par l'article de Llewellyn furent rangés à la même enseigne, comme le montrent la polémique entre Bohlen¹¹² et Green¹¹³ et les textes de Morris Cohen¹¹⁴, John Dickinson¹¹⁵, Hermann Kantorowicz¹¹⁶ ou encore Arthur Goodhart¹¹⁷.

Cette double critique se retrouve encore aujourd'hui. Ainsi, Brian Tamanaha s'est-il efforcé de montrer que les réalistes n'ont aucunement innové. Dans le livre qu'il publie en 2009, il juge que l'opposition entre formalisme et réalisme ne correspond à rien car la

¹⁰⁸ D. Priel, art. cit., p. 466.

¹⁰⁹ F. Bohlen, « Review of *Law and the Modern Mind* by Jerome Frank », *Univ. of Pennsylvania Law Review*, vol. 79, n°6, 1931, p. 822-825, qui reconnaît volontiers la modernité du livre de Frank ainsi que son caractère stimulant mais lui reproche d'exagérer les cas de pouvoir discrétionnaire des juges et l'indétermination du droit : "Every judge knows that sometimes the facts are ingeniously interpreted to bring them within the rule invoked as decisive. But it may be doubted whether the frequency of such incidents is not exaggerated (...) Every practising lawyer must realize that in those matters upon which his advice is needed and his services in a trial or appellate court required the supposed certainty of the law is a dream rather than a reality. This may be the key to the emphasis which is laid upon the uncertainty of law. If law is considered as a social phenomenon, this is an over-emphasis, but not if it is regarded as a matter which is important primarily to the practising lawyer. Even so one may differ with Mr. Frank's view that, since complete certainty is unobtainable, we should rush to the other extreme and welcome complete uncertainty" (ici, p. 824)

¹¹⁰ M. J. Adler, « Legal Certainty », *Columbia Law Review*, vol. 31, n°1 (*Law and the Modern Mind: A Symposium*), 1931, p. 91-108 dénoncera la naïveté des réalistes et reprochera à Frank d'être dogmatique et de procéder par argument d'autorité : "the chief defect with Mr. Frank's presentation is that, despite Mr. Llewellyn, it is not at all critical, but utterly authoritarian, and dogmatic. By *authoritarian* I mean that it consists in the citation of the opinions of authorities to prove a proposition in issue, without due citation of the opposite authorities and without a full examination of the dialectical merits of the doctrinal opposition. By *dogmatic* I mean that it resolves matters in issue by asserting that the facts are such and such. Dogmatism in this sense is probably the worst form of authoritarianism, for there is no appeal from the facts in the eyes of one who thinks he knows what they are." Mais il ne se limitait pas à Frank : "Mr. Frank has been trained in the proper use of authorities in the trial of cases, but he has failed to understand the postulational character of legal casuistry which requires legal argument to be authoritarian. Recognition of this point reveals the root of error in Mr. Frank's thinking about law. It is the same which pervades the writings of his colleagues in realistic jurisprudence who are similarly authoritarian in extra-legal matters" (p. 93).

¹¹¹ N. Bobbio, « La certezza giuridica è un mito? », *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, n°28, 1951, p. 146-152 qui, dans une recension d'une réédition du livre de Frank, qualifie le réalisme juridique de "scientisme ingénue".

¹¹² F. Bohlen, « Should Negligent Misrepresentations Be Treated as Negligence or Fraud », *Virginia Law Review*, vol. 18, n°7, 1931, p. 703-720 ; F. Bohlen, « Review of Judge and Jury by Leon Green », *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, vol. 80, n°5, 1932, p. 781-795 ; F. H. Bohlen, « Misrepresentation As Deceit, Negligence, or Warranty », *Harvard Law Review*, vol. 42, n°6, 1929, p. 733-747.

¹¹³ L. Green, « Innocent Misrepresentation », *Virginia Law Review*, vol. 19, n°3, 1932, p. 242-252 ; L. Green, « Deceit », *Virginia Law Review*, vol. 16, n°8, 1930, p. 749-770

¹¹⁴ M. R. Cohen, « Justice Holmes and the Nature of Law », *Columbia Law Review*, vol. 31, n°3, 1931, p. 352-367, p. 356 : "In the course of the last two decades of discussion, the solid merits of Holmes' realistic views of the law as "an anthropologic document" have become more and more obvious. The danger today is not that they will be ignored, but that their rich content will be impoverished by being harnessed to some ism such as functionalism, behaviorism, institutionalism, or the like. Thus contemporary irrationalists frequently support their case by his dictum that 'experience not logic is the life of the law.' This, however, is to tear a passage out of its qualifying context."

¹¹⁵ J. Dickinson, « Legal Rules: Their Function in the Process of Decision », art. cit. p. 835 : "The fact that legal rules do not always dictate the decisions of cases does not, however, mean that they may not have influence, and sometimes a controlling one, in the process of decision. Sceptics who minimize the influence of such rules often seem only disappointed absolutists, who expected the traditional theory of legal determinism to work out to the bitter limit of its clock-work logic, and on finding it play them false, react into an opposite extreme of naive unwillingness to recognize the less absolute, but none the less relatively effective, way in which legal rules do their"

¹¹⁶ H. Kantorowicz, art. cit.

¹¹⁷ A. L. Goodhart, « Some American interpretations of law », in S. I. Jennings (dir.), *Modern Theories of Law*, London, Oxford University Press, 1933, p. 1-20.

prétendue « époque formaliste » dénoncée par les réalistes est un mythe¹¹⁸. En effet, le récit – le « narratif » – selon lequel les juristes et les juges américains entre 1870 et 1920 auraient été acquis à l'idée que le droit était complet, cohérent, organisé et que les juges déduisaient mécaniquement des solutions logiques et juridiquement exactes est tout simplement faux. Est de même fausse, dit-il, la présentation bien connue de Gilmore selon laquelle « c'est après la période la guerre civile que l'idée selon laquelle les tribunaux ne légifèrent jamais, autrement dit que la fonction judiciaire consiste simplement à déclarer la loi qui existe déjà, est devenue un article de foi, pour les avocats comme pour les non-juristes »¹¹⁹. À l'appui de sa démonstration, Tamanaha cite plusieurs articles, publiés entre 1870 et 1914, dans des revues juridiques renommées, qui tous reconnaissent sans difficultés la nécessité d'une « législation judiciaire » ou encore que « les juges créent du droit » (ou qu'il existe un droit créé par les juges) – articles qui émanent de professeurs de droit mais aussi de juges pourtant identifiés comme « formalistes » par les juristes réalistes. Or, les uns comme les autres dénoncent la « fiction » que les juges ne feraient pas le droit mais se contenteraient de l'appliquer, à l'image de Munroe Smith¹²⁰ ou d'une déclaration du président du barreau de New York qui, en 1894, affirmait : « les tribunaux se sont livrés à la législation judiciaire pendant des siècles »¹²¹.

Tamanaha montre également qu'au cours de leur formation, les réalistes furent exposés à des idées proches de celles qu'ils défendront mais en outre que toutes les thèses qu'ils ont cherché à défendre l'avaient déjà été bien avant eux. Ainsi, à la fin du XIXe siècle, plusieurs juristes – en fait les historiens du droit : Tiedeman, Dillon, Hammond, Carter et Coole, volontiers qualifiés de formalistes par les réalistes – admettent que les règles juridiques peuvent être interprétées en plusieurs sens et que le sens dans lequel elles sont interprétées dépend des opinions des juges et des forces sociales environnantes. Ils admettent aussi que les précédents, autant que les lois écrites, se prêtent à diverses interprétations et que l'application des lois écrites conduit les juges à créer du droit et ils n'éprouvent guère de difficulté à voir

¹¹⁸ B. Z. Tamanaha, *Beyond the Formalist-Realist Divide. The Role of Politics in Judging*, op. cit. mais aussi B. Z. Tamanaha, « Understanding Legal Realism », art. cit ; B. Z. Tamanaha, « The Realism of Judges Past and Present », art. cit.;

¹¹⁹ G. Gilmore et P. Bobbitt, op. cit., p. 15.

¹²⁰ M. Smith, « State Statute and Common Law I », *Political Science Quarterly*, vol. 2, n°1, 1887, p. 105-134, p. 121: « [W]hen new law is needed, the courts are obliged to "find" it, and to find it in old cases. This can commonly be done by re-examination and re-interpretation, or, at the worst, by "distinction." By a combination of these means, it is even possible to abrogate an old rule and to set a new one in its place. When the old rule is sufficiently worm holed with "distinctions," a very slight re-examination will reduce it to dust, and a re-interpretation of the "distinguishing" cases will produce the rule that is desired. »

¹²¹ Pour être exact, la citation entière est «In theory the body of the people adopts the constitutional provisions organizing the courts, the Legislature enacts the substantive law, and the courts make regulations for the application of the law to individual cases, and in considering the question in a systematic manner we must for the moment ignore the fact that practically the courts have indulged for centuries in judicial legislation, while of late the Legislature has assumed almost entire control of matters of procedure in the courts». Et aussi, B. Z. Tamanaha, *Beyond the Formalist-Realist Divide. The Role of Politics in Judging*, op. cit., p. 21 : «many prominent legal professionals in the final quarter of the nineteenth century asserted that everyone knew this theory of judging was a fiction»)

ces décisions comme du droit. De même encore, la thèse réaliste que les juges disposent d'une grande marge manœuvre pour identifier les précédents, réinterpréter un cas par rapport à un autre et adapter leur décision à la règle du *stare decisis* était elle aussi déjà affirmée. Plus généralement, la thèse de la liberté des juges dans la sélection des faits ou encore la possibilité qu'ils ont de trouver toute sorte d'arguments à l'appui de leur choix de solution était aussi soutenue ainsi que la thèse des lacunes que les juges doivent combler. Brian Tamanaha trouve également chez James C. Carter la trace de la thèse dite de la « situation-type » identifiée par Brian Leiter comme exemplaire des réalistes et selon laquelle, lorsqu'ils rendent des décisions, les juges réagissent plus immédiatement à des complexes de faits qu'ils ne raisonnent à partir de règles. Carter lui-même reconnaissait l'incertitude perpétuelle du droit liée aux évolutions de la société qui créent de nouvelles situations de fait de sorte que le droit n'est pas connu tant que de nouvelles décisions ne sont pas intervenues. De même, la fameuse thèse dite de la prédiction selon laquelle le juriste doit s'occuper de prédire les décisions des juges et que, pour ce faire, il doit aller au-delà de la seule motivation du jugement, se trouvait chez Tiedeman avant même d'être exposée par Holmes. Et c'est chez le même Tiedeman qu'on trouve l'affirmation que, au cours de son activité de jugement, le juge subit des influences et obéit – inconsciemment – à l'opinion publique. En définitive, Brian Tamanaha pense avoir apporté la preuve que tous ceux qui ont été affublés de l'étiquette « formalistes » ne l'étaient pas et, mieux, qu'ils admettaient les positions des réalistes : ils reconnaissent pleinement que le droit est souvent ouvert ou indéterminé et que, face à une telle situation, ils n'avaient d'autre choix que d'exercer leur jugement, d'utiliser leur expérience et leurs connaissances personnelles pour y remédier. Tamanaha ajoute que les correspondances entre les réalistes et les juristes de l'Ecole historique américaine n'ont rien de surprenant car tous sont persuadés que le droit est un moyen au service de la société¹²². Plutôt que d'opposer formalistes et réalistes, Tamanaha propose de parler d'un « réalisme modéré » largement partagé par les juristes nord-américains. Il enfonce le clou en expliquant que, contrairement au récit reçu, les réalistes n'étaient pas les sceptiques radicaux à l'égard du jugement judiciaire comme d'aucuns le prétendent¹²³.

Cette thèse soulève néanmoins plusieurs objections.

¹²² B. Z. Tamanaha, *Beyond the Formalist-Realist Divide. The Role of Politics in Judging*, op. cit., p. 87: « For both Historical Jurists and Legal Realists (...) law was and ever must be receptive to, infused by, and permeable to morality and politics produced by society, and attentive to the purposes and needs of society ».

¹²³ B. Z. Tamanaha, *Beyond the Formalist-Realist Divide. The Role of Politics in Judging*, op. cit., p. 67 : « [t]heir goals were to explain and improve the predictability of law and judging, not to argue that judging was a fraud ».

Sur un plan historique, elle n'est pas si originale car le portrait que les historiens révisionnistes contemporains font de l'école historique américaine est à l'opposé du « formalisme » si souvent dénoncé. Ils insistent sur le rôle joué par Holmes et Pound dans cette caricature des juristes américains de la fin du XIXe comme des adeptes d'une vision politiquement neutre du droit et d'une science juridique détachée de la société, enfermée dans le formalisme déductif. La description erronée de Pound servait ses intérêts personnels et lui permettait de justifier l'originalité de la « sociological jurisprudence ». Ces travaux reconnaissent également (et pour certains bien avant Tamanaha) que « les juristes de la fin du XIXe siècle n'ont pas fait preuve du formalisme déductif intemporel que leur attribuent les commentateurs du XXe siècle »¹²⁴ et qu'ils ont, eux aussi reconnu l'influence de la pratique sociale sur le droit et donc sa dimension évolutionniste qui justifiait que la science juridique soit pensée comme empirique et basée sur l'induction. Le cas de Langdell est ici exemplaire : de nombreux travaux ont cherché à mettre en évidence la dimension inductive de sa démarche qui, loin de se conformer à une approche *more geometrico*, évoque plutôt la biologie expérimentale, insistant sur les preuves empiriques et l'évolution des principes organiques. La théorie de la science de Langdell s'inscrit parfaitement dans son époque : la recherche des principes de l'ordre juridique par induction avait pour finalité de construire un ordre juridique autonome, logiquement organisé selon une classification rigoureuse. Mais le système en question était fondé sur une induction et non une déduction à partir de principes rationnels *a priori*¹²⁵. Certains commentateurs sont même allés jusqu'à nier toute forme de déduction chez Langdell¹²⁶.

D'autres, plus nuancés, ont montré que le conceptualisme de la fin du XIXe connaissait une forme de divorce entre une science juridique et les juges. Tandis que la science juridique

¹²⁴ D. M. Rabban, *Law's History. American Legal Thought and the Transatlantic Turn to History*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 5: « Overwhelmingly committed to evolutionary conceptions of legal change, the late nineteenth-century American legal scholars did not display the timeless deductive formalism ascribed to them by twentieth-century commentators. They repeatedly stressed that law evolves in response to changing social customs, an approach that recognized external influences on law. (...) Often explicitly rejecting deductive theories of law, they emphasized that law is an empirical science based on induction from historical evidence. As part of their inductive approach, they wanted to organize and classify the legal data they observed. » et aussi D. M. Rabban, « The Historiography of Late Nineteenth-Century American Legal History », *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 4, n°2, 2003, p. 541-578.

¹²⁵ B. A. Kimball, « The Langdell Problem: Historicizing the Century of Historiography, 1906-2000s », *Law and History Review*, vol. 22, n°2, 2004, p. 277-338; M. Speziale, « Langdell's Concept of Law as Science: The Beginning of Anti-Formalism in American Legal Theory », *Vermont Law Review*, vol. 5, n°1, 1980, p. 1-38, not. p. 1, 2, 13, 29; G. E. White, « The Impact of Legal Science on Tort Law, 1880-1910 », *Columbia Law Review*, vol. 78, n°2, 1978, p. 213-257, not. p. 213, 217-18, 229.

¹²⁶ A. J. Sebok, « Misunderstanding Positivism », *Michigan Law Review*, vol. 93, n°7, 1995, p. 2054-2132, p. 2083 : « Langdell's theory of legal reasoning was crippled, as Holmes would say, by being "all for logic", but not, as is commonly claimed, *deductive* logic, but rather *inductive* logic ». Ce qui semble excessif, comme l'indique par exemple son intervention à Harvard, v. C. C. Langdell, « Speech at the "quarter-millennial" celebration of Harvard University on the 5th of November », *Law Quarterly Review*, vol. 3, n°1, 1887, p. 123-126, p. 124 : « law is a science, and that all the available materials of that science are contained in printed books (...) printed books are the ultimate sources of all legal knowledge (...) What qualifies a person, therefore, to teach law, is not experience in the work of a lawyer's office, not experience in dealing with men, not experience in the trial or argument of causes, not experience, in short, in using law, but experience in learning law; not the experience of the Roman advocate, or of the Roman praetor, still less of the Roman procurator, but the experience of the Roman jurisconsult ». Sachant que cette intervention suit celle de Holmes, on ne peut pas ne pas y voir une critique de la formule bien connue de Holmes « .

se voulait inductive et cherchait à extraire des principes universels à partir d'observations en vue d'appliquer ces principes à de nouvelles données, les juges concevaient leur fonction comme devant se limiter à déclarer des principes de droit faisant autorité et à les appliquer "formellement" aux litiges¹²⁷, ce que Pound dénoncera plus tard comme une conception « mécanique » du droit¹²⁸. Dans ces conditions, affirmer comme le fait Tamanaha que « les juges » en général étaient acquis à une conception réaliste – même modérée – du jugement semble excessif. Mais il fait justement remarquer que les formalistes ne revendiquaient jamais cette qualification pour eux-mêmes. Cependant, comme le lui objecte Brophy – après avoir relevé que le terme formalisme a été introduit par Cardozo en 1921¹²⁹ – : « cela n'est vrai que dans la mesure où nous considérons le "formalisme" comme quelque chose qui est dans l'esprit des gens qui sont venus après »¹³⁰. Et l'on peut ajouter qu'il en va de même avec le « réalisme » : par hypothèse, nul ne pouvait se réclamer du réalisme au sens que Llewellyn ou Frank donneront à ce terme avant 1930. En revanche, une fois forgé le concept, il est parfaitement possible d'identifier des positions comme formalistes et réalistes et de classer les juristes. Or, c'est précisément ce que font les réalistes : ils ne prétendent pas utiliser des termes que les juristes auraient employé pour eux-mêmes, ils ne cherchent pas non plus à vérifier que les formalistes (ou les réalistes) qu'ils identifient se définissaient ainsi ; leur classement de tel ou tel juriste peut certes être discuté mais l'opposition demeure quant à elle pertinente aux yeux de nombreux historiens. Et d'ailleurs, où trouver des déclarations formalistes ? Plutôt que des discours ou des articles, on pourrait aussi se reporter aux opinions des juges, ce que ne fait pas Tamanaha. Or, au jeu des citations dans ou hors contexte, il est assez aisé de trouver des témoignages de formalisme. Ainsi, évoquant la conception oraculaire du juge et du jugement, G. E. White rapporte que Marshall comme Brewer opposaient la volonté du juge à la volonté de la loi et il cite ce propos de Harlan en 1893 : « The courts hold neither purse nor sword ; they cannot corrupt nor arbitrarily control. They make no laws. They establish no policy, they never enter into the domain of public action. They do not govern. Their functions... are limited to seeing that popular action does not trespass upon right and justice as it exists in written constitutions and natural law »¹³¹.

¹²⁷ G. E. White, « The Impact of Legal Science on Tort Law, 1880-1910 », art. cit., p. 234-235: « Le conceptualisme de la fin du XIX^e siècle était un processus en deux étapes : l'extraction d'universaux à partir de données, et l'application de ces universaux à de nouvelles données. De nombreux juges de l'époque ont consacré peu d'attention dans leurs avis à l'étape de l'extraction, considérant que leur fonction essentielle était celle de l'application. Leur raisonnement a par conséquent paru affirmatif aux générations suivantes ».

¹²⁸ R. Pound, « Mechanical Jurisprudence », *Columbia Law Review*, vol. 8, n°8, 1908, p. 605-623.

¹²⁹ B. Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, New Haven, Yale U.P., 1921, p. 66: « demon of formalism tempts the intellect with the lure of scientific order (...) »

¹³⁰ A. L. Brophy, « Did Formalism Never Exist? », *Texas Law Review*, vol. 92, n°2, 2013, p. 383-412.

¹³¹ G. E. White, *The American Judicial Tradition: Profiles of Leading American Judges*, New York, Oxford University Press, 1976, VIII-IX p. 120; et 3^e éd., p. 123 : "From Marshall to Harlan, judges conceived of themselves as oracles whose function was simply that of rendering intelligible an already existing body of legal principles." V. aussi, Preface à l'édition de 1976, p. IX: « The same distinction, put in slightly

D'autre part, la thèse de Tamanaha néglige les différences d'ordre politique qui existaient entre les juristes dits l'école historique et les réalistes. Les premiers étaient des conservateurs, partisans du laissez-faire, tandis que les seconds étaient sans aucun doute des réformistes, majoritairement favorables au New Deal¹³² et soucieux du changement social. Ce sont bien les réalistes qui ont dénoncé comme erroné le postulat sur lequel se fondaient de nombreuses décisions judiciaires conservatrices de la période classique et selon lequel les lois de réforme sociale étaient anormales et nécessitaient une justification spéciale « parce qu'elles représentaient une “intervention” gouvernementale dans les interactions par ailleurs libres et volontaires des personnes et institutions privées ». Au contraire, les réalistes firent valoir que « Toute activité économique et sociale est organisée par un réseau élaboré de règles juridiques. Ces règles confèrent des avantages à certaines parties et des désavantages à d'autres »¹³³.

Les idées réalistes étaient-elles donc banales ? La réponse à cette question peut ne pas être purement historique mais aussi conceptuelle. Or, Tamanaha écrit certes une autre histoire que celle habituelle mais elle demeure une histoire sans concept. Le « réalisme modéré » qu'il entend substituer à la division entre formalistes et réalistes est lui-même très peu élaboré ; il se réduit à la thèse selon laquelle « les juges créent du droit dans les cas difficiles et s'accordent la liberté d'utiliser leur pouvoir discrétionnaire pour adapter le droit aux demandes sociales ». Mais ce que ne semble pas voir Tamanaha c'est que cette thèse n'est que partiellement réaliste. D'une part, les réalistes allaient bien plus loin que la seule reconnaissance du pouvoir créateur des juges dans les cas difficiles ou indéterminés. En soulignant la distinction de Llewellyn entre les « paper rules » et les « real rules », le réalisme

different terms, was made by Brewer in his 1893 address, in which he claimed that judges “make no laws,” “establish no policy,” and “never enter into the domain of public action.” Their functions, he maintained, were “limited to seeing that popular action does not trespass on right and justice as it exists in written constitutions and natural law.” The distinction presupposed that “right and justice” were finite concepts, independent of political ideology, and that judges simply discerned the meaning of those concepts by reading the Constitution against a backdrop of natural law principles.”

¹³² Quand bien même Llewellyn lui-même ne l'était pas d'après Twining. V. J. W. Singer, art. cit., p. 475 : « The realists' concern about the relationship between law and the market was consistent and long-lasting. We can trace this concern from Oliver Wendell Holmes' “Privilege, Malice, and Intent”, written in 1894, to Roscoe Pound's “Liberty of Contract”, written in 1909, to Walter Wheeler Cook's “Privileges of Labor Unions in the Struggle for Life”, written in 1918, to Robert Hale's “Law Making by Unofficial Minorities”, written in 1920 and “Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State”, written in 1923, to Morris Cohen's “Property and Sovereignty”, written in 1927 and “The Basis of Contract” written in 1933, to Hale's “Bargaining, Duress”, and “Economic Liberty”, written in 1943, and finally, John Dawson's “Economic Duress”, written in 1947. In my view, this aspect of legal realism is at least as significant, and possibly more significant, than the realists' critique of formalism. A complete assessment of the advancements of the realists must take into account these broader goals ». v. aussi B. Fried, *The Progressive Assault on Laissez Faire: Robert Hale and the First Law and Economics Movement*, 1998, p. 13 : « Although the Realists have been most celebrated in recent decades for their methodological critique of formalism, for many a substantive agenda underlay that critique that was at least as significant: to debunk the notion of a freestanding, self-regulating market, by showing that the market was ineluctably constituted by the legal regime in which it operated ». Sur les réalistes et le New Deal, v. M. J. Curtis, art. cit ; R. Shamir, *op. cit.*

¹³³ W. Fisher, M. J. Horwitz et T. A. Reed, *American Legal Realism*, New York, Oxford UP, 1993, p. 99-100. De sorte que, ajoutent-ils, « les lois de réforme sociale – telles que les lois sur la protection des consommateurs – représentent des ajustements des règles juridiques élémentaires, conçus en partie pour modifier les avantages relatifs de différents groupes d'acteurs, plutôt que des intrusions de l'État dans une sphère où il n'avait auparavant aucun rôle ». v. aussi, E. Mensch, « Freedom of Contract as Ideology », *Stanford Law Review*, vol. 33, n°4, 1981, p. 753-772 ; E. B. Mensch, art. cit.

remet en question la compréhension traditionnelle de ce qui fait la facilité d'un cas et par conséquent non litigieux. Cette facilité ne tient pas, comme pourraient le penser des « réalistes modérés », à la signification juridique conventionnelle des termes qui constituent la règle mais résultent de facteurs extra-juridiques¹³⁴. D'autre part, les buts pour lesquels les juges créent du droit ne sont pas identiques chez les réalistes et les formalistes, ce qui nous ramène au réformisme social : tandis que les réalistes, comme la *sociological jurisprudence*, étaient favorables à ce que les juges poursuivent des objectifs sociaux égalitaires, car en tant que réformistes sociaux, ils désapprouvaient les décisions de la Cour suprême qui annulaient les lois sociales, les juristes de l'école historique poursuivaient, eux, des objectifs libéraux individualistes. En outre, les réalistes étaient soucieux de convoquer les sciences sociales pour identifier les circonstances et le contexte d'application du droit, ce que n'envisageaient pas les juristes de l'école historique. On peut ajouter que le formalisme relève du discours le plus ordinaire des juristes, il a donc à peine besoin d'être défendu. On le trouve également chez les formalistes européens attachés à la codification et au Code Napoléon : tout en défendant une interprétation aussi fidèle au texte donc la moins créatrice possible, ils admettaient que les juges puissent « consulter l'équité du jurisconsulte », celle-là qui, comme le précise Demolombe « ne se révèle pas seulement par les inspirations de la conscience et de la raison naturelle, mais aussi et surtout par l'étude attentive, par l'appréciation intelligente des textes de la loi, des principes de la science juridique et des besoins de la société »¹³⁵. Autant de sources que les juges peuvent manipuler à leur guise.

En définitive, l'originalité des réalistes tient à leur héritage : tous les mouvements qui ont succédé au réalisme ont dû prendre position vis-à-vis de lui, nombreux sont ceux qui s'en réclament, plus rares ceux qui le rejettent. Protéiforme et foisonnant, le réalisme américain reste une source inépuisable de réflexions critiques sur le droit et avec le droit.

¹³⁴ F. Schauer, « Legal Realism Untamed », *Texas Law Review*, vol. 91, n°4, 2013, p. 749-780, p. 768-769 : « Untamed Realism does not claim that there is no legal determinacy, but instead that legal determinacy is often a product of something other than the conventional legal meaning of official rules. Or, to put it differently, the Realist claim about the gap between paper and real rules is not about indeterminacy, but about what we might call dislocated determinacy. »

¹³⁵ C. Demolombe, *Traité de la publication des effets et de l'application des lois en général : de la jouissance et de la privation des droits civils, des actes de l'état civil, du domicile*, Paris, Imprimerie générale, A. Lahure, Pedone Lauriel, Hachette, Gosse Marchal et Billard, 1880, 3^e éd., p. 137 : « lorsque la loi est claire et positive, il n'y a pas lieu, bien entendu, à interprétation ; elle doit donc être appliquée, lors même qu'elle ne paraîtrait pas conforme aux principes généraux du droit, ou à l'équité. Le juge peut se tromper lui-même à cet égard : la loi d'ailleurs peut être fondée sur des raisons d'intérêt général, auxquelles il a fallu sacrifier quelques intérêts privés ; enfin, et en tout cas, cette loi, quelle qu'elle soit, doit être obéie, tant qu'elle existe ».