

Aurélien de Travy

L'héritage contesté du réalisme juridique américain

À propos de Paul Kahn, *Making the Case: the Art of the Judicial Opinion*, New Haven, Yale University Press, 2016*

Il y a dans la littérature juridique de langue anglaise un genre littéraire aussi stimulant qu'accessible, consacré à des introductions au raisonnement juridique. Ces livres poursuivent avec succès l'intuition de Herbert Hart, selon laquelle un ouvrage de théorie du droit n'est pas nécessairement un livre sur ce que d'autres livres contiennent. Les plus célèbres de ces livres restent attachés au nom de grands juristes américains, tels Llewellyn, ou Holmes et Cardozo, qui lorsqu'ils livraient les célèbres adresses pour lesquelles ils sont encore lus, visaient essentiellement des étudiants. Le dernier livre de Paul Kahn s'inscrit explicitement dans cette tradition de titres « introductifs sans toutefois cesser d'être sérieux¹ » (p. xiii). Pour cette raison, *Making the Case* se distingue des livres précédents de l'auteur, tout en en rappelant les conclusions².

Paul Kahn est Robert W. Winner Professor of Law and the Humanities à la Yale Law School, où il enseigne depuis le milieu des années 1980. C'est une figure importante de la théorie constitutionnelle américaine contemporaine, représentant d'une étude du droit dans la tradition des « humanités » anglo-saxonnes. Il consacre son dernier livre aux opinions rendues par la Cour Suprême des États-Unis. Lorsqu'elle rend un jugement, la Cour produit généralement une argumentation à son soutien, rendue par un de ses *Justice* au nom d'une majorité de ces derniers. Ainsi, la Cour « importe les méthodes de l'assemblée démocratique dans le forum

* Ci-après abrégé en *Making*. Les références paginales données entre parenthèses en corps de texte renvoient toutes à cet ouvrage. Sauf indication contraire, c'est nous qui traduisons.

¹ Cette tradition n'est bien entendue pas limitée aux travaux spécifiquement considérés comme « réalistes ». Ainsi les références non moins classiques à l'*Introduction to Legal Reasoning* de E. LEVI, au *Concept de droit* de H.L.A. HART, et à l'*Empire du droit* de R. DWORKIN. En français, nous pouvons aujourd'hui ajouter le livre de Frederick Schauer, *Penser en juriste*, dont la traduction a récemment été publiée chez Dalloz (F. SCHAUER, *Penser en juriste. Nouvelle introduction au raisonnement juridique*, trad. St. Goltzberg, Paris, Dalloz, 2018).

² En dehors des références que nous citerons plus loin en note, on peut signaler P. KAHN, *Legitimacy and History, Self-Government in American Constitutional History*, New Haven, Yale University Press, 1992 ; son livre-manifeste P. KAHN, *The Cultural Study of the Law, Reconstructing Legal Scholarship*, Chicago, University of Chicago Press, 1999 ; P. KAHN, *Law and Love: The Trials of King Lear*, New Haven, Yale University Press, 2000 ; P. KAHN, *Putting Liberalism in Its Place*, Princeton, Princeton University Press, 2005 ; P. KAHN, *Sacred Violence, Torture, Terror and Sovereignty*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2008.

judiciaire » (p. 93). Comme l'écrit l'auteur, cette activité n'est pas évidente en elle-même et n'a pas partout connu la même fortune. Pour en saisir toute l'ampleur, il choisit de s'interroger sur les conventions présidant à cette activité de rédaction et de lecture. Celles-ci lui permettront de toucher à des problématiques plus fondamentales sur la nature de l'activité juridictionnelle en démocratie.

Making the Case est un petit livre d'environ 250 pages, divisé en cinq chapitres et une conclusion. La thèse et ses concepts essentiels sont présentés dans les trois premiers chapitres. L'étude des opinions doit prendre au sérieux leur rhétorique ; l'opinion est distincte de la décision et ne se réduit pas à un habillage de celle-ci (*I. Why Read the Opinions?*). Cette étude doit donc faire appel à des outils de théorie littéraire et aux notions de narration, de rédacteur, et d'auteur. Elle en tire des conclusions sur la signification de l'idée de souveraineté populaire, et des conséquences au regard des standards d'interprétation du droit écrit (*II. The Opinion and Narrative* et *III. Unity: The Judicial Voice*). La quatrième partie du livre est consacrée à l'exploration d'une typologie des évolutions jurisprudentielles (*IV. Legal Doctrine: Between Erudition and Fundamentalism*) et la dernière au traitement singulier des faits dans une opinion (*V. Facts: Stating the Case*). La conclusion est d'une nature différente, puisqu'elle consiste en une défense de l'étude humaniste (ou culturelle) du droit que l'auteur propose, et qu'il évoque tout au long de son œuvre.

Dans ce compte rendu, nous essaierons d'abord de montrer en quoi *Making the Case* s'insère dans les débats contemporains sur légitimité de la justice constitutionnelle. Cela nous amènera à exposer la prise de position de l'auteur sur l'évolution de l'étude et de la pratique du droit aux États-Unis. Nous y trouverons plus spécifiquement un intéressant commentaire sur le riche héritage du réalisme juridique américain, que nous développerons.

I.

On peut d'abord approcher ce livre en rappelant les préoccupations de la théorie constitutionnelle américaine à laquelle il entend contribuer.

La Constitution américaine opère un éclatement des pouvoirs qui lui est caractéristique. Ajouté à une rigidité qui éloigne la perspective d'une réforme radicale de ces institutions par les majorités congressionnelles, elle met en place un cadre de gouvernement bien spécifique, qui a permis de poser avec une intensité renouvelée certaines questions fondamentales du droit constitutionnel moderne. Dans ce système de pouvoirs dispersés, la légitimité de la majorité élue au Congrès fédéral est particulièrement mise à l'épreuve, car elle entre en compétition avec l'initiative d'autres institutions. À l'inverse, l'activité des cours n'est pas perçue comme irrémédiablement illégitime. Si le système de gouvernement américain n'est pas majoritaire, mais repose sur un équilibre de trois branches également souveraines, alors le fait pour les cours fédérales de contrôler la constitutionnalité des lois du Congrès n'est pas nécessairement « contre-majoritaire », pour reprendre la terminologie consacrée. Cette prémisse est au centre du livre de Paul Kahn. *Making the Case* est d'abord un livre intéressant en ce qu'il traite de l'activité de la Cour Suprême américaine sans l'articuler autour de la difficulté contre-majoritaire.

Cette orientation place l'analyse de l'auteur dans une tradition d'ouvrages qui se sont délibérément écartées de cette problématique pour lui préférer un questionnement plus classique, celui du caractère intergénérationnel du gouvernement

constitutionnel. Une énergie considérable a été versée à la résolution de ce problème, et nous en rappellerons simplement les termes. De quelle espèce d'autorité bénéficie encore une Constitution ratifiée il y a plus de deux cents ans ? Deux ensembles de réponses se distinguent ici.

Les thèses dites de la « *Living Constitution* » avancent la nécessité d'actualiser la Constitution, en habilitant le juge constitutionnel à le faire. Les « originalistes » perçoivent quant à eux cette actualisation comme une modification de la Constitution originale, opérée en dehors de toute procédure légitime de révision. Ils y répondent par une théorie de la constitution perçue comme un contrat et insistant sur sa fixité. Alors que la première position cherche une résolution du problème du gouvernement de soi-même dans le caractère contemporain des valeurs exprimées par la Constitution, la seconde position valorise la déférence contemporaine à l'accord originel. Quelles que soient les divergences entre ces types de réponses, ils répondent tous deux à la même question, et assument que le problème central de la théorie constitutionnelle ne réside pas dans la conformité du système à la volonté des majorités, mais dans la recherche de la légitimité d'une constitution que l'on pourrait facilement juger obsolète. Elles n'évoluent tout simplement pas sur le même registre que celui de la difficulté contre-majoritaire³.

D'une certaine manière, P. Kahn auteur emprunte la même voie. Dans un de ses premiers livres, il rejette en effet la conceptualisation majoritaire de la démocratie américaine⁴. La détermination même de son objet d'étude ensuite, l'amène à explorer la question du gouvernement intergénérationnel. Ainsi qu'il l'écrit lui-même, l'opinion doit être perçue comme « *a form of rhetorical address performing the broadly political task of maintaining belief in self-government through law* » (p. xiv). Dans cet objet, Paul Kahn révèle un lieu d'exposition de la volonté du peuple souverain, et développe la manière dont cette identification entre l'activité de la Cour et du Peuple est réalisée. Il reconnaît l'attachement frappant des Américains envers leur texte fondamental, et avance qu'une théorie constitutionnelle doit en explorer la signification.

Ces manières de concevoir le gouvernement américain ne se succèdent pas en séquences nettes dans l'historiographie constitutionnelle, mais relèvent plutôt de modèles alternatifs, toujours disponibles au chercheur curieux de s'en saisir. La conceptualisation majoritaire reçoit régulièrement des témoignages de sa vitalité, comme tout observateur de la politique américaine peut s'en apercevoir. Chaque élection présidentielle pose la question de la réforme du collège électoral, afin de faire correspondre le résultat de l'élection présidentielle au vote populaire.

La récente séquence politique autour des nominations successives de Neil Gorsuch et Brett Kavanaugh a rappelé aux progressistes qu'ils avaient « perdu la

³ Cela ne signifie pas que, en tant qu'arguments, les théories de la *Living Constitution* et de l'« originalisme » ne puissent pas tout à fait être mobilisées de manière circonstancielle, au service d'une majorité à l'encontre d'une Cour jugée activiste, et elles l'ont bien entendu été. Cela n'enlève rien à la logique interne de ces théories qui posent toutes, au-delà des majorités du moment, la question de la persistance du souverain populaire à travers les générations.

⁴ « *There is nothing inherent in the idea of popular sovereignty that privileges elections. Democracy may be defined in electoral terms, but to do so is to take sides in a continual debate. Popular sovereignty is no less the rule of law* » (p. KAHN, *The Reign of Law, Marbury v. Madison and the Construction of America*, New Haven, Yale University Press, 1992, p. 205).

Cour ». Convaincus d'être désormais confrontés à une majorité de juges conservateurs pour plusieurs décennies à venir, certains d'entre eux sont tentés de tourner leur regard vers le volontarisme présidentiel de Franklin Roosevelt à l'égard de la Cour Suprême, et d'en proposer une réforme radicale. Ils pourraient choisir de la faire simplement basculer dans leur camp, ou d'en limiter plus dramatiquement les pouvoirs, afin de l'exclure du jeu politique⁵. Chacune de ces propositions avance une théorie affichant son scepticisme à l'égard du partage actuel des pouvoirs dans la constitution. Le livre de P. Kahn propose au contraire de s'en éloigner.

II.

Le positionnement sceptique est commun chez les politistes progressistes depuis le début du siècle, mais s'agissant des juristes américains, il reste plus précisément lié au mouvement du réalisme juridique. Dans le courant des années 1930, dans les *law schools* de Columbia et Yale principalement, un ensemble de juristes mène « *an assault against all dogmas and devices that cannot be translated into terms of actual experience* ». En ce sens, ce projet est fonctionnaliste, et cherche à « dissiper l'aura surnaturelle qui enveloppe l'ordre juridique », pour en traiter les éléments « dans une perspective objective, scientifique⁶ ». Des dispositifs, il cherche à atteindre les faits⁷.

Il contient aussi une critique du raisonnement juridique que l'on a souvent qualifiée d'antiformaliste, en ce qu'elle cherche à dévoiler la complexité des jugements à l'œuvre dans toute interprétation. Jerome Frank en donne une illustration. Frank se demande dans quelle mesure « un gouvernement par les lois, et non par les hommes » peut être réalisable, et sa réponse est instructive :

*The thorough awareness that there is an unavoidable personal factor in government is the best way to reduce to a minimum the bad effects of that personal factor*⁸.

Il est courant de remarquer que les réalistes n'ont pas immédiatement produit les succès escomptés, mais leurs écrits ont été perçus comme un programme des juristes du début du siècle, adressé à leurs successeurs.

Leurs appels ont clairement été entendus. Avec le développement de nouveaux champs d'étude en science politique, en sociologie du droit, de ce qu'on appelle des histoires *sociales* du droit, ou encore de l'analyse économique du droit, des variétés

⁵ S. MOYN, « Resisting the Juristocracy », *Boston Review*, 5 octobre 2018 [<http://bostonreview.net/law-justice/samuel-moyn-resisting-juristocracy>].

⁶ F.S. COHEN, « Transcendental Nonsense and the Functional Approach », *35 Colum. L. Rev.*, n° 809, 1935, p. 822, 842.

⁷ « *The realists' jurisprudence was known by several names. Perhaps it was most aptly titled "functionalism" because, as Karl Llewellyn once noted, the idea of functionalism expressed the realists' "interest in, and valuation by, effects"* » (L. KALMAN, *Legal Realism at Yale, 1927-1967*, The Lawbook Exchange Ltd. 1986, p. 3). « *As William O. Douglas said, the emphasis in law had shifted « from the vehicle employed to the function performed ; from the form of unit to empirical facts ; from a static theology to postulates stated in terms of human behavior* » (*ibid.*, p. 28, citant W. DOUGLAS, « A Functional Approach to the Law of Business Associations », *23 Illinois Law Review*, 673, 1929, p. 675).

⁸ J. FRANK, *If Men Were Angels, Some Aspects of Government in a Democracy*, New York, Harper & Brothers, 1942, p. 5 (traduction libre).

d'études dites « critiques », on peut penser que la réponse académique a certainement été d'une ampleur considérable. Après la floraison des mouvements « *Law & ...* », les facultés de droit américaines sont en effet devenues des foyers d'interdisciplinarité.

Dès les premières pages de sa préface, puis tout au long du livre, Paul Kahn convoque ainsi les références au mouvement réaliste américain. Parmi ces derniers, on retrouvera Karl Llewellyn, Benjamin Cardozo, Oliver Wendell Holmes Jr, mais aussi Jerome Frank, Felix Cohen, et d'autres auteurs rattachés aux *Critical Legal Studies*, tels Roberto Unger, ou même Duncan Kennedy, présent en note de bas de page. Ces références sont d'une certaine manière nécessaires. S'il était de plus en plus difficile de penser *contre* le courant réaliste, il est devenu impossible de penser *sans* lui. En d'autres termes, si on observe les juristes américains tant contemporains du mouvement que postérieurs à celui-ci, on constate qu'ils se sont plutôt occupés à s'approprier les arguments réalistes qu'à en donner des réfutations définitives.

Les dénominations du mouvement originel se sont toujours satisfaites d'une approximation certaine, et le sujet est devenu l'objet de célèbres controverses, avant de se résoudre dans l'idée que le réalisme était, en moins d'une génération, devenu partie du patrimoine commun des juristes américains. D'où le célèbre verdict : « *Realism is dead; everyone is a realist now*⁹ ». Les idées réalistes ne forment pas un ensemble autonome et cohérent dans la totalité supérieure de la philosophie du droit américaine. Bien au contraire, s'interroger sur la signification du mouvement réaliste est devenu une question touchant à l'histoire plus générale de la pratique du droit sur le sol américain.

Les rencontres entre auteurs réalistes et constitutionnalistes américains ont été plus rares qu'on peut se le représenter, car les juristes à l'origine du mouvement réaliste se préoccupaient de sujets que nous rattacherions aujourd'hui plutôt au droit privé (contrats, torts, procédure civile¹⁰). Mais leur postérité ne s'en trouve pas réduite pour autant. Les différentes contributions qu'on s'accorde à attribuer au réalisme forment ainsi aujourd'hui un répertoire ouvert à tous, une « technologie de critique¹¹ » à la disposition de tous les usages. Dans l'histoire de la pensée juridique américaine, le réalisme demeure comme une sorte de ressource inépuisable pour de nouvelles générations de chercheurs et de juges, désireux de saisir dans le droit l'instrument qui permettra d'appuyer la réforme sociale. Si ce n'est *contre* lui, c'est du moins *avec* cet héritage que *Making the Case* est écrit.

En 1973, à la dernière page de son étude sur Karl Llewellyn, William Twining distinguait déjà deux successeurs potentiels du réalisme, « deux grandes stratégies alternatives pour une étude contextuelle du droit » ; l'une prétendant approfondir l'étude du droit « en dedans », dans la tradition des *humanities* ; l'autre soulignant

⁹ W. TWINING, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Londres, Weidenfeld & Nicholson, 1973, p. 382.

¹⁰ Selon Neil Duxbury, une caractéristique du mouvement réaliste est ainsi de développer une « *private law jurisprudence in a public law world* » (N. DUXBURY, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 157-158).

¹¹ D. KENNEDY, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Harvard University Press, 1997, p. 91.

l'intérêt d'une étude « de l'extérieur¹² ». Paul Kahn, sans le reprendre, énonce le même constat presque un demi-siècle plus tard : « Depuis plus d'une génération, l'étude du droit est partagée entre ceux qui viennent des sciences humaines et ceux qui viennent des sciences sociales » (p. 173).

Mais alors que Twining pouvait afficher l'œcuménisme des beaux jours (« La jurisprudence est suffisamment large pour tenir compte des deux stratégies et de leurs nombreuses variantes¹³ »), l'écho renvoyé aujourd'hui par Paul Kahn est sensiblement différent :

This disciplinary divide becomes problematic only when diversity is displaced by competition, when each side thinks it has hold of the only truth that matters. [...] Those on the humanist side of the divide cannot afford such a competition, for we are very unlikely to be the winner's in today's academy. Philosophy has long been displaced by economics as the dominant paradigm of inquiry in all fields that touch on the study of social practices (p. 173).

Si l'on en croit l'auteur, *Making the Case* ne s'inscrit donc pas dans le sillage des travaux universitaires du début du siècle s'appuyant sur les sciences sociales, mais emprunte l'autre branche de l'alternative. Paul Kahn observe dans le droit un univers normatif ayant son fonctionnement propre, disposant de sa propre « rhétorique constitutive ». Conceptuellement, la principale supposition de cette approche est une certaine autonomie du droit.

Plutôt que dans l'introduction, c'est dans la conclusion que cette question est finalement traitée. Celle-ci, intitulée « *Making the Case for a Humanist Study of the Law* », présente comme une topologie des signes distinctifs de ces deux approches. Sans répéter l'exercice de l'auteur, nous pouvons identifier le cœur de son analyse dans une distinction entre des explications basées sur des causes, correspondant à l'étude du droit sur le modèle des sciences sociales, et des explications basées sur des raisons, qui caractérisent l'étude culturelle du droit. Dans le cadre de celle-ci, cela emporte plusieurs conséquences qu'on peut grossièrement ébaucher de la façon suivante : un primat de la compréhension sur la volonté de réforme, de l'événement sur la prédiction de la série, de la signification d'un acte sur sa matérialité brute, du projet collectif sur l'instrumentalité individuelle.

C'est sur ce point qu'une première ligne de fracture avec l'héritage réaliste peut être observée. Le projet réaliste exhibe un désir général de montrer le monde tel qu'il est. Cela pouvait entraîner un programme de reconstruction scientifique de l'activité des acteurs, prospérant sur une distinction entre ce que l'acteur prétend faire et ce qu'il accomplit en réalité¹⁴. Dans une de ses saillies caractéristiques, Jerome Frank espérait qu'on puisse un jour lire de la part de juges des sortes d'autobiographies explorant en détail les facteurs personnels ayant produit leurs décisions¹⁵.

¹² W. TWINNING, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, op. cit. p. 387.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Voir par exemple la formalisation sommaire de J. Frank : « *If you have a liking for mathematical formulas you can let S be the stimuli, P the Judge's personality; D be the decision; you can then say "S x P = D" »* (cité dans F.S. COHEN et M.R. COHEN, *Readings in Jurisprudence and Legal Philosophy*, op. cit., p. 476).

¹⁵ « *What we may hope some day to get from our judges are detailed autobiographies containing the sort of material that is recounted in the autobiographical novel; or opinions annotated, by the*

Dans un de ses premiers livres, Paul Kahn exprime clairement cette idée, pour mieux s'en distancier :

The insistence on perceiving the real subject/actor behind the law is a continuing theme in American political life. This insistence is neither silly nor false. It is the working out of a political logic that sees the rule of law as a false appearance of political action. The important point is not to judge between the variety of political appearances but to see how the rule of law resists this effort of political appraisal¹⁶.

À travers l'idée que le langage des juristes développe une rhétorique constitutive, Paul Kahn opère une première démarcation décisive par rapport aux sceptiques. Il montre que toute autorité publique agit dans deux dimensions irréductibles l'une à l'autre, celles de la décision et de la persuasion, que l'on retrouve ici sous le nom de « voix » et de « vote »¹⁷.

Ainsi, si l'exploration des tactiques de votes à la Cour Suprême est le sujet d'une importante littérature, elle n'est pas abordée ici : on ne lira pas de référence au rôle croissant joué par les clerks de justice dans le fonctionnement des cours fédérales, au déclin de la collégialité ou encore à la multiplication des opinions dissidentes. L'auteur cherche à identifier les caractères de la voix qu'on peut lire dans l'opinion, et ne se livre donc pas à un calcul des votes pour désigner le vainqueur partisan des décisions étudiées¹⁸. En ayant choisi comme thème l'opinion de la Cour, Paul Kahn place résolument son travail dans le domaine de l'exploration du langage des juristes, et laisse délibérément de côté des outils de science politique, pourtant familiers des constitutionnalistes américains.

Le sujet de l'ouvrage suppose d'effectuer une distinction entre la décision, le commandement, et l'opinion, l'explication de celui-ci. Rédiger une opinion s'inscrit dans la sphère du sensible et, comme le sous-titre du livre l'indique d'ailleurs, répond aux exigences d'un « art ». En suivant l'auteur, on retrouvera la même distinction à l'œuvre dans la séparation entre juge et législateur, dans la suggestion que chaque office accorderait une importance inverse aux idées de voix et de vote (p. 4).

judge who writes them, with elaborate explorations of the background factors in his personal experience which swayed him in reaching his conclusions. For in the last push, a judge's decisions are the outcome of his entire life. » (J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, Stevens & Sons Limited, 1949 [1930], p. 114-115.

¹⁶ P. KAHN, *The Reign of Law*, op. cit., p. 113.

¹⁷ « Many law professors, and virtually all at the leading institutions, have spent one or two years as a law clerk to a judge. They know from experience that the vote-counters do not describe what really happens when a judge makes a decision and, with the assistance of people like themselves, writes an opinion. Further, the reductionist account may have had a core of truth in it, but it eliminated much of the richness of the system of legal rules and institutions. Even if it was all a silly game, that game was elaborately choreographed in ways that the vote-counters could not understand. It is as if a scene in a ballet were described by saying that the male character moved from left to right while the female character moved upstage. It is true enough-but somehow lacking in flavor. » (M. TUSHNET, « Post-Realist Legal Scholarship », *Wis. L. Rev.*, 1980, p. 1397).

¹⁸ « This view is particularly strong among popular commentators on legal affairs. They assess the judgments of the Supreme Court along the same liberal/conservative spectrum by which they measure other political actors. They count judicial votes just as they count votes in the legislature. [...] There is no place in this calculus for consideration of the opinion as a collective exercise in persuasion » (P. KAHN, *Making*, p. 3).

III.

Dans les deuxième et troisième chapitres, l'opinion est présentée comme une forme d'exposition du droit qui privilégie la narration, et répond à un impératif de persuasion. L'exigence première d'une opinion est une forme de continuité, ce qui veut dire qu'une opinion peut toujours s'inscrire dans des controverses plus larges que le litige en question. L'expression familière selon laquelle le juge « dit le droit » peut alors signifier que le juge représente celui-ci, ou encore le met en ordre, au regard des faits pertinents. Ainsi, « » (p. 21). En affirmant cela, Paul Kahn n'enfoncé pas une porte ouverte, mais introduit son prochain argument, qui se trouve dans la notion de narration. L'opinion propose un récit dont le succès dépend de sa capacité à nous replacer dans un univers qui nous est familier.

En écrivant que la première dette d'une opinion est une forme de continuité, l'auteur ne renvoie pas à une cohérence abstraite de principe ou à une simple continuité jurisprudentielle¹⁹, mais cherche à avancer un concept de narration plus substantiel. Celui-ci est apporté de la théorie critique du droit popularisée dans les *law schools* américaines dès les années 1970. On peut le saisir dans les mots d'un de ses explorateurs les plus célèbres, Robert Cover. Dans un de ses articles les plus remarquables, Cover écrivait :

No set of legal institutions or prescriptions exists apart from the narratives that locate it and give it meaning. For every constitution there is an epic, for every Decalogue a scripture. Once understood in the context of the narratives that give it meaning, law becomes not merely a system of rules to be observed, but a world in which we live. In this normative world, law and narrative are inseparably related. Every prescription is insistent in its demand to be located in discourse – to be supplied with history and destiny, beginning and end, explanation and purpose²⁰.

Ce qui retient notre attention n'est plus simplement l'application d'une règle, mais la perspective que l'opinion offre sur nous-mêmes en tant qu'auteurs du droit (p. 20). Pour Paul Kahn, la lecture de l'opinion fait appel à un imaginaire social où le peuple souverain continue de s'exprimer par le biais des cours.

Toutefois, ici, l'auteur opère avec l'acquis réaliste, en ce que son analyse propose d'observer chez le juge les dynamiques quotidiennement à l'œuvre chez les hommes. La manière dont il développe cet argument est remarquable. La critique du raisonnement syllogistique reste un passage obligé de l'analyse, mais elle est liée à une critique du défaut inverse, consistant à voir dans les motivations juridictionnelles une simple rationalisation *ex post* d'une solution étrangère au droit :

¹⁹ On doit y lire une critique du « *law as integrity* » chez Ronald Dworkin. Comme le rapporte Kahn dans un article récent : « *In the end, Dworkin is too principled. Politics is not carried by principles. It is carried by persuasion. Having the better argument does not entitle one to political success, for citizens must still be persuaded. [...] Judging requires judgment, not philosophy. Judgment is a matter of character, of sensing the possibilities and speaking to the perceived necessities of the times. A compelling narrative cannot ignore our principles, but neither can our principles, standing alone, account for what makes a narrative compelling* » (P. KAHN et K. BRENNAN-MARQUEZ, « Statutes and Democratic Self-Authorship », *William & Mary Law Review*, vol. 56, 2014, p. 135).

²⁰ R. COVER, « Nomos and Narrative », in M. MINOW, M. RYAN et A. SARAT (dir.), *Narrative, Violence and the Law, The Essays of Robert Cover*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1993, p. 95-96.

In our own lives we are constantly bringing together facts with norms without knowing the outcome in advance. [...] We resolve difficult situations not by applying an abstract rule but by writing or rewriting a narrative. (p. 15)²¹.

Kahn reprend ici un thème ouvert par le Justice Holmes dans un célèbre *obiter dictum*, tout en suivant une correction qui avait été proposée par Alexander Pekelis : « *concrete cases cannot be decided by general propositions – nor without them*²² ».

Paul Kahn opère aussi un traitement stimulant de l'idée d'intuition judiciaire (« *hunch*²³ ») par son concept de narration, affirmant qu'« on a tort de concevoir la narration comme quelque chose que l'on ajouterait à notre intuition, il s'agit plutôt de la structure même de cette intuition²⁴ » (p. 34). Le concept de narration a pour autre conséquence avantageuse de relativiser l'opposition entre droit écrit et droit non écrit, pour une réflexion plus générale sur la nature du droit. On peut penser que cette opposition n'offre en effet pas les conditions idéales pour comprendre les dynamiques de l'activité juridictionnelle. L'auteur rappelle ainsi que « *it is not possible to argue that our text-based constitution has had more stability than the British, textless, common-law constitutionalism* » (p. 103-104). L'auteur joue ici aussi bien avec le bagage critique réaliste qu'avec les concepts de la théorie littéraire.

IV.

Les emprunts de l'auteur à la théorie littéraire ne se limitent en effet pas au concept de narration, mais interrogent la notion d'autorité qui informe l'opinion juridictionnelle. L'interprète doit s'autoriser de l'intention de l'auteur du texte commenté. L'autorité particulière de ce type de littérature qu'est l'opinion n'émane donc pas seulement d'une norme d'habilitation définitive, elle se rattache toujours à un autre texte, qu'elle donne à voir un autre auteur, par transparence. Le rédacteur effectif de l'opinion s'efface devant la représentation de la volonté de l'auteur du texte interprété²⁵. Dans un article récent, Paul Kahn matérialise cette idée sous la forme d'un raisonnement à tiroirs : « *We must see through the regulation to the*

²¹ L'auteur ajoute aussi « *we cannot even know the facts without some sense of what we are to make of them* » (p. 175). Voir aussi P. KAHN, *Political Theology, Four New Chapters on the Concept of Sovereignty*, New York, Columbia University Press, 2011, p. 75.

²² « *General propositions do not decide concrete cases* », *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 76 (1905) (Holmes, J., dissenting) ; A.H. PEKELIS, *Law and Social Action, Selected Essays*, Ithaca, Cornell University Press, 1950, p. 20.

²³ Cette idée fut popularisée par le juge James Hutcheson, dont l'article est depuis peu accessible au public francophone : J. HUTCHESON, « Le jugement intuitif : La fonction du "*hunch*" dans la décision judiciaire », trad. L. Bordonaba, *Cahiers Philosophiques*, 2016/4, n° 147, p. 95-109.

²⁴ Dans son livre récemment traduit, Frederick Schauer développe l'idée dans le même sens : « un *hunch*, une intuition, peut après tout être juridiquement motivé. Les arbitres de baseball, par exemple, ne réfléchissent pas consciemment avant de déclarer un coup valide ou non : ils prennent leur décision rapidement parce qu'ils ont internalisé les règles du jeu » (F. SCHAUER, *Penser en juriste, Une nouvelle introduction au raisonnement juridique*, op. cit., p. 133-134).

²⁵ « *The trick of the opinion is to make its drafter disappear, leaving us staring at the Constitution – or, more accurately, persuading us that we are staring at the Constitution* » (*Making*, p. 70).

*statute, and through the statute to the people*²⁶ ». Ainsi, « l'opinion judiciaire n'est pas une autorité mais le témoignage d'une autorité[.] L'opinion la plus réussie est celle qui est entièrement transparente à un autre texte » (p. 68-69). L'autorité d'une décision repose ainsi sur sa capacité à perpétuer une fondation. C'est précisément parce que les cours ne disposent d'aucun pouvoir en dehors de l'autorité conférée par l'interprétation qu'elles se voient attribuer cette position privilégiée : « *there is no argument available by which judges can claim the authority to make law independent of interpretation* » (p. 118).

Mais l'auteur va plus loin, en rappelant que les concepts d'autorité et de paternité (« *authorship* ») sont liés au niveau même de l'étymologie. Il engage sa démonstration au niveau de la pratique politique de reconnaissance que constitue la lecture de l'opinion²⁷ : « *Authorship is not the act of drafting, but a social practice of accountability* (p. 50) ». L'exemple de Paul Kahn est stimulant : le peuple américain est politiquement l'auteur de la Déclaration d'Indépendance, bien que celle-ci soit le produit de la plume de Thomas Jefferson et de ses collègues. La guerre d'Indépendance américaine est la forme prise par la responsabilité du peuple américain pour la paternité de cette Déclaration²⁸.

Celui qu'on tient pour auteur de la Constitution, mais aussi des lois, n'est pas le Parlement, ou encore l'office gouvernemental chargé de la rédaction des projets de lois. C'est toujours le peuple. Le procédé juridique en cause est celui d'une identification du peuple au narrateur du texte. Celui-ci prend parfois la parole sous la forme d'un narrateur à la troisième personne²⁹, ou intervient lui-même à la première personne du pluriel (ainsi du « *We the People* » qui ouvre la Constitution américaine).

On peut observer deux mouvements connexes à l'œuvre, dans les nécessités de dépersonnalisation et de narration. La dépersonnalisation de l'opinion judiciaire est une prémisse nécessaire pour l'attribution de celle-ci à son auteur juridique, le peuple. L'opinion ne doit pas porter la marque d'une cour, tout comme elle ne doit pas s'adresser qu'aux parties. Le rédacteur de l'opinion travaille ainsi toujours sous une obligation d'attribution de sa décision à un autre que lui-même. Mais cette attribution ne peut opérer que par la production d'une narration faisant intervenir le souverain populaire. C'est cette « construction à deux étages » qui permet au juge de s'exprimer « au nom du peuple ». La reconnaissance de l'autorité

²⁶ P. KAHN, « Statutes and Democratic Self-Authorship », art. cité, p. 144-145. « *With the help of judges, we move from these texts to a narrative of their authorship, at the end of which we are to see ourselves as authors* » (*ibid.*, p. 173).

²⁷ « *Congress does not rule us. We rule ourselves; we are the authors of our law. This is neither a fact nor a mere metaphor. Rather, it is a necessary belief without which we are continually forced to choose between the rule of law and self-rule* » (p. KAHN, « Statutes and Democratic Self-Authorship », art. cité, p. 120-121). On peut aussi y voir ce qu'on a coutume d'appeler une fiction juridique : « *Some modern copyright theorist describe authorship as a "fiction" because there are indefinite number of causes that bear on the creation of a work. To say it is a fiction is just another way of saying it is a normative social practice* » (P. KAHN, *Making*, p. 50, note 7).

²⁸ « *Only the people could declare themselves free. It is the people who are accountable for this act of authorship: they suffer the burdens and the injuries of the war. If the British had managed to hang every one of the signers for their act of treason, the colonies would be no less free* » (P. KAHN, « Statutes and Democratic Self-Authorship », art. cité, p. 140).

²⁹ « *The narrator is a kind of reification of this unity that our practice of reading finds into the law* » (P. KAHN, *Making*, p. 57).

n'est pas dissociable de l'identification de ses actes comme étant les nôtres. C'est aussi ce vers quoi nous dirige la séparation, dans l'idée moderne de souveraineté, entre son titre et son exercice. En droit, le pouvoir est toujours caractéristiquement exercé au nom de quelqu'un d'autre³⁰.

Ici aussi, les analyses de Paul Kahn le placent en contraste frappant avec les orientations académiques contemporaines en droit constitutionnel. Il ne s'engage pas dans une justification procédurale de la souveraineté populaire, mais avance que celle-ci est fondamentalement hors de portée d'une compréhension rationnelle, et relève du domaine de la foi. C'est ce qu'il suggère dans un article récent :

*We make a category mistake if we think of popular sovereignty as simply a matter of electoral participation: of access to popular elections or referenda. Popular sovereignty is fundamentally a matter of faith*³¹.

Le problème de l'autorité est fondamentalement présenté comme un problème intergénérationnel, celui de la permanence de l'identité d'une communauté politique par-delà la succession continue des individus³².

Plusieurs éléments relevant d'une démarche procédurale ou majoritaire caractérisent au contraire la théorie constitutionnelle contemporaine. C'est à partir de cette conceptualisation qu'on a pu penser les modèles rattachant la légitimité des juges à celles des offices détenant le pouvoir de les nommer, ou à la faculté de suivre l'opinion publique. Ces modèles ne sont pas à rejeter, mais ils ne disent sans doute pas toute la vérité sur le sujet : non seulement l'inamovibilité soustrait largement tout nouveau juge à l'influence du Président l'ayant nommé, mais nombre d'entre eux en sont venus à regretter le choix de juges qu'ils pensaient favorables à leur politique. Il est aussi difficile d'affirmer que la légitimité de l'action juridictionnelle se jugerait à l'aune de l'écho qu'elle donnerait à l'opinion publique. L'auteur ne développe malheureusement pas cette critique en détail, mais avance qu'elle suppose une conception erronée de l'intérêt de l'opinion publique pour le quotidien juridictionnel (p. 63), qui se saisirait de situations exceptionnelles pour les constituer en règles. Cette discussion ne pourrait avoir eu lieu sans la conception instrumentale du droit que les réalistes ont léguée à leurs successeurs.

³⁰ C'est ce que James Boyd White a appelé dans son vocabulaire propre, une « séparation des pouvoirs » : « *The legal actor is never merely a center of discretionary power; he or she is always, at least in form, a servant, or trustee* » (J. BOYD WHITE, « Law as Law », in *Heracles' Bow, Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*, Madison, University of Wisconsin Press, 1985, p. 239).

³¹ P. KAHN, « The Constitution and United States' Culture », in M. TUSHNET, M.A. GRABER et S. LEVINSON (dir.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2015, version électronique, p. 12.

³² « *Even when legislative bodies are functional and responsive, we are always governed in substantial part by laws that we had no part in creating* » et « *A law does not become mine simply because I am reminded that the people of a prior generation produced the law. If anything that reminder only reinforces my grievances. [...] In the end, the question is whether we take ownership of law as acts of collective self-authorship. This requires the management of substantive belief, not just a demonstration of fair procedures* » (P. KAHN, « Statutes and Democratic Self-Authorship », art. cité, p. 121).

V.

Les deux derniers chapitres de l'ouvrage peuvent être vus comme des développements et illustrations des idées de l'auteur. Paul Kahn consacre une cinquantaine de pages, le plus long chapitre de l'ouvrage, à une tentative de formalisation de l'évolution d'un point de droit dans une série de cas, qu'il nomme « *the life of doctrine*³³ ». L'auteur examine, à travers plusieurs célèbres exemples (*Griswold v. Connecticut* en 1965, *Brown v. Board of Education* en 1954), des « moments de natalité » dans lesquels une idée nouvelle fait son apparition dans l'opinion pour donner une nouvelle direction au développement d'une série de cas. Son étude propose de distinguer des moments de progression et des moments de destruction, caractérisés par ce que nous appelons des revirements de jurisprudence.

Sur une analogie théologique, Paul Kahn bâtit deux idéaux-types permettant de penser le rapport littéraire des juristes au texte. Le sacerdoce universel des protestants lui offre le matériau pour décrire une attitude de retour au texte nommée « fondamentalisme ». Il lui oppose une « érudition » qui s'approcherait du rapport que les catholiques ont pu avoir à la Bible. L'attitude érudite interprète la lettre du texte par son développement successif dans une ligne de précédents, par opposition au fondamentalisme qui trouve dans la lettre du texte une matière suffisante à la résolution des controverses. On peut donner l'exemple exotique que Paul Kahn rapporte lui-même :

As I write this, I read in the paper an argument that a woman cannot be president because the constitutional text uses the pronoun "he" some twenty times in referring to the office (p. 102).

Un retour radical au texte est donc toujours possible à travers un « revirement de jurisprudence ». Dans le vocabulaire de Paul Kahn, c'est ce qu'il faut appeler un mouvement « fondamentaliste » impliquant une opinion destructrice et la proposition d'une nouvelle narration. Cette tentative de systématisation, si on peut l'appeler ainsi, suppose surtout la permanence de la dissociation entre texte et interprète. La pratique démocratique de lecture de l'autorité populaire dans l'opinion suppose une objectivation du texte interprété. Si le texte objet de l'interprétation n'est pas considéré comme un donné objectif, il est mis à distance par le mécanisme de représentation qu'opère l'opinion juridictionnelle. Cela veut dire que dans la pratique politique explorée par l'auteur, un acte d'interprétation, sans lien avec l'objet de l'interprétation, perd ce statut quand il s'abîme dans une entreprise d'innovation assumée³⁴. *Making the Case* propose donc ici un argument intéressant selon lequel l'affirmation de la liberté de l'interprète ne constitue pas le dernier mot sur le rôle politique du juge. Elle n'est qu'un préalable à la négociation de cette liberté dans l'office en cause, un environnement saturé d'attentes politiques potentiellement contradictoires, en demandant généralement la suppression.

³³ La « *doctrine* » en cause renvoie à l'élaboration casuistique d'un point de droit par les cours. La signification du terme est donc précisément l'inverse de ce que les juristes français peuvent attendre.

³⁴ « *[T]he legitimacy of every opinion depends on the structural distinction between an interpretation and the authoritative text. The text is necessarily represented as both external to and prior to the opinion, which is only an interpretation* » (P. KAHN, *Making*, p. 132).

*
**

Le corps de l'ouvrage s'achève par un chapitre relatif à l'idée de preuve dans l'opinion juridictionnelle. Puisque c'est la procédure qui donne accès aux faits juridiquement pertinents, les faits dont traitent les juristes se trouvent mieux désignés sous le nom de preuves :

Facts are not events in the world, which exists independently of legal procedures. Rather, facts are inferences from admissible evidence (p. 135-136).

Cette preuve est construite dans l'opinion par ce que nous appelons « qualification juridique », mais qui est plus souvent désignée aux États-Unis comme une opération d'attribution d'une certaine signification juridique à un ensemble de faits³⁵. Celle-ci est souvent déterminante pour décider de l'issue d'une controverse. On sait que la discussion de la constitutionnalité de la législation en cause dans l'arrêt *Lochner v. New-York* (1905) dépendait, pour les juges qui en décidaient, de sa qualification comme une mesure légale de santé publique ou illégale de régulation du travail. La plus récente discussion de la constitutionnalité de la réforme de l'assurance maladie de l'administration Obama (*NFIB v. Sebelius*, 2011) avait dramatiquement souligné ce point, lorsque le Chief Justice Roberts avait reconnu que la constitutionnalité de la loi dépendait expressément de la qualification juridique qu'on lui reconnaissait. Si ce ne pouvait être une mesure régulant le commerce interétatique, elle pouvait tout à fait être admise, avec un léger effort, comme une taxation. L'auteur critique cette hésitation, car elle constitue un obstacle pour l'identification d'une narration accessible au citoyen (p. 149).

C'est précisément ici qu'on pourrait déceler un dernier accroc entre l'auteur et d'autres conséquences du mouvement réaliste. Roscoe Pound était doyen de Harvard et précurseur du mouvement, et il avait notoirement invité les juges à percevoir derrière les questions de légalité les intérêts en cause, pour les mettre en balance. C'est ce qui a pu donner lieu dans la période contemporaine à une pratique, d'abord hésitante, puis à une théorie du principe de proportionnalité, parfois érigée en forme moderne de la décision juridictionnelle. L'auteur consacre plusieurs notes de bas de pages à ce point, mais s'abstient de tout développement³⁶.

Dans d'autres écrits pourtant, Paul Kahn poursuit sa critique de la position sceptique jusque dans le développement du contrôle de proportionnalité. En contrôlant la proportionnalité d'une mesure, on cherche à apporter une nouvelle intensité au contrôle, en questionnant le caractère raisonnable ou rationnel de la mesure en cause. Or, d'après l'argument du livre, lorsqu'un juge contrôle la légalité d'une disposition, il cherche à savoir si on peut attribuer au peuple la paternité de l'acte examiné, par la production d'une narration convaincante. C'est là qu'intervient la

³⁵ P. Kahn cite John Dewey plus tôt dans l'ouvrage, mais à l'appui de la même idée : « *facts don't carry their meanings on their faces* » (*Making*, p. 27).

³⁶ On le lira ailleurs sur ce même sujet : « *Proportionality is the form that reason will take when there is no longer a faith in formalism – i.e., when reason must be sensitive to circumstance – and there is no longer a belief in a single coherent order among what are otherwise conflicting interests* » (P. KAHN, « Comparative Constitutionalism in a New Key », *Michigan Law Review*, vol. 101, 2003, p. 2698).

conception américaine de la souveraineté populaire³⁷ : pour Paul Kahn, cette question fait appel aux idées de volonté et d'autorité, plus qu'à celle de rationalité.

*Yet, will precedes reason – legitimacy precedes justice – in American constitutionalism. The sovereign people first create themselves by speaking themselves into existence. This is an act of will. [...] The techniques of the judicial decision do not derive primarily from the necessities of reason, but from those of will*³⁸.

Ce thème n'est pas vraiment nouveau. Là encore, le choix même de l'opinion comme thème de l'ouvrage emportait une nécessaire critique des tentatives de réduction de celle-ci à autre chose qu'une narration problématique. L'auteur cherche à réhabiliter une pratique rhétorique pour laquelle plusieurs de ses contemporains éprouvent peu de patience. Mais confrontée à un problème d'incommensurabilité des éléments à prendre en compte, la proportionnalité offre au juge à la fois trop et pas assez : trop d'instruments pour le domaine circonscrit du contrôle de légalité, pas assez pour assurer que le jugement obtenu soit réellement « proportionné » pour quelqu'un d'autre que son auteur.

Paul Kahn observe ici une conséquence attendue de la « colonisation », par la pensée réaliste, des universités, mais aussi des cours américaines. Le dévoilement d'un pouvoir appelle à la fois à une restriction de son exercice par ses titulaires et à une recherche de son objectivation³⁹. Cette « perte de [la] voix » juridictionnelle se manifeste dans l'idée que les déclarations juridictionnelles seraient illégitimes en elles-mêmes, et devraient s'autoriser d'une légitimité rationnelle. Ce discours évolue dans le même univers que celui de la difficulté contre-majoritaire.

Avec ce livre, Paul Kahn nous rappelle que le juge n'a jamais été un expert, ni un historien, un universitaire ou encore un philosophe, et n'a pas de raison d'être traité comme un ersatz de ces différentes professions⁴⁰. L'activité du juge ressort du champ mal délimité de l'action collective, que l'on appelle, avec l'unité du singulier, « le » politique⁴¹ :

*Courts without politics lack legitimacy. [...] The question is not whether courts can be apolitical, but what kind of politics the court must pursue*⁴².

On peut lire *Making the Case* comme une introduction stimulante à cette question. Et tant pour l'exploration qu'il livre de la culture juridique américaine, que

³⁷ « Proportionality review is hardly absent from American jurisprudence, but here it is always viewed with some skepticism as too close to political judgment » (*ibid.*, p. 2699).

³⁸ *Ibid.*, p. 2700-2701.

³⁹ « The practice of cutting and pasting is a kind of confused rendering of this tradition of suppression of individual voice. The practice is more than likely a sign of judges who can no longer confidently respond to the accusation that their work is just politics in another form. [...] One might argue that there is a sort of hard-headed realism in all of this » (P. KAHN, *Making*, p. 12).

⁴⁰ « One great vice of theory in the law is that it disguises the true power that the judge actually has, which is his true task to exercise and to justify, under a pretense that the result is compelled by one or another intellectual system » (J. BOYD WHITE, « The Judicial Opinion and the Poem, Ways of Reading, Ways of Life », in *Heracles' Bow, Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*, *op. cit.* p. 123).

⁴¹ « If we think of politics as the domain within which we collectively give order to the multiple values circulating in our community, then the judiciary is deeply political institution » (P. KAHN, *Making*, p. 38).

⁴² P. KAHN, « Statutes and Democratic Self-Authorship », *art. cité*, p. 178.

pour ses intuitions souvent profondes sur la pratique des juristes, il s'agit d'un ouvrage que nous devons recommander aux lecteurs français.

Aurélien de Travy

Doctorant à l'Université Paris II Panthéon-Assas, *Visiting Researcher* à la Yale Law School.

Pour citer cet article : A. de Travy, « L'héritage contesté du réalisme juridique américain. À propos de Paul Kahn, *Making the Case: the Art of the Judicial Opinion*, New Haven, Yale University Press, 2016 », *Droit & Philosophie*, « Recensions », mis en ligne le 23 novembre 2018, p. 1-15 [<http://www.droitphilosophie.com/bookReviews/read/l-heritage-conteste-du-realisme-juridique-americain-a-propos-de-paul-kahn-making-the-case-1>]