

**Crise de la « common law »
et « nouvelle régulation juridique »
À propos de Mary Ann Glendon (*A Nation Under Lawyers*¹) et du
débat sur les transformations du droit aux États-Unis**

Pierre MACLOUF

Université Paris-Dauphine

RÉSUMÉ. — En partant de l'ouvrage de la juriste américaine M.-A. Glendon, *A Nation under Lawyers*, on analyse sur un double plan la crise du système juridique aux États-Unis : a) comme crise d'une tradition, celle du *Common law* (on s'applique ainsi à déplacer l'erreur de perspective conduisant à confondre la dégradation du *Common law* avec son essence), et b) en tant que cette crise s'emboîte dans les problèmes plus généraux de la régulation juridique contemporaine, quel que soit son régime traditionnel (on conteste ici une erreur « programmatique » : tenter de repenser cette régulation à partir du système juridique aux États-Unis, saisi sans que soit isolée la crise de sa tradition). Après avoir repéré les composantes élémentaires du *Common law*, on se demande comment les facteurs de leur déstabilisation mettent en cause, au-delà de ce régime particulier, le droit dans sa nature, sa fonction et ses sources. On s'interroge, notamment, sur les phénomènes tendant à l'instrumentalisation de celui-ci et à la substitution des « droits » à la loi commune, qui sont souvent confondus avec une démocratisation du droit ; de même, ce que l'on appelle des « avancées » judiciaires recouvre souvent une dégradation de la justice, sinon un frein à des évolutions légales positives. Ainsi, certains usages du droit peuvent désordonner autant que la loi peut par ailleurs ordonner. Si on sait considérer de manière critique son devenir, la tradition du *Common law* offre toutefois des ressources pour la définition d'un nouveau paradigme.

« (L)a muse démocratique (est une) muse paradoxale qui
cherche son inspiration dans cette foi démocratique que tout ce
qui arrive à l'individu peut être compris par un autre individu,
et parie sur l'identification émotive de tous à chacun, et de cha-
cun à tous ; mais qui en même temps est sans cesse occupée à

¹ Cette note se fonde sur la lecture de l'ouvrage de Mary Ann Glendon, *A Nation Under Lawyers: How the Crisis in the Legal Profession is Changing American Society*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1994. Elle situe ce livre dans la continuité du travail de l'auteur, en le mettant par ailleurs en perspective avec d'autres écrits relatifs aux transformations contemporaines du système juridique des États-Unis, signalés au fur et à mesure et récapitulés dans la bibliographie.

Les chiffres en italique entre parenthèses dans le fil du texte renvoient à la pagination de l'édition précitée de *A Nation Under Lawyers*.

réinstaller la discrimination et la différence que cette identification tend à abolir ».

Mona Ozouf, *La Muse démocratique : Henry James ou les pouvoirs du roman*, Paris, Calmann-Lévy, 1998, p. 291

La référence aux États-Unis est devenue un point de passage obligé de toute sociologie politique appliquée aux transformations du système démocratique et juridique français, et même « continental ». Dans un contexte de « retraite de l'État »², la confrontation des univers de la *Common law*, transformée lors de l'implantation de la démocratie en Amérique, et du droit codifié d'origine romano-germanique, après n'avoir longtemps fait l'objet que de rares investigations théoriques³, semble imposée par la mondialisation de l'économie et l'internationalisation de systèmes politiques jadis clos par l'État-nation. L'évocation du système juridique américain, qu'elle soit explicite ou implicite, est toutefois aussi ambiguë que fréquente.

Explicite, elle est le plus souvent assortie de points de vue négatifs : la pratique du droit aux États-Unis est associée à l'explosion des poursuites judiciaires⁴, à la dialectique incontrôlable – génératrice des *entitlements* responsables de l'inflation sociale – de l'affirmation des droits de l'individu et des revendications des groupes particuliers⁵, aux dérives d'un « gouvernement des juges » qui n'est plus un simple pont-aux-ânes⁶.

Si les références plus positives s'expriment de manière en général implicite⁷, elles ne procèdent pas moins d'une certaine perception du système du droit aux États-Unis. Le propos – dont le caractère de plus en plus courant s'est encore vérifié à l'occasion des débats qui ont entouré en France, depuis l'été 1997, les projets de création d'un nouveau statut d'union civile⁸ –, et selon lequel le droit se doit de « refléter les évolutions sociales », est un dérivé du courant « pragmatique-réaliste », qui s'est imposé depuis longtemps, non seulement théoriquement, mais aussi dans le processus de création juridique, outre-Atlantique. Il en va de même de la thèse du caractère souhaitable d'une plura-

² S. Strange, *The Retreat of the State: the Diffusion of Power in the World Economy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

³ Signalons à ce propos les remarques pionnières de P. Legendre, *Trésor historique de l'État en France*, Paris, Fayard, 1992, p. 13 et s.

⁴ Cf. l'éditorial de *The Economist* (21 nov. 1998) : « When lawsuits make policy » (cf. aussi, *id. loc.*, p. 51 et s., le dossier relatif aux compromis négociés en 1998 entre États fédérés et fabricants de cigarettes, ainsi qu'aux procès intentés par des autorités locales aux revendeurs et aux fabricants d'armes à feu).

⁵ Cf. P. Raynaud, « Tyrannie de la majorité, tyrannie des minorités », *Le Débat*, mars-avril 1992, p. 57-68.

⁶ On aura longtemps en mémoire à cet égard le télescopage entre les trois branches du gouvernement, révélé spectaculairement à l'occasion de l'« affaire Clinton-Lewinsky ».

⁷ De la même façon que le débat en cours dans les pays de *Common law* dans le cadre de son ouverture au droit substantiel « a lieu le plus souvent sans référence explicite au modèle civiliste » (H. P. Glenn, « La tradition de la common law », *Revue internationale de droit comparé*, 3-1993, p. 565).

⁸ Contrat d'union sociale, puis Pacte civil de solidarité.

lisation des statuts et des normes, liée à la reconnaissance d'une société hétérogène⁹ et décentralisée. On peut enfin mentionner l'idée selon laquelle, face aux risques accrus de contrôle de la part de l'État sur la sociabilité et les échanges, il serait préférable, pour préserver les libertés civiques, de multiplier les lieux de contre-pouvoir en instituant des « magistratures » : les autorités administratives indépendantes¹⁰.

La confrontation de ces deux lignes d'argumentation révèle une contradiction. Comment en l'espèce séparer les processus dénoncés des évolutions souhaitées ? Comment en appeler à un plus grand « réalisme » judiciaire, sans accepter aussi la montée des *entitlements* ? Peut-on envisager le dépassement de l'universalité de la norme, sans constater qu'une telle évolution est imbriquée dans la montée des affirmations communautaires ? Comment souhaiter un contrôle de plus en plus poussé et indépendant des activités gouvernantes, sans admettre le risque que plus personne ne puisse se garder des gardiens ?

D'un ouvrage, paru voici quelques années, de la juriste américaine M.-A. Glendon (une spécialiste du droit de la famille et du droit constitutionnel comparé¹¹), ressort un clair éclairage sur les deux failles sous-tendant les composantes de ce raisonnement ambigu.

— Une *erreur de perspective*, pour une part, et c'est là une première ligne de force qui peut être retenue de la lecture de ce livre, consacré à la crise de la « profession » juridique (considérée à partir de ses différents métiers : avocats, magistrats, universitaires). Ce qui, vu d'ici, est rejeté comme étant des caractéristiques intrinsèques du système américain consiste, en fait, en un ensemble de conduites de crise. L'erreur est dès lors de confondre la détérioration du régime de la *Common law* avec une essence des pratiques juridiques aux États-Unis.

— Le raisonnement critiqué repose, pour une autre part, sur une sorte d'*illusion programmatique*. Selon une deuxième ligne de lecture, on peut trouver dans la réflexion de M.-A. Glendon une portée générale, visant des éléments constitutifs de toute régulation juridique, qu'elle soit exercée aux États-Unis ou en Europe. L'enjeu est d'élaborer un nouveau « paradigme ». L'illusion consiste ici à envisager une alternative à la crise de la régulation juridique classique à travers des solutions qui sont, aux États-Unis, liées à la désagrégation de la tradition juridique.

L'analyse qui peut être faite du travail de l'auteur peut être résumée en reprenant ce double point de vue : (a) à la crise de la régulation juridique au sein de chaque grande tradition (ici, anglo-saxonne sous la variante américaine), (b) se superpose, au niveau international, une diffusion d'éléments issus non de la tradition de la *Common law*,

⁹ Cf. le projet de révision constitutionnelle relatif à l'introduction de la parité dans la représentation politique en France.

¹⁰ Conseil d'État (section du Rapport et des Études), *Étude sur les autorités administratives indépendantes*, Paris, 1984. Ce phénomène est connu depuis longtemps aux États-Unis. Cf. J. Mitchell, « The policy activities of Public authorities », *Policy Studies Journal*, (18)-4, été 1990, p. 928-942.

¹¹ M.-A. Glendon : *Abortion and Divorce in Western Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1987 ; *Rights Talk : the Impoverishment of Political Discourse*, New York, The Free Press, 1991.

mais de la *Common law* en crise. Il faut lire ce livre non seulement en son contexte américain, mais aussi quant à la réflexion qui y est développée sur la régulation juridique aujourd'hui.

Précisons, avant d'emprunter en leur fond les deux étapes de ce chemin, quelles sont les caractéristiques méthodologiques qui font de *A nation under Lawyers*, dont l'auteur n'est pas sociologue, un beau livre de sociologie du droit. Il ne s'agit pas là du recours à des références, attendues (Durkheim, Weber) ou non (C. Geertz), mais d'une sociologie du droit au sens précis assigné par M. Weber à ce programme, à savoir d'abord une sociologie des juristes.

Cet ouvrage repose, et c'est là sa caractéristique première, sur une prosopographie. Mettant constamment en scène des acteurs, illustres ou obscurs, de la vie juridique, M.-A. Glendon procède à une analyse du système juridique américain résultant, pour reprendre encore un propos de M. Weber, « *de l'examen des activités des individus concernés* », en les référant à leurs normes d'action communes et respectives.

L'examen de leurs transformations depuis les années 1960 organise les quatre parties de l'ouvrage, dont les intentions pourraient être reformulées ainsi : *les bases de l'insatisfaction croissante des praticiens, avocats d'affaires des firmes juridiques et plaideurs (I) ; les déplacements de l'habitus professionnel des magistrats (II) ; les professeurs et le déclin de l'Alma Mater (III) ; les citoyens se saisissant du droit pour tous (IV)*. Chacun de ces thèmes est présenté sous forme d'énigmes de sociologie juridique ; les réponses apportées sont nourries d'un ample matériau : historique, jurisprudentiel, culturel, et même iconographique.

D'un intérêt sociologique incontestable, ce livre est aussi un essai sur le droit. À ce titre, il ne pouvait être le fait que d'une juriste. Aujourd'hui titulaire de la chaire Learned Hand à la Faculté de droit de l'université Harvard (après avoir commencé sa carrière, en 1963, comme praticienne dans une des plus importantes firmes juridiques de Chicago), l'auteur était à même d'adopter une telle démarche, profondément « *comprehensive* ».

I. — LA COMMON LAW COMME TRADITION

« *L'histoire de la Common law est un exemple pour manuels de ce qu'A. MacIntyre appelle une "tradition vivante" » (182). Celle-ci est tout à la fois ancrée dans les Rights of Englishmen issus de la Magna Charta et des Bills de 1628 et 1689 (revendiqués par les colons de la Nouvelle-Angleterre au moment où ils rompaient avec la mère-patrie), et réappropriée dans la fondation d'un nouvel ordre politique (ibid.)*¹².

Cette notion de « *tradition* » occupe une place centrale dans la problématique développée. S'il s'agit, comme elle l'indique ici, du sens que ce terme a acquis dans la

¹² Cf. aussi L. M. Friedman, *A History of American Law*, New York, Simon & Schuster, 1985 (1^{er} éd. 1973), II^e partie : From the Revolution to the Middle of the 19th Century. Sur le devenir jusqu'à nos jours des rapports entre les deux variantes de la *Common Law*, cf. R. A. Posner, *Law and Legal Theory in England and America*, Oxford, Clarendon Press, 1996 : Lecture I : Hart versus Dworkin... ; Lecture II : The Common Law.

période récente (notamment chez des auteurs comme A. MacIntyre¹³), sa position est par ailleurs ancrée sur un socle philosophique plus lointain, l'auteur fondant à cet égard sa démarche sur des références – qui ne sont pas rhétoriques –, à Platon et Aristote, ou encore sur une lecture critique de J. Locke¹⁴.

Il convient en préalable d'identifier cette « tradition », dont la crise constitue celle du système juridique aux États-Unis. De la description des activités professionnelles des juristes à laquelle se livre l'auteur, qui rejoint ici les éléments rassemblés par R. Abel¹⁵, il ressort que, saisie en termes d'activités, la *Common law* peut être envisagée sur trois plans – également concernés par l'essor des nouvelles pratiques : (a) **un cadre cognitif commun** orienté vers une certaine maîtrise du réel ; (b) **un ensemble de techniques de travail** associées à ce cadre ; (c) **un système de normes professionnelles** appuyées sur une éthique, donnant sens à l'activité juridique.

Ces normes intègrent une communauté qui, si elle est constamment solidarisée par la forte « mobilité latérale »¹⁶ entre les métiers, est d'abord issue d'une éducation supérieure commune (« *a one-track system* » : 66) et repose sur le partage de nombreuses conventions cognitives. Sur ce plan-là, la *Common law tradition* est analysable sous trois dimensions.

L'exercice « dialogal » de la raison pratique

Toute tradition consiste en un dialogue entre générations – celle de la *Common law* plus encore que toute tradition juridique. Comme l'avait déjà remarqué voici un siècle le grand historien du droit anglais F. Maitland¹⁷, la métaphore du « corps du droit » n'en est pas vraiment une, puisqu'il s'agit en réalité d'un être qui vit, croît et préserve son identité tout en changeant constamment (180). Le travail juridique consiste à opérer une mise en rapport constante du problème présenté et des différentes solutions passées,

¹³ Cf. A. MacIntyre, *After Virtue: a Study in Moral Theory*, Notre-Dame (Ind), University of Notre-Dame Press, 1984 (1^e éd. 1981).

¹⁴ À qui elle consacre une argumentation soutenue dans les chapitres 2 et 3 de *Rights Talk*.

¹⁵ Encore que procédant à partir d'une tout autre démarche, et bien que ne citant pas cet ouvrage, les éléments descriptifs de la profession de juriste aux États-Unis contenus dans *A Nation under Lawyers* sont homologues avec les innombrables données empiriques présentées dans le travail de R. Abel, *American Lawyers*, New York, Oxford University Press, 1989. Les données chiffrées livrées par les deux auteurs se recoupent. On pouvait évaluer en 1994 à environ 800 000 le nombre des juristes des différents métiers aux États-Unis – dont 27 000 juges et environ 6 000 professeurs de droit (cf. *A Nation Under Lawyers*, p. 291 ; 109 ; 246). La croissance de la profession a été constante depuis le début du siècle : le ratio de la population par juriste est passé de 696 en 1900 à 364 en 1984 (Abel, *American Lawyers*, p. 280, tab. 22).

¹⁶ R. Abel, *American Lawyers*, op. cit., p. 175-6.

¹⁷ F. Pollock, F. W. Maitland, *The History of English Law before the Time of Edward I*, Cambridge University Press, 1898, 2 vol. (1^e éd. 1895).

mémorisées dans la somme des cas précédents. Citant K. Llewellyn, son maître à l'université de Chicago (et l'un des plus éminents commercialistes américains du XX^e siècle), M.-A. Glendon évoque cette quête de constantes améliorations du droit, fondées sur ce que le passé peut offrir (181). C'est ainsi que les grands juges tels B. Cardozo ou, plus tard, L. Hand, eurent à faire évoluer le droit privé sur des terrains fort peu balisés, comme l'adaptation du droit des dommages et des contrats aux nouvelles conditions économiques des années 1920, et celle du droit commercial à l'affirmation croissante de l'État interventionniste (133-5).

L'activité « dialogique » est un mode d'exercice – et c'est là une seconde dimension cognitive –, de la raison juridique. Tissant ensemble les fils du fait et du droit, le juge de la *Common law* est un « virtuose de la raison pratique » aristotélicienne (180)¹⁸. Cette raison prudente est également de nature dialectique. Venu de Heidelberg après 1933, le philosophe du droit d'origine allemande E. Bodenheimer voulut s'immerger, pour le comprendre, dans l'univers juridique anglo-américain étranger à sa formation (c'est sur le *BGB* qu'il avait fait son apprentissage). Selon une intuition qui n'est pas sans évoquer celle qu'aura par la suite un C. Perelman¹⁹, cette tradition lui parut s'imposer comme un modèle opératoire du type du raisonnement « dialectique », incarné en l'espèce par le développement *incremental* du « droit commun » (237)²⁰. L'exigence de formulation écrite de son opinion (majoritaire ou dissidente) par le juge est l'occasion de retracer sa progression mentale, qui l'a conduit de l'examen des faits à la mise en rapport avec les principes et à la solution retenue (166).

De nature dialogale et raisonnable, le droit possède en lui-même un effet constitutif de la réflexion (240). Rejoignant des emprunts, qui ne sont pas nouveaux pour elle, à C. Geertz²¹, l'auteur va plus loin en soulignant le rôle du droit dans le façonnage du caractère (239 et s.). Qu'y a-t-il de commun entre cette « qualité indéfinissable : le jugement » (115), le talent du bon juriste d'affaires (24) ou du grand avocat capable d'« établir les faits relatifs au cas » (45, à propos de J. W. Davis, l'un des plus grands membres du barreau dans la première moitié du XX^e siècle), et le « discernement » du

¹⁸ Cf. ce mot de Lord E. Coke, ce grand juriste anglais des XVI^e-XVII^e siècles : « *Reason is the life of the law; nay, the common law itself is nothing else but reason* » (cité p. 181). Contrairement à ce que voulut laisser croire l'un des précurseurs du réalisme, le célèbre juge O. W. Holmes (inaugurant en 1881 son ouvrage *The Common Law* par cette formule célèbre : « *The life of the law has not been logic, it has been experience* » : cité p. 188), cette raison se distingue du rationalisme logico-déductif du droit « continental ». On ne saurait davantage réduire à ce dernier l'effort de rationalisation auquel procédera C.C. Langdell, Doyen de la Faculté de droit de Harvard à partir de 1870 et initiateur du mouvement de substitution des « *casebooks* » aux « *textbooks* » (184-185). À la différence du réalisme holmien, l'initiative de Langdell se situe au sein de la tradition.

¹⁹ Cf. C. Perelman, *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1979.

²⁰ Sur la structure cognitive particulière de la *Common law* et ses rapports avec les fondements intellectuels du « management », cf. W. B. Donham, « Essential groundwork for a broad executive theory », *Harvard Business Review*, (I)-1, octobre 1932, p. 1-10.

²¹ Cf. notamment *Abortion and Divorce in Western Law* (*op. cit.*), ouvrage dans lequel, appliquant des notions dues à C. Geertz, elle développe une conception du droit comme système culturel, comme « histoire » au moyen de laquelle une société s'interprète elle-même.

véritable universitaire (198) ? Sinon des habitudes intellectuelles d'autodiscipline, qui deviennent une part constitutive de l'être (128).

On rejoint ici le thème weberien de la « personnalité et des ordres de vie »²² : comme toute activité sociale, le droit ne peut être compris indépendamment du « caractère » des personnes engagées dans cette activité. Entendue sur ce plan cognitif, la tradition juridique forme ainsi un « habitus » spécial.

Un artisanat de la transaction

Un mot revient à plusieurs reprises dans l'ouvrage pour qualifier l'activité du bon juriste : celui de *craftmanship*. À la structure cognitive de la *Common law* est associé un ensemble de capacités de faire : le droit est au sens propre une *technê*. Trois traits peuvent qualifier le travail du *common lawyer* : procédant de manière empirique (sur la base des « cas »), il est également créatif et, simultanément, dépendant d'intérêts sociaux qu'il s'agit moins de réguler de l'extérieur que de confronter, par la transaction préalable ou le conflit judiciaire.

Parce que les principes sont insérés dans d'innombrables disputes individuelles (179), l'art du juge repose sur le « *fact-finding* » ; cette élucidation des faits représente l'essentiel de son débat avec l'avocat (45). Son raisonnement se réfère obligatoirement aux jurisprudences précédentes. Si l'on ne s'arrête pas à certains « bonds » spectaculaires, les mouvements qu'il peut opérer par rapport à celles-ci sont, pour reprendre le mot critique d'O.W. Holmes, « *moléculaires* » (*cit.* 132). Les meilleurs juges se montrent capables de maintenir dans le système une continuité découlant tout à la fois des principes et des cas particuliers (166).

Ainsi étroitement circonscrite, la créativité judiciaire n'en est pas moins réelle et même décisive : jusqu'à l'essor (dans l'ère comprise entre le *New Deal* et l'accès à la Maison Blanche de l'administration Reagan) de l'État régulateur, la législation fédérale se borna à apporter les pièces manquantes au tissu jurisprudentiel (183). C'est dire que le juge s'est souvent trouvé en charge des avancées du droit en matière de travail, de commerce, d'urbanisme (*ibid.*).

De ce travail résulte le *judge-made law*, orienté à l'arbitrage équitable entre des intérêts en réseau. L'activité de l'avocat est orientée tout autant vers la prévention des conflits et la prévision des risques contractuels que vers les réclamations consécutives aux dommages²³. Ce qui explique l'essor précoce, dès les années 1850 – et à côté du *general practitioner*, qui demeurera le modèle standard (98)²⁴ –, de la fonction de *Corporate counsel*²⁵ ainsi que des sociétés d'avocats d'affaires et de conseils juridiques

²² Cf. l'interprétation qu'en donne W. Hennis, *La problématique de Max Weber* : ch. 2, Paris, PUF, 1996 (1^e éd. 1987).

²³ En cas de litige survenant en matière de dommages, le juge examine si cette activité préventive s'est bien déroulée. Cf. une formalisation probabiliste élaborée avec la « formule de Hand », visant à comparer algébriquement le coût des précautions et le coût d'accident attendu (R. A. Posner, *Law and Legal Theory in England and America*, *op. cit.*, p. 40-41).

²⁴ Cf. Sur ce point R. Abel, *American Lawyers*, *op. cit.*, p. 178-181.

²⁵ Juriste d'entreprise. Cf. R. Abel, *ibid.*, p. 168-172.

(*law firms*). Au sein de ces dernières, l'activité des services du contentieux – considérés comme un mal nécessaire – fut longtemps dépréciée : c'est une culture de la transaction qui prime dans les *law firms* (41-42)²⁶. Elle n'est pas non plus étrangère aux autres avocats (*general practitioners, small entrepreneurs*), qui ne sont pas évincés de la vie des affaires par la montée des nouvelles figures professionnelles²⁷.

Cette très forte implication du juriste de la *Common law* des États-Unis dans les intérêts sociaux et économiques²⁸ peut être cernée à l'aide d'une reformulation de la réflexion de M. Weber au sujet des rapports entre ordre économique et ordre juridique²⁹. Nous ne rencontrons pas en effet en ce cas, comme l'indiquait l'auteur d'*Économie et société*, un « ordre juridique » au sens de « cosmos de normes », sans « aucun contact immédiat avec le "cosmos" de l'activité économique réelle », mais – en reprenant les propres catégories de M. Weber – un « complexe de motifs » visant les problèmes mêmes de l'« ordre économique » et se situant sur le même plan. L'ordre juridique résulte alors des transactions entre intérêts qui divergent au sein de l'économie.

L'avocat de la *Common law* est, comme l'avait déjà souligné A. Lincoln, le juriste-président, un « *peacemaker* » (*cit.* : 55. Cf. aussi : 97-98 ; 100 et s.), qui maîtrise instruments, procédures et techniques de résolution de problèmes (102 ; 106) aux fins de faire émerger un ordre pacifique – un ordre assis sur le « *commercial moral syndrome* » de J. Jacobs³⁰, c'est-à-dire sur la coopération entre pairs, l'honnêteté entre parties, le respect des engagements pris.

À la suite de K. Llewellyn, M.-A. Glendon définit la pratique du droit comme « *a learned art* » (18). Cette formule – qui n'est pas sans évoquer pour le lecteur français la formule de P. Naville selon laquelle « la qualification, c'est l'acte éduqué »³¹ –, nous ramène à la notion de *craft*. L'activité juridique traditionnelle résulte ainsi, outre cet esprit commun déjà mentionné, d'un ensemble de qualités pratiques homologues aux différents métiers du droit, des praticiens aux professeurs.

« *Recht als Beruf* »

²⁶ L'auteur cite ce dicton en vigueur chez les avocats des générations les plus anciennes selon lequel « *à peu près la moitié de la pratique d'un avocat honnête consiste à dire à ses clients potentiels qu'ils sont de sombres imbéciles et devraient arrêter là* » (75).

²⁷ Cf. L. Friedman, *A History of American Law*, *op. cit.*, p. 635 ; 642-644. Les indépendants isolés régressent toutefois fortement : ils représentaient 33 % des praticiens en 1980, contre 61 % en 1948 (R. Abel, *American Lawyers*, *op. cit.*, p. 10).

²⁸ Ces remarques valent aussi s'agissant de l'activité des juristes orientés à la politique (cf. L. Friedman, *A History of American Law*, p. 646-7 ; R. Abel, *American Lawyers*, *op. cit.*, p. 175). On remarquera que l'activité politique la plus proche du type idéal weberien de l'« entreprise politique » est la « machine » du boss américain.

²⁹ M. Weber, *Économie et société*, II, ch. I, par. 1.

³⁰ M.-A. Glendon mobilise, au ch. 4 de *A Nation...*, le suggestif modèle heuristique proposé par J. Jacobs pour analyser les fondements éthiques de la vie sociale : *Systems of Survival: A Dialogue on the Moral Foundations of Commerce and Politics*, New York, Random House, 1992.

³¹ P. Naville, *Essai sur la qualification du travail*, Paris, M. Rivière, 1956.

L'auteur, qui avait, d'entrée, souligné que l'activité des juristes résulte, selon le mot du grand criminologue R. Pound, d'un « *common calling* » (17), pose enfin le troisième plan sur lequel se déploie la tradition de la *Common law*. « *Nous autres juristes* », écrit-elle, « *nous pouvons être ennuyeux, mais le moindre d'entre nous vit aux limites avancées de la sphère morale* » (243). R. Pound ne précisait-il pas au demeurant : « (*a common calling*) in the spirit of a public service » ? À l'instar des activités de savant et d'homme politique telles que M. Weber les considère dans ses célèbres conférences de 1919, celle du juriste apparaît ici en tant que *Beruf* – associant, au moyen de règles éthiques continues entre ses différentes incarnations (l'avocat, le juge et le professeur), vocation à l'activité et système de normes professionnelles.

Ascèse professionnelle (a), la *Beruflichkeit* juridique se développe dans la confrontation aux tensions éthiques (b) et la subordination du *self-interest* au *public service* (c).

Dans un discours sur « *la profession du droit* », prononcé dans les années 1880 à l'adresse des étudiants de Harvard, O.W. Holmes (qui n'était pas encore juge à la Cour suprême) se demandait comment la laborieuse pratique du droit peut permettre de « *construire une vie* » (85-86). À cette question, Holmes, comme après lui Learned Hand, apportaient une réponse : le « *jobbism* » (92 et s.). Il ne s'agit pas là d'une sorte de *workaholism*³², mais, toujours selon Holmes, de l'énergie mise dans l'accomplissement de la tâche, comme moyen de trouver son but existentiel (*ibid.*), de la capacité à trouver « *le mystère de l'univers en arrière-plan de chaque détail* », permettant de mettre en relation les intérêts – limités sinon sordides –, et les fins dernières (93). Un demi-siècle après Holmes, L. Hand ira jusqu'à parler, sans que ceci soit seulement par humour, de la profession de juriste comme d'une appartenance à la *Société des Jobbists* (*ibid.*).

Inséparable de cette dimension ascétique, le thème du conflit des univers éthiques, auquel M.-A. Glendon consacre un chapitre entier³³, parcourt par ailleurs tout l'ouvrage. L'action est située ici – par définition – au sein de la sphère de la légalité, et la contradiction éthique qu'il s'agit de mettre en lumière n'oppose pas l'illégal au légal. Il ne s'agit pas davantage d'une confrontation, au sein de la légalité, entre ce qui serait licite et ce qui serait illicite. L'enjeu est plutôt un conflit permanent qui se joue, sur deux axes, entre le licite et le moral – une morale systématisée dans les *Model Rules* de l'*American Bar Association* (79-80).

L'action du juriste praticien (avocat ou juge) est toujours traversée par une tension, située sur un premier axe allant de ce qui pourrait être synthétisé comme *self-satisfaction*, à ce qui se présente comme une requête de *self-control* (pour le juge : 118).

³² De ce phénomène, un trait de l'évolution du travail dans les grandes *law firms* au cours des trois dernières décennies (cf. ci-après), M.-A. Glendon et R. Abel (*op. cit.*) donnent de nombreux exemples (respectivement, p. 30-31 et 191-3).

³³ Au sein de la partie de l'ouvrage concernant les avocats (Ie partie, ch. 4 : *When Ethical Worlds Collide*).

La première désigne d'abord le *self-interest* au sens utilitariste strict³⁴. Elle comprend en outre l'investissement émotionnel de soi, lié à l'empathie pour la personne ou la cause qui s'expriment dans le « cas » (96 et s. ; 159 et s.). Le second consiste ici en une réserve personnelle, ou *restraint* ; celle-ci découle de l'idéal juridique : l'exigence d'équité impose une distance à l'égard du désir de profit ou de la pulsion émotionnelle (83 ; 118). La concrétisation de cette exigence, s'agissant du juge, se manifeste dans l'obligation traditionnelle, déjà signalée, d'exprimer son opinion par écrit, l'objectif étant que même la partie perdante puisse accepter la décision comme équitable (166).

Même s'il est honnête, acceptant de subordonner aux requêtes du droit la gratification de son *self*, le juriste n'en a pas fini avec les conflits éthiques. Il se trouve en effet, et sur un second axe, aux prises avec une tension située au sein de la *fairness* elle-même : sa loyauté à l'égard du client – particulier, mais aussi entreprise –, peut s'opposer à un idéal d'indépendance professionnelle, comme à ses « *devoirs vis-à-vis du tribunal et de la collectivité* » (58). De même, le juge – comme ceci fut exprimé par O. W. Holmes en 1905 dans son opinion dissidente dans le cas *Lochner v. New York* –, est traversé par l'écart entre ses opinions propres et sa charge : l'équilibre du système (122-3).

La difficulté spécifique rencontrée par le *common lawyer* tient ainsi à ce que l'ordre juridique est une résultante de l'équilibrage des intérêts sociaux, selon un processus émergent surplombé par l'idéal de *fairness*. Immersée dans les premiers, la conduite juridique doit, simultanément, s'en distancier au nom de la seconde.

Ces dilemmes sont orientés par un « esprit » qui leur donne sens : « *the spirit of public service* » de R. Pound. Les qualités professionnelles sont – comme le montre M.-A. Glendon à propos des avocats (*Lawyers and the Republic* : 100 et s.) –, homologues aux vertus civiques et sociales. L'ordre juridique est en effet au service d'une communauté politique. La référence à celle-ci unifie l'ensemble des acteurs : les praticiens comme les professeurs. Et ceux-ci, rédacteurs des grands Traités visant à clarifier le travail des juges et des avocats (et devenant ainsi, dans ce contexte, de quasi-*lawmakers*), sont au service de la profession (184-6).

Apparaît mieux, désormais, le paradoxe de la double rationalité de ces activités juridiques : orientées par finalité à l'arbitrage des intérêts, elles permettent de réguler la *polity* sans recours au *Leviathan*, donnant de la sorte raison à J. Locke contre T. Hobbes. Mais, et pour reprendre l'analytique de M. Weber, « orientées significativement en valeur » au *public service*, elles obéissent à une rationalité du désintéressement, valorisée par les *Founding Fathers* (164) et étrangère au modèle lockien. Par ailleurs hétérogène au modèle « continental », la *Common law tradition* est un exemple-type des « *crescive institutions* » que W.G. Sumner opposait aux « *enacted institutions* »³⁵.

³⁴ C'est-à-dire la recherche de profit, qui peut concerner aussi bien le conseil juridique, obsédé par le *scorekeeping* au sein de sa *firm*, que le *general practitioner* incité à l'action judiciaire par les *contingent fees*, ou encore le *moonlighting professor* (207).

³⁵ W.G. Sumner, A.G. Keller, *The Science of Society*, 4 vol. Yale University Press, 1927.

La compréhension de ces « vrais » traits élémentaires – cognitifs, techniques, éthiques –, de la variante américaine de la *Common law*, peut permettre de comprendre l'argument de l'ouvrage, centré sur la crise de ce système à l'époque contemporaine

II. — UNE TRADITION QUI S'INTERROMPT ?

Si l'on veut demeurer fidèle à la démarche de l'auteur, prosopographique et factuelle, on rappellera seulement pour mémoire des facteurs « contextuels » qui déstabilisent le système, comme l'émergence de « problèmes nouveaux », auxquels s'applique l'intervention du « *regulatory state* » fédéral. Sur un plan plus proprement interne à la profession, on mentionnera encore le développement de la spécialisation professionnelle, notamment pour ce qui concerne les avocats. L'éclatement de la *Common law* se réalise, depuis la fin des années 1960, sous l'effet de l'émergence de **nouvelles figures professionnelles** et du développement de **pratiques capitalistes** conquérantes, aboutissant à l'**interruption** de la « conversation » traditionnelle.

Les « *common understandings* »³⁶ partagés par les différents métiers, qui formaient la matrice de la profession, sont mis en cause par l'émergence de nouveaux modèles d'excellence ou de performance, incarnés dans des figures précises. Le « *rainmaker* »³⁷ dans la *law firm*, le *Rambo litigator*³⁸ au sein du barreau, sont les agents d'une différenciation interne accentuée au sein de la profession d'avocat, accroissant les écarts de compétence, de revenu et de prestige entre ces spécialistes, orientés vers les gains financiers de la juridisation³⁹ croissante de la société et les *general practitioners* locaux, encore importants dans les petites villes et comtés à l'écart des grandes métropoles – les cas de l'Illinois et du Missouri étant parmi les mieux connus⁴⁰.

Ces profils ont leurs correspondants, parmi lesquels tant les magistrats (sous la pression des « *assertive judges* »), que les universitaires : l'idéal de « *scepticisme tolérant* » (198) a semble-t-il, jusqu'à Harvard, laissé place selon M.-A. Glendon aux préoccupations engagées des « *advocate scholars* » et surtout des tenants du mouvement des « *critical legal studies* », incarné par R. Unger et D. Kennedy.

On peut, sans amalgame abusif, associer ces figures, apparemment fort éclatées, leur orientation étant sous-tendue par une logique de type « réaliste ». Est en jeu, au profit

³⁶ Notion récurrente chez l'auteur, dans la ligne, déjà mentionnée, de ses emprunts aux travaux de C. Geertz.

³⁷ « Rabatteur d'affaires » (argot). Voir sur ce thème le roman de J. Grisham (auteur de « *thrillers* » mettant en général en scène le monde des avocats : *The Rainmaker*, Londres, Arrow Books, 1998 (1^e éd. 1995)).

³⁸ Ou « justicier-Rambo » (spécialiste des procès agressifs).

³⁹ Nous reviendrons ci-après sur ce concept.

⁴⁰ Cf. R. Abel, *American Lawyers*, *op. cit.*, p. 204-5. Pour le cas de l'Illinois, cf. encore D. M. Engel, « The Oven Bird's Song: Insiders, Outsiders and Personal Injuries in an American Community », in C. Greenhouse & al., *Law and Community in Three American Towns*, Ithaca (NY), Cornell University Press, 1994, p. 27-53 (1^e éd. de D. Engel : 1984).

de logiques conflictuelles (« *adversarial* »), la fin de la culture de la transaction, dont on a déjà souligné l'importance.

De nouvelles personnalités juridiques s'affirment ainsi. Elles mettent en cause le système de normes professionnelles, par la modification des référentiels comme par l'introduction d'innovations techniques dans le travail.

La dimension la plus importante de l'évolution présentée réside sans doute dans l'économie des règles juridiques, avec la modification du statut de la loi, qui devient le principal point de départ de la réflexion judiciaire. Face, par exemple, au problème des accidents du travail en contexte industriel, le raisonnement du juge se porte désormais sur des agrégats, par-delà les cas individuels (183). Ses prémisses en sont plus politiques – partisans, devrait-on dire –, le « *fact finding* » étant recouvert par le raisonnement économique et social (137), le jugement par l'expérience. Ce dans la ligne du célèbre aphorisme déjà cité d'O. W. Holmes, qui donnait en quelque sorte un coup d'envoi à l'expansion du réalisme, en ouvrant en 1881 – et contre la tradition du raisonnement pratique –, son Traité *The Common Law*, par l'affirmation que « *the life of law has not been logic : it has been experience* ». Ce mouvement est homologué à celui de la discipline juridique à l'université, à partir des années 1970. A.-M. Glendon évoque « *la Faculté de droit sans le droit* » : la « déconstruction » a tendu à prendre le pas sur la connaissance des grands domaines institués (222 *et s.*), tandis que les cadres convenus implicites du professionnalisme sont mis en doute par le « dévoilement » professé en chaire (82).

Le système de travail des avocats est également perturbé par l'avènement de ce que L. Karpik a analysé, en France, comme une autre « économie de la qualité »⁴¹, bouleversant la *craftmanship* traditionnelle. L'aspect le plus notable est, avec la croissance des *law firms*⁴², la tendance, observable en leur sein, à une imprégnation par des pratiques homologues à celles de leurs « *corporate clients* ». Pour reprendre le modèle de J. Jacobs⁴³, des comportements de « *raiders* » pénètrent un système d'action économique jusqu'alors gouverné par la logique des « *traders* ». Une norme de productivité, assise au plan interne sur le système comptable des « heures facturables », et au plan externe sur la méthode des *contingent fees*, façonne une activité de plus en plus orientée à la rentabilité financière⁴⁴. Les firmes s'engagent dans des opérations de restructuration (22-27). Routinisation du travail⁴⁵ et précarisation de l'emploi

⁴¹ Cf. L. Karpik, *Les avocats : entre l'État, le public et le marché, XIIIe-XXe siècles*, Paris, Gallimard, 1995, p. 232 et s.

⁴² On dénombrait en 1987 245 firmes employant plus de 100 juristes, contre 47 en 1973 (R. Abel, *American Lawyers*, *op. cit.*, p. 9-10). Le nombre moyen des juristes employés dans les 200 firmes les plus importantes est passé de 105 en 1978 à 216 en 1987 (cette année-là, Backer & MacKenzie a franchi le seuil des 1 000, avec un chiffre d'affaires de \$ 140 millions pour l'année fiscale 1985/86 : *ibid.*, p. 183).

⁴³ J. Jacobs, *Systems of Survival...*, *op. cit.*

⁴⁴ Cf. l'évocation, certes accentuée, mais tout de même saisissante, des pratiques professionnelles au sein de « la firme », à laquelle procède J. Grisham dans les premiers chapitres de *The firm*, Londres, Arrow Books, 1993 (1^e éd. 1991).

⁴⁵ Cf. R. Abel, *American Lawyers*, *op. cit.*, p. 199-200 : Bureaucratizing Management. [p. 333-357] P. MACLOUF Arch. phil. droit 44 (2000)

s'installent au sein d'un univers désormais traversé par des césures durables. Celles-ci séparent « *deux hémisphères* » distincts d'abord : R. Abel souligne ainsi l'écart croissant entre deux types d'activité professionnelle : l'une centrée sur le droit criminel, le droit de la famille, les dommages et l'immobilier ; l'autre orientée principalement vers la vie des affaires ⁴⁶. Le deuxième clivage survient au sein des *firms* elles-mêmes : le statut de *partner* (« associé ») est de moins en moins en continuité avec celui d'*associate* (« collaborateur ») ⁴⁷, tandis qu'une part croissante des tâches est dévolue aux *paralegals*. Même la pratique de la publicité n'apparaît plus incompatible avec la déontologie professionnelle (5-6). Ces processus d'industrialisation du juridique, auxquels on trouve des parallèles sur le « continent » ⁴⁸, sont en partie liés à l'emprise croissante exercée par les *Corporate clients* sur leurs fournisseurs de droit *des affaires* (29-39) ⁴⁹, engagés à leurs côtés dans leurs stratégies de conquête de concurrents (25 et s.).

Les nouvelles figures professionnelles prennent ainsi le pas sur les « *peacemakers* » traditionnels. Relation de « conversation continuée » entre générations, la tradition semble s'être dissociée. Le sujet n'en est plus le droit comme mesure de l'équité en jeu dans le cas, mais les droits, auxquels sont liés les enjeux de justice économique et sociale dont sont porteurs lois et règlements. Le législateur occupe le terrain du *common lawyer* ; l'ère du *Rights talk* succède au droit commun pour tous.

III. — CRISE DE LA *COMMON LAW* ET CRISE DE LA RÉGULATION JURIDIQUE

Dans *Abortion and Divorce in Western Law*, Mary-Ann Glendon écrit que « *le droit n'est pas seulement un ingénieux ensemble de techniques destinées à éviter les conflits ou à leur trouver une solution juste, et à promouvoir tel ou tel intérêt, mais aussi une manière dont une société fait sens des choses* » ⁵⁰. Un tel constat n'est pas propre à la *Common law*. En cela, ce n'est pas seulement la société aux États-Unis qui est traversée par la crise du droit : dans ses différentes expressions, la crise de la *Common law* s'emboîte avec des processus de portée plus longue, qui, touchant à la nature, à la fonction et aux sources du droit dans les démocraties modernes, concernent aussi la tradition du « droit civil » ⁵¹.

La rupture avec la « tradition » s'exprime dans la déconnexion entre le droit comme ensemble de moyens et l'ancien idéal de *fairness*, et dans une mise du droit au service d'intérêts sociaux. Elle peut être analysée comme une instrumentalisation du droit, qui

⁴⁶ R. Abel, *American Lawyers*, *op. cit.*, p. 204-5.

⁴⁷ R. Abel (*American Lawyers*) souligne le rôle de la création d'un statut de « collaborateur permanent » (*op. cit.*, p. 195).

⁴⁸ Pour la France, cf. L. Karpik, *Les avocats*, *op. cit.*, p. 265-266.

⁴⁹ L'un des tout premiers chapitres d'*A Nation under Lawyers* est consacré à ce processus (ch. 2 : *When Just Being a Good Lawyer Isn't Enough*). Cf. aussi R. Abel, *op. cit.*, p. 200 et s. : *Assimilating the Professional Firm to the Corporate Client*.

⁵⁰ *Abortion and Divorce in Western Law*, p. 8.

⁵¹ Sur la place des « chassés-croisés » entre les deux traditions dans leurs crises respectives, cf. H. P. Glenn, « La civilisation de la common law », art. cit.

touche à sa **nature**. Avec l'essor de la « conversation des droits » (« *Rights Talk* »), c'est la **fonction** du droit qui est en cause : au lieu d'être une activité « *order-affirming* », le moyen de la régulation des relations sociales, l'action juridique devient moteur d'une désinstitutionnalisation. Mais ce sont aussi les **sources** de la règle de droit qui sont mises en cause dans la crise de la *Common law*. Elle ne procède plus de la combinaison d'une volonté législative et du pragmatisme laborieux et réservé du juge (170), mais d'intérêts économiques et sociaux dont l'appréciation est renvoyée aux tribunaux ; l'intervention de ces derniers dans la vie publique échappe à l'empire de la « *raison non passionnée* » (282) qui caractérisait l'idéal classique.

Le droit : rectitude, ou moyen ?

La **nature** du droit est inséparable d'une rectitude morale inspirée du point de vue de la *fairness*, d'une idée du juste. « *Austère idéal* » (129), il n'est pas l'instrument d'une stratégie, mais ce qui inspire l'artiste de l'ordre social qu'est le juriste. C'est à la lumière des grands textes de la philosophie morale que peut être comprise la grandeur des constructions juridiques classiques : « *Right is a battle to win from Wrong* », disait la « ballade » que K. Llewellyn faisait chanter à ses étudiants de Chicago (*cit.* : 177). Les tenants du « réalisme » ont à l'inverse banni du propos juridique le langage de la morale (190). Inséparable du langage des droits, sur lequel nous reviendrons par la suite, l'instrumentalisation du droit va à l'encontre de l'exigence de détachement (127 ; 129), et se traduit par une déconnexion de la procédure et de la substance.

Le premier trait frappant du nouveau juridisme est la conflictualisation (« *its adversarial nature* » : 168, 262). Cette tendance n'est pas le fait des seuls avocats : prisonniers de la méthode des cas, les professeurs ne parviennent souvent pas, dans leur enseignement, à distinguer entre la perspective de la transaction préalable et celle du litige, leur matériau reposant sur des opinions judiciaires formulées lors de procès (225).

Lorsque l'on observe les magistrats (et pas seulement les membres de la Cour suprême) quitter leur rôle d'arbitre pour s'impliquer sur le « terrain de jeu » (*ch.* 7-8), on touche à une seconde dimension de l'instrumentalisation du droit : la politisation. On notera ici cette remarque de J. Skelley Wright, un juge fédéral réputé pour ses décisions engagées en matière de droits civiques, considérant rétrospectivement son rôle : « *je n'ai à présenter aucune excuse pour n'avoir pas suivi de plus près les décisions précédentes ayant fait jurisprudence, qui avaient coopéré à la création de conditions* (NB : sociales) *que je trouvais injustes* » (*cité p.* 161) ⁵².

⁵² Certes, observe M.-A. Glendon, l'époque du *New Deal* vit émerger des acteurs juridiques réformistes, qui apportèrent leur soutien aux nouvelles orientations de la politique nationale. Mais, pour ces professeurs et magistrats, tels F. Frankfurter, le droit n'était en aucune manière réductible à de la politique en concentré (214), encore moins à un « *Band Aid juridique* » (195).

La pratique du « *cause lawyering* », comme les théorisations engagées auxquelles elle donne lieu ⁵³, fournissent un référentiel à l'instrumentalisation politisée du droit. Le « *cause lawyering* » entend s'opposer à une conception « mercenaire » de la profession, et repose sur le souci de l'avocat d'un partage avec le client d'une responsabilité quant aux fins poursuivies dans la représentation. Il s'oppose ainsi à l'idéologie de la neutralité, et vise généralement à mettre en cause tel ou tel aspect du *statu quo* social, économique et politique ⁵⁴. Alors que, comme on l'a vu, selon M.-A. Glendon, la ligne de crête de l'action juridique classique est essentiellement morale, elle est en revanche, dans le système émergent, d'abord politique. Le droit semble ainsi se réduire à un instrument de projection des conflits sociaux vers une scène sur laquelle l'efflorescence des sujets de « *disputes* » accompagne l'accentuation du caractère hétérogène de la société ⁵⁵. Sur cette scène politique, les critères, universalisables en leur principe, du juste, éclatent pour devenir instruments de passions au service d'entreprises particulières : l'idée de la Justice, dont la substance s'est fragmentée, se « localise », pour n'être plus unifiée que sur le plan formel ⁵⁶.

Troisième dimension enfin, sur un plan plus théorique : on peut relier au mouvement réaliste, qui a tendu à nier son autonomie, cette mise du droit au service de certains projets « démocratiques » ⁵⁷. On aboutit à la limite à l'idée, issue des sciences humaines et du mouvement des *critical legal studies* (210-215), d'une « radicale indétermination » et d'une « manipulabilité infinie » des règles juridiques (209 ; 224).

Paradoxalement, ce point de vue relatif à l'essence du droit, issu des courants les plus critiques, rejoint l'orientation instrumentale, dotée d'un poids heuristique infiniment plus grand, du courant de l'« économie du droit » (*law-and-economics school*), dont R. Coase et G. Becker sont, entre autres, d'éminents représentants (209-210). Le droit est ici mis au service, non pas des présupposés d'une critique politique contestataire, mais des conventions utilitaristes de l'économie des organisations ⁵⁸.

De l'« *adversarial legalism* », auquel sont liés le *cause lawyer* et le juge « romantique » au post-réalisme universitaire, l'instrumentalisation du droit accompagne dans tous les cas le passage à une conception « active » et non plus « réactive », régulatrice, du droit. Les nouveaux modèles d'excellence judiciaire, proposés depuis la « *Warren Court generation* » ⁵⁹, valorisent des qualités d'habitude associées aux dirigeants d'entreprise ou aux parlementaires : énergie, commandement, hardiesse (169). Le juriste est défini comme agent de changement social, ou « *ingénieur social dans une société*

⁵³ Nous ne faisons qu'évoquer ici cette pratique. Voir A. Sarat, S. Scheingold (eds.), *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilities*, New York, Oxford University Press, 1998.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 3-4.

⁵⁵ Cette hétérogénéité est un thème sur lequel M.-A. Glendon revient dans l'ensemble de ses écrits.

⁵⁶ Sur cette conception de la justice, cf. J. Elster : *Local Justice: How Institutions Allocate Scarce Goods and Necessary Burdens*, Cambridge (GB), Cambridge University Press, 1992, ch. 2 (Problems of Local Justice) ; ch. 6 (Local and Global Justice).

⁵⁷ Cf. *Cause Lawyering...*, *op. cit.*, p. 8.

⁵⁸ Sur ce courant, cf. T. Kirat, « Économie et droit : de l'analyse économique du droit à de nouvelles alliances ? », *Revue économique*, 49-4, juillet 1998, p. 1057-1087.

⁵⁹ Selon une expression de l'avocat T. Geoghegan (*cit.*, p. 89).

démocratique »⁶⁰. Ce passage à un droit « actif » est au demeurant l'une des principales caractéristiques des transformations du droit contemporain⁶¹.

Bien au-delà de la seule crise de la *Common law*, le phénomène d'instrumentalisation du droit aboutit à la séparation de la procédure et de la substance, qui concerne toute la régulation juridique contemporaine. À la lecture de *A Nation under Lawyers*, on perçoit que l'opposition ne se situe pas, comme on le croit à l'accoutumée, entre une conception substantialiste (« ancienne ») et une conception procédurale (« moderne ») du droit. La conception de la pratique juridique soutenue par M.-A. Glendon est « prudentielle », impliquant un certain « détachement » substantiel (ce n'est pas une indifférence : 118), en même temps que le respect de certaines formes (procédurales). Comme l'avait souligné M. Villey, le droit indique ce qui est juste, mais il ne s'agit pas de la vertu cardinale de justice, et encore moins de la « justice sociale »⁶². Cette conception s'oppose à une autre, « assertive », fondée sur la revendication d'une dépendance du droit par rapport à des enjeux économiques et sociaux (ch. 7-8 ; 215 et s.).

La loi, ou les droits ?

Dikê, le droit est aussi *nomos* : loi qui s'impose à tous, renvoyant ainsi à l'autre face de l'idée de rectitude : ce qui va en ligne droite : *directus*. Et c'est en ce sens géométrique, architectural, que le concours à l'émergence d'un ordre social est une **fonction** traditionnelle du droit.

À propos de cette dimension instituante du droit, les propos de M.-A. Glendon s'enracinent ici dans le développement continu, depuis près d'une quinzaine d'années, de ses travaux sur l'évolution du droit des personnes et du droit de la famille⁶³, prolongés par sa réflexion relative au discours des droits⁶⁴ et aux conditions de formation des vertus de la sociabilité civique⁶⁵.

La généralisation du discours sur « les droits » – des droits contradictoires et qui n'ont de commun que leur caractère de « *claim rights* »⁶⁶ – incite à poser, en analogie

⁶⁰ *Cause lawyering...*, *op. cit.*, p. 159 ; 174.

⁶¹ Cf. A. Jeammaud, « Les règles juridiques et l'action », *Recueil Dalloz Sirey* 1993-29, Chronique.

⁶² M. Villey, *Philosophie du droit*, t. I : Définitions et fins du droit, Paris, Dalloz, 1986 (1^e éd. : 1975).

⁶³ *Abortion and Divorce in Western Law*, *op. cit.*

⁶⁴ *Rights Talk : the Impoverishment of Political Discourse*, *op. cit.*

⁶⁵ M.-A. Glendon, D. Blankenhorn (eds), *Seedbeds of Virtue: Sources of Competence, Character, and Citizenship in American Society*, Lanham (Md), Madison Books, 1995. Cet ouvrage est publié avec le soutien de l'Institute for American Values, dont D. Blankenhorn est président.

⁶⁶ Sur la distinction entre « *claim-rights* » et « *liberty-rights* », cf. W. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, New Haven (Conn.), Yale University Press, 1923. Cf. aussi la lecture heuristique de cette distinction, à laquelle procède [p. 333-357]

avec le « *Whose justice ?* » d'A. MacIntyre⁶⁷, la question : « *Whose rights ?* ». Le fondement de ces droits est alors en jeu ainsi que, sous un autre angle, le rapport de droits multiples avec l'unité du *nomos*, qui institue la société en définissant des règles communes pour l'exercice de l'agir (« *liberty-right* », pour reprendre la dichotomie de W. Hohfeld⁶⁸).

Le développement du langage des droits repose sur une hypertrophie de la confiance dans le droit, dont le pouvoir salvateur à l'égard des maux sociaux se trouve exagéré. Comme l'a relevé L. Friedman, dont l'argument de *Total Justice*⁶⁹ est mobilisé ici (272), un sentiment de possibilité d'une « justice totale » a émergé. Pour chaque dommage subi par un particulier, il doit exister, quelque part, quelqu'un d'autre aux poches bien remplies (l'État ou une grande entreprise). Ce quelqu'un peut être poursuivi et contraint à payer (*ibid.*).

La réflexion de M.-A. Glendon, rejoignant les positions d'un P. Manent en France⁷⁰, procède ici d'une double critique. Celle-ci vise d'un côté la conception lockienne des « *liberty-rights* », fondateurs des pouvoirs d'agir⁷¹ et d'où découle l'illusion de l'« *absoluité de soi* »⁷², et d'un autre côté la sociologie déterministe de l'imputation (le « point de vue sociologique » selon l'auteur de *La cité de l'homme*). On touche à la simultanéité, paradoxale et contradictoire, de l'internalisation de l'agence (mise en lumière, à propos, là encore, de J. Locke, par C. Taylor⁷³) et de l'externalisation de la responsabilité⁷⁴.

Ces processus trouvent leur fondement dans les pratiques des juristes eux-mêmes. Ainsi, à l'université, nombre d'enseignants traitent de la Constitution d'abord comme une source de droits judiciairement garantis : la « Constitution des professeurs » oublie le fédéralisme et la séparation des pouvoirs (219-220).

Prenant de la sorte le relais de la socialité défaillante⁷⁵, la juridisation des rapports sociaux est à l'opposé de l'idée – renvoyant à l'*Éthique* d'Aristote –, que l'auteur de *Rights Talk* se fait du droit : « *un art de poursuivre une vie digne* »⁷⁶. En ce sens, les

J. S. Coleman, *Foundations of Social Theory*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1990, p. 47 et s.

⁶⁷ A. MacIntyre, *Whose Justice, Which Rationality ?*, Notre-Dame (Ind), University of Notre-Dame Press, 1988 (1^e éd. : 1981).

⁶⁸ Cf. *supra* n. 33.

⁶⁹ *Total Justice*, Russel Sage, New York, 1986. Cf. aussi L. M. Friedman, *The Republic of Choice : Law, Authority and Culture*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1990. Cf. les développements consacrés par cet auteur aux idées juridiques dominantes dans la « République du choix » (96 et s.) : i) il ne doit pas y avoir de désavantage immérité (« *just desserts* ») ; ii) une culture de la deuxième chance (pas d'irréversibilité) ; iii) l'équivalence de tous les choix (« *loser's justice* »).

⁷⁰ P. Manent, *La cité de l'homme*, Paris, Fayard, 1994.

⁷¹ Cf. *La cité de l'homme*, *op. cit.*, ch. 4, L'homme caché : par. III-VIII.

⁷² Cf. *Rights Talk*, *op. cit.*, ch. 2 : The Illusion of Absoluteness.

⁷³ C. Taylor, *Sources of the Self: the Making of the Modern Identity* : Cambridge (GB), Cambridge University Press, 1989. Cf. ch. 9 : Locke's punctual self.

⁷⁴ Cf. *Rights Talk*, *op. cit.*, ch. 4, The Missing Language of Responsibility.

⁷⁵ Cf. *Rights Talk*, *op. cit.*, ch. 5 : The Missing Dimension of Sociality.

⁷⁶ Cf. *Abortion and Divorce...*, *op. cit.*, p. 142.

droits (« *rights* ») s'opposent au droit (« *law* ») et, de deux manières, à sa fonction « constitutive »⁷⁷.

Le droit n'est pas seulement la traduction institutionnelle des mœurs. S'appuyant là encore sur les réflexions de C. Geertz, M.-A. Glendon écrivait dans *Abortion and Divorce in Western Law* que « les histoires que nous racontons avec nos lois contribuent à faire ce que nous sommes comme société »⁷⁸. Un peuple dépourvu de cadres mentaux communs (qu'ils soient religieux ou historiques...) est enclin à considérer le droit comme expression et source de valeurs communes⁷⁹. Or le langage des droits, souvent contradictoires les uns par rapport aux autres (comme d'un côté la liberté de la parole – « *Free Speech* » –, découlant du Premier amendement, et, de l'autre, le contrôle procédural (procédurier...) des paroles⁸⁰ –), accentue la tendance dissensuelle des sociétés modernes à propos d'une notion du bien partagé.

L'opposition entre la loi et les droits fait ainsi éclater le *nomos*. En fournissant un principe unitaire aux « droits-créance » et aux « droits d'agir », la loi a pu normaliser fondements de la revendication et cadres de l'action. Les « droits » se fondent, au contraire, sur des principes pluriels, déconnectés en outre de procédures d'action elles-mêmes multiples. Les États-Unis sont devenus « une vaste faculté de droit »⁸¹. Mais cette faculté a élagué la loi des cursus qu'elle offre, lesquels sont au surplus – tel le baccalauréat français... –, de moins en moins communs (261). Une telle implosion du droit affecte ainsi sa capacité à constituer un cadre cognitif et moral pour tous : la prolifération des « droits » ne saurait être confondue avec un progrès de la loi.

Sous un second angle, la crise de la fonction constitutive du droit se manifeste dans la mise en cause, par la loi elle-même, des groupements et relations garants de la socialité – ce que M.-A. Glendon appelle « *seedbeds of virtue* » : familles, écoles, autorités locales, religions⁸²... Ces « pépinières », instances de transmission des vertus et compétences « *républicaines* » d'une génération à la suivante, peuvent être « *piétinées par les pieds de la puissance publique* » (275). M.-A. Glendon souligne le rôle désincitateur que la législation moderne du divorce et de l'avortement peut avoir par rapport à l'engagement de soi dans le projet familial, en donnant à la mise volontaire d'un terme à un mariage ou à une grossesse le seul statut d'un droit individuel (276)⁸³. Ici, la loi désordonne au lieu d'être ordonnatrice.

C'est – entre autres – toute l'ambiguïté du « *right to be let alone* », analysé à propos de la célèbre décision de la Cour suprême *Roe v. Wade* (1973)⁸⁴. En avançant

⁷⁷ « Le droit est constitutif lorsque le langage et les concepts juridiques commencent à affecter le langage ordinaire et à influencer sur la manière dont nous percevons la réalité. » (*Abortion and Divorce...*, *op. cit.*, p. 9).

⁷⁸ *Abortion and Divorce...*, *op. cit.*, p. 62.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 139.

⁸⁰ Cf. cet éditorial de *The Economist* (6 février 1999) : Down with the n-word.

⁸¹ C'est le titre du ch. 12 de *A Nation under Lawyers* : One Vast School of Law.

⁸² *Seedbeds of Virtue*, *op. cit.*, p. 2-3.

⁸³ Cf. aussi *Abortion and Divorce...*, *op. cit.*, p. 111-113.

⁸⁴ *Rights Talk*, *op. cit.*, p. 58.

d'un droit à l'intimité, déjà établi⁸⁵, à ce droit à la tranquillité, on est passé de la protection (souhaitée par un S. Mill) contre la tyrannie démocratique de la publicité, à la « *solitude du porteur de droits* »⁸⁶. Le caractère illusoire de cette progression se redouble de la mise en péril de ce capital social et culturel qui, pas plus que ne le sont les ressources naturelles, n'est automatiquement reproductible : les « *institutions nourricières* »⁸⁷.

Démocratie juridique, ou juridictionnalisation de la démocratie ?

Jus, directus, status. Lié au juste dans sa nature, à l'ordre en sa fonction, le droit est par ailleurs lui-même une institution, et comme tel une composante de l'État (*status*).

Parvenus ici au niveau de l'ordre politique, nous touchons au problème des **sources** du droit. La combinaison des actions des individus porteurs de droits, des avocats engagés et des juges « romantiques », a contribué à des déplacements constitutionnels, et abouti à la perturbation de processus politiques réformateurs. La démarche de M.-A. Glendon offre ici un cas d'école pour une étude de droit constitutionnel fondée sur un individualisme méthodologique.

Le point de départ est la démocratie juridique américaine. *A Nation under Lawyers* s'ouvre par une évocation du voyage de Tocqueville⁸⁸. On connaît l'importance accordée par le voyageur-sociologue à l'enracinement local du système judiciaire.

Le juge s'y voit reconnaître un pouvoir d'examen critique des décisions administratives et des textes (141 ; 167-8), qui remonte à l'incorporation de l'ancien système anglais de l'*equity* dans le régime judiciaire général⁸⁹. Ce « *judicial review* » a connu un développement spectaculaire à partir de la fin du XIX^e siècle.

Cette évolution aboutit à la « juridisation » (« *legalization* ») de zones entières de la vie sociale et de la vie politique, autrefois régulées par des conventions informelles (les « *manners* », elles-mêmes emboîtées dans les « pépinières de vertu » : 263-269⁹⁰). Cette incorporation étendue de la sociabilité dans la zone du droit s'accompagne de garanties judiciaires concomitantes. Il n'est pas de dissatisfaction qui ne puisse être portée devant le juge : ni l'ire provoquée par la vaine attente du prétendant amoureux à un rendez-vous convenu, ni, pourquoi pas, le sentiment d'injustice éprouvé par l'écolier de huit ans contraint, comme tous les élèves de la classe, à des excuses écrites après un chahut collectif trop poussé (257-258). Ce recours à la justice⁹¹ (cette « judiciari-

⁸⁵ *Ibid.*, p. 48 et s.

⁸⁶ Cf. *Rights Talk*, *op. cit.*, ch. 3, The Lone Rights-Bearer.

⁸⁷ *Seedbeds of Virtue*, *op. cit.*, p. 9-10.

⁸⁸ Hormis les grands juges, c'est l'auteur de la *Démocratie en Amérique* qui est le plus cité dans l'ouvrage.

⁸⁹ Cf. L.M. Friedman, *A History of American Law*, *op. cit.*, p. 25-27.

⁹⁰ Cf. aussi *Seedbeds of Virtue*, p. 6.

⁹¹ « *A l'école, on vous apprend à rechercher la justice* », se plaint à un journaliste ce veilleur de nuit, auteur de plus de cinquante actions judiciaires, lorsqu'en 1992 il lui arriva d'être débouté par un tribunal new yorkais (264).

sation ») révèle l'emprise sur la vie sociale d'une rationalité procédurale, accompagnant une perversion de la « démocratie juridique ».

La position affirmée des juges américains prend certes sa source dans le rôle qu'ils assumèrent, au niveau des États fédérés, dans la modernisation du droit privé, peu ou mal traitée par les législatures locales⁹². La solution des nouveaux problèmes économiques et sociaux liés à l'industrialisation et à l'urbanisation fut souvent assurée de manière « coopérative » entre les différentes branches de l'État (131 et s.).

Les « *aventures judiciaires* » changèrent toutefois de nature avec la mise en jeu de problèmes constitutionnels : « *lorsque les tribunaux accrochent leurs décisions au portemanteau de la Constitution, un point d'arrêt est mis au dialogue* » du législateur et du juge, lequel a le dernier mot (138). L'État réglementateur était devenu une sorte de « *quatrième branche* » du gouvernement (133) ; au lieu de se limiter à ce que L. Hand appelait, dans une conférence donnée à la Harvard Law School en 1958, un « *coup de main* », le juge interventionniste se constitue – selon un autre mot du célèbre magistrat lors de cette même conférence –, en « *troisième chambre législative* » (cit. : 139). Sous l'influence d'individus « aventureux », dont le type se trouva incarné par W. Brennan, l'une des principales figures de la Cour Warren (156-160), l'extension du « pouvoir d'examen » du juge a transformé les relations entre branches de l'État. Processus accentué par la création des multiples agences régulatrices – dont l'indépendance formelle est renforcée par leur capacité de combiner une logique d'action discrétionnaire et une logique déterminée par les requêtes de la loi⁹³. La régulation de la parole en public par les tribunaux, discriminant entre les plans d'exercice de l'autorité publique pour appliquer la doctrine jurisprudentielle du « *Public forum* », élaborée à partir des années 1960 dans le cadre du Premier amendement, est encore un exemple de ce contrôle juridictionnel de la vie publique⁹⁴.

Dans cette perspective, deux affaires exemplaires sont bien sûr *Brown v. Board of Education* (1954) d'une part, *Roe v. Wade* (1973) d'autre part. Les problèmes ne sont pas les mêmes (la ségrégation dans les établissements scolaires du Sud dans un cas, la liberté pour une femme de mettre un terme à sa grossesse dans l'autre). Ces cas ont constitué une étape dans l'obtention de nouveaux « droits ». Mais on a vu précédemment comment pouvait être mise en doute l'identification systématique, irraisonnée, des

⁹² Cf. L. M. Friedman, *A History of American Law*, op. cit., p. 122-3 ; 355-7.

⁹³ Cf. K.B. Anderson, « Agency discretion or statutory direction: decision making at the U.S. International Trade Commission », *Journal of Law and Economics*, XXXVI-2, oct. 1993, p. 915-935. Cf. aussi J. Chevallier, « Régulation et polycentrisme dans l'administration française », *Revue administrative*, 1-2/1998, p. 43-53.

⁹⁴ À l'occasion des « *Public forum cases* », les tribunaux ont à décider à quel type d'autorité est soumise une ressource (la liberté d'expression). Si le pouvoir public agit dans le cadre de son autorité « manageriale » – en tant que responsable d'une organisation administrative –, il peut contrôler l'usage de la ressource (à des fins organisationnelles). Si en revanche cette autorité s'avère être une affaire de « gouvernance », la ressource sera vue comme liée au « *Public Forum* », et il sera fait interdiction constitutionnelle à l'autorité concernée de contrôler l'utilisation de cette ressource, sauf dans les conditions permises par les principes habituels du Premier amendement. Cf. R. Post, *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management*, ch. 6 : Between Governance and Management: the History and Theory of Public Forum, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1995.

« droits » et du « progrès », et ce en s'en tenant au seul point de vue de la vie commune dans la *polity*.

Ces deux affaires ont un point commun : elles révèlent un déplacement de la source de la règle de droit (donc de l'équilibre constitutionnel des pouvoirs), et un dérèglement du mouvement législatif. Prolongeant un scepticisme que l'on rencontrait déjà chez L. Hand (139-141), M.-A. Glendon se montre – là encore à contre-courant de bien des opinions communes –, réservée à l'égard de *Brown*. Par-delà les décisions de la Cour Warren, spectaculaires et célébrées, les progrès de la déségrégation ont été surtout dûs à un processus législatif progressif (aboutissant au *Civil Rights Act* de 1964) (270-272). À propos de *Roe v. Wade* (1972), elle fait en outre sienne la position de la juge R. Bader Ginsburg. Celle-ci considère que l'énonciation judiciaire du droit à l'avortement a eu pour effet de bloquer le processus de réforme législative, qui était déjà en bonne voie aux États-Unis (138). Au lieu de ce qui, selon l'auteur de *Rights Talk*, auraient été des lois de compromis, accordant une protection très substantielle aux intérêts des femmes – sans dénier totalement protection à la vie en gestation – ⁹⁵, l'intervention judiciaire a entretenu la division sur ce problème et différé son règlement stable (138).

L'affirmation judiciaire, pendant de la *litigation*, concourt à faire surgir la source du droit ailleurs que dans sa « province » naturelle, en perturbant ainsi l'écologie de la communauté politique. On est passé de la démocratie juridique à la « juridictionnalisation » de la démocratie.

IV. — UN AUTRE « PARADIGME » ?

Aux critiques adressées, lors de la campagne présidentielle de 1992, par le tandem Bush-Quayle, à la profession juridique, responsable de l'explosion du contentieux, semblent faire écho les critiques contre « *le droit obscur, instable et finalement injuste* » émises par le Premier ministre français, M. A. Juppé, lors de sa déclaration de politique générale devant l'Assemblée nationale, en mai 1995 ⁹⁶. C'est dire que, si M.-A. Glendon inscrit sa réflexion dans une tradition, on peut aussi lui trouver une portée plus large.

L'implosion/explosion du droit (la *Verrechtlichung*), l'emballement du système juridique et sa soumission aux relations économiques et aux intérêts sociaux, ne sont pas un phénomène proprement « américain », pas plus que la diffusion de ces phénomènes ne peut être analysée comme une « américanisation ». Se contenter d'une telle notion, vide de sens sociologique, obscurcirait les deux lignes d'argument que le travail de M.-A. Glendon permet à un observateur européen (« *continental* ») de construire :

⁹⁵ *Rights Talk*, *ibid.* NB : M.-A. Glendon ne met pas en question le droit des individus ou celui des femmes à la maîtrise de leur corps. Elle refuse de les absolutiser, de les considérer indépendamment du droit des enfants à leurs parents, ou des droits et devoirs respectifs des deux concepteurs d'une vie en gestation (mutuellement et aussi par rapport à celle-ci).

⁹⁶ *Le Monde*, 25 mai 1995. On relèvera – traditions obligent – les différences dans la pointe de la critique : elle vise les praticiens d'un côté, le droit statutaire et réglementaire de l'autre.

— les pratiques élémentaires de la *Common law* ne sauraient être confondues avec les conduites de pathologie juridique (capitalisme juridique et frustrations professionnelles⁹⁷, activisme judiciaire, dérives de la *New Academy*, popularisation – à ne pas confondre avec démocratisation –, du recours aux tribunaux...), sous lesquelles nous les recouvrons abusivement : celles-ci sont au contraire les éléments de crise de cette tradition.

— l'instrumentalisation du droit, l'indétermination des règles floues opposées à l'idée de norme, l'essor des « magistratures de contrôle » peu contrôlées : ces mouvements sont certes associés, sous les modalités décrites, à la détérioration du système de la *Common law* aux États-Unis. Toutefois, ils traduisent, sur un plan plus profond, la crise de la régulation juridique, par-delà ses différents régimes. On ne saurait donc y voir, comme tels, des matériaux normatifs pour un autre mode de construction de l'ordre juridique.

Dans ses « vraies » caractéristiques élémentaires, la *Common law* abrite néanmoins des traits adaptés aux besoins émergents de régulation⁹⁸. La définition de cet autre « paradigme » est l'un des objectifs de l'argument d'*A Nation under Lawyers* (286-7). La conception qui en est développée *in fine* est prudente : E. Burke n'a-t-il pas été convoqué par l'auteur, pour appuyer un refus de traiter l'édifice juridique autrement qu'avec précaution ? (107).

Pas plus que l'auteur des *Réflexions sur la Révolution de France*, M.-A. Glendon ne se place cependant sous l'angle d'une restauration. Certes, le système juridique, comme la nation, étant « à la lisière du chaos » (285 et s.), il s'agit de redéfinir un état ontologique alternatif à celui-ci, en partant de l'identité du droit comme tel. À savoir, pour reprendre ce vers de W. Stevens⁹⁹, une « *rage bénie de l'ordre* » (*cit.* : 287), « *une impulsion plus ancienne que la parole* » (293). Par-delà les traditions particulières (anglo-américaine, romano-germanique), le nouveau « paradigme » n'est réductible ni à l'un des deux ordres fondamentaux définis par un F. von Hayek (« *Kosmos* » versus « *Taxis* »)¹⁰⁰, ni à leur simple (pas si simple, pourtant !) synthèse.

* *
*

La position de M.-A. Glendon est à la fois analytique et normative. Une sorte d'individualisme méthodologique, un projet quasi-weberien, sont en acte dans l'analyse. La démarche de son ouvrage repose sur la mise en scène d'actions individuelles. En ce sens, ce livre est une sociologie du droit.

⁹⁷ *A Nation...*, cf. ch. 5 : Feeling Bad when One Should Be Feeling Good ; Feeling Good when One Should Be Feeling Bad.

⁹⁸ Cf. R.A. Epstein, *Simple Rules for a Complex World*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1995.

⁹⁹ Cf. W. Stevens, *The Idea of Order at Key West* (Ideas of Order) in *The collected poems of Wallace Stevens*, New York, Vintage Books, 1990 (1^e éd. 1936). Sur la relation entre la poésie de W. Stevens et sa pratique de juriste, cf. R. A. Posner, *Overcoming Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1995, p. ch. 23, *Law and Literature Revisited*, p. 476-481.

¹⁰⁰ Cf. F.A. Hayek, *Droit, législation et liberté*, vol. 1 : Règles et ordre, Paris, PUF, 1980 (1^e éd. 1973), p. 41 et s.

En d'autres termes, selon qu'on aborde l'ouvrage en suivant la première ou la deuxième des lignes de lecture que nous avons proposées, on sera sensible à l'une ou l'autre des deux postures intellectuelles adoptées par M.-A. Glendon : tantôt analytique – lorsqu'elle traite de la crise de la *Common law* –, tantôt normative – lorsqu'elle se centre sur les problèmes de la régulation juridique. Cette double polarité s'inscrit néanmoins dans un propos unifié.

C'est en second lieu la dimension axiologique sous-tendant la défense d'une tradition ouverte – position fondée en philosophie morale –, qui donne unité au développement. M.-A. Glendon met en avant le rôle cardinal des valeurs comme déterminant des actions humaines. Parmi les premières évocations de l'ouvrage, sont ces mots gravés aux frontons des tribunaux et des facultés de droit : *Sub Deo et Lege* (4), ainsi que ce rappel de la formule utilisée dans le *New York Times*, en 1973, par A. Cox, alors Procureur spécial pour l'affaire du Watergate : « [...] est-ce que nous continuerons à être un État soumis aux lois et non aux hommes (...) » (8).

Université Paris-Dauphine (CERSO)
Place du maréchal de Lattre de Tassigny
75775 Paris CEDEX 16

Ouvrages de Mary-Ann Glendon

Arch. phil. droit 44 (2000)

- 1987, *Abortion and Divorce in Western Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
 1991, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, New York, The Free Press.
 1994, *A Nation Under Lawyers: How the Crisis in the Legal Profession is Transforming American Society*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
 1995, Blankenhorn D., eds, *Seedbeds of Virtue: Sources of Competence, Character and Citizenship in American Society*, Lanham (Md), Madison Books.

**Sources relatives aux transformations
du système juridique des États-Unis**

- Abel R.J. (1989), *American Lawyers*, New York, Oxford University Press.
 Anderson K.B. (1993), « Agency discretion or statutory discretion: decision making at the U.S. International Trade Commission », *Journal of Law and Economics* (XXXVI)-2, p. 915-935.
 Donham W.B. (1932), Essential groundwork for a broad executive theory, *Harvard Business Review*, (I)-1, p. 1-10.
 Epstein R.A. (1995), *Simple Rules for a Complex World*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
 Friedman L.M. (1985), *A History of American Law*, New York, Simon & Schuster (1^e éd. 1973).
 Friedman L.M. (1985), *Total Justice*, New York, Russell Sage.
 Friedman L.M. (1990), *The Republic of Choice: Law, Authority and Culture*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
 Glenn H.P. (1993), « La civilisation de la common law », *Revue internationale de droit comparé*, n° 3, juillet-septembre, p. 559-575.
 Greenhouse C. & al. (1994), *Law and Community in Three American Towns*, Ithaca (N.Y.), Cornell University Press.
 Kirat T. (1998), « Économie et droit : de l'analyse économique du droit à de nouvelles alliances ? », *Revue économique* (49)-4, p. 1057-1087.
 Mitchell J. (1990), « The policy activities of public authorities », *Policy Studies Journal* (18)-4, p. 928-942.
 Pollock F., Maitland F.W. (1989), *The History of English Law Before the Time of Edward I*, 2 vol. Cambridge (G-B), University Press (1^e éd. 1895).
 Posner R.A. (1995), *Overcoming Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
 Posner R.A. (1996), *Law and Legal Theory in England and America*, Oxford, Clarendon Press.
 Post R.C. (1995), *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
 Raynaud P. (1992), « Tyrannie de la majorité, tyrannie des minorités », *Le Débat*, mars-avril, p. 57-88.
 Sarat A., Scheingold S. (1998), *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilities*, New York, Oxford University Press.

Autres références bibliographiques

- Chevallier J. (1998), « Régulation et polycentrisme dans l'administration française », *Revue administrative* 1-2/1998, p. 43-53.
 Coleman J.S. (1990), *Foundations of Social Theory*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
 Elster J. (1992), *Local Justice: How Institutions Allocate Scarce Goods and Necessary Burdens*, Cambridge (G-B), Cambridge University Press.
 Hayek F.A. (1980), *Droit, législation et liberté*, vol. I : Règles et ordre, Paris, PUF (1^e éd. 1973).
 Hennis W. (1996), *La problématique de Max Weber*, Paris, PUF (1^e éd. 1987) .
 Hohfeld W. (1923), *Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning*, New Haven (Conn.), Yale University Press.
 Jacobs J. (1992), *Systems of Survival: A Dialogue on the Moral Foundations of Commerce and Politics*, New York, Random House.

- Jeammaud A. (1993), « Les règles juridiques et l'action », *R. Dalloz*: 29, Chronique.
- Karpik L. (1995), *Les avocats : entre l'Etat, le public et le marché, XIII^e-XX^e siècles*, Paris, Gallimard.
- Legendre P. (1992), *Trésor historique de l'Etat en France : l'Administration classique*, Paris, Fayard.
- MacIntyre A. (1988), *Whose Justice, Which Rationality ?*, Notre-Dame (Ind.), University of Notre-Dame Press (1^e éd. 1981).
- MacIntyre A. (1997), *Après la vertu : étude de théorie morale*, Paris, PUF (1^e éd. 1981).
- Manent P. (1994), *La cité de l'homme*, Paris, Fayard.
- Naville P. (1956), *Essai sur la qualification du travail*, Paris, Marcel Rivière.
- Ozouf M. (1998), *La Muse démocratique : Henry James ou les pouvoirs du roman*, Paris, Calmann-Lévy.
- Perelman C. (1979), *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz.
- Stevens W. (1990), « Ideas of Order », in *The Collected Poems of Wallace Stevens*, New York, Vintage Books (1^e éd. 1936).
- Strange S. (1996), *The Retreat of the State : the Diffusion of Power in the World Economy*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Sumner W. G., Keller A. G. (1927), *The Science of Society*, New Haven (Conn.), Yale University Press.
- Taylor C. (1998), *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity*, Cambridge (G-B), Cambridge University Press.
- Villey M. (1986), *Philosophie du droit*, t. I : Définitions et fins du droit, Paris, Dalloz (1^e éd. 1975).
- Weber M. (1971), *Économie et société*, 2 : L'organisation et les puissances de la société dans leurs rapports avec l'économie, Paris, Plon (1^e éd. 1922).
- Weber M. (1986), *Sociologie du droit*, Paris, PUF (1^e éd. 1960).

Documents

- Conseil d'État (1984), *Étude sur les autorités administratives indépendantes*, Paris.
- Déclaration de politique générale du Premier ministre à l'Assemblée nationale, 23 mai 1995, *Le Monde*, 25 mai 1995.
- Grisham J. (1993), *The Firm*, Londres, Arrow Books (1^e éd. 1991).
- Grisham J. (1998), *The Rainmaker*, Londres, Arrow Books (1^e éd. 1995).
- The Economist*, « When lawsuits make policy », 21 novembre 1998.
- The Economist*, « Down with the n-word », 6 février 1999.
- Vedel G., « La parité mérite mieux qu'un marivaudage législatif ! », *Le Monde*, 8 décembre 1998.