

## **Pèlerinage au Nouveau Monde Panorama des théories juridiques nord-américaines**

Ioannis PAPADOPOULOS  
*Université Panthéon-Assas (Paris II)*

### I. — RAISONNEMENT JUDICIAIRE — HERMÉNEUTIQUE JURIDIQUE

Quelques-uns parmi les plus grands philosophes du droit américains ont récemment écrit des livres se rapportant au raisonnement juridique et à l'acte de juger. Pratiquement toutes les tendances sont représentées. Le conflit sur le rôle adéquat des juges est toujours vivace. Il y a, d'abord, l'approche orthodoxe, celle de Ronald Dworkin, qui fait la part belle à l'activisme judiciaire. Selon Dworkin, l'idéal juridique du libéralisme politique appelle les juges à interpréter les exigences de la moralité politique de la Constitution, notamment pour ce qui concerne les libertés publiques. Un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois vigoureux, fondé sur le principe d'égalité des personnes, est le soubassement même du principe démocratique. Aux antipodes exactement se situe Cass Sunstein et sa théorie républicaine de la fonction juridictionnelle. Pour ce théoricien, le bon fonctionnement de la démocratie représentative dépend d'un minimalisme judiciaire qui évite toute conceptualisation et préfère s'en tenir à des « accords incomplètement théorisés ». Des méthodes juridiques prudentielles comme le raisonnement par analogie évitent l'empiétement judiciaire sur les processus de délibération démocratique.

Une autre controverse est celle autour du modernisme et du postmodernisme. Un Juge de la Cour suprême, Antonin Scalia, soutient que le projet moderne de la *rule of law*, construit sur des règles législatives claires et universelles et sur une interprétation judiciaire formaliste, est toujours d'actualité. La méthodologie judiciaire prémoderne de la *common law* avec ses particularismes est antidémocratique et génératrice d'insécurité juridique. Dennis Patterson est, lui, pour un dépassement postmoderne de l'épistémologie des théories juridiques actuelles. Partisan d'une approche argumentative et « modale » de la *praxis* juridique, il croit que le mal provient de l'ambition de théoriser et de justifier la pratique judiciaire.

Il y a, finalement, une pléiade de livres écrits par des représentants de l'école critique américaine (*Critical Legal Studies*). Tous ces ouvrages se proposent de décortiquer l'acte de juger dans sa réalité sociologique et dénoncent diverses idéologies et rationalisations qui sont nuisibles à l'intellection des phénomènes juridiques. Tous manient l'ironie [p. 359-417]

comme outil de déconstruction théorique. Parfois toute proposition positive est refusée. C'est le cas notamment de Pierre Schlag, qui se limite à une dénonciation cinglante de la rationalité des juristes, fétichiste et pétrie de contradictions. C'est le cas aussi de Duncan Kennedy, qui dissèque les contradictions et les préférences idéologiques nichées au plus profond de l'argumentation judiciaire. Suprême paradoxe et contradiction, la manipulation stratégique des matériaux juridiques par les juges bafoue et renforce à la fois le principe de légalité. Le plus souvent, pourtant, des propositions hardies – parfois même utopiques – émergent. Après une analyse pénétrante des transformations dans la conceptualisation du droit provoquées par la montée de l'État-providence, Louis Michael Seidman et Mark Tushnet se disent convaincus que la distinction traditionnelle entre le droit privé et le droit public est morte, sauf que les réflexes conservateurs de l'idéologie juridique actuelle refusent de le reconnaître et nous enfoncent dans des paradoxes insurmontables. Roberto Mangabeira Unger, lui, constate les ravages du rationalisme juridique et de l'hégémonie des juges et veut y remédier par la mobilisation des citoyens pour une expérimentation infinie avec les institutions, existantes et à inventer.

\* \*  
\*

- 1) Ronald Dworkin, *Freedom's Law : The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1996, 404 p.

Ronald Dworkin est considéré, à l'unanimité des spécialistes, comme le plus grand philosophe du droit vivant de langue anglaise. Il était jusqu'à récemment professeur de philosophie du droit à l'Université d'Oxford et est toujours professeur de droit à l'Université de New York. Les juristes et philosophes de langue française disposent désormais de la plupart de ses livres en traduction grâce aux efforts des Presses universitaires de France. Son ouvrage le plus récent, intitulé *Freedom's Law*, est une collection de textes écrits pour l'auditoire cultivé mais vaste du magazine culturel *New York Review of Books*. *Freedom's Law* est le premier livre de Dworkin à être exclusivement consacré à une discussion philosophique du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois et de la jurisprudence constitutionnelle américaine sur les libertés publiques. Il y est question d'intimité de la vie privée (*privacy*), d'avortement, d'euthanasie, d'option préférentielle pour les Noirs (*affirmative action*), de liberté d'expression et de nomination des juges à la Cour suprême des États-Unis. A cette collection d'articles Dworkin a rajouté une introduction extensive, intitulée « La lecture morale et la prémisses majoritaire », qui présente le plus d'intérêt pour la philosophie du droit. Son analyse est la continuation de celle que l'on trouve dans son livre le plus important, *L'empire du droit*. Dworkin soutient, en bref, que les dispositions constitutionnelles consacrant les droits individuels (le *Bill of Rights*) encapsulent des principes moraux qu'il s'agit pour les juges de tirer au clair par l'interprétation lorsqu'ils appliquent ces dispositions. La « lecture morale » du sous-titre est, donc, la justification des décisions constitutionnelles prises en matière de droits et libertés fondamentaux par des principes de moralité politique et non par des compromis politiques. *Freedom's Law* présuppose la connaissance des analyses brillantes de *L'Empire du droit*. Le style de Dworkin est,

comme toujours, flamboyant ; il s'avère aussi un observateur perspicace de la jurisprudence constitutionnelle américaine. Sur un plan général, les sources de son approche interprétative ne sont jamais vraiment élucidées. Il subsiste, aussi, une certaine ambiguïté concernant les parties de la Constitution qui sont propices à une « lecture morale ». Mais dans son ensemble le livre, encore que mineur dans l'œuvre de l'auteur, appartient incontestablement à la philosophie du droit haut de gamme.

L'auteur essaye de montrer que la lecture morale de la Constitution est ce que les juges américains font en réalité, même s'ils n'ont pas la franchise de le déclarer ouvertement. Les opinions judiciaires – qui, aux États-Unis, sont parfois des vraies dissertations – souvent ne sont compréhensibles que comme des interprétations fondées sur la moralité politique des institutions constitutionnelles américaines. « L'idéal américain de l'État de droit mais aussi de l'État de principe est la contribution la plus importante que notre histoire a donnée à la philosophie politique » (p. 6). Le livre est avant tout un appel aux Américains d'assumer leur tradition constitutionnelle de contrôle vigoureux de la constitutionnalité des lois qui, correctement interprétée, est pleinement compatible avec le principe démocratique. Pour défendre sa thèse, il procède à une distinction entre deux types de conceptions de la démocratie, la conception « majoritaire » (ou « statistique ») et la conception « constitutionnelle » (ou « communale »). Pour la première, source de la confusion actuelle des esprits et du décalage fâcheux entre la pratique juridictionnelle et l'idée qu'on se fait d'elle, la démocratie se résume aux décisions que la majorité des citoyens aurait prises si elle avait disposé de toutes les informations requises et du temps de réflexion nécessaire. Pour la seconde, au contraire, « l'objectif définitoire de la démocratie est... que les décisions collectives doivent être prises par des institutions politiques dont la structure, la composition et les pratiques traitent tous les membres de la communauté comme des individus ayant un droit égal de sollicitude et de respect (*equal concern and respect*) » (p. 17). C'est parce que beaucoup de personnes ont été aveuglées par la force de la rhétorique « majoritaire » qu'ils entretiennent des sentiments de suspicion vis-à-vis de la protection juridictionnelle des droits et libertés constitutionnelles. Le principe de dignité égale des personnes – le seul véritable principe de droit naturel – est ce qui légitime les démocraties constitutionnelles et, aux États-Unis, rend compte du fonctionnement de la justice constitutionnelle. « La lecture morale demande aux juges de trouver la meilleure conception des principes constitutionnels moraux – la meilleure compréhension des exigences de l'égalité de statut moral entre hommes et femmes, par exemple – qui s'intègre dans le grand récit de l'histoire américaine » (p. 11). Dès lors, la théorie d'interprétation constitutionnelle avancée par Dworkin, qui est un condensé de la théorie herméneutique proposée dans *L'empire du droit*, exhorte les juges de faire tous leurs efforts pour concrétiser l'idéal politique du libéralisme politique, à savoir l'égalité de sollicitude et de respect des personnes, que le *Bill of Rights* incorpore. Dans leur travail d'interprétation, les juges doivent se méfier de toute sorte de contrainte « mécanique ou sémantique » pour ne se fier qu'aux « bons arguments » (p. 82). Mais un bon argument en droit est différent d'un bon argument en philosophie morale. En droit constitutionnel, l'interprétation doit être encadrée par la tradition constitutionnelle du pays concerné, c'est-à-dire par l'ensemble des précédents judiciaires et des pratiques institutionnelles pertinents. Quoi qu'il en soit, les juges doivent s'acquitter de leur tâche de « lecture morale » de la Constitution même si – et peut-être surtout si – il existe des divergences sur la meilleure interprétation de la tradi-

tion constitutionnelle et des principes moraux de la Constitution. Les argumentations et contre-argumentations des juges ne sont pas un signe de faiblesse ; elles sont plutôt un signe de vigueur démocratique.

La thèse la plus audacieuse de *Freedom's Law* est sans doute le renversement de la fameuse « difficulté contre-majoritaire » du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. La théorie constitutionnaliste américaine s'était fourvoyée, depuis le livre *The Least Dangerous Branch* d'Alexander Bickel paru en 1962, dans l'impossibilité de justifier théoriquement une institution antidémocratique comme la justice constitutionnelle. Dworkin, au contraire, affirme que la justice constitutionnelle est *au service* de la démocratie et des valeurs républicaines parce qu'elle oriente le débat public autour des grands problèmes de société et de mœurs (comme l'avortement, l'euthanasie, le racisme ou la pornographie, pour ne s'en tenir qu'aux exemples discutés par l'auteur) vers des arguments de principe et loin des jeux politiques ou des rapports de forces qui sont le lot de la vie politique quotidienne. Les tribunaux seraient, donc, des « fora de principe » (p. 31) qui ôtent les sujets touchant directement à la dignité humaine de la récupération politicienne et contribuent à approfondir la discussion collective. Le meilleur exemple est celui du droit à l'interruption volontaire de grossesse. Aux États-Unis, contrairement à la France, ce droit fut reconnu par la jurisprudence fédérale et non pas par des instances politiques représentatives. Des théoriciens sérieux comme Cass Sunstein déplorent ce développement car ils croient qu'il aurait été mieux de laisser s'exprimer en temps voulu le Congrès et les législatures des divers États. Dworkin prend le contre-pied de cette approche. D'après lui, par sa discussion calme et savante des divers aspects – juridiques, moraux, médicaux, sociaux – du problème, la Cour suprême a donné une impulsion bénéfique au débat ultérieur qui, même s'il reste très (parfois trop) animé, est maintenant plus approfondi.

Malgré l'incontestable qualité de l'ouvrage, il subsiste une obscurité quant aux sources intellectuelles de la lecture morale. Dworkin donne l'impression d'osciller entre une lecture « naturelle » (p. 7) des expressions contenues dans la Constitution américaine (comme les mots *Due Process of Law*, ou encore *Equal Protection of the Laws*), les exigences implicites de la fonction juridictionnelle elle-même et le principe de base de la moralité politique occidentale, c'est-à-dire l'égalité de sollicitude et de respect des individus. L'analyse dworkinienne aurait tout à gagner à dissiper l'impression que l'argumentation morale est analytiquement incluse dans l'interprétation juridique elle-même et à revendiquer pleinement son héritage politique, qui est celui des Lumières et du libéralisme démocratique.

Par ailleurs, les contours de la lecture morale tracés par l'auteur ne paraissent pas compatibles avec sa propre philosophie herméneutique, telle qu'elle est développée dans *L'empire du droit*. Dans son dernier livre il écrit : « bien sûr, la lecture morale n'est pas appropriée à tout ce que contient une Constitution » (p. 8). Un exemple en ce sens est le Troisième Amendement à la Constitution, qui interdit au Gouvernement de loger des soldats dans des domiciles privés en temps de paix. Dworkin reconnaît volontiers que cette disposition reflète un principe moral, à savoir la protection de la vie privée des civils, mais il ajoute aussitôt que « le contenu du Troisième Amendement n'est pas un principe général de respect de la vie privée » (p. 8). Cette observation n'est pas satisfaisante. En effet, toute l'analyse dworkinienne tend à démontrer que la formulation

langagière des droits n'a pas tellement d'importance (sauf si on est des « textualistes » acharnés) ; ce qui compte, c'est le travail interprétatif explicitant le principe moral (ou le faisceau des principes moraux) sous-tendant la disposition juridique en cause. D'autres dispositions du *Bill of Rights* (comme le Quatrième Amendement, qui interdit les « fouilles et saisies déraisonnables » des effets privés des personnes) ne sont pas formulées comme des principes moraux, mais ont donné lieu à toute une jurisprudence et une réflexion sur les raisons morales de leur vote. De surcroît, dans *L'empire du droit*, Dworkin soutient que sa philosophie herméneutique est universellement applicable, que nous ayons affaire à des cas « faciles » (comme le cas du Troisième Amendement, qui n'a jamais donné lieu à interprétation judiciaire) ou des cas « difficiles ». La seule différence est que les règles claires (comme la condition d'âge des candidats à la présidence de la République ou les dispositions techniques du Code de la route) sont des points fixes – des « paradigmes », selon la terminologie dworkinienne – que personne ne pourrait contester sans perdre automatiquement sa crédibilité chez ses concitoyens. Mais ces règles sont, elles aussi, intégrées dans le « récit », dans la tradition juridique que le juge est appelé à continuer en découvrant par l'interprétation et en appliquant ces principes qui montrent le système juridique sous son meilleur jour.

\* \*  
\*

2) Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication [fin de siècle]*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1997, 424 p.

Ce livre est important. Son auteur, Duncan Kennedy, aujourd'hui professeur de philosophie du droit à Harvard, est le chef de file du mouvement des « Études juridiques critiques » (*Critical Legal Studies*) et probablement le théoricien le plus brillant de cette mouvance. Ses nombreux articles ont voué aux gémonies le mode de formation des élites intellectuelles aux États-Unis et les méthodes de reproduction des hiérarchies sociales au sein de l'université ; ils ont aussi fourni la meilleure base théorique pour une critique des contradictions dans lesquelles sont empêtrés les concepts juridiques de la *common law*. Ce livre représente la première synthèse de ses positions, ce qui est en soi un gage de son importance.

En bon continuateur d'une tradition critique émanant du réalisme juridique américain de l'entre-deux-guerres, Kennedy essaye d'éclaircir le rôle de l'idéologie dans le travail herméneutique du juge. Sa posture est celle de quelqu'un qui est à la fois engagé politiquement à gauche et « postmoderne ». Il entreprend son projet en procédant à une distinction importante : celle entre un point de vue « externe » et un point de vue « interne » de l'acte judiciaire et son déroulement (*adjudication*). Philosophiquement averti, il identifie le point de vue externe à une approche structuraliste et le point de vue interne à une approche phénoménologique. Le point de vue externe du théoricien examine et explique la structure discursive et argumentative spécifiquement juridique dans laquelle le juge est appelé à opérer, sans chercher à tirer au clair les présuppositions – normatives ou autres – de celui-ci. Son point de vue interne, lui, essaye de comprendre les mécanismes de pensée à l'œuvre dans la conscience du juge lorsque celui-ci interprète le droit ainsi que les attentes de sens de la communauté interprétative des juristes.

[p. 359-417]

I. PAPADOPOULOS

*Arch. phil. droit* 44 (2000)

Kennedy explique d'un point de vue externe que la structure discursive juridique aux États-Unis prend la forme d'un rapport entre un système de règles et les raisons d'être (*ratio juris*) de ces règles. Ces raisons peuvent être, soit déductives/démonstratives, soit (le plus souvent) de politique juridique. Or la structure intrinsèque des raisons de politique juridique est – selon Kennedy – construite (même si ce n'est pas toujours de façon explicite) en binômes formalisés de bouts d'argumentation contradictoires. Un exemple probant est l'argumentation que les règles ont un caractère tranché, de noir sur blanc, suivi de la contre-argumentation que les règles ne sont pas capables d'apporter des solutions flexibles et équitables. Ou encore le conflit sempiternel entre une méthode d'interprétation littérale des règles juridiques et une méthode téléologique. Devant cette structure langagière le juge est, *nolens volens*, obligé de mettre en balance les diverses politiques juridiques présentes, ce qui rend son travail intrinsèquement idéologique. Pis, les concepts juridiques (surtout les standards et clauses générales) encapsulent déjà, de par leur formation historique, des préférences idéologiques qui sont « libérées » chaque fois qu'un juge se met à les interpréter. La thèse provocatrice de Kennedy d'un point de vue interne est que les juges ne cessent de manipuler stratégiquement les matériaux juridiques, mais aussi l'idéal même du principe de légalité (*rule of law*), par leur « mauvaise foi » (p. 191) qui les induit à camoufler le rôle de l'idéologie dans l'acte judiciaire. Paradoxalement, l'idéal libéral de la *rule of law* serait simultanément bafoué et affirmé par les juges : il serait bafoué dans la mesure où ceux-ci ne sont pas vraiment politiquement neutres vis-à-vis du droit positif, mais il serait aussi affirmé parce que l'interprétation judiciaire tempère la force idéologique originale de la loi en y ajoutant les considérations politiques des juges eux-mêmes, ce qui produit un effet conforme au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs. En fin de compte, les juges légitiment le *statu quo* par leur appel à des principes juridiques supposés neutres et universels.

L'analyse et le projet de Kennedy, quoique d'une clarté et d'une force exceptionnelles, ne sont pas exempts d'ambiguïtés. En adepte de Foucault, l'auteur n'hésite pas à appeler de ses vœux des mouvements de contestation et de transformation radicales au niveau micro-institutionnel et « local », tout en récusant un engagement à des utopies ou des projets politiques globaux. Car son ardeur d'émancipation vient se heurter à sa « perte de foi » (p. 313) postmoderne et sa méfiance envers toute théorie et projet cohérent, ce qui ne laisse ouverte que la possibilité d'action au niveau de l'expérience quotidienne. Nous sommes, finalement, témoins d'une analyse exceptionnellement lucide de la réalité structurelle et phénoménologique de l'acte judiciaire qui se met elle-même en doute. Cette ambiguïté se couple d'une autre ambiguïté, méthodologique celle-ci : son analyse veut être « objective » car il faut comprendre l'acte de juger tel qu'il est avant de pouvoir le critiquer ou en proposer un modèle alternatif ; mais elle n'est pas pour autant le miroir de la réalité (ce qui serait une illusion descriptiviste), elle est plutôt une représentation qui veut « faire plaisir à, informer et – pourquoi pas – transformer l'auditoire » (p. 16-17).

\* \*  
\*

3) Dennis Patterson, *Law and Truth*, New York, Oxford University Press, 1996, 189 p.

Le postmodernisme fit son apparition en philosophie américaine avec le livre de Richard Rorty *Philosophy and the Mirror of Nature* (traduit en français sous le titre *L'homme spéculaire*). Dans ce livre, Rorty s'en prenait au « fondationnalisme », c'est-à-dire à une conception métaphysique de la vérité qui n'accepte comme vraies que les propositions dont le référent correspond à un fait réellement survenu dans le monde. Le prototype de cette théorie métaphysique est la conception scolastique de la vérité comme adéquation de l'objet à l'intellect. La crise épistémologique généralisée qui éclata, dans le monde des « sciences dures », du fait de la mécanique quantique et, plus tard, des théories du chaos mit en question cet idéal d'une connaissance neutre, pur reflet de l'état des choses. Aussi la philosophie fut-elle amenée à constater que les notions d'objectivité et de neutralité ne jouent plus leur rôle traditionnel de garant externe de la vérité. Inspirée des *Investigations philosophiques* de Ludwig Wittgenstein et du « tournant langagier » en philosophie, le postmodernisme a voulu substituer à la vérité comme ensemble des propositions objectives sur l'état du monde une pensée « locale » et pragmatique, concentrée sur les descriptions des pratiques langagières et sociales intra-mondaines. Ce tournant philosophique fait tache d'huile en théorie du droit depuis une dizaine d'années. Plusieurs théoriciens se réclament désormais – parfois de façon assez vague – du postmodernisme dans leur effort de démonter le formalisme et l'objectivisme juridiques. Dennis Patterson, professeur de droit à l'Université de Rutgers, a écrit un livre-manifeste du postmodernisme juridique qui attaque les plus grands des philosophes du droit anglo-américains pour leur ontologie juridique désuète. Patterson croit que H.L.A. Hart, Ronald Dworkin, Michael Moore et Stanley Fish sont tous des « fondationnalistes » car ils partagent l'idée erronée que la valeur de vérité des propositions juridiques est donnée par des conditions externes à la pratique même de l'argumentation juridique. L'auteur avance l'hypothèse épistémologique hardie que la « vérité » en droit est simplement fonction de la façon dont l'argumentation juridique est utilisée par les participants aux pratiques juridiques. *Law and Truth* est essentiellement « un ouvrage de démolition » (p. 181). L'auteur n'a aucune envie de faire encore une théorie du droit et définit l'attitude postmoderne par la négation des erreurs du modernisme. Ses réflexions sont intéressantes, mais ses critiques de Dworkin et de Hart ne sont pas correctes et sa propre théorie laisse à désirer.

*Law and Truth* commence par un rappel des grandes lignes du débat entre les réalistes et les anti-réalistes en métaphysique et en philosophie morale. Les réalistes moraux comme Moore croient qu'une proposition normative est vraie s'il existe un fait moral qui la valide, même si ce fait est en dehors de notre portée épistémique. Les anti-réalistes moraux comme Fish croient que la vérité des propositions normatives dépend de l'existence de conventions stipulées ; partant, une assertion qui n'est appuyée par aucune convention n'est que l'expression d'une émotion ou d'une préférence nue du locuteur. Pour Patterson, ces théories sont toutes les deux entachées d'un dogmatisme sémantique parce qu'elles réduisent la signification d'une proposition à sa conformité à des conditions qui la rendent vraie. Afin d'éviter la dépendance de critères essentiellement contestés (les faits moraux) ou nécessairement lacunaires et ambigus (les conventions humaines), le postmodernisme intervient pour déplacer le lieu de la vérité vers la description des pratiques quotidiennes dans lesquelles nous nous engageons. Pour revenir à la philosophie du droit, Patterson déclare que « la vérité des propositions juridiques [p. 359-417]

consiste à la pratique, pas aux faits » (p. 68). Autrement dit, une proposition juridique est vraie « si un acteur juridique compétent pourrait justifier son assertion » (p. 152) par un recours à ces formes culturellement acceptables de tirer d'inférences juridiques que l'on appelle « arguments ». L'auteur emprunte au théoricien du droit américain Philip Bobbitt l'approche « modale » de l'analyse juridique, d'après laquelle une culture juridique reconnaît divers types d'argument comme autant de modalités du discours des juristes formant la grammaire du langage juridique. Ces formes d'argument ne sont pas des règles ; elles sont « ce qui nous donne la possibilité de suivre une règle » (p. 69). Le droit n'est pas une science naturelle, mais une pratique sociale normative. Une observation attentive de cette pratique nous dévoilera quels sont les arguments juridiquement justifiés dans une culture juridique donnée. Suivant la thèse du philosophe W.V.O. Quine, notre texture de croyances sous-tend notre acceptation d'une proposition comme vraie. Patterson suit Quine sur ce point ; quand un juriste postmoderne veut persuader de la justesse de son interprétation, il fait appel aux croyances de son interlocuteur qui sont déjà en place en les combinant de façon à induire chez lui, pas à pas, d'autres croyances jusqu'à ce qu'il arrive à empreindre sa pensée de l'interprétation proposée. En cas de conflit entre modalités d'argumentation pointant vers des solutions opposées, Patterson nous conseille de suivre la maxime de la « mutilation minimum » de Quine, qui dit qu'il faut abandonner le moins possible de nos croyances ou pratiques existantes. En définitive, Patterson plaide pour l'abandon de l'ontologie juridique, qui cherche les fondements métaphysiques du droit, au profit de la description de nos pratiques langagières et argumentatives entreprises devant les instances juridiques.

Pour l'auteur, Dworkin est un réaliste moral qui croit à l'existence d'une seule solution correcte dans chaque cas difficile en droit. Cette critique, bien que partagée par beaucoup d'autres philosophes du droit, n'en est pas moins fautive. En réalité, Dworkin est d'accord pour dire que le droit est une pratique sociale argumentative ; il croit, lui aussi, que la valeur aléthique des propositions juridiques est le résultat d'une argumentation plus forte que son opposée. Qui plus est, dans son livre le plus important, *L'empire du droit*, il propose une ontologie juridique herméneutique qui rejette toute forme de sémantique juridique définitionnelle. À la place de conventions linguistiques nécessaires et suffisantes pour la fondation de la vérité, il recommande de comprendre le droit à l'aide de l'interprétation constructive des pratiques sociales. Certes, Dworkin est en général catalogué comme un auteur de droit naturel à cause de sa thèse que les réponses correctes aux questions juridiques sont surdéterminées par la moralité politique d'un ordre juridique. Mais, contrairement à ce que pense Patterson, cette moralité n'est pas un fait transcendant chez Dworkin ; elle est le fruit de l'interprétation – toujours renouvelée – d'une tradition juridique. Il est d'ailleurs curieux de voir Patterson critiquer Dworkin pour sa tendance à voir de l'interprétation partout, même dans les cas faciles où « il existe des critères institutionnels établis qui nous disent si l'affirmation qu'une proposition juridique donnée est vraie est justifiée » (p. 90). L'auteur ne succombe-t-il pas ainsi au conventionnalisme moderne qu'il critique par ailleurs ? Sa critique de Hart n'est pas plus satisfaisante. Suivant Patterson, l'ontologie juridique hartienne adopte un test de pedigree selon lequel les critères de validité juridique ne peuvent être que des faits sociaux comme le vote d'une loi par une assemblée parlementaire. Cela n'est pas correct : Hart prend la précaution d'observer que la règle de reconnaissance d'un système juridique mûr

(la règle secondaire qui spécifie les critères d'identification d'autres règles sociales comme des règles juridiques primaires) peut parfaitement autoriser la référence à la morale, à côté des conventions sociales, comme critère de validité juridique. Il est tout aussi injuste de taxer Hart de réductionnisme naturaliste quand on sait qu'il a parlé de la compréhension du droit comme phénomène normatif d'un « point de vue interne ». Derrière ces erreurs se trouve une méprise sur la supposée épistémologie du positivisme juridique hartien. En réalité, cette théorie reste agnostique sur la métaphysique de la vérité ; la règle de reconnaissance peut utiliser comme critère de validité juridique aussi bien un critère « moderne » de vérité comme adéquation (ne compte comme proposition juridique que celle qui correspond à un fait social établi avec autorité) qu'un critère « postmoderne » de vérité comme cohérence (ne compte comme proposition juridique que celle qui s'intègre bien dans les autres propositions que l'on tient déjà pour juridiques).

*Law and Truth* ne nous offre aucune philosophie juridique au sens traditionnel du mot. En cela, l'auteur suit l'attitude non théorique du dernier Wittgenstein. Mais l'évitement de la théorie a ses limites. Nous avons vu que la solution qu'il préconise en cas de conflit argumentatif est d'accepter la solution qui ébranle le moins possible notre texture de croyances sur notre système juridique. Patterson écrit qu'« en droit, nous choisissons la proposition qui est la plus cohérente avec tout ce que nous croyons vrai » (p. 172), mais sans affiner plus son analyse. Or le principe quinien de la « mutilation minimum » et la maximisation de la cohérence demandent une explication théorique de leur fonctionnement. Par conséquent, c'est l'un des deux : ou bien on émule Wittgenstein qui dit dans les *Investigations philosophiques* que l'observance des règles est « aveugle » (guidée plus par l'exemple que par la théorie) et alors aucune mention de « cohérence » n'est acceptable ; ou bien on prend au sérieux la quête de cohérence exprimée par les opérateurs juridiques eux-mêmes dans leur argumentation et alors on doit essayer d'en expliquer les mécanismes. Peut-être ce problème reflète-t-il l'insuffisance des théories dites postmodernes qui se bornent à déconstruire d'autres théories. Toujours est-il qu'aucune « description » des pratiques juridiques comme celles des pays anglo-saxons qui donnent une large place à la cohérence (avec les précédents judiciaires ou les doctrines juridiques, entre autres) ne peut se faire en dehors du « point de vue interne » des participants à ces pratiques. Qu'est-ce qui fait qu'un schéma de principes et de pratiques normatifs paraît moins ébranlé ou plus cohérent par un argument ? Comment pouvons-nous soupeser l'importance des croyances normatives pour connaître celles que nous pouvons sacrifier et celles qu'il nous faut préserver, sinon par une évaluation morale de ces croyances ? Il y a, en fin de compte, une moralité imbriquée dans les pratiques juridiques argumentatives qui n'est, certes, pas transcendante, mais qui n'est pas non plus une modalité du langage juridique parmi d'autres.

\* \*  
\*

- 4) Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation : Federal Courts and the Law*, Princeton, N. J., Princeton University Press, 1997, 159 p.

Le juge Scalia s'est fait remarquer dès sa nomination à la Cour suprême par le président Reagan en 1986 pour ses opinions virulentes en matière d'interprétation législative. *A Matter of Interpretation* est la transcription du texte de la prestigieuse conférence Tanner qu'il a donnée à l'Université de Princeton, suivie des notes critiques de quelques-uns parmi les plus grands théoriciens américains (Ronald Dworkin, Mary Ann Glendon, Laurence Tribe et Gordon Wood) et d'une réponse de Scalia. La méfiance de l'auteur vis-à-vis des méthodes interprétatives de la *common law* et sa préférence pour une interprétation judiciaire formaliste sont les thèmes centraux du livre. Le juge Scalia veut rompre avec une tradition judiciaire millénaire axée sur l'interprétation empirique et *in concreto* des lois, la création d'exceptions juridictionnelles pour pallier les résultats absurdes, la recherche de la *ratio decidendi* des précédents judiciaires et une lecture des lois qui les intègre au tissu normatif formé par les doctrines, maximes, principes et méthodes argumentatives de la *common law*. Son mot d'ordre est le retour à la *rule of law* (principe de légalité) et aux principes de base de la démocratie représentative. Bien que sa prose traduise des convictions fortes et que son analyse soit séduisante, le problème principal avec ce livre est le manque d'approfondissement analytique du concept de « démocratie » et d'examen empirique de la réalité institutionnelle de nos sociétés complexes.

Le juge Scalia entend promouvoir une herméneutique de formalisme démocratique pour des raisons de moralité politique. Il croit, en effet, que le système de raisonnement judiciaire de la *common law* laisse trop de place au pouvoir discrétionnaire, et donc aux préférences politiques, des juges et contrarie la quête de stabilité et de prévisibilité de la société civile. Son appel pour une interprétation « textualiste » et liée par des règles strictes, claires et universelles (*rule-bound interpretation*) est donc sous-tendu par l'idéal démocratique du principe de légalité. Scalia insiste que seul un environnement normatif ayant ces caractéristiques formalistes saura donner des incitations correctes aux assemblées législatives et insuffler du respect pour le droit aux particuliers. Il y aurait, selon lui, deux moyens principaux pour réussir ce défi : la récusation de tout particularisme dans le jugement et l'enracinement de l'interprétation judiciaire sur la seule signification qu'avait le texte juridique (Constitution ou loi) au moment de son vote.

Ce réquisitoire contre la flexibilité de la *common law* provenant d'une des plus importantes figures du droit américain donnera sûrement à penser aux comparatistes. Du point de vue de la philosophie politique et juridique, force est de constater que l'analyse du juge Scalia confond la démocratie et ses valeurs avec le simple résultat des votes pris à la majorité, ce qui est une « conception statistique » de la démocratie (selon la formule de Dworkin). Le souci de Scalia est de donner tout le pouvoir aux instances qui jouissent de la représentativité démocratique et de ne pas permettre celles-ci de se décharger sur les juges. Une première objection à cette conception est soulevée par le fameux théorème d'Arrow (qui dit, en gros, qu'il est impossible aux organes collégiaux d'arriver à la formation d'un intérêt général à partir des intérêts pluriels et sectoriels exprimés par les diverses factions qui y siègent). Mais le défaut le plus profond de cette attaque néobenthamicienne à la *common law* est que le droit jurisprudentiel anglo-saxon est tout

aussi, sinon plus, démocratique que le droit légiféré. En effet, la rationalité propre à la *common law* fait en sorte que les juges comprennent un texte à la lumière des pratiques sociales qui lui ont donné naissance et l'entourent ; les attentes normatives des agents sociaux concernés forment un arrière-plan sur lequel viendra se greffer le texte. Ainsi, c'est la rationalité de l'agir autonome qui fournit la prévisibilité et la stabilité du « droit commun » en traçant les contours du possible dans les pratiques sociales et du plausible dans les interprétations judiciaires. Une des grandes leçons de la *common law*, dont la valeur est reconnue aussi par Scalia, est que la systématisation jurisprudentielle des grands principes d'un domaine du droit sert d'acquis normatif auquel le droit écrit ne peut pas déroger sans une indication claire et précise à cet effet. La *common law* et ses méthodes interprétatives mettent, donc, en œuvre une rationalité pratique plus respectueuse de l'autonomie normative de la société civile et de ses régularités d'action ; il est permis de penser qu'il s'agit là d'une conception plus profonde et plus solide de la démocratie.

À cela s'ajoute l'objection qui met le point sur le manque de réalisme institutionnel de l'auteur. Ce sont les États-Unis, poussés par un esprit de pluralisme normatif et de proximité des décideurs au peuple (*responsiveness*, dans la terminologie des sociologues Nonet et Selznick), qui ont donné naissance, dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, aux autorités administratives indépendantes. La prolifération de ces instances de régulation et l'élargissement de leurs compétences a sérieusement décentré le Parlement, qui n'est plus considéré comme le seul détenteur de la légitimité démocratique. Or Scalia raisonne comme si cette réalité institutionnelle n'existait pas. Cependant, il est très difficile d'oblitérer le fait qu'aujourd'hui, en matière de droit public au moins, ce sont notamment ces instances qui se sont substituées au Parlement pour adapter les règles juridiques à la complexité croissante des données techniques et des systèmes sociaux. Certes, le déficit démocratique de ces instances – au moins en Europe – ne laisse pas encore parler d'une « démocratie administrative ». Mais leur rôle de médiateur entre la société civile et les pouvoirs publics ainsi que leur poids dans l'interprétation et l'adaptation de la loi sont de plus en plus consolidés. Une herméneutique juridique qui prétend qu'il n'y a qu'une bipolarité Parlement-Tribunaux est sérieusement défailante.

\* \*  
\*

5) Pierre Schlag, *The Enchantment of Reason*, Durham N. C., Duke University Press, 1998, 160 p.

Ce livre est un avatar des *Critical Legal Studies* (« Études juridiques critiques »). Ce mouvement théorique, qui se réclame de la tradition du réalisme juridique des années 1930 et 1940 et de son attitude critique envers le conceptualisme juridique, est toujours, paraît-il, en ébullition, bien que les ardeurs de déconstruction des dogmes juridiques se soient un peu émoussées ces dernières années. Pierre Schlag, professeur de droit constitutionnel à l'Université de Colorado, a déjà signé – seul ou avec d'autres auteurs – des livres et articles aux titres provocateurs comme *Against the Law* (Contre le droit) (1996), ou encore *Law as the Continuation of God by Other Means* (Le droit

comme continuation de Dieu par d'autres moyens) (1997). On peut trouver dans son dernier livre le meilleur et le pire des idées des partisans des « Études juridiques critiques ».

Schlag se met à déconstruire l'idée de la raison en droit en essayant de trouver, selon une méthode prisée par les adeptes des Études juridiques critiques, les contradictions inhérentes mais cachées dans la rhétorique des juristes qui se prévalent de la « rationalité » dans leurs argumentations. L'auteur essaye de montrer que le recours des juristes à la rationalité s'épuise très vite et que, à partir de ce moment-là, ceux-ci sont inconsciemment obligés de fonder leurs conclusions sur des émotions, des préjugés, des dogmes etc. Le nerf de l'argument consiste à dire que, puisque la raison ne peut pas raisonnablement être récursive ou se fonder sur elle-même, elle est en réalité mise en branle par des croyances (par définition) irrationnelles ; pire, elle est elle-même « une forme de croyance » (p. 38), une espèce de substitut séculier de la croyance en Dieu. Une fois déconstruite la dignité ontologique de la raison, Schlag complète son tableau pessimiste et ironique en mettant en évidence la tendance inhérente de la raison juridique à hypostasier les règles juridiques (en parlant d'elles comme si elles occupaient de l'espace : des « règles inférieures ou supérieures à d'autres règles », ou comme si elles avaient une substance) et à les rendre anthropomorphes (en parlant d'elles comme si elles avaient des qualités subjectives : elles « permettent » une action, elles ont des « intentions » etc.). Bref, non seulement la glorieuse raison juridique est infondée, mais elle fétichise aussi ses objets. Les juristes ne se le disent pas puisque cet aveu ruinerait, tout simplement, leur aura professionnelle et leur positionnement marketing dans le marché global des services.

Bien que dans les meilleurs passages du livre Schlag fasse preuve d'une verve critique vraiment rafraîchissante et ouvre l'esprit des juristes à une sociologie de la connaissance juridique, les défauts du livre sont patents. L'auteur a certainement raison de mettre en question la marginalisation par une raison arrogante d'autres paramètres normatifs comme l'« autorité, l'expérience, les conventions, la tradition, l'éthique » (p. 22). Mais il ne réussit pas pour autant à démontrer le rôle néfaste de la rationalité dans le travail du juriste. La sienne est plutôt la posture d'un « absolutiste déçu » qui place d'emblée trop haut la barre pour la raison et qui, lorsque celle-ci s'avère ne pas être à la hauteur de sa surpuissance imaginée, dresse son acte de décès. Or le problème avec Schlag est plutôt un problème plus général avec beaucoup de théoriciens américains qui ont des ambitions philosophiques : ils ne suivent tout simplement pas les développements philosophiques de l'ancien continent. Même s'il serait excessif de demander à Schlag une connaissance de la controverse sur l'ultime fondation de la raison opposant Habermas à Apel, on peut quand même s'attendre à ce qu'il ait lu la *Critique de la raison pure* de Kant, où le rationalisme dogmatique est battu en brèche afin de donner un rôle plus modeste et régulateur à la raison et d'opérer un virage de la raison théorique vers la raison pratique.

\* \*  
\*

- 6) Louis Michael Seidman & Mark V. Tushnet, *Remnants of Belief*, New York, Oxford University Press, 1996, 223 p.

Comme chacun sait, entre 1932, année d'élection de Franklin Delano Roosevelt à la présidence des États-Unis, et 1937, année où la Cour suprême s'est résignée à avaliser le programme économique keynésien du Président, il y eut un vrai bouleversement aux conséquences énormes sur le monde entier. Le « gouvernement des juges », décrié par Edouard Lambert et la quasi-totalité des juristes américains de l'époque, céda la place à un gouvernement fédéral renforcé et composé de technocrates adeptes du *New Deal* promis et mis en œuvre par Roosevelt. Toutefois, beaucoup de juristes et de philosophes du droit – au moins en Europe – ignorent l'ampleur des transformations provoquées par le *New Deal* dans la conceptualisation même du droit. La philosophie et la méthodologie juridiques propres à la *common law* furent mises à mal par des nouvelles techniques juridiques qui balayèrent à jamais une certaine idée du droit naturel. Louis Michael Seidman et Mark Tushnet, professeurs de droit à l'Université de Georgetown, ont écrit un livre captivant et provocateur sur l'impact de cette révolution juridique à la théorie du droit américaine. En leur qualité de constitutionnalistes, théoriciens du droit et figures de proue du mouvement académique des *Critical Legal Studies*, Tushnet et Seidman racontent la montée et le déclin du nouveau constitutionnalisme du *New Deal*. Maniant l'ironie caractéristique des *Critical Legal Studies*, ils se disent sceptiques et désabusés sur la philosophie actuelle des juges de la Cour suprême qui tend vers la restauration de l'« ancien régime », tout en déclarant leur foi à la rhétorique et l'idéal « transformateurs » du constitutionnalisme américain.

Les auteurs décrivent très clairement la révolution dans la pensée juridique qui eut lieu lorsque l'activisme politico-économique du *New Deal* fit comprendre aux juristes que l'intervention étatique est partout, même là où l'État n'a pas (encore) agi. La Cour suprême commença par réinterpréter les précédents en matière de nuisances publiques. Elle réussit peu à peu à créer un univers juridique où les règles de base de la *common law* concernant la propriété privée, les contrats, les délits et le droit de la famille furent dépouillées de leur aura sacrée pour être considérées comme le produit des actes de volonté des pouvoirs publics. Ces développements sonnèrent le glas de la *common law* rationaliste et dogmatique de Blackstone. Le droit naturel fondé sur l'inaliénabilité de la propriété et de la liberté individuelle fut discrédité pour longtemps dès lors que les ingénieurs sociaux pragmatiques du *New Deal* rejetèrent en bloc toute « idéologie rétrograde qui obstruait la quête de solutions pratiques à une période de crise » (p. 147). Seidman et Tushnet sont très audacieux dans leurs observations. Selon eux, le constitutionnalisme du *New Deal* a détruit le clivage entre la sphère publique sujette à régulation et la sphère privée autonome. Leur analyse du problème de la « ligne de départ » (*baseline*) est admirable. La vieille conception lockienne de la *common law* comme système de règles corroborant un état de nature qui alloue originairement les mérites et les capacités de travail fut remplacée par « une approche pragmatique, politique et managériale cherchant à établir une distribution des ressources de façon à ce qu'elle serve au mieux les besoins du pays » (p. 88). Volontarisme juridique, gigantisme bureaucratique et pragmatisme instrumental se sont ainsi associés pour démonter le droit anglo-saxon traditionnel.

Mais ce « brave nouveau monde » juridique contenait les germes de sa propre destruction. Le dédain des conceptions philosophiques compréhensives (vues comme un obstacle potentiel à la malléabilité infinie du corps social sur lequel expérimente l'ingénierie sociale) déstabilisa les bases de la nouvelle science du droit. Le manque d'une vision globale des fonctions du droit et la méfiance envers les juges et leur façon « vétuste » de penser affaiblirent l'héritage fédéraliste de la séparation des pouvoirs. La littéralité naïve, nouvelle méthodologie interprétative conçue pour expurger les jugements de valeur des juges, déboussola les juristes qui voulaient comprendre les grands principes de la Déclaration des droits fondamentaux (*Bill of Rights*). Et le nouveau constitutionnalisme buta sur l'aporie d'une publicisation croissante en matière économique et sociale couplée à un renforcement de la protection de la vie privée (*privacy*). Les auteurs concluent, jurisprudence constitutionnelle à l'appui, que nous nous trouvons dans le pire des mondes possibles après le déclin de l'idéologie dirigiste. L'affaire se résume au choix entre théories du droit imprégnées de valeurs (qui sont inacceptables parce que controversées) et théories du droit qui évitent soigneusement toute référence à des principes moraux (qui sont vides). Dès lors, le désaccord sur les questions mêmes qui nous importent le plus risque d'être complet et permanent. Mais cet « engagement sceptique » (p. 200-201) à l'idéal constitutionnaliste américain n'est pas pour autant synonyme de désespoir. Seidman et Tushnet croient qu'une bonne théorie du droit doit impérativement intégrer les paramètres du monde tel qu'il se présente après le *New Deal*. Et bien que personne ne veuille de nos jours d'un activisme judiciaire, il ne faut pas non plus faire une panacée de la non-intervention judiciaire ; car le constitutionnalisme du *New Deal* nous a enseigné que « le fait de *ne pas* exercer le pouvoir de contrôle judiciaire est une expression d'autorité autant que le fait d'exercer ce pouvoir » (p. 200).

L'analyse est séduisante. On peut, pourtant, ne pas partager complètement le diagnostic de la nouvelle philosophie du droit née après le *New Deal*. On peut, en particulier, ne pas entériner la thèse de la mort de la distinction entre le public et le privé. Les auteurs recourent parfois à des hyperboles en ce sens. Dans leur effort de montrer que le nouveau constitutionnalisme américain reconnaît implicitement des droits positifs à des prestations sociales (une opinion extrêmement controversée), Seidman et Tushnet vont jusqu'à suggérer que c'est l'État qui « alloue » les enfants à leur famille biologique ou à d'autres structures familiales en fonction de l'utilité sociale escomptée ! Ou encore, ils s'appliquent à démontrer qu'une liberté d'expression qui tolère la pornographie protège la distribution originaire de la puissance mâle (le problème de la « ligne de départ »), d'où une exigence constitutionnelle de censurer les pornographes. Le bilan dressé sur la mort de la bonne vieille *common law* et la philosophie du droit jusnaturaliste qui l'accompagnait est on ne peut plus exact. Mais de là à arguer de l'existence d'un nouvel ordre juridique et de droits sociaux sans l'équivalent américain d'un Préambule à la Constitution française de 1946 ou d'une *Grundgesetz* allemande de 1949 relève du vœu pieux.

\* \*  
\*

- 7) Cass. R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York, Oxford University Press, 1996, 220 p.

Cass Sunstein, professeur de droit à l'Université de Chicago, est incontestablement un des philosophes du droit de langue anglaise les plus originaux et prolifiques des quinze dernières années. Jürgen Habermas lui consacre, dans *Droit et démocratie*, des développements *in extenso*. Au milieu des années quatre-vingt, Sunstein fut une des figures de proue du renouveau de la philosophie dite de « républicanisme civique », qui réhabilita l'apport des anti-fédéralistes américains du XVIII<sup>e</sup> siècle à l'esprit des institutions publiques. En deux mots, cette philosophie accorde une primauté à la délibération publique la plus large possible de l'universalité des citoyens sur les règles de la vie en commun et parle de raffermissement de la vertu civique, unique rempart contre la montée des tyrannies ou les luttes des factions. Si sa prédilection pour l'espace public délibératif, son égalitarisme prononcé et sa laïcité rapprochent cette philosophie politique de l'idéologie républicaine française, la version américaine comporte en plus une méfiance à l'égard d'un État hiérarchique, élitiste et trop distant des citoyens. Sunstein a su enrichir cette perspective républicaine par ses recherches en droit administratif portant sur la structure et les fonctions des grandes administrations publiques parues après le *New Deal*. Parmi les autres sujets qu'il a abordés figurent l'interprétation législative, la prépondérance du principe d'égalité dans les démocraties constitutionnelles, ou encore le rôle de la liberté d'expression dans la création d'un espace de délibération publique. *Legal Reasoning and Political Conflict* est un livre qui poursuit la réflexion de Sunstein sur l'herméneutique juridique et le poids respectif des juges et des organes élus dans la prise de décision publique. Le maître mot y est le « minimalisme judiciaire ». Dans une démocratie, les lieux légitimes de décision ne sont pas les tribunaux, mais les assemblées parlementaires et les autorités administratives. Contrairement à Ronald Dworkin, Sunstein croit que la moralité politique ne jaillit pas des prétoires, mais se forme démocratiquement par le peuple lui-même et ses instances représentatives. Par rapport à son précédent ouvrage *The Partial Constitution* de 1993, essai de re-conceptualisation des droits fondamentaux comme des manifestations d'un principe anti-esprit de caste (*anti-caste principle*) que les tribunaux ont la mission de garantir, son dernier livre s'inscrit dans une philosophie de plus grande réserve judiciaire. Il n'est pas certain, pourtant, qu'un minimalisme judiciaire soit en état de renforcer la démocratie délibérative, ni qu'une procéduralisation de la fonction juridictionnelle dispense celle-ci de son devoir d'asseoir ses décisions sur une moralité politique à la fois cohérente avec les grands principes de nos ordres juridiques et normativement attrayante.

Selon Sunstein, les théories juridiques comme celle de Dworkin incitent à un « maximalisme judiciaire » et une vision trop dense de la Constitution. Sa propre théorie républicaine développe un « minimalisme judiciaire » qui concentre ses efforts sur l'assainissement des conditions procédurales de la démocratie délibérative. La formation des principes et règles juridiques substantiels est du domaine du législateur et des citoyens eux-mêmes. Dans cette perspective, l'auteur argue que les juges doivent mettre entre parenthèses, non pas uniquement les diverses conceptions du bien (*good*) qui pourraient les induire à imposer une vision morale sur les individus, mais aussi les conceptions du juste (*right*), c'est-à-dire les arguments fondés sur les droits individuels. La raison de cette auto-restriction est que même les arguments de tolérance ou d'autonomie [p. 359-417]

individuelle qui sont le soubassement des droits fondamentaux sont trop compréhensifs. Or les juges ne sont pas particulièrement bien équipés pour des constructions théoriques d'envergure. Par conséquent, il serait mieux qu'ils se cantonnent à des « accords incomplètement théorisés » (*incompletely theorized agreements*) accompagnés d'« accords autour des principes étroits ou modestes (*low-level*) qui les éclairent » (p. 37). La meilleure méthodologie judiciaire serait de procéder par étapes et de manière incrémentielle ou par analogie, sans hésiter à laisser les choses en l'état lorsque cela est nécessaire pour donner du souffle aux procédures de délibération publique engagées en dehors des tribunaux. Aucun principe juridique ne doit être poussé à ses limites conceptuelles par les tribunaux si nous voulons donner aux processus démocratiques la chance de « participer... à l'interprétation évolutive de la Constitution » (p. 181). Il faut donc se méfier des grandes théories qui veulent tout expliquer et des constructions de systèmes normatifs compréhensifs. Chaque fois que les juges se sont laissés tenter par une telle philosophie, ils ont causé des troubles au bon fonctionnement des institutions démocratiques, comme le montre l'expérience malheureuse du « gouvernement des juges » aux États-Unis pendant les trois premières décennies du siècle. Ce présupposé de base s'applique aussi au niveau méta-théorique, où il s'agit pour les juges de choisir le type de norme qui servira de fondement à leur décision. Ainsi, il est préférable de se référer à des faisceaux de critères malléables ou de décider des cas d'espèces, plutôt que de créer des règles, nécessairement incertaines à cause de l'ambiguïté du langage et insuffisamment adaptables à l'évolution des attitudes normatives des citoyens. Sunstein plaide, en définitive, pour une épistémologie juridique modeste qui reconnaisse l'opportunité des « vertus passives » des juges. À l'encontre des universitaires, qui ont le temps et les ressources intellectuelles de procéder à des grandes systématisations, les juges doivent agir relativement vite sur des sujets que souvent ils maîtrisent peu. D'où l'éloge de l'auteur à la *common law* qui raisonne sur les précédents judiciaires produits par sédimentation ; en droit, c'est le général qui se règle sur le particulier et pas l'inverse.

Le désir de Sunstein de restaurer la dignité de la vie démocratique est compréhensible, surtout à une époque où l'argent est roi et où la lutte politique s'est déplacée du Parlement, des procédures non contentieuses des administrations publiques et des partis politiques aux tribunaux. Il faut se donner les moyens de penser la dé-judiciarisation de la politique. Mais le minimalisme judiciaire permet aux processus politiques de continuer tels qu'ils sont actuellement, c'est-à-dire essentiellement obnubilés par les privilèges et la puissance des « réseaux ». Le pur et simple retrait des juges de l'avant-scène ne garantit aucunement l'obtention d'une délibération publique autonome et de qualité. Il est d'ailleurs bizarre qu'un théoricien comme Sunstein, si alerté aux réalités institutionnelles de l'acte de juger, se montre insensible à l'attente légitime des citoyens de voir les tribunaux honorer leur rôle – désormais consacré – de garant des droits et libertés fondamentaux. On ne peut pas nier que les juges ont parfois été les catalyseurs des réformes voulues par la majorité des citoyens mais bloquées au niveau des instances représentatives pour des raisons partisans. Cela fut le cas notamment pour la déségrégation raciale des écoles publiques et la légalisation du droit à l'avortement aux États-Unis. Par ailleurs, des études sociologiques inspirées de la théorie des organisations ont montré que les cours sont parfois plus capables que les organes politiques de porter remède à certaines institutions mises à mal ; aux États-Unis, l'expérience a prouvé que cela est le

cas pour la réforme des prisons. Force est aussi de constater que la « rationalité liée » (*bounded rationality*) (p. 52) dont parlent les économistes et Sunstein n'est pas uniquement le fait des juges ; elle s'applique à d'autres instances de décision publique, qui connaissent elles aussi des entraves dans le flux des informations nécessaires à leur fonctionnement et des obstacles structurels dans leur traitement des données. Une solution qui ne reconnaît que le déficit décisionnel des cours et fait confiance aux capacités de délibération des autres pouvoirs constitués est certainement naïve.

Mais il y a un problème plus large encore, celui de penser qu'il est possible de neutraliser les conflits juridiques substantiels par le biais de mécanismes procéduraux. Est-il sûr que les accords incomplètement théorisés rendent superflu le recours à des théories normatives globales ? Les techniques juridictionnelles boiteuses préconisées par l'auteur sont-elles susceptibles d'engendrer un consensus plus solide que celui autour de conceptions larges de la démocratie ou des droits individuels ? Il est permis d'en douter, au moins dans certaines circonstances. Sunstein soutient, par exemple, qu'il aurait été préférable pour la Cour suprême des États-Unis d'invalider les lois pénalisant le coït homosexuel sur la base de leur désuétude et de leur application sélective, plutôt que de se lancer dans un raisonnement sur les contours moraux du droit au respect de la vie privée (*privacy*). Or un ordre juridique qui permet la dérogation à ses lois pour cause de désuétude se prononce, par là même, pour une moralité politique aussi activiste que celle pré-supposée par le concept de dignité humaine. Et un philosophe du droit européen ne manquera pas d'observer que l'usage judiciaire du raisonnement par analogie est la voie royale pour l'entrée des principes moraux dans l'ordre juridique. En effet, le point nodal dans le raisonnement par analogie est le choix de la règle, du principe ou du standard juridique qui explique et justifie la décision servant de point de départ. Sunstein lui-même admet la part d'inventivité herméneutique du juge due au fait que « la signification d'un cas analogue peut être inexhaustible » (p. 194) ; mais il croit que des arrangements ponctuels intra-judiciaires peuvent permettre de formuler des principes de portée réduite. Cependant, le processus d'évolution morale du droit ouvert par le raisonnement par analogie ne peut pas toujours faire l'économie d'une analyse pénétrante de la *ratio decidendi*. Sans doute est-il préférable que les juges s'adonnent ouvertement à une telle analyse au lieu de la faire de façon détournée et incontrôlable par la communauté des juristes.

\* \*  
\*

8) Roberto Mangabeira Unger, *What Should Legal Analysis Become ?*, London, Verso, 1996, 198 p.

Roberto Mangabeira Unger, professeur de droit à l'Université de Harvard, est un des philosophes du droit les plus importants de sa génération. Dans les années soixante-dix et quatre-vingt il fut une des figures de proue du mouvement des « Études juridiques critiques » (*Critical Legal Studies*) et écrivit l'exposé le plus complet de l'apport de ce courant à la théorie du droit (*The Critical Legal Studies Movement*, 1986). Personnage de charme qui a cultivé autour de lui une réputation de gourou intellectuel, Unger avait disparu de la scène intellectuelle nord-américaine depuis plusieurs années ; la rumeur, [p. 359-417]

I. PAPADOPOULOS

*Arch. phil. droit* 44 (2000)

qu'il entretenait sciemment lui-même, le voulait consacré à l'activisme politique, en particulier au mouvement des paysans sans terre de son Brésil natal. Heureusement pour la communauté internationale des philosophes du droit d'autres projets, moins révolutionnaires, ont pris le dessus, si bien qu'Unger est toujours à Harvard en train de faire de la philosophie. Avec *What Should Legal Analysis Become ?* nous avons désormais trois livres importants (avec celui de Duncan Kennedy et celui des Seidman et Tushnet) sur l'herméneutique judiciaire écrits par des vieux routiers de l'école critique américaine. Le présent ouvrage continue un projet critique commencé au milieu des années quatre-vingt. Avec *Passion* en 1984, Unger nous offrait une réflexion sur l'anthropologie politique tournant autour de l'importance primordiale qu'a chez les individus la « plasticité » (c'est-à-dire le besoin de transformation de la vie et de déstabilisation de tous les contextes interprétatifs dans lesquels nous nous mouvons), due – selon lui – à l'héritage « romantique-chrétien ». Et avec sa trilogie *Politics* de 1987, il esquaissa une philosophie politique de « super-libéralisme » invitant, en quelque sorte, les individus à une révolution permanente contre toute sédimentation institutionnelle et nécessitariste. Le dernier livre d'Unger appelle à l'abandon des techniques de rationalisation judiciaire du droit et leur remplacement par une mobilisation accrue du corps des citoyens autour des propositions de réformes institutionnelles qui lui seront proposées par les juristes. L'analyse est séduisante et le style d'Unger est – comme toujours – flamboyant. Néanmoins, les conclusions qu'il tire ne sont pas plus réalistes que celles que l'on trouve dans ses livres antécédents de philosophie politique.

Dans sa partie critique, *What Should Legal Analysis Become ?* s'oppose au raisonnement judiciaire nord-américain qui « rationalise » le droit en interprétant toute disposition juridique comme si elle mettait en œuvre une philosophie et un assemblage de buts cohérents servant de cadre normatif à l'acte de juger. D'après la critique d'Unger, cette approche est foncièrement conservatrice en ce qu'elle donne la possibilité aux juges de s'ériger en maîtres de la morale politique, en lieu et place du peuple, et privilégie un panjuridisme qui oblitère la dimension proprement *institutionnelle* du droit. L'approche alternative proposée par l'auteur est celle d'une « cartographie » (p. 130) des valeurs diverses et plurielles imbriquées dans le système juridique, suivie d'une exploitation des potentialités d'extension de celles-ci à d'autres domaines du droit par un raisonnement par analogie. La troisième et dernière étape qui complète ce processus herméneutique est celle de criticisme des institutions existantes, censées exprimer ces valeurs « cartographiées », et de mobilisation des citoyens pour choisir d'alternatives permettant une meilleure adéquation entre les valeurs et les institutions. Méfiant à l'égard de tout effort grandiose de théorie globale, il conçoit ce processus comme cyclique et récursif, ce qui permet une meilleure prise en compte de considérations contextuelles. Dans des pages remarquables (p. 106-110), Unger note que l'obsession des juristes américains pour le rôle des juges est mal venue. Il faudrait reconnaître que ceux-ci n'ont qu'un lien contingent avec le travail d'interprétation juridique, surtout parce qu'ils n'ont pas la possibilité, de par leur statut même, de traduire les accords obtenus au niveau de la politique morale en politique institutionnelle. Pour cette raison, il est nécessaire de prévoir l'intervention – de façon permanente si possible – du corps des citoyens. Autrement dit : le langage de « droits » (*rights*), apanage des juges, est sans doute indispensable au travail herméneutique, mais il doit être complété par un langage de « règles » (*rules*) qui

en permette la concrétisation institutionnelle et en donne une valeur opératoire. Contre le « fétichisme institutionnel » actuel (p. 29), Unger – proche ici des théoriciens du « républicanisme civique » – nous appelle à une expérimentation infinie avec des nouvelles pratiques, expression chaque fois renouvelée de nos engagements moraux. L'auteur reste un libertaire : l'analyse juridique idéale (pour se référer au titre du livre) aurait intérêt à prendre la forme d'une « imagination institutionnelle » (p. 3).

Il paraît qu'Unger part en guerre contre le présupposé de stabilité, prépondérant chez les théoriciens du libéralisme politique, et tout d'abord chez le plus important d'entre eux, John Rawls. Or au niveau de l'organisation politique et institutionnelle, auquel Unger donne une grande importance, les grands principes du système constitutionnel américain, tel qu'ils sont exposés dans les écrits des fédéralistes, cherchent clairement à prémunir contre l'éventualité d'une citoyenneté constamment alertée à toute sorte de mobilisations collectives. Unger succombe au même irréalisme que les républicains civiques qui rêvent de transformer la société en un réseau de relais de délibération citoyenne sans compter avec le fait que le peuple américain, tout en croyant à une démocratie robuste qui soit capable de mobiliser les citoyens en certains « moments forts », a inventé une Constitution qui leur permette le mieux de s'occuper de leurs affaires privées. Son anthropologie de « plasticité » aidant, l'auteur a construit une imagerie libertaire où les gens ressentent constamment l'envie de déborder le cadre étroit de leur contexte de vie quotidienne pour s'ouvrir à des expérimentations collectives. À supposer qu'une telle anthropologie romantique, sur laquelle Unger construit directement sa politique et sa philosophie du droit, corresponde à la réalité, il est malheureusement plus probable que les gens dans les démocraties occidentales la mettent en pratique pour explorer les voies de plaisirs purement privés. L'immense mérite du travail d'Unger est d'avoir redonné de l'importance au côté institutionnaliste de l'interprétation juridique, généralement négligé dans les divagations herméneutiques abstraites de certains philosophes du droit. Mais là se situe aussi, paradoxalement, son point d'achoppement. En effet, la logique inhérente des institutions est de servir de relais pour l'action collective dans la durée et sous certaines contraintes cristallisées. La perte d'inventivité est ainsi compensée par la stabilisation des attentes et des rôles sociaux, ce qui donne une consistance certaine à tout projet politique. En voulant mettre en cause cette stabilité indispensable au fonctionnement de la démocratie au moyen même d'un recours aux institutions, Unger commet peut-être sa plus grande faute théorique.

## II. — PHILOSOPHIE POLITIQUE ET MORALE

Le raisonnement judiciaire américain, traditionnellement ouvert à des considérations de philosophie politique et morale, fait que la philosophie pratique et la philosophie du droit sont des vases communicants dans le monde intellectuel américain. Il s'agit d'une tendance biunivoque : des juristes comme Owen Fiss font de la philosophie politique et des philosophes comme Michael Sandel font du droit. Hormis la caractéristique commune d'une interdisciplinarité vive, les livres récents en philosophie pratique se situent le long d'un axe allant du libéralisme politique au républicanisme délibératif à l'interventionnisme étatique au communautarisme. Toutes les sensibilités sont ainsi représentées.

Côté libéralisme classique, Laura Kalman retrace le déclin de la pensée juridique progressiste et réformiste des années 1960 et propose le développement d'une histoire du droit à usage libéral. La conversion – jadis à la mode – du libéralisme en un républicanisme civique moins respectueux des droits et libertés individuels s'étant révélée un échec, les historiens du droit ont la mission de sauvegarder le meilleur du libéralisme américain en aidant les praticiens du droit à construire des argumentations convaincantes pour rappeler l'existence de cette tradition aux juges et aux citoyens.

Les philosophes Amy Gutmann et Dennis Thompson veulent, pour leur part, promouvoir une démocratie délibérative qui donne un rôle central à la discussion morale. Aristotéliens, ils ont l'ambition de dépasser l'inhibition du libéralisme politique rawlsien et de faire jouer la raison publique, strictement encadrée par quelques principes procéduraux, dans plusieurs domaines de la vie en commun afin de cimenter le respect mutuel de personnes qui sont en désaccord profond autour de questions morales. Owen Fiss parle de la place de la liberté d'expression dans la culture juridique américaine et se prononce en faveur d'une philosophie publiciste qui relègue le modèle individualiste de l'orateur dissident au second plan. Le « principe de débat public » est le pivot de l'auto-détermination démocratique et pour l'atteindre il faut que l'État intervienne massivement afin d'égaliser les opportunités d'expression et de stimuler un vrai pluralisme d'idées là où aujourd'hui règne la pensée unique.

Enfin Michael Sandel, chef de file des communautariens, appelle de ses vœux une « république substantielle » qui déborde la rationalité procédurale minimum et se lance directement dans la compétition autour des conceptions du bien. Le sujet envisagé par cette philosophie n'est pas scindé entre une identité publique et une identité privée, mais accepte de se soumettre tout entier aux réquisits d'une justification cohérente de ses engagements moraux.

\* \*  
\*

- 1) Owen Fiss, *Liberalism Divided : Freedom of Speech and the Many Uses of State Power*, Boulder Colo., Westview Press, 1996, 192 p.

Le Premier Amendement à la Constitution américaine dispose de façon lapidaire que « le Congrès ne fera pas de loi enfreignant la liberté d'expression ». La place, symbolique tout autant que réelle, de la liberté d'expression dans la culture juridique américaine est bien connue. On peut mentionner, à titre d'exemple, l'interdiction absolue de pénaliser l'expression politique – fût-ce l'expression de nature raciste ou xénophobe – et l'interdiction d'interdire les publications pornographiques. Depuis les premiers arrêts consacrant la liberté d'expression dans les années vingt, une image sous-tend la jurisprudence de la Cour suprême. C'est l'image du « *soap box* », c'est-à-dire de l'orateur solitaire et excentrique qui s'adresse à ses concitoyens depuis une tribune de fortune dressée sur la place publique. Il s'agit, bien évidemment, d'un modèle romantique probablement bien adapté à une époque encore dominée intellectuellement par des figures comme les poètes et essayistes Ralph Waldo Emerson ou Walt Whitman, mais déjà insuffisant pour notre époque de gigantisme des mass médias et de connivences entre le milieu des affaires et la classe politique. Néanmoins, les juges continuent à raisonner comme si l'enjeu était toujours de défendre le dissident atypique contre la toute-puissance de la censure étatique. Owen Fiss, professeur à l'Université de Yale et auteur d'une série de livres et d'articles très connus sur le droit processuel et la philosophie du droit, croit qu'il est temps pour les tribunaux de changer de paradigme. *Liberalism Divided* regroupe une multitude d'essais et conférences qui portent sur le statut de la liberté d'expression dans une démocratie libérale où l'argent est roi et les magnats de l'industrie et de la finance monopolisent les instances de délibération publique. Pour Fiss, social-démocrate avéré, le salut n'est point à chercher en dehors de l'État ; il est plutôt *dans* l'État, qui doit intervenir massivement afin d'égaliser les opportunités d'expression et de rendre accessible à chaque foyer un vrai pluralisme d'idées. Les intentions de Fiss sont, certes, louables. Cependant, sa prédilection pour une conception de la liberté d'expression comme un « droit public » (p. 5) ne rend pas compte de pans entiers de nos systèmes juridiques, qui considèrent toujours cette liberté constitutionnelle comme un gage d'autonomie individuelle et d'épanouissement de la personnalité. Au surplus, malgré la sophistication de Fiss, sa vision de la démocratie paraît tronquée ; anxieux de fonder la prise de décision collective comme ultime valeur juridique, il déprécie systématiquement l'autonomie individuelle des citoyens.

La structure de l'argument de *Liberalism Divided* est essentiellement la suivante : la valeur du Premier Amendement consiste en réalité dans l'aide à l'exercice effectif de l'autodétermination du peuple au moyen d'un riche débat public informant les citoyens de toutes les options disponibles ; cela signifie que la liberté d'expression est un droit public distinct de tout droit individuel des locuteurs et centrée plutôt sur la société, seule bénéficiaire d'une multiplication des sources d'informations et d'idées. Contrairement à toute une tradition libérale, Fiss soutient que « l'autonomie n'est pas protégée à cause de sa valeur intrinsèque... mais plutôt comme un moyen ou un instrument d'autodétermination collective. Nous permettons aux gens de s'exprimer pour que d'autres puissent voter. L'expression permet au peuple de voter intelligemment et librement, en connaissance de toutes les options et en possession de toute l'information pertinente » (p. 13). Si nous regardons le déroulement de son plaidoyer de plus près, nous verrons que Fiss [p. 359-417]

pose côte à côte deux « principes médiateurs » (p. 36) possibles pour concrétiser l'objectif principal d'autodétermination démocratique, à savoir le principe d'autonomie et le principe de débat public. Selon l'auteur, l'insistance au premier principe traduit une vision naïve et dépassée du libéralisme politique comme une idéologie qui s'oppose à l'État, tandis que le second principe est le meilleur outil juridique pour arriver au but escompté. Notre souci devrait être de produire un débat public de qualité et non pas de ménager le désir d'expression de tel ou tel (p. 38). De cette base Fiss tire finalement certaines conclusions juridiques concrètes, notamment le besoin de constitutionnaliser le « droit d'accès » aux médias privés, de réguler plus strictement le financement des campagnes politiques et de bannir l'incitation à la haine raciale ou sexuelle.

Le projet politico-juridique de Fiss est assez révolutionnaire pour les États-Unis d'aujourd'hui. La vigueur de son propos est remarquable. Il n'en demeure pas moins que ses analyses se heurtent souvent de front au droit positif – et à sa philosophie sous-jacente – de la liberté d'expression. C'est le cas avec les exemples déjà mentionnés de l'expression politique odieuse et de la pornographie. Il n'est pas moins difficile de thématiser sous ce modèle la constitutionnalisation jurisprudentielle depuis 1976 de l'expression de nature commerciale (en clair, la publicité non mensongère). Quel que soit l'effort d'étendre le concept de « citoyen bien informé » pour englober, par exemple, le droit du consommateur de voir affichée la fourchette des prix pratiqués, force est de reconnaître que ce droit se rapporte aux intérêts purement privés de celui-ci. Fiss en est conscient, mais il choisit de balayer toute jurisprudence qui ne s'intègre pas à son modèle de libéralisme civique. On trouvera cette solution trop brutale pour une analyse qui se veut (aussi) juridique.

Par ailleurs, sa vision trop étroite de la démocratie ne valorise le débat public que pour obtenir des décisions collectives sur les questions publiques. La philosophie publiciste que Fiss endosse a, pourtant, tort de méconnaître l'autonomie des citoyens. Car on peut très bien imaginer une société politique démocratique dans laquelle les citoyens ne prennent aucune initiative dans la formation de l'agenda politique et ne délibèrent qu'avec les instances de l'État, jamais à un niveau « horizontal » (par leurs associations ou par des manifestations, des pétitions etc.). On conviendra aisément qu'une telle société n'est pas véritablement démocratique, au sens fort du terme. Derrière l'image rassurante d'un État capable de réparer les inégalités structurelles du marché dans la distribution des ressources communicationnelles se profile parfois le spectre d'un État paternaliste, qui ne garantit absolument pas les fameuses « cinq minutes de gloire » de chacun, mais qui veille plutôt à ce que « tout ce qui est digne d'être dit soit dit » (p. 26). Certes, les personnes n'activent pas des ressources égales de connaissance, d'intérêt, ou tout simplement d'émotion lorsqu'ils s'expriment sur tel ou tel sujet concret ; en ce sens rien ne saurait être plus éloigné du principe d'égalité qu'un débat public où tout le monde s'érigerait en expert. Mais l'État a-t-il à dicter à la société les questions importantes à débattre et les porte-parole valeureux ?

\* \*  
\*

- 2) Amy Gutmann & Dennis Thompson, *Democracy and Disagreement : Why Moral Conflict Cannot Be Avoided in Politics, and What Should Be Done About It*, Cambridge, Mass., The Belknap Press of Harvard University Press, 1996, 422 p.

Amy Gutmann, professeur de science politique et doyen de l'Université de Princeton, et Dennis Thompson, professeur de philosophie politique à l'Université de Harvard, méritent des félicitations pour ce livre dense et intelligent. Il ne serait pas exagéré de parler de la meilleure publication en philosophie politique dans le monde anglo-saxon depuis la parution de *Libéralisme politique* de John Rawls en 1993. Il s'agit d'un ouvrage qui s'inscrit dans la lignée du dernier Rawls et de la grande tradition de la philosophie politique libérale, tout en prolongeant les traits jusqu'à l'affirmation d'une philosophie « délibérative » et d'« amitié civique ». Pur produit de philosophie analytique, *Democracy and Disagreement* affronte des problèmes politiques concrets comme la prière à l'école, l'avortement, ou encore la politique sociale de l'État. Gutmann et Thompson se placent à contre-courant d'une certaine façon d'argumenter libérale (on songe ici au Bruce Ackerman de *Social Justice in the Liberal State*) qui, au nom de la neutralité de l'État à l'égard de toutes les conceptions du bien, arrive à purger la sphère publique de toute référence à des convictions morales substantielles des citoyens. Pour eux, au contraire, il est urgent de restaurer une conception de la démocratie qui donne « une place centrale à la discussion morale dans la vie politique » (p. 1). Cette conception délibérative tranche nettement avec une version « pluraliste » de la démocratie comme champ de bataille d'intérêts égoïstes et sectoriels. À un accaparement de la politique par la raison instrumentale, les auteurs opposent une vision aristotélicienne de la *praxis* politique comme un bien en soi qui implante chez les citoyens l'*hexis* de la raison pratique et du respect mutuel par la discussion, même (et peut-être surtout) dans les cas de désaccord moral radical. Certes, la confiance des auteurs à la puissance de la délibération citoyenne et à une vie politique qui soit la mise en œuvre de la « pragmatique universelle » (Habermas) masque parfois le problème très réel d'obstruction éthique ou religieuse du processus par des gens pourtant raisonnables. Or ce problème représente plus qu'un obstacle contingent aux États-Unis : Alexis de Tocqueville avait le premier constaté que les engagements locaux, associatifs et religieux des Américains forment une espèce de barrière contre une pensée politique trop globale ou utopique. *Democracy and Disagreement*, œuvre remarquable, échafaude un projet politique finalement plus européen qu'américain.

Le point de départ du livre est le même que celui de Rawls, à savoir le « fait du pluralisme raisonnable » dans nos sociétés. Un tel contexte d'incommensurabilité des valeurs et des modes de vie n'oblitére pas nécessairement la volonté des citoyens d'arriver à des « termes équitables de coopération sociale entre personnes politiquement égales » (p. 26). Le dernier Rawls propose de mettre en place une « idée de la raison publique » pour régler la structure fondamentale de la société politique et les arrangements de base de la coopération sociale, mais laisse en dehors de son emprise ce qu'il appelle la « culture de fond » (*background culture*), qui est la culture de la société civile. Gutmann et Thompson ne sont pas d'accord avec cette restriction de la portée de la délibération publique au seul « forum politique public » ; à leurs yeux, sans les contraintes procédurales et substantielles de la délibération, le débat sur les autres questions publiques sera à la merci des lobbies, ce qui met gravement en péril les droits civiques et la

[p. 359-417]

coopération sociale elle-même. Ils s'opposent aussi à un libéralisme que l'on pourrait appeler « politiquement appauvri et juridiquement enrichi » dont le chantre est Ronald Dworkin. En effet, à force de trop focaliser l'attention sur les capacités des tribunaux à assumer un rôle de « forum de principe », on risque d'atrophier la moralité politique des citoyens eux-mêmes et leurs réflexes éthiques.

Gutmann et Thompson mettent en place trois principes procéduraux de la raison publique : la « réciprocité », qui met les citoyens en demeure de produire des arguments susceptibles d'être acceptés par d'autres citoyens raisonnables ; la « publicité », qui ouvre l'espace de la délibération à la « candeur » morale et bouche la voie aux calculs purement stratégiques et manipulateurs ; et la « responsabilité », qui élargit l'auditoire des actes politiques au-delà des simples électeurs d'un représentant à la nation entière voire, idéalement, à la communauté internationale. À côté de ces outils procéduraux, les auteurs appareillent des valeurs substantielles égalitaristes : la « liberté de base », qui protège l'intégrité physique et mentale des personnes ; l'« opportunité de base », qui garantit à tous les citoyens un minimum de subsistance ; et l'« opportunité équitable », qui veille à ce que les biens, services et postes du marché soient distribués selon le mérite de chacun. Cette construction se montre, paradoxalement, plus nécessaire lorsqu'il s'agit de traiter des « désaccords délibératifs » (p. 73), c'est-à-dire des désaccords qui ne portent pas uniquement sur leur bonne résolution, mais aussi sur les arguments et fondements légitimes d'une telle résolution. Ici il est question de ces conflits (dont le meilleur exemple est celui de la moralité de l'avortement) qui encapsulent des conflits de second ordre, en quelque sorte, sur la façon de régler le conflit et qui ne débouchent généralement pas sur un accord. Il s'agit, dès lors, de savoir édifier et soutenir le respect mutuel de tous les interlocuteurs raisonnables. Mais la délibération atteint le plus souvent des résultats de premier ordre. Ainsi est-il, entre autres, avec le problème des convictions religieuses dans l'école publique (p. 63-69) : Gutmann et Thompson ne ménagent aucunement les partisans d'une inflexion des règles laïques pour faire place à des particularismes religieux.

Comme toute construction philosophique ambitieuse, cet ouvrage aura lui aussi à répondre de la résistance, parfois très têtue, des faits. Pour le philosophe, l'affirmation et la défense sans ambages de l'universalisme seront importantes en leur droit, mais il ne pourra pas se dérober au test d'adéquation du modèle avec la réalité sociale. Le premier problème qui surgit est celui de l'irréalisme d'une démocratie délibérative qui aspire trop de temps et d'énergie consacrés aux faits privés de la vie. Les esprits malins ont raison de remarquer que l'Américain moyen n'a pas envie de laisser tomber son match du samedi soir, même s'il s'agit d'assister à une assemblée locale qui discutera de la construction d'une digue dans le voisinage. Autrement plus sérieux est le fait que, selon le contexte, les appartenances « partielles » des gens à diverses communautés est susceptible d'être un *tonifiant*, et non pas un danger, pour la démocratie. En effet, dans la vaste zone ouverte par la délibération – élargie désormais par l'effet Internet –, les appels des citoyens (ou des groupements de citoyens) à une (ou plusieurs) « doctrine(s) compréhensive(s) du bien » sont parfois capables de raffermir l'allégeance de leurs concitoyens à l'idéal démocratique de la raison publique. Rawls l'a très bien compris qui parle, dans ses tout derniers écrits, d'une « vision large de la culture politique publique » ouverte à la connaissance réciproque des convictions éthiques ou religieuses des

partenaires sociaux lorsqu'il s'agit de régler un conflit qui divise profondément une société. Le modèle délibératif assez austère des Gutmann et Thompson ne fait peut-être pas suffisamment attention à la rationalité pratique propre à la déclaration de notre propre doctrine compréhensive, que nous ne nous attendons pas à ce que les autres acceptent, mais que nous faisons en vue de montrer comment de cette doctrine nous sommes capables d'adhérer à une conception *politique* raisonnable de justice avec ses propres principes et idéaux.

\* \*  
\*

3) Laura Kalman, *The Strange Career of Legal Liberalism*, New Haven, Conn., Yale University Press, 1996, 375 p.

Laura Kalman a écrit un livre à deux niveaux. Un premier niveau d'analyse retrace le déclin progressif de la pensée juridique progressiste et réformatrice (communément appelée « libérale » aux États-Unis) depuis les années soixante-dix ; mais à travers cette évocation de l'histoire récente des idées juridiques, l'auteur nous offre une réflexion sur la légitimité du mariage entre la science de l'histoire et la science du droit. Professeur d'histoire à l'Université de Californie à Santa Barbara et spécialiste en histoire du droit du XX<sup>e</sup> siècle, Kalman a déjà écrit, entre autres, un ouvrage sur la destinée du réalisme juridique et une biographie d'un ancien juge de la Cour suprême des États-Unis. *The Strange Career of Legal Liberalism* étudie le renouveau, au milieu des années quatre-vingt, de l'idéologie « républicaine » du temps de la fondation des États-Unis et son usage par les milieux académiques « libéraux » à un moment où les attaques politiques contre le modèle de l'État-Providence que ceux-ci défendent se multiplient.

Kalman décrit le processus d'un lent dépérissement du rêve, entretenu par le mouvement des *civil rights*, d'un droit réformateur de la société civile américaine et éliminateur du racisme, de l'intolérance et de la pauvreté. L'impact du virage conservateur de la Cour suprême à partir des années soixante-dix sur les milieux académiques de gauche fut dévastateur : le modèle intellectuel de ceux-ci, qui reposait principalement sur une confiance accrue au maximalisme des juges fédéraux, risquait de voler en éclats. Vers le milieu des années quatre-vingt, beaucoup de théoriciens du droit libéraux ont vu au renouveau des études historiques sur le « républicanisme » une planche de salut qui promettait de donner un nouvel élan au libéralisme politique et juridique en y intégrant les thèmes républicains de « délibération publique », de « vertu civique » et de « démocratie associative ». Mais cet opportunisme intellectuel finalement échoua parce que les thèmes chers au républicanisme (ou « républicanisme civique », comme on l'appelle souvent afin de le distinguer du parti politique homonyme) ont beau être thématiques par des philosophes comme Hannah Arendt, ils n'ont jamais vraiment influencé la philosophie politique des Pères Fondateurs ; celle-ci était plutôt animée par un libéralisme individualiste à la John Locke, centré sur la protection de la propriété privée. Kalman, qui se définit elle-même comme une « libérale », se réjouit de cet échec. À son avis, si le libéralisme politique réformatrice et le respect des droits individuels doivent pouvoir continuer à proposer un projet politique, il faudra que cela soit le fait de leurs mérites

propres et non pas de douteux emprunts à des idéologies à la limite autoritaires comme celle du « républicanisme civique ».

Derrière cette reconstitution historique des débats idéologiques qui ont agité la scène intellectuelle d'une époque très récente, Kalman nous offre une réflexion sur les liens entre le droit et l'histoire. Comme le montre l'exemple de la récupération échouée du républicanisme par les libéraux, chaque fois que les juristes – esprits pratiques par excellence – se tournent vers l'histoire, ils la conçoivent comme un réservoir dans lequel ils peuvent puiser des argumentations leur permettant de justifier leurs arrangements politiques et juridiques préférés. D'où les erreurs d'anachronisme (ou « présentisme », terme utilisé par Kalman). On s'attendrait à une thèse de coupure épistémologique entre la science du droit, orientée vers l'action concrète, et la science de l'histoire, qui s'impose une déontologie impartiale (on ose à peine utiliser le mot « objective » de nos jours) d'étude des sources. Mais alors non : Kalman plaide pour la construction d'une « histoire à usage juridique » (p. 193) par les historiens et les juristes soucieux de trouver des argumentaires en faveur de leurs propres constructions normatives !

L'épistémologie de Kalman est intéressante, mais problématique. En effet, comment concevoir d'une science « à deux vitesses », une faite pour les érudits et une ouvertement instrumentalisée à des fins partisans ? On répondra que c'est exactement le cas de la science juridique. Certes, mais quand les juristes formulent des propositions normatives (éthiques ou politiques), ils ne défigurent pas – contrairement aux historiens – leur statut scientifique. Et comment se persuader de la dignité épistémologique d'une histoire qui se résume en une série de vulgates joliment empaquetées et prêtes à porter par les juristes qui en ont besoin devant les prétoires ? En effet, Kalman incite les historiens à mettre leur discipline au service de la cause du progressisme libéral et les juristes à traiter l'histoire avec précaution lorsqu'ils l'utilisent à cette fin (p. 198-208). L'échec de l'essai de récupération des thèmes républicains par un libéralisme en perte de vitesse ne serait donc pas dû, selon Kalman, à un anachronisme, mais à un *mauvais* anachronisme, trop peu respectueux des sources historiques. Il est sans doute vrai que « l'histoire devient généralement le garant de la théorie du droit uniquement comme un dernier recours aux moments de crise intellectuelle », comme le note le grand historien du droit américain Morton Horwitz. Mais si le retour à l'histoire est nécessaire et bénéfique aux juristes – comme aux autres chercheurs en sciences sociales – dans leur quête de compréhension des problèmes contemporains, il n'autorise pas pour autant son instrumentalisation à un agenda politique.

\* \*  
\*

4) Michael J. Sandel, *Democracy's Discontent : America in Search of a Public Philosophy*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, 417 p.

Voici un des livres les plus attendus de cette décennie. Michael Sandel, professeur de philosophie politique à l'Université de Harvard, est connu pour la critique virulente qu'il a faite à John Rawls avec son premier livre *Liberalism and the Limits of Justice*, paru en 1982. Chef de file des « communautariens » (terme que lui-même renie), Sandel n'a

eu de cesse de s'en prendre à la pauvreté ontologique des théories libérales qui mettent – selon lui – en scène un sujet désincarné et « non encombré » (*unencumbered*) par des conceptions du bien, un sujet libre de se défaire à tout instant de ses attachements moraux, familiaux ou patriotiques et d'établir *ex nihilo* son plan de vie. D'après l'analyse sandélienne, l'idée moderne d'autonomie individuelle a pratiquement ruiné toute visée de la vie bonne et tout sentiment d'appartenance culturelle, tous deux fondés sur des valeurs comme la loyauté qui ne doivent rien à une acceptation consciente et quasi-contractualiste de notre part. Sans doute Sandel croyait-il le contexte politique des années quatre-vingt propice à une attaque en règle contre l'individualisme forcené ; il a donc intenté de nouveau l'éternel procès fait au libéralisme depuis le temps d'Edmund Burke et de Joseph de Maistre. Mais sa critique a aussi touché une corde sensible chez les libéraux eux-mêmes, qui n'ont pas apprécié de se voir taxer de dogmatisme ontologique et politique. Rawls, notamment, a fait des pas vers une plus grande reconnaissance du fait normatif des communautés associatives, religieuses et autres ; il a, surtout, essayé depuis de se débarrasser de tout soubassement métaphysique de sa théorie libérale pour ne se concentrer que sur le plan *politique* de l'accord entre les partenaires sociaux. Dans son grand livre *Libéralisme politique* paru en 1993, Rawls soutient la thèse d'un « consensus par recoupement » (*overlapping consensus*) auquel peuvent arriver des personnes provenant d'horizons culturels et communautaires radicalement différents, mais unis dans leur respect pour les exigences de la « raison publique », instrument de construction de la sphère proprement politique. Avec *Democracy's Discontent*, Sandel contre-attaque encore une fois. Pour lui, même ce toilettage récent du libéralisme reste décevant. Cette philosophie politique reste aussi minimaliste et appauvrie qu'auparavant. Sandel appelle, donc, de ses vœux une « république substantielle » qui, au lieu de se cantonner à une position de neutralité passive ayant comme seule ambition l'instauration d'une rationalité procédurale minimale, se lance ouvertement dans la lutte morale pour la vie bonne. Le livre de Sandel sera, à coup sûr, très discuté dans les milieux de la philosophie morale, mais aussi de la théorie constitutionnelle. Sa force d'exposition, pourtant, ne doit pas cacher deux problèmes éventuellement graves : celui de se tromper de cible et celui – plus grave encore – de préparer la voie pour ce que l'on peut appeler la tyrannie de la cohérence morale.

En bref, Sandel dit que les autorités publiques – et avant tout les tribunaux – doivent arrêter de mettre entre parenthèses les diverses conceptions du bien. Elles doivent accepter d'argumenter, non plus uniquement sur une base de tolérance libérale ou d'autonomie individuelle, mais directement sur le bien-fondé ou la vertu de telle ou telle fin éthique (ou moyen apte à atteindre cette fin). L'auteur plaide pour une vision « dense » du sujet et de la démocratie. Le « fait du pluralisme raisonnable » de nos sociétés, point de départ pour Rawls, ne doit pas nous induire à esquiver la confrontation directe autour des meilleures conceptions de l'*eu zein*. Une nouveauté de ce livre par rapport au précédent est le goût de Sandel pour le droit, tout particulièrement la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême des États-Unis, où il voit à l'œuvre tous les ressorts et engagements moraux des sociétés occidentales. L'exemple favori de Sandel est l'attitude du droit devant l'homosexualité. L'auteur essaye de nous persuader qu'il faut engager le débat directement sur la bonté des pratiques homosexuelles au lieu de demeurer froidement détachés en parlant d'un droit à la différence ; car la seule vraie tolérance (la tolérance de l'estime pour autrui) ne se construit pas sur un respect de faible intensité vis-à-

vis de modes de vie qui nous laissent indifférents (ou pire). L'approche convenable serait donc de faire une analogie avec ce qui est valorisant dans la vie en famille des hétérosexuels et d'attaquer les incohérences des détracteurs des pratiques homosexuelles.

Selon l'auteur, nous aurions tout à gagner si nous délaissions le langage rigide des droits individuels et nous nous tournions vers une tradition de délibération républicaine. Pour le perfectionnisme de Sandel, la vraie liberté des personnes n'est pas la liberté formelle et vide de leurs choix autonomes, mais la liberté (et la fierté) de « délibérer avec nos concitoyens sur le bien commun et de contribuer à façonner le destin de la communauté politique » (p. 5). L'attaque ici contre les libéraux, surtout Rawls et Dworkin, est soutenue. Les libéraux sont accusés de vouloir garder intacte une espèce de ligne Maginot de démarcation entre la sphère publique et la sphère privée. Or cette construction théorique qui remonte à John Stuart Mill n'est plus valable à une époque où la collectivité publique s'immisce de plus en plus dans ce qui nous reste de vie privée et légifère abondamment dans plusieurs domaines de la vie économique et sociale. Certes, Rawls parle de l'exigence d'un « équilibre réfléchi » qui sert de principe régulateur à nos doctrines morales et qui demande, en gros, la plus grande cohérence possible entre nos intuitions et jugements pratiques et nos principes moraux. Mais tant lui que Dworkin cantonnent cette exigence à la seule moralité politique (ou institutionnelle) à l'exclusion de la moralité privée, sur laquelle les législateurs et les juges ne doivent pas se prononcer. Selon Sandel, il serait plus adapté aux besoins de notre époque et plus conforme même à l'héritage libéral de soumettre aussi la moralité dite privée à l'exigence de l'« équilibre réfléchi ». Aussi les homosexuels, au lieu de se retrancher derrière un « droit à la différence » – ce qui est un aveu d'échec –, feraient-ils mieux d'engager le débat sur la cohérence du schéma des principes moraux des bien-pensants : comment se fait-il qu'une conception biologique de la famille comme cellule de reproduction – conception qui n'est plus valable pour les hétérosexuels à cause de notre acceptation du divorce, des familles monoparentales ou des couples stériles – fasse brusquement son apparition lorsqu'il est question des homosexuels ? En définitive, Sandel croit que le libéralisme politique est philosophiquement trop superficiel pour atteindre un accord public capable de mobiliser les énergies des citoyens dans des projets communs.

Sandel méprise le libéralisme politique pour sa conception « procédurale » de la démocratie. Mais il se trompe nettement de cible. En effet, dans le fameux débat Habermas-Rawls, le philosophe allemand a reproché au philosophe américain d'accorder une priorité aux droits fondamentaux égaux des citoyens sur le principe de légitimité discursive des normes, c'est-à-dire sur une idée purement procédurale de la raison publique dont on tirerait par la suite le système des droits et libertés. Autrement dit, un penseur républicain radical comme Habermas croit que c'est le postulat procédural de la délibération universelle qui est à la base de la moralité politique et des droits et libertés individuelles, tandis qu'un théoricien libéral comme Dworkin (plus que Rawls) croit que ce sont nos droits fondamentaux qui légitiment et sous-tendent nos institutions politiques, si bien qu'aucun « cas difficile » en droit ne puisse faire l'économie d'un recours à ces droits et principes fondamentaux. Le libéralisme ne se dérobe pas à la *Sittlichkeit* (l'éthique concrète) hégélienne ; il en existe même un courant (le perfectionnisme libéral du philosophe Joseph Raz) qui veut promouvoir activement un idéal de vie axé sur les

grandes valeurs libérales de liberté, égalité, fraternité. Mais il évite d'imposer une conception unique du bien à tous les citoyens.

Au surplus, le décroisement des diverses sphères de l'éthique au profit d'un « équilibre réfléchi » généralisé recèle un grand danger. Quand Sandel dit que les homosexuels doivent abandonner leur confiance au principe de tolérance et attaquer directement les catholiques intégristes pour leur incohérence morale, nous sommes devant une dérive assez inquiétante. Nous avons le droit – l'obligation même – de demander des comptes à nos hommes politiques pour leur cohérence de principe dans leur action publique ; c'est pourquoi est légitime l'argument que la protection des droits de l'homme et des minorités ethniques justifie une intervention de la communauté internationale autant au Timor oriental qu'au Kosovo. Mais vouloir imposer un « équilibre réfléchi » aux acteurs sociaux et aux communautés extra-étatiques équivaut souvent à les mettre au pied du mur. Car si les catholiques doivent justifier *publiquement* (dans le forum public et par des arguments acceptables en principe par tous les interlocuteurs) leurs incohérences, par exemple l'incohérence entre leur position tranchée sur l'avortement et leur position plus nuancée sur la peine de mort, il est très probable que l'on arrive au bannissement de cette religion. Un des atouts du libéralisme est son objection à un tribunal omnipotent de la cohérence. Les individus et les communautés ne devraient pas avoir une vie morale en tous points cohérente et justifiable, car cela ressemblerait étrangement à une tyrannie comme celles qu'a pu connaître le XX<sup>e</sup> siècle.

### III. — LIBÉRALISME POLITIQUE ET RELIGION

Les désaccords autour de la vie bonne, typique des démocraties libérales modernes, ne sont nulle part plus tenaces que dans le domaine des croyances religieuses. Pour beaucoup, il n'y a aucune possibilité d'y imposer une rationalité ne serait-ce que méthodologique. Mais le juriste est obligé de trouver de solutions pratiques dans une myriade de problèmes de la vie quotidienne qui se trouvent à l'intersection entre le séculier et le religieux. Depuis le fameux « retour du religieux » dans la vie publique américaine, les analystes se partagent entre ceux qui croient à l'application d'un sécularisme strict et ceux qui sont prêts à concéder de bonne foi un certain accommodement.

Deux livres récents se retrouvent sur cette ligne de partage. Isaac Kramnick et Laurence Moore nous exhortent d'abjurer toute référence quelconque à la religion dans la vie publique et dans le droit si nous ne voulons pas tomber dans les affres de l'intégrisme. La philosophie publique ne doit pas être la « neutralité bienveillante », mais la préservation de la possibilité de tous les individus de poursuivre librement leur intérêt et leur bonheur matériels. Michael Perry, par contre, croit que le moment est venu pour le libéralisme politique de se montrer à la hauteur de l'histoire et la tradition constitutionnelle américaines de robustesse religieuse et d'oser quelques ouvertures, sans mettre en cause l'édifice de la séparation des Églises et de l'État. Il faudra, en particulier, que les citoyens et les juges reconnaissent le rôle moteur des convictions religieuses dans l'action des personnages publics. Un troisième livre, celui de Robert Rodes, ne prend pas position sur cette question mais essaye de voir le droit à travers le prisme de la « théologie de la libération ». Le droit est ambivalent : il a une mission eschatologique [p. 359-417]

en ce qu'il émet une promesse solennelle de justice tout en n'étant lui-même qu'un simple outil d'action sociale. La dialectique de l'aspect « didactique » et de l'aspect « instrumental » du droit appelle à une théorie de la justice sociale inspirée du vieux fonds chrétien.

\* \*  
\*

1) Isaac Kramnick & R. Laurence Moore, *The Godless Constitution*, New York & Londres, W.W. Norton & Co., 1996, 191 p.

Il tombe sous le sens que les Américains prennent très au sérieux leur appartenance religieuse et que le « *God-talk* » est, avec le blues et le jazz, une des seules formes authentiques d'expression de la culture américaine. On pense généralement que les Pères Fondateurs concevaient les rapports entre les Églises et l'État plutôt en termes d'une neutralité bienveillante, sinon d'un volontarisme religieux qui donne à toutes les associations culturelles la possibilité d'un libre épanouissement sans immixtion étatique. Certes, on sait que le rationalisme des Lumières françaises influença quelques figures notoires de la Révolution américaine, en particulier Benjamin Franklin et Thomas Jefferson, qui prônaient un spinozisme mâtiné d'empirisme anglo-saxon. Mais il paraît que les idées qui ont prévalu en la matière étaient celles – plus modérées – de John Locke et de James Madison. Pour eux, il fallait imposer la séparation du séculier et du religieux pour éviter la corruption des mœurs religieuses par des accointances trop marquées du clergé avec l'État et pour préserver l'égalité de traitement de toutes les dénominations religieuses devant celui-ci. Le livre de Isaac Kramnick, professeur de sciences politiques à l'Université de Cornell, et de Laurence Moore, professeur d'histoire à la même Université, essaie de déconstruire ce mythe du « religieusement correct » et de le remplacer par une vision historique et normative axée sur le « sécularisme », c'est-à-dire sur une philosophie politique qui insiste sur le besoin pour une démocratie libérale d'abjurer toute référence quelconque à la religion (d'où le titre : *La Constitution sans Dieu*). Ce livre nous présente un tableau historique complet de la question et doit être le bienvenu à une époque de montée des tensions sectaires, en Amérique comme ailleurs. Mais le diagnostic est trop inflexible et le médicament prescrit est trop fort.

La thèse centrale de l'ouvrage est que le système politique conçu par les Pères Fondateurs était celui d'un gouvernement complètement séculier, sans aucune influence possible des convictions ou des institutions religieuses. Fondés sur la lecture historique classique des origines de la Déclaration d'Indépendance et de la Constitution, Kramnick et Moore mettent l'accent sur le caractère exclusivement laïque, voire matérialiste, de la quête de l'intérêt et du bonheur individuels, pilier de la philosophie politique américaine. Le phénomène – très vif pendant les XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles – de la dissidence et des persécutions religieuses a contribué, selon les auteurs, à ce que même des grands leaders religieux comme Roger Williams ou des sectes entières comme les Baptistes ou les Quakers fussent favorables à une république purement séculière. Dans la dernière partie du livre, Kramnick et Moore se tournent vers notre époque pour distiller des conseils en faveur d'un sécularisme radical, sans aucun accommodement avec des concepts ou une

rhétorique d'ordre religieux ; car pour eux, cette philosophie est la seule réellement efficace contre un raz-de-marée de la droite religieuse (qui, visiblement, leur fait très peur). Ils s'efforcent aussi de prendre position sur quelques problèmes juridiques concernant l'*Establishment Clause* de la Constitution (qui interdit la création d'un « établissement » religieux, c'est-à-dire d'une église officielle de l'État). Ils soutiennent notamment que la Constitution interdit toute aide aux institutions religieuses qui ait l'effet de privilégier leur travail par rapport à celui des entités séculières et toute référence des figures publiques à leurs convictions religieuses pour justifier leurs actes publics.

Les problèmes avec ce livre se situent à deux niveaux : le niveau de l'interprétation historique et le niveau d'analyse juridique proprement dit. Pour ce qui concerne leur lecture historique, les auteurs ne mentionnent pas les aides publiques aux écoles et hôpitaux religieux au XIX<sup>e</sup> siècle. Et pourtant, cette pratique reçut l'aval de la Cour suprême elle-même. Ils passent aussi sous silence une constante de la vie politique américaine, à savoir l'activisme politico-religieux que l'on trouve tant chez les Baptistes et Roger Williams (fondateur de l'État de Rhode Island) que chez un Martin Luther King. Il y a, en effet, une tradition bien américaine de prêche exhortant le peuple de lutter pour des grandes causes politiques. Sur le plan juridique maintenant, malgré la simplicité trompeuse d'une conception tranchante de laïcité, un certain nombre de problèmes surgissent dès qu'on commence à y regarder de plus près. Il est effectivement très difficile de tracer une ligne de principe concernant les aides aux institutions religieuses : les services municipaux qui réparent la chaussée devant une église ou y installent de l'électricité et de l'eau n'utilisent-ils pas les impôts des citoyens pour secourir des organismes religieux ? Mais de l'autre côté, ne serait-il *anti-religieux* d'exclure les associations culturelles des subventions ou des exonérations fiscales accordées à toutes les autres organisations charitables ? De tels problèmes ne se résolvent sûrement pas par des formules simples. Kramnick et Moore pèchent par manque d'approfondissement. Leur conception est trop polarisée : d'après eux, il ne saurait y avoir que le choix entre un sécularisme irréligieux qui relègue la religion à la sphère privée et lui coupe tous les vivres et une théocratie inséparable de la tyrannie politique. Or justement l'expérience américaine nous indique la possibilité d'une voie médiane.

\* \*  
\*

2) Michael J. Perry, *Religion in Politics : Constitutional and Moral Perspectives*, New York & Oxford, Oxford University Press, 1997, 168 p.

Depuis la campagne présidentielle de 1988 qui a opposé George Bush à Michael Dukakis, la place de la religion dans le discours et l'action politiques est devenue une question de premier ordre aux États-Unis. Michael Perry, aujourd'hui professeur de droit à l'Université de Wake Forest, est un des trois philosophes américains, avec John Rawls et Kent Greenawalt, à avoir étudié de la façon la plus approfondie cette question. Dans son livre de 1991 *Love and Power* il esquissait une laïcité ouverte à ces forces politiques conservatrices qui seraient prêtes à présenter à la sphère publique des arguments modérés d'inspiration religieuse. Son dernier ouvrage *Religion in Politics* procède à un

rééquilibrage des rapports entre les convictions religieuses et les choix politiques dans une démocratie libérale comme la démocratie américaine.

La plainte principale de Perry est que les intellectuels américains contemporains ont voulu imposer une chape de plomb interdisant toute référence à des valeurs religieuses dans le débat public, ce qui provoque, à son tour, des crispations qui radicalisent le discours de la droite religieuse. Selon Perry, la tradition constitutionnelle américaine non seulement interdit les actes des autorités publiques manifestant un préjugé contre l'expression religieuse, mais oblige l'État à « accommoder » l'exercice du culte en accordant notamment des exemptions lorsqu'une loi se heurte aux convictions religieuses sincères des gens. *Religion in Politics* propose, par conséquent, une plus grande ouverture vis-à-vis du rôle des convictions religieuses dans l'action des pouvoirs publics et appelle les juges à une attitude de déférence à l'égard des lois votées pour des raisons religieuses. Selon Perry, seules les lois votées purement pour des raisons sectaires devraient être déclarées inconstitutionnelles ; les lois à motivation mixte, qui peuvent être justifiées pour des raisons aussi bien sectaires que profanes, ne sont pas contraires au principe de laïcité (*nonestablishment*). Dès lors, les juges n'ont pas à se mêler des motivations des législateurs (ou de leurs électeurs) ou à censurer leur liberté d'expression. À titre d'exemple, une loi de solidarité sociale ne devrait pas être déclarée inconstitutionnelle si son instigateur se déclare animé par la parabole du Bon Samaritain, du moment où on peut trouver – même si c'est de façon contrefactuelle – des raisons non religieuses plausibles justifiant son vote.

Il serait intéressant de mettre à l'épreuve la théorie de Perry en la confrontant à un problème social brûlant d'aujourd'hui : le problème de la propagation des armes à feu dans les écoles. Après la récente tuerie de Littleton, certains hommes politiques ont proposé d'afficher dans toutes les classes le texte du Décalogue. Or selon une jurisprudence de la Cour suprême datant de 1980, la Constitution américaine s'oppose à une telle initiative. D'après Perry, au contraire, cette proposition est légitime dans la mesure où le Décalogue est considéré comme un des textes fondateurs de la morale occidentale et peut contribuer à inculquer des valeurs aux jeunes américains.

Le zèle anti-séculariste de Perry est certainement compréhensible dans le contexte américain, marqué par la robustesse de la vie religieuse et le primat de la liberté de conscience, déjà notés par Tocqueville dans des pages mémorables de la *Démocratie en Amérique*. Mais il paraît qu'une « ruse de la raison religieuse » lui tend un piège qu'il ne voit même pas. En effet, beaucoup de théologiens chrétiens ont remarqué que c'est le christianisme lui-même qui a ouvert la voie à la sécularisation de nos sociétés en abolissant les tabous religieux, en méprisant les expressions grandiloquentes de piété et en intériorisant la spiritualité et la quête sotériologique. L'activisme politique, induite notamment par la foi protestante, trouve en la personne d'un Roger Williams ou d'un Martin Luther King des dignes combattants qui ont donné un nouveau sens à l'engagement religieux. Mais à force de trop associer le nom de Jésus aux causes des déshérités et de l'utiliser pour cautionner la morale, le christianisme occidental a fini par laïciser lui-même son discours et sa présence. D'où le retournement paradoxal qui a vu beaucoup de chrétiens fervents se battre pour une plus stricte séparation du politique et du religieux afin de protéger le « jardin » de l'expérience mystique de l'envahissement par le « désert » du monde. Dans son élan, Perry ne se doute pas des bonnes raisons *reli-*

*gieuses* de séparer nettement les deux ordres du discours, l'ordre politique et l'ordre religieux, en vue de prévenir la banalisation de la foi.

\* \*  
\*

3) Robert E. Rodes, Jr., *Pilgrim Law*, Notre Dame, Ind., University of Notre Dame Press, 1998, 199 p.

Ce livre ne porte pas sur les rapports entre le droit et le phénomène religieux. Mais c'est un livre typiquement américain, redevable comme il est d'une tradition qui n'hésite pas à combiner la quête sotériologique et la philosophie politique et juridique. Écrit par un professeur de droit de l'Université catholique de Notre Dame, ce livre étonne par ses références à la « théologie de la libération » sud-américaine et ses prises de position sur la justice sociale et la nature ambivalente du droit.

Rodes nous donne une vision eschatologique du droit qui met en valeur à la fois son aspect instrumental (le droit comme outil d'action sociale) et son aspect « didactique » (le droit comme témoignage moral permettant la jonction des valeurs universelles et de leur réalisation). En se ressourçant au mythe fondateur de la nation américaine, l'auteur qualifie sa vision du droit de « pèlerinage » (*pilgrimage*) vers un but inconnu avec des moyens incertains. Car le droit moderne, sous l'influence judéo-chrétienne, a souvent ceci de paradoxal de donner une promesse transcendant les intérêts des classes et les contingences historiques, promesse qu'il n'est jamais pourtant capable d'honorer par lui-même. Dans cette nature à la fois prophétique et dégrisant se cache l'ambivalence du droit et la nécessité d'une théorie de la justice sociale. Loin, donc, de proposer un « droits-de-l'hommeisme » béat, Rodes active un certain fonds chrétien en proposant une « option préférentielle pour les pauvres », qui implique notamment que « les affaires du reste de la société [s'ajustent] à toutes les options disponibles lorsque les besoins [des indigents et marginalisés] auront été suffisamment satisfaits » (p. 103). Cette option préférentielle, très proche du « principe de différence » rawlsien, procède du présupposé que, étant donné que nos délibérations sont toujours teintées de considérations égoïstes et d'intérêts de classe, il n'est que juste d'adopter un préjugé systématiquement favorable aux autres. Le droit moderne est précieux dans une telle perspective à cause de sa capacité de construire des plates-formes normatives plus larges que les simples intérêts des classes privilégiées. Le droit, donc, de par sa qualité de « promesse », joue le double rôle d'orientation vers un futur meilleur – plus ou moins utopique – et de base de criticisme moral des privilégiés qui n'auront pas été à la hauteur de leur « tutelle » (*stewardship*) des exclus.

Pur produit d'une culture américaine très marquée de ses utopies religieuses d'origine puritaine – puis d'autres sectes protestantes, du catholicisme social et du judaïsme –, ce livre est assurément étonnant pour le lecteur continental. Son auteur refuse tout à la fois le juridisme et l'activisme marxiste et couronne le tout d'une vision eschatologique exaltée mais s'exprimant en langage séculier. *Pilgrim Law* atteste de la vivacité d'une philosophie allant à contre-courant de l'idéologie dominante de l'ultra-libéralisme. Pour toutes ces raisons, ce livre sera sans doute d'un grand intérêt à tous ceux en Europe qui sont intrigués par les racines américaines de l'œuvre de John Rawls.

## IV. — DROIT ET PROBLÈMES DE SOCIÉTÉ : RACISME, VIOLENCE

Alexis de Tocqueville fut, on le sait, un observateur particulièrement perspicace du Nouveau Monde. Il a compris, notamment, le poids de deux phénomènes : la division des races et la puissance normative des groupes intermédiaires. L'esclavagisme, « péché originel » de la société américaine, a effectivement laissé une trace profonde jusqu'à nos jours où l'on mobilise le droit pour mettre en place des politiques préférentielles pour les Noirs (*affirmative action*) ou pour combattre le racisme toujours existant dans les poursuites et les condamnations pénales. Quant aux fameuses entités intermédiaires, elles recèlent parfois des tendances politiques très radicales, voire violentes, mais c'est le prix que l'ordre juridique américain a à payer pour garder son dynamisme inégalable.

Trois livres récents, un écrit par des philosophes et deux par des juristes, s'interrogent sur le problème racial et l'attitude que le droit devrait adopter face à lui. L'objectif d'une diversification culturelle de la société est accepté comme légitime tant par les philosophes Antony Appiah et Amy Gutmann que par le juriste Christopher Edley. Le juriste Randall Kennedy croit, quant à lui, que le moment est venu pour le droit de promouvoir une « politique de respectabilité » pour les minorités ethniques et d'éviter l'amalgame et la responsabilité collective.

Les analyses sont assez différentes. Appiah et Gutmann s'exercent à un questionnement ontologique et une analyse de philosophie politique. Ils mettent tous les deux en doute la dignité ontologique d'une pratique (l'*affirmative action*) qui utilise l'appartenance raciale des personnes comme un raccourci de leur identité culturelle. Il faudra casser cet essentialisme par la reconnaissance postmoderne de nos « identités fractionnées » (Appiah) ou par une « conscience contingente de couleur » (Gutmann) qui puisse servir de relais pour des options préférentielles temporaires supplémentant le critère classique de l'égalité de mérite. Edley a un esprit plus empirique. Il esquisse une argumentation purement conséquentialiste en faveur de l'*affirmative action* dans le contexte politique et juridique actuel. Une « vision de l'inclusion » est susceptible d'envoyer un message symbolique fort à la communauté noire tout en augmentant les ressources intellectuelles et productives d'une société plurielle. Kennedy, un pénaliste, choisit une position de bon sens après avoir rappelé le fonctionnement du système de ségrégation raciale en droit pénal. Les tribunaux et la police ne doivent jamais prendre en considération la race dans l'interprétation et l'application du droit pénal et les intellectuels noirs, pour leur part, doivent faire leur maximum pour extirper la mentalité de victime de leur communauté.

Un livre récent, celui de Catherine McNicol Stock, se penche sur les racines profondes du radicalisme politique américain. Certains Pères Fondateurs réussirent à mouler une tradition d'évangélisme protestant et de populisme rural dans le droit. Le statut constitutionnel des milices et l'autonomie normative de divers groupes de base sont une hypothèse sur l'avenir car ils ne permettent pas à une uniformisation et une bureaucratisation de s'imposer, mais ils génèrent aussi périodiquement des violences.

- 1) Kwame Anthony Appiah & Amy Gutmann, *Color Conscious : The Political Morality of Race*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1996, 191 p.

La récente initiative populaire en Californie d'abolir par référendum les programmes d'*affirmative action* (les mesures préférentielles pour les Noirs et autres minorités ethniques ayant subi des discriminations) lança pour la énième fois le débat sur la justice sociale et les minorités raciales aux États-Unis. De façon générale, ce débat pâtit de son caractère trop polémique et passionnel. Les quelques philosophes qui se sont penchés sur le sujet l'ont souvent fait de manière accessoire. En témoigne la discussion du problème dans *Liberalism and the Limits of Justice* de Michael Sandel. Dans ce livre très discuté, l'auteur n'aborde pas la question en tant que telle ; il se montre plus soucieux d'utiliser l'exemple de l'*affirmative action* pour attaquer la théorie de John Rawls pour son engagement contradictoire en faveur aussi bien d'un individualisme libéral que d'un égalitarisme poussé. L'opuscule *Color Conscious*, qui regroupe deux essais sur la question, vient combler cette lacune. Le premier essai est écrit par Anthony Appiah, professeur d'études afro-américaines à l'Université de Harvard, et le second par le philosophe Amy Gutmann, professeur de science politique et doyenne de l'Université de Princeton. Le ton de l'ouvrage est sérieux et réservé. Les deux auteurs se complètent mutuellement. Il est certain que *Color Conscious* posera les jalons d'une approche véritablement philosophique du problème. Mais l'analyse de Gutmann n'est pas toujours sensible à la dualité des expectatives du système de sélection sociale selon qu'il s'agit d'un Blanc ou d'un Noir.

Le premier essai, celui d'Appiah, demande que l'*affirmative action* ne restreigne pas trop l'autonomie individuelle en subsumant les personnes sous leurs traits d'« identité » culturelle ou raciale. Postmoderne convaincu, Appiah conclut que l'écriture d'un « scénario de vie » trop serré sur fond de parcours typique afro-américain passe sous silence nos « identités fractionnées » et notre capacité illimitée de « jeux d'identités » et d'« ironie » (p. 104). Voilà donc un intellectuel noir qui se méfie des bonnes intentions des politiques de favoritisme à l'égard de sa communauté ! Gutmann prend la relève en essayant de justifier moralement les mesures volontaristes en faveur des Noirs, tout en évitant d'enfermer ceux-ci dans une « identité » ou une « culture » déterminée. Inspirée des développements de John Rawls dans *Théorie de la justice*, elle commence par attaquer le concept même de méritocratie. Selon elle, le principe fondamental régissant la distribution des postes de travail et les rémunérations n'est pas celui de la méritocratie (car personne ne mérite ses propres mérites), mais de l'équité (*fairness*) vis-à-vis des individus. Il existe des critères de qualification minimum à remplir par tous à égalité, mais au-delà de ce seuil joue à plein le pouvoir discrétionnaire des organes compétents pour décider. Quand un organisme public ou privé croit sincèrement et de bonne foi qu'une diversification culturelle ou ethnique de ses ressources humaines est en mesure de « casser la stéréotypie raciale des postes qui émane de notre passé raciste » (p. 131), il a le droit d'embaucher en priorité des gens de couleur qualifiés. Mais le problème ne saurait être résolu pour autant. Car les critères de sélection favorisant certaines catégories ethniques ou raciales sont naturellement soupçonnés d'« essentialisme » dans la mesure où ils imposent aux personnes concernées une identité de groupe dont il est assez difficile de se défaire. La réponse de Gutmann est que notre appartenance ethnique ou raciale est plus une sorte de « langage » qu'une identité culturelle ou politique compré-

[p. 359-417]

hensive. En ce sens, elle forme un système de signes dans lequel nous naissons, mais qui nous donne la capacité de parler librement des choses du monde. Cette distinction, connue aux linguistes, entre « sens » et « référence » permet d'établir une « conscience contingente de couleur » (*contingent color consciousness*) qui servira à établir les arrangements de base de la société, mais qui sera écartée par la suite dans notre vie publique.

Le grand mérite du livre d'Appiah et Gutmann est qu'il s'inscrit en faux contre l'usage courant de l'*affirmative action* qui entend promouvoir la soi-disant diversité culturelle en essayant d'intégrer les représentants les plus « typiques » d'une minorité. Ainsi, les auteurs s'indignent d'un système d'inscriptions aux universités qui accorde des primes aux joueurs de basket-ball ou aux musiciens de jazz afro-américains. Il n'y a rien de plus insidieux qu'une bienveillance qui vous fige dans un stéréotype. Appiah et Gutmann seraient prêts à accepter qu'un joueur de basket-ball ou un musicien de jazz blanc (tout comme, mettons, un joueur de clavecin noir) sont mieux placés pour profiter d'une sélection dérogatoire puisqu'ils contribuent à casser les stéréotypes et les préjugés. Appiah serait même de l'avis qu'un blanc ou un noir polyvalents (capables, par exemple, de passer facilement de Bach à Gershwin) seraient les meilleurs candidats de tous vu leur capacité de se moquer de leur identité. Admettons qu'une ontologie aussi instable est difficilement repérable dans la vraie vie. Il n'en reste pas moins que l'effort de dégrisement philosophique de ce livre montre bien les limites d'un modèle culturaliste naïf.

Le seul défaut de l'analyse de Gutmann est qu'elle ne rend pas compte de la dualité effective des critères de sélection dans les institutions publiques. En effet, les statistiques américaines concernant les inscriptions universitaires montrent que beaucoup d'étudiants acceptés qui appartiennent à une minorité raciale ont des notes nettement pires que la moyenne. Cela signifie, en pratique, qu'un double système de sélection s'est mis en place : un pour les candidats typiques, basé sur des critères de mérite codifiés, et un pour les afro-américains et autres minorités, basé sur des calculs d'utilité sociale. La rancune du candidat blanc et pauvre, mais athlète de haut niveau, qui sera exclu parce qu'il a une note en dessous de la moyenne, est alors compréhensible. Mais il n'y a pas d'inconvénients que pour les Blancs ; il y en a aussi pour les Noirs. Le poids symbolique des candidats minoritaires admis pour cause de « diversité » est parfois assez lourd à porter. Car les yeux de leur communauté entière sont tournés vers eux, désireux de les citer comme modèle aux petits défavorisés. Marcel Mauss nous a appris que tout don est accompagné d'une série d'obligations implicites, plus ou moins lourdes, pour le bénéficiaire. Si l'on peut parler, dans le cas de l'*affirmative action*, d'un « don » en faveur des minorités historiquement persécutées, il se révèle parfois trop exigeant : de plus en plus de bénéficiaires ont rétrospectivement l'impression d'avoir acquitté une lourde dette qu'ils préfèrent désormais rayer de leur mémoire.

\* \*  
\*

- 2) Christopher Edley, Jr., *Not All Black and White : Affirmative Action, Race, and American Values*, New York, Hill & Wang, 1996, 294 p.

Dans une opinion séparée dans l'affaire *Regents of the University of California v. Bakke* de 1978, le juge Blackmun dit que si les Américains veulent arriver à une société où la couleur ne sera plus un facteur déterminant, il faut impérativement qu'ils prennent d'abord en compte les différences raciales existantes. Plus de vingt ans après cette première incursion de la Cour suprême des États-Unis en la matière, la philosophie officielle sous-tendant l'*affirmative action* (action préférentielle en faveur des minorités) reste toujours la même : les mesures préférentielles sont considérées comme des maux nécessaires, des jalons parcourant la route qui mène à un avenir sans distinction de sexe, de race ou d'origine nationale. D'où le caractère perpétuellement temporaire de ces mesures dans le recrutement des agents de l'État, l'inscription aux universités ou les passations des marchés publics. Dernièrement, pourtant, le consensus derrière l'*affirmative action* commence à s'effriter. On ne doit plus compter avec la seule résistance des juges conservateurs ou le ressentiment de la classe moyenne blanche. On doit désormais compter aussi avec l'opposition d'un pourcentage important des minorités raciales elles-mêmes, particulièrement les Asiatiques, qui présentent un taux de réussite extraordinaire dans tous les domaines de la vie active et des études. Dans la foulée, une littérature progressiste émerge qui essaye de réhabiliter ces programmes datant des années soixante en arguant de leurs bienfaits concrets pour la société, loin de toute approche dogmatique. Le livre de Christopher Edley, professeur de droit de l'Université de Harvard, appartient à cette littérature. Reprenant à son compte une argumentation conséquentialiste qui est notamment celle du juge Stevens (un juge libéral de la Cour suprême), il soutient que l'*affirmative action* entraîne des conséquences bénéfiques à cause de la plus grande diversité de points de vue et d'expériences culturelles qu'elle engendre. Cela, à son tour, représente une richesse et une force supplémentaire pour la société américaine, comparée à des sociétés plus monolithiques et moins dynamiques. *Not All Black and White* s'adresse à un auditoire de non-spécialistes et est une œuvre engagée. Son pragmatisme affiché tend, néanmoins, à esquiver certains problèmes philosophiques particulièrement délicats.

La structure du livre est un peu bizarre. Au lieu de commencer par une hypothèse théorique traçant les contours du problème et d'enchaîner avec une recherche empirique, Edley commence par les (faibles) données sociologiques tendant à démontrer que les programmes d'*affirmative action* ont porté des fruits dans l'amélioration du sort des Noirs et poursuit avec une discussion de trois modèles théoriques (ou « visions ») pour pallier l'insuffisance des données empiriques. La première « vision » est celle de l'« indifférence à la couleur » (*Color-Blind Vision*), qui ne justifie que les seules mesures de compensation des individus qui auront prouvé leur qualité de victime d'actes discriminatoires concrets. Cette proposition est vite rejetée à cause de sa naïveté et sa méconnaissance des dommages structurels qu'a subis la population noire dans son ensemble. La deuxième « vision » discutée est celle appelée « opportunité et anti-discrimination ». Cette théorie accepte de prendre en compte la réalité des maux souterrains du racisme quotidien et justifie les mesures préférentielles au nom de l'égalité des chances pour tous, tout en niant une approche conséquentialiste garantissant une égalité des résultats. Edley essaye de la tirer du côté d'une troisième option, baptisée « vision

[p. 359-417]

de l'inclusion » (p. 123-141), pour laquelle il se prononce. D'après cette théorie, la meilleure justification de l'*affirmative action* est, non pas le besoin d'agir pour remédier à la discrimination raciale, mais les bienfaits pour la société de la diversité et du pluralisme en tant que tels. L'auteur soutient, en termes purement utilitaristes, qu'une communauté nationale et une économie basées sur la diversité sociale seront d'autant plus fortes et enrichissantes pour la vie de la majorité elle-même. De surcroît, les institutions et entreprises concernées fonctionneront mieux. L'exemple classique ici est celui d'une police racialement intégrée : celle-ci sera à la fois mieux en mesure d'incarner l'autorité de l'État et moins mise à mal par des accusations de racisme (p. 124-125). L'auteur se préoccupe surtout de situer le débat sur un terrain de flexibilité et de contextualité pragmatiques. Il ne nie pas le coût social des politiques de préférence raciale, mais il croit que celles-ci sont susceptibles de produire de l'utilité sociale, tout en adressant un message symbolique d'inclusion à la communauté noire. *Not All Black and White* conclut que le meilleur moyen d'adopter une posture prudentielle sur ce sujet brûlant est de le soustraire d'emblée aux juges et d'accroître plutôt le pouvoir discrétionnaire des administrateurs.

Une telle approche présente deux sortes de problèmes, l'un extrinsèque, l'autre intrinsèque. Le problème extrinsèque provient du fait que l'auteur ne se soucie guère des objections déontologiques à son approche utilitariste. Il a beau mettre en garde contre l'instrumentalisation insidieuse des Noirs au nom de valeurs qui les englobent (p. 129), il n'en reste pas moins qu'il ne répond pas à l'objection selon laquelle l'*affirmative action* stigmatise ses bénéficiaires en donnant une image inférieure de leurs capacités. Chose plus grave encore, certains intellectuels minoritaires eux-mêmes partent en guerre contre l'idée que la race puisse servir de substitut à la diversité et au pluralisme d'expériences et de points de vue. Selon ces critiques, dire que l'appartenance à une ethnie ou une race minoritaires est par soi porteuse d'une « forme de vie » alternative est naïf et essentialiste, car cela signifierait l'homogénéisation des membres d'une « culture minoritaire ». À ce genre d'objections s'ajoute le problème intrinsèque d'une approche fonctionnelle aux prises avec elle-même. Du moment où ce sont les besoins des institutions, et non pas la dignité des individus, qui définissent le « mérite » social, rien ne saurait exclure que le calcul rationnel ne s'ouvre aussi à l'éventualité des violences raciales susceptibles d'éclater et des effets de dégradation de l'image des bénéficiaires, si bien que les responsables finissent par *repousser* la politique des actions préférentielles (comme cela fut le cas pour l'Université de Californie, pourtant une des pionnières dans ce domaine). Déjà les tenants de la théorie du « choix public » proposent de procéduraliser, en quelque sorte, le problème en mettant en place un régime de transparence du marchandage (*trade off*) opéré entre les objectifs programmatiques des institutions et l'objectif de diversité. Edley s'y oppose. Mais la question est : de quel droit ?

\* \*  
\*

- 3) Randall Kennedy, *Race, Crime, and the Law*, New York, Pantheon Books, 1997, 538 p.

Ceux qui frayent péniblement leur chemin dans les dizaines de milliers de pages des revues juridiques américaines ne manquent pas d'être frappés d'une chose : la diminution drastique, après 1992, d'articles relatant les maux du racisme quotidien et proposant une énième interprétation du principe constitutionnel d'égalité. Le pic de cette littérature se situe, très exactement, au moment des grandes émeutes de Los Angeles au printemps 1992. Dès lors, le lecteur de bonne foi s'interrogera sûrement : se peut-il que l'avènement de l'administration Clinton ait provoqué, d'un coup de baguette, la disparition des discriminations raciales, notamment dans l'application des lois pénales et l'action policière, raison de la grande crise de 1992 ? À peine trois ans après, le procès et l'acquittement du célèbre sportif noir O. J. Simpson, où l'un des jurés noirs a ouvertement admis qu'il « faut protéger les nôtres », a montré que le vent s'est retourné, si bien que l'on puisse parfois parler même d'un *favoritisme* de la justice américaine vis-à-vis des minorités raciales. La nation américaine, dont le péché originel est sans doute l'esclavage des Noirs et le déracinement des Indiens, est-elle entrée pour de bon dans l'ère du multiculturalisme bienveillant ? Le retour spectaculaire de la croissance et du plein emploi ont-ils mis au placard le grand problème de la criminalité noire ? Ce n'est pas le moindre mérite du livre de Randall Kennedy, professeur de droit à l'Université de Harvard, que de rompre le silence et de poser ces questions. Et si les réflexions de Kennedy et les solutions qu'il esquisse paraîtront aux Européens d'un bon sens indubitable, il n'en va pas de même pour beaucoup de sociologues du droit et pénalistes américains qui, eux, crieront à l'apostasie d'un brillant intellectuel noir.

Devant la « béatitude raciale » régnante, éclairée par le sourire beau mais cynique du président Clinton, Kennedy revient, dans deux chapitres introductifs forts, à l'histoire de la honte : le système de ségrégation raciale *de jure* dans le Sud, les lynchages des Noirs qui étaient accusés de viol de femmes blanches, le verrouillage des deux races par la pénalisation du mariage interracial et la peine de mort prononcée de manière disproportionnée contre les assassins et violeurs de couleur. Loin de tout esprit morbide de vengeance, Kennedy nous rappelle que c'est le « problème noir » qui fut le catalyseur d'un système pénal moderne aux États-Unis par la prise en compte progressive du besoin de garantir les droits de la défense prévus par le *Bill of Rights*, mais restés jusque-là seulement théoriques. L'auteur est un modéré. Le message central du livre, tel qu'il ressort du vaste tour d'horizon des diverses doctrines et jurisprudences concernant le droit pénal substantiel et procédural, est un message de bon sens : lorsqu'ils interprètent et appliquent les lois pénales, les tribunaux et la police ne doivent jamais fonder leurs jugements et leurs actions sur des considérations raciales. *Race, Crime, and the Law* renvoie dos à dos les Blancs « bien intentionnés » qui crient à la discrimination à rebours lorsqu'il est question d'options préférentielles pour les minorités, mais tolèrent la prise en compte du faciès comme critère justifiant les fouilles policières, et les Noirs radicaux qui alimentent un climat de persécution chaque fois que les forces de l'ordre traquent un délinquant ou un drogué de couleur.

À l'aide d'une impressionnante masse de données statistiques et d'études sociologiques, Kennedy montre que l'attitude de la population noire envers le crime n'est pas homogène. Désireux de promouvoir une « politique de respectabilité » (p. 17) pour les

minorités calquée sur les valeurs de la classe moyenne blanche, il insiste sur l'importance d'épurer les mécanismes d'imputation du blâme aux individus fautifs afin d'éviter la confusion et la criminalisation de la population noire tout entière. Les enquêtes sont là pour l'attester : « En termes de malheur provoqué par la violence criminelle, les Noirs (et les autres gens de couleur) souffrent plus des actes criminels de leurs "frères" ou "sœurs" de race que des bavures racistes des officiers de police blancs » (p. 20) ; les gens de couleur demandent donc logiquement plus de sévérité dans la punition des criminels, quelle que soit leur race. L'atteinte principale aux intérêts des Afro-américains ne provient pas de l'application trop intensive, mais plutôt de la sous-application des lois pénales. Kennedy s'efforce d'illustrer ces thèses par un examen approfondi de cinq domaines du droit pénal nord-américain : l'usage de la race comme indice de suspicion lors des fouilles ; les critères raciaux lors de la sélection du jury aux cours d'assises ; la race et la peine de mort ; la « nullification » (c'est-à-dire le refus de la prise en compte des instructions du juge sur le droit positif) par le jury pour des raisons raciales ; et la disparité dans le montant de la peine selon la race du prévenu. Ses positions témoignent toujours de sa modération et de son bon sens. Pour ne prendre qu'un seul domaine : face à des appels de certains juristes de couleur radicaux en faveur d'une « nullification » systématique lorsque les prévenus sont Noirs et accusés de crimes non violents, Kennedy objecte qu'une telle attitude serait perçue comme une déclaration de guerre au système judiciaire et aurait probablement l'effet pervers de diminuer les garanties procédurales des prévenus.

*Race, Crime, and the Law* est un livre emblématique de la montée d'une nouvelle classe moyenne noire, fière de ses succès économiques et intellectuelles et désireuse d'extirper l'attitude de victimisation de ses membres. La lutte pour un langage universaliste en droit pénal au moyen de l'appel à une indifférence à la couleur (*colorblindness*) dans l'application du droit est bénéfique dans un contexte toujours marqué par la méfiance réciproque entre les Blancs et la myriade de minorités ethniques. Mais l'élan unanimiste de Kennedy n'est pas exempt d'ambiguïtés. Un exemple est le système de distribution des peines pour des infractions liées aux stupéfiants. Selon la législation fédérale, la vente de la cocaïne en poudre est punie d'une réclusion criminelle d'au moins 10 ans lorsque la quantité vendue est supérieure à 5 000 gr., tandis que la vente de la cocaïne *crack* est punie de la même peine à partir d'une quantité de 50 gr. seulement. Or il se trouve que la cocaïne en poudre est la drogue préférée des nantis (des Blancs dans leur grande majorité) et que le *crack* est la drogue des banlieues déshéritées (peuplées surtout de Noirs)... L'argument de Kennedy est de dire qu'il est logique de punir plus sévèrement les vendeurs d'une drogue à prix bas que les vendeurs de la même drogue à prix élevé à cause des plus grandes répercussions sur la santé publique provoquées dans le premier cas. Mais en réalité, les dealers de *crack* sont les revendeurs en détail des gros dealers de cocaïne. Et les chiffres sont consternants : 12 % seulement des consommateurs de drogue sont Noirs, mais ceux-ci s'élèvent à 74 % des détenus incarcérés pour usage de stupéfiants... En définitive, on ne peut que se réjouir de l'apparition de livres mesurés dans leur propos sur le problème racial, mais il ne faut pas pour autant oublier les spécificités de l'histoire américaine.

\* \*  
\*

- 4) Catherine McNicol Stock, *Rural Radicals : Righteous Rage in the American Grain*, Ithaca, N. Y., Cornell University Press, 1996, 197 p.

L'attentat à la bombe contre un bâtiment fédéral d'Oklahoma City en 1995 révéla au monde entier l'existence d'un mouvement violent resté jusque-là relativement inconnu, le mouvement contre l'État fédéral des États-Unis, frère jumeau du mouvement des milices (*militia*). Les Européens pensent en général que l'Amérique est malade de ses armes et que la violence est un prolongement naturel de l'individualisme féroce des Américains. Rien ne saurait être moins sûr. Non seulement les milices ont un statut constitutionnel (le Deuxième Amendement à la Constitution dispose qu'« une milice bien régulée étant nécessaire à la sécurité d'un État libre, le droit du peuple d'avoir et de porter d'armes ne sera pas violé »), mais le radicalisme politique a des racines profondes dans l'histoire américaine. L'influence de l'idéologie du républicanisme civique se fait toujours sentir. Sous l'impulsion des anti-fédéralistes, les Américains ont conçu les milices comme une institution républicaine unique, donnant l'occasion à l'universalité des citoyens de se réunir pour l'action publique. Avant de dégénérer en clubs de fanatiques de la violence, les milices servaient dans le dessein républicain des *Framers* d'école d'éducation civique, aussi bien en temps de paix (parce qu'elles permettaient aux citoyens de dépasser leur égoïsme en s'entraînant à l'action désintéressée et à la discussion des questions politiques) qu'en temps de troubles (parce qu'elles préparaient le peuple à résister contre les tyrannies ou les combats acharnés parmi les diverses factions). Ce qui, dans la structure de la Constitution, représentait la méfiance américaine à l'égard du gouvernement central et la peur des luttes intestines d'intérêts sectoriels était appuyé, sur le terrain, par la « bravoure des terriens solides » louangés par Thomas Jefferson. Catherine Stock, professeur d'histoire au Connecticut College, nous parle dans son livre *Rural Radicals* d'une tradition politique américaine qui voit dans les petits propriétaires fonciers laboureurs l'ossature même de la République.

Des « rebelles du whiskey » du XVIII<sup>e</sup> siècle au mouvement du « patriotisme chrétien » d'aujourd'hui, l'Amérique profonde n'en finit pas de servir de laboratoire à une foule de mouvements contestataires. Stock montre bien que la grande crise agricole des années quatre-vingt (comparable par son ampleur à celle immortalisée par John Steinbeck dans *Les raisins de la colère*) est ce qui a stimulé la dernière vague de protestations de ceux qui s'appellent des « citoyens souverains » parce qu'ils refusent la légitimité des autorités fédérales. Le mouvement anti-fédéral a ses propres récits, sacrés ou profanes. Tantôt identifiée à la terre promise par Dieu, tantôt exaltée comme le fruit révolutionnaire de la Déclaration d'indépendance de 1776, l'Amérique y apparaît comme un corps imaginaire accaparé par des forces anti-américaines obscures, des prophètes de Baal qui subjuguent les travailleurs honnêtes en les obligeant à postuler pour un numéro d'immatriculation de sécurité sociale ou un permis de conduire. Une fois l'agriculteur blanc et chrétien arraisonné par la machine diabolique de l'État fédéral, il perd sa liberté et sa vigueur et peut être taxé à volonté. Stock montre que l'évangélisme protestant et le mode de vie des pionniers, corroborés par une tradition de populisme bien enracinée depuis Jefferson, maintiennent toujours une flamme de résistance à toute tentative de bureaucratisation ou de rationalisation de la vie économique. Le ton raciste est aussi une constante des pamphlets des miliciens. Selon leur vision du monde, l'émancipation des esclaves après la Guerre civile fut la première grande atteinte à la Constitution des États-

Unis, octroyée par Dieu lui-même à son peuple élu, les « pèlerins » blancs ; le coup de grâce lui fut donné par le *New Deal* et la naissance de la bureaucratie fédérale et des économies d'échelle.

Stock n'est pas une juriste, mais son ouvrage est important pour ces juristes et politologues qui veulent comprendre la dynamique des mouvements populistes et les transformations du droit dues à leur émergence. Le génie américain a été d'aménager l'espace juridique de façon à exploiter le dynamisme, voire la violence, des courants radicaux. En laissant la plus grande autonomie normative aux entités intermédiaires, les Américains ont su rebondir d'autant plus facilement après chaque crise politique ou économique. L'intégration accomplie des forces des milices à la Garde nationale relève le formidable défi de la méfiance des citoyens de l'unique superpuissance du monde à l'égard de toute armée permanente (*standing army*). Catherine Stock aborde son sujet en historienne ; elle refuse de faire des prévisions sur les possibilités actuelles d'appriivoiser le mouvement des milices. Son récit nous permet de reconstituer un mouvement de balance entre une tendance à la tolérance au nom du pluralisme normatif et une tendance à la répression face à la recrudescence de la violence privée. On est maintenant dans une phase de répression étatique. Mais les difficultés qu'a l'administration fédérale à imposer des contraintes au port des armes, vestige d'une vertu civique aujourd'hui tombée en ruine, montre que le jour où les milices seront dissoutes une civilisation juridique entière sera en passe de disparaître.

## V. — DROIT, PROPRIÉTÉ PRIVÉE ET RÉGULATION

La théorie du droit fait un accueil de plus en plus favorable aux théories économiques aux États-Unis. Une série de livres récents se tournent vers l'histoire du droit et de l'économie afin d'y puiser des leçons pour le droit privé contemporain ; d'autres cherchent dans les théories économiques positives l'inspiration pour des améliorations dans le fonctionnement des institutions juridiques. Dans ce domaine interdisciplinaire, les énergies des économistes, des historiens et des juristes se conjuguent.

William Novak retourne sur la *common law* américaine du XIX<sup>e</sup> siècle, où il découvre une conception interventionniste de l'État, une philosophie de régulation de l'économie et les prémisses d'un droit administratif autonome. Le tissu très dense de « droits publics » et l'étendue considérable des pouvoirs de police administrative étonnent le juriste français, qui croit à la spécificité nationale du concept de service public. Gareth Davies s'intéresse, lui, à la répercussion qu'a eue sur la philosophie du droit privé la théorie économique de l'époque allant du *New Deal* à la *Great Society* des années soixante. La social-démocratie voulait restaurer l'éthique protestante du travail au moyen d'une théorie des droits sociaux comme « opportunités », mais ce projet glissa lentement vers une « titularisation » des prestations sociales déconnectée du travail ou du mérite individuel. Cependant, les esprits sont maintenant mûrs pour accepter une contractualisation du régime des allocations sociales et le retour à la responsabilisation des allocataires. Enfin, Jerry Mashaw ambitionne un vrai tour de force en utilisant le « choix public » (*public choice*), une théorie économique méfiante vis-à-vis de la rationalité des organes collectifs publics et hostile à la régulation, pour faire des propositions

concrètes sur l'amélioration de l'État administratif. Les ressources positives de cette théorie sont exploitées pour discuter d'une série de problèmes juridiques allant de l'interprétation et du contrôle juridictionnel des lois à la délégation du pouvoir législatif aux administrations publiques.

\* \*  
\*

- 1) Gareth Davies, *From Opportunity to Entitlement : The Transformation and Decline of Great Society Liberalism*, Lawrence, Kan., University Press of Kansas, 1996, 320 p.

Le président Clinton passera aux annales comme le président américain qui a tué l'État-Providence (*Welfare State*) de concert avec les Républicains vainqueurs des élections législatives de 1994. En août 1996, Bill Clinton a sanctionné une loi, largement inspirée du « Contrat avec l'Amérique » républicain, qui a remis en cause le principe même d'assistance sociale et de revenu minimum garanti pour les pauvres et les familles modestes avec des enfants à charge. Vue de l'Europe, cette « révolution conservatrice » nous paraît avoir entamé l'héritage social-démocrate du *New Deal* et sa politique de redistribution des revenus. Gareth Davies, maître de conférences en sciences politiques et en histoire à l'Université de Lancaster, n'est pas de cet avis. Selon lui, la nouvelle législation exprime en réalité un retour au meilleur de la tradition progressiste (*liberal*) du *New Deal* et de la *Great Society* des années soixante. Elle marque, tout au moins, l'entrée en force d'une nouvelle philosophie compatible avec l'éthique protestante du travail et du mérite individuel qui régissaient la social-démocratie de Franklin Roosevelt et de Lyndon Johnson. Avec cette nouvelle donne, une nouvelle philosophie du droit privé fait aussi une timide percée. Les prestations sociales de l'État ne sont plus considérées comme un « titre de propriété » (*entitlement*) auquel tout un chacun a droit, mais plutôt comme les honoraires d'une sorte de contrat passé entre la collectivité et les individus fragilisés et qui impose à ceux-ci l'obligation d'entrer de nouveau dans le monde du travail aussitôt que possible. Le livre de Gareth Davies est instructif sur les transformations du progressisme américain. On peut tout de même avoir quelques doutes sur l'exactitude du modèle contractualiste qu'il propose.

Le clivage central autour duquel est construit *From Opportunity to Entitlement* est celui entre les concepts d'« opportunité » (*opportunity*), vecteur d'une philosophie d'épanouissement individuel par un droit au travail garanti, et de « titularisation » (*entitlement*) universelle au moyen des minima sociaux. Selon l'auteur, les assauts des conservateurs dans les années quatre-vingt et quatre-vingt-dix sont largement dus à une méprise généralisée qui a associé le progressisme à l'assistance sociale paternaliste. Cela a eu l'effet pervers de déresponsabiliser des franges entières de la population, pour qui il est devenu plus attractif d'encaisser un chèque tous les mois que de se former adéquatement pour entrer sur le marché du travail. Davies brosse un tableau historique des divers mouvements du progressisme américain. Selon lui, ceux-ci étaient toujours imprégnés d'une éthique individualiste d'indépendance financière atteinte par le travail. Il rappelle que les économistes keynésiens et les juristes qui inventèrent et mirent en œuvre les

[p. 359-417] I. PAPADOPOULOS *Arch. phil. droit* 44 (2000)

grands programmes de travaux publics, d'allègement des dettes des agriculteurs et de sécurité sociale pendant le *New Deal* voulaient restaurer la liberté individuelle des travailleurs de sa déchéance due à la paupérisation générale de l'époque. Pareil pour le programme de restauration de l'égalité d'opportunité pour les minorités raciales et les pauvres lors des années soixante. Mais un changement des mentalités et de la conceptualisation juridique apparut vers le milieu des années soixante. La montée de l'individu et de ses velléités de libération de tout joug paternaliste ou moraliste, au moment même où de plus en plus de personnes dépendaient des allocations sociales, déboucha sur une situation inimaginable quelques années auparavant : friands de liberté individuelle, de plus en plus de personnes qui échappaient désormais à l'encadrement de la famille, des églises ou des syndicats commencèrent à exiger une « autonomie » et une « dignité », ce qui en pratique eut le résultat d'un découplage de l'assistance sociale de l'éthique du travail. Ainsi, d'une philosophie de restauration de l'égalité d'opportunité, on bascula brutalement à une philosophie de revenu minimum garanti, « droit individuel » valable inconditionnellement. Face à cette dérive, Davies croit qu'il est grand temps pour le retour à une politique de redistribution qui substitue une philosophie contractualiste à la mentalité désastreuse d'assistance.

Il est intéressant de constater l'effort de construire une justification de l'État social et une philosophie des droits sociaux *de l'intérieur*, si l'on peut dire. En effet, depuis le travail séminal de Nozick en 1974, les théories hyper-libérales (*libertarian*) ont eu beau jeu de critiquer les effets pervers et l'inefficacité de la régulation des marchés ; elles n'ont sans doute pas suffisamment réfléchi sur le fait que désormais, dans tous les pays industrialisés (États-Unis y compris), des pans entiers de la classe moyenne comptent sur les allocations sociales pour leur bien-être. Dans un tel contexte théorique, tout effort de combiner la protection sociale à une philosophie de responsabilité individuelle est *ipso facto* original. Il reste, pourtant, un formidable écueil à surmonter : l'emprise sans doute irréversible de l'esprit individualiste sur les sociétés occidentales. Aucun retour vers le passé et l'esprit authentique du *New Deal* ne pourra défaire le fait que les gens sont désormais entrés pour de bon dans un processus d'atomisation. Ils supportent de moins en moins de pression sociale à leurs modes de vie, tout en criant « où est l'État ? » chaque fois que survient une catastrophe majeure ou qu'ils subissent des lésions, même sans faute d'autrui. Ce n'est pas par hasard que quelques-uns parmi les meilleurs juristes américains ont interprété dès les années soixante-dix la montée inexorable de la responsabilité extra-contractuelle comme la caractéristique majeure du droit contemporain, tant privé que public, si bien qu'ils ont parlé de la « mort du contrat ». Il est certain, en théorie, que le contrat reste le meilleur instrument d'incitation à la production des richesses et même d'allocation équitable des coûts sociaux provoqués par une société de plus en plus complexe dans son fonctionnement. Mais une hirondelle ne fait pas le printemps. On a beau « contractualiser » le régime des allocations sociales, il n'en demeure pas moins que l'extension de la responsabilité sans faute du service public et la prise en charge grandissante par la collectivité des coûts « externalisés » de diverses activités privées nous ramène à la réalité : la classe moyenne tolère toujours aussi peu, sinon moins, qu'il n'y ait plus de « filet de sécurité » pour ses acquis sociaux et pour son « autonomie » et « dignité » ; il n'y a que les pauvres laissés-

pour-compte qui ont à supporter les coûts de la nouvelle philosophie de la « responsabilisation ».

\* \*  
\*

2) Jerry L. Mashaw, *Greed, Chaos, and Governance : Using Public Choice to Improve Public Law*, New Haven, Conn., Yale University Press, 1997, 209 p.

Les théories économiques trouvent de plus en plus d'écho dans la théorie juridique américaine. Ces théories ont en général une vision pessimiste du comportement humain. Elles plaident pour la dérégulation des services publics et pour un coup d'arrêt à la délégation des choix stratégiques aux bureaucraties d'État, structures fonctionnellement incapables d'arriver à des choix raisonnés et secrètement « capturées » par des intérêts privés. En France, on connaît désormais l'École de *Law and Economics*, espèce de cousine de l'École de Chicago en économie politique (dite Ecole néo-libérale) et animée, entre autres, par les juges fédéraux Richard Posner et Frank Easterbrook. On connaît moins bien les analyses d'une autre théorie économique, celle de l'École du « choix public » (*Public Choice*) – ou « choix social » (*Social Choice*) – des nobélistes Kenneth Arrow et James Buchanan. Cette théorie se veut positive, c'est-à-dire descriptive et prédictive, et a beaucoup de choses à dire notamment sur les structures décisionnelles d'organes collectifs comme les parlements et les administrations publiques. Jerry Mashaw, professeur de droit à l'Université de Yale et spécialiste en droit administratif et en science administrative, a écrit un très bon livre qui essaye de dépasser le pessimisme, véhiculé par la théorie du choix public, sur la possibilité d'atteindre l'« intérêt public ». Il s'efforce, au contraire, de montrer qu'il est possible d'exploiter les ressources positives de cette théorie afin d'améliorer le fonctionnement de l'État administratif. L'approche critique de Mashaw, réaliste et pragmatique, est judicieuse. Cependant, le manque d'une philosophie administrative compréhensive prive son livre d'une véritable vigueur théorique.

Mashaw ouvre très fort, en faisant sienne la constatation de base de la théorie du choix public que la vie politique de nos démocraties est – et est perçue comme – « un monde d'avidité et de chaos, d'intéressement privé et d'incohérence publique » (p. 3-4). Réaliste, Mashaw accepte le fait que les institutions publiques sont comme des marchés en ce qu'elles sont peuplées d'individus rationnels désirant maximiser leurs propres intérêts. Or d'après le fameux théorème d'Arrow, il est logiquement impossible de traduire des préférences individuelles en un choix public au sein d'un organe collectif. La théorie du *logrolling* surenchérit en montrant que la quête de profit des groupes de pression impose des marchandages (*trade offs*) qui finissent par allouer les ressources communes à certains intérêts minoritaires ; aussi les coûts sont-ils « externalisés » au détriment des minorités politiquement vulnérables. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, les fédéralistes avaient prévu la corruption et l'irrationalité des organes collectifs et avaient essayé d'y remédier en mettant sur pied un système politique de multiples couches de contrôle mutuel des pouvoirs publics (*checks and balances*). A l'époque du *New Deal* le gouvernement, las du manque de vision à long terme des assemblées législatives et des attermolements des juges, a voulu rompre avec ces phénomènes en inventant une philosophie progressiste [p. 359-417]

d'« ingénierie sociale » (*social engineering*) déléguant aux grandes administrations fédérales des larges pouvoirs de planification et de régulation de la vie économique et sociale. A partir des années soixante-dix, nous assistons à un retournement du vent auquel a contribué la théorie du choix social : à l'ordre du jour se trouve désormais le démantèlement des services publics jugés trop distants des administrés, le retour à des formes plus classiques de parlementarisme, la confiance au marché et aux diverses instances d'autorégulation et la mobilisation collective des citoyens par leur participation aux choix de leurs entreprises et aux formes de gouvernement associatif et local.

Loin d'entériner une vision apocalyptique de la politique, Mashaw s'intéresse plutôt à utiliser les analyses positives de la théorie du choix public afin de proposer des réformes concrètes en droit public. *Greed, Chaos, and Governance* se confie consciencieusement aux implications de la théorie économique pour le droit en évitant toute construction normative trop ambitieuse. Une de ces implications se rapporte au contrôle de la constitutionnalité et à l'interprétation juridictionnelle des lois. Mashaw propose un contrôle judiciaire de rationalité des lois plus poussé en se fondant sur la découverte de la théorie du choix public que les organes collectifs ont nécessairement du mal à arriver à un objectif public discernable ou cohérent. L'argument est que les tribunaux sont mieux légitimés à invalider les lois lorsque celles-ci manquent d'une vision « cohérente et plausible du bien public » (p. 68) qu'à les « interpréter » largement. En effet, la théorie des jeux n'a de cesse de montrer que ce dernier cas de figure rend impossible une riposte du Parlement. Dès lors, la technique juridictionnelle des « réserves d'interprétation » est en réalité plus anti-majoritaire que l'invalidation pure et simple des lois. Là où l'auteur se différencie des théoriciens des jeux et du choix public, c'est dans son refus d'accepter comme forme optimale d'interprétation judiciaire l'interprétation littérale. Les lois, à ses yeux, ne sont pas que des simples contrats négociés entre intérêts privés qu'il s'agit pour le juge d'appliquer à la lettre. Il croit qu'il existe vraiment ce que l'on appelle une « intention législative » et qu'une interprétation judiciaire qui donne importance aux travaux préparatoires renforce les caractéristiques rationnelles de la procédure législative. Mais là où Mashaw réussit un vrai tour de force, c'est lorsqu'il défend, avec les outils de la théorie du choix public, quelque chose que cette théorie honnit, à savoir la délégation de pouvoir aux autorités administratives. Pour lui, la délégation accroît le répondant (*responsiveness*) des pouvoirs publics par le biais de la responsabilité politique de l'exécutif, qui réagit généralement mieux et plus vite aux changements des préférences collectives, tout en évitant les problèmes de la circularité du vote dont a parlé Arrow (p. 152-156). Tout au long de ses analyses, l'auteur s'acharne à montrer que la théorie du choix public ne nous donne que la *structure* du jeu de la décision collective et des comportements stratégiques des acteurs, sans forcément nous donner le *contenu* d'une philosophie d'action publique (par exemple anti-bureaucratique).

Mashaw fait preuve d'un pragmatisme sans faille. Il n'adopte aucune perspective théorique globale, ce qui rend son approche plus compatible avec le positivisme de la théorie du choix public. Il croit que les préférences privées sont façonnées par les institutions existantes et propose, par conséquent, de « concevoir des institutions qui nous protègent de l'action politique intéressée, tout en reconnaissant que celle-ci sustente probablement notre attitude vis-à-vis du gouvernement » (p. 26). Mais le problème avec *Greed, Chaos, and Governance* est le même avec tout type de pragmatisme pur : il nous

faut nécessairement un référent normatif externe et autonome pour pouvoir déterminer les critères qui font que l'usage de la théorie (ici la théorie du choix public) nous est utile. Quoi qu'il en soit, la démonstration transformant – ne serait-ce que ponctuellement – la théorie du choix public d'une machine de guerre contre l'État administratif en une approche susceptible d'aider les administrations dans leur mission de définition de l'intérêt public est remarquable.

\* \*  
\*

- 3) William J. Novak, *The People's Welfare : Law and Regulation in Nineteenth-Century America*, Chapel Hill, N. C., University of North Carolina Press, 1996, 396 p.

Les juristes français considèrent généralement que le concept de service public et l'autonomie du droit administratif, développés en France à partir des années 1870, sont une spécificité hexagonale. Ce débat n'est pas qu'historique : à un moment où la construction européenne provoque des bouleversements en droit français, l'« isolement » du modèle du service public est un argument de poids pour ceux qui se prononcent pour une plus grande libéralisation de la vie économique et pour le retour des administrations à un régime juridique commun de droit privé. Ces personnes seraient surprises d'apprendre l'ampleur des pouvoirs de police administrative et de la régulation étatique du marché au niveau des États nord-américains à l'époque allant de l'Indépendance aux années 1870. Le livre de William Novak, professeur en histoire du droit à l'Université de Chicago, montre que la *common law* américaine jusqu'à l'époque de la Guerre civile exprimait une conception interventionniste de l'État qui façonna les institutions américaines et imprégna les secteurs public et privé, construisant ainsi un régime juridique qui fut la condition nécessaire pour le développement économique et social américain. *The People's Welfare* participe à un mouvement contemporain en histoire du droit américain tendant à renouveler l'intérêt pour les aspects interventionnistes, voire paternalistes de la *common law* du XIX<sup>e</sup> siècle. Cependant, il n'est pas sûr que l'auteur n'ait pas laissé dans l'ombre certaines autres tendances du droit de cette période qui sont en contradiction avec la tendance qu'il décrit.

Les historiens du droit ne s'étaient pas intéressés aux multiples facettes de la régulation étatique au XIX<sup>e</sup> siècle. Avec ce livre très bien documenté, Novak a voulu s'attaquer au « mythe moderne du laissez-faire » inventé de toutes pièces, selon lui, par des historiens libéraux du XX<sup>e</sup> siècle – tout particulièrement Edward Corwin – pour asseoir historiquement le mouvement de dérégulation des trois premières décennies de notre siècle. L'auteur explique que les règlements de police administrative concernant, entre autres, la protection de la voirie et la domanialité publiques constituèrent la préfiguration des « droits publics » (*public rights*) protégeant des valeurs communales et locales avant la grande bureaucratisation parue avec la victoire des Nordistes et la création des grandes administrations fédérales. Le lecteur européen est surpris de voir, dans les multiples arrêts du XIX<sup>e</sup> siècle commentés par Novak, les citations des juges américains aux auteurs de l'École moderne du droit naturel. Cette référence allait dans le sens d'une théorie de la souveraineté étatique qui permette à l'État d'exploiter ses pouvoirs [p. 359-417]

« inhérents et inaliénables » jusqu'à leurs limites naturelles pour taxer, réguler et exproprier une foule d'activités et de produits privés. Bien avant même la naissance du concept de droit comparé, nous sommes témoins d'un mélange ingénieux de doctrines traditionnelles de la *common law* (comme celle des nuisances publiques) et d'une théorie de la souveraineté étatique. Cette conjonction a formé le pilier du pouvoir de régulation au détriment des « droits acquis » (*vested rights*) des propriétaires et de la liberté de contracter. Selon Novak, telle était l'ampleur du phénomène qu'il nous oblige à repenser le concept de marché comme une structure largement définie par des décisions politiques, des investissements publics en infrastructures et l'allocation des droits de propriété.

Novak répète que « les droits privés étaient relatifs ; les droits publics étaient absolus » (p. 131), ou encore que la doctrine des « droits publics » était « dominante » (p. 17). Or le droit n'est jamais aussi monolithique. Il paraît, en effet, que la doctrine des « *public rights* » était accompagnée d'un schéma de décisions judiciaires promouvant la croissance industrielle et le productivisme et même d'une série d'arrêts protégeant les « *vested rights* ». Par ailleurs, quoique le nombre des arrêts interventionnistes discutés dans le livre soit impressionnant, il est permis de douter de la compétence et l'efficacité des autorités administratives dans un pays qui s'élargissait à vue d'œil et ne disposait à l'époque que de quelques structures étatiques squelettiques. Un bon exemple en ce sens est l'histoire des chemins de fer. Certaines sociétés privées avaient été subventionnées par les gouvernements locaux au moyen d'émissions d'obligations du trésor, tout en résistant aux efforts de régulation. Cela dura jusqu'aux années 1870, décrites pourtant par Novak comme marquant le *déclin* de l'idéal régulateur du droit, époque où l'État fédéral réussit à soumettre ces sociétés à la régulation de l'*Interstate Commerce Commission*. Il ne faudrait pas oublier non plus le grand nombre de conflits qui opposèrent les sociétés de chemins de fer aux éleveurs au sujet des droits de passage des troupeaux à travers des constructions ferroviaires pour gagner les pâturages. Dans ces conflits, des gangs payés par les grandes sociétés « prenaient la loi dans leurs mains », comme on dit généralement. Est-ce là le signe d'une culture juridique communale et de « droit public » ? Ou s'agit-il plutôt du cynisme des capitalistes qui bouleversèrent les usages traditionnels dans la gestion des terres ? D'autres grands historiens, comme J. Willard Hurst et, plus près de nous, Morton Horwitz ont décrit une tendance jurisprudentielle à vouloir « libérer les énergies » en garantissant aux patrons de l'industrie montante le droit d'exploiter librement les ressources naturelles. L'histoire du droit est toujours, paraît-il, pressée de servir une des parties aux débats politiques contemporains, mais cela ne devrait pas nuire au devoir de prudence des historiens au moment d'écrire leurs conclusions.

## VI. — DROIT ET RAPPORTS INTIMES : SEXUALITÉ, FAMILLE, BIOÉTHIQUE

La philosophie du droit est amenée de plus en plus à réfléchir sur les problèmes concernant les formes de la vie privée et la génétique. Force est de constater que notre civilisation est tiraillée entre les promesses d'une biotechnologie triomphante et la peur d'une uniformisation sourde des personnes. Quoi qu'il en soit, l'évolution est si rapide que des nouvelles revendications se présentent presque quotidiennement aux chambres législatives et devant les prétoires. En témoignent les problèmes du mariage homosexuel et du marché des services thérapeutiques et reproductifs.

Les deux livres récents sur ces problèmes souhaitent des solutions juridiques innovantes. William Eskridge fait appel à l'extension d'un régime juridique à une catégorie sociale nouvelle, tandis que Margaret Jane Radin cherche plutôt à assouplir une catégorie juridique binaire. Eskridge développe une argumentation historique, anthropologique, sociologique et juridique en faveur de la reconnaissance du mariage homosexuel. Son livre tend à valoriser le mariage comme institution et comme régime juridique susceptible d'octroyer une citoyenneté égale aux homosexuels. Le principe d'égalité, mais aussi notre pragmatisme de citoyens d'une société pluraliste, nous pousse à cesser de croire à l'homosexualité-déviance et à utiliser les formes juridiques existantes pour intégrer pleinement à la société une minorité dénigrée. Radin construit une philosophie pragmatique des transactions impliquant les parties du corps humain et des services intimes ou reproductifs. Son livre s'efforce de joindre le besoin d'épanouissement de la personne au respect de son caractère sacré et inaliénable et conclut à la reconnaissance d'une sphère de « commercialisation incomplète », troisième voie entre la commercialisation universelle et la non-aliénation complète de certains produits et services intimement liés à l'homme.

\* \*  
\*

- 1) William N. Eskridge, Jr., *The Case for Same-Sex Marriage : From Sexual Liberty to Civilized Commitment*, New York, Free Press, 1996, 296 p.

En 1986 la Cour suprême freina brutalement les ardeurs d'un mouvement homosexuel montant avec son arrêt *Bowers v. Hardwick* qui décida qu'« aucune connexion entre la famille, le mariage ou la procréation d'un côté, et l'activité homosexuelle de l'autre, n'a été démontrée ». La Haute instance se fonda tout simplement sur la « croyance... que la sodomie homosexuelle est immorale et inacceptable » pour avaliser une loi criminalisant certaines pratiques sexuelles entre adultes consentants, provoquant par là un tollé chez les homosexuels et les activistes des libertés civiques. Mais cet arrêt eut aussi l'effet paradoxal d'orienter une grande partie de la communauté homosexuelle vers la revendication d'une reconnaissance juridique plus ample de leur « vie familiale ». Et en 1993 la Cour suprême de l'État de Hawaï créa des ondes de choc en décidant que la [p. 359-417]

prohibition du mariage entre partenaires du même sexe est une classification législative sexuelle et doit, comme telle, subir un contrôle judiciaire de proportionnalité. Depuis lors, et avec la libéralisation progressive de la politique de l'armée envers les homosexuels, le mouvement *gay and lesbian* redoubla d'efforts pour obtenir le droit d'égalité devant l'état civil. William Eskridge, professeur de droit à l'Université de Georgetown et spécialiste incontesté en matière d'interprétation législative, a écrit le premier livre juridique sérieux et mesuré sur la question. Son analyse est assez convaincante lorsqu'il essaye de montrer que l'autorisation du mariage homosexuel conduira à une meilleure assimilation des homosexuels à la société, mais elle l'est nettement moins lorsqu'il s'efforce de nous persuader que le mariage homosexuel est en réalité parfaitement compatible avec la tradition philosophique et constitutionnelle des démocraties libérales.

*The Case for Same-Sex Marriage* a un double auditoire : les libéraux bien intentionnés, d'une part, et la communauté homosexuelle elle-même, que l'auteur tente de souder, d'autre part. Dans une première partie intéressante, Eskridge retrace les données historiques, anthropologiques et sociologiques de la question. Les extrapolations historiques de l'auteur sont parfois controversées. Aussi le fait que les Églises catholique et orthodoxe célébraient au Moyen Âge un rite d'apparement par le sang entre hommes ne signifie-t-il pas nécessairement que ce genre de liens de parenté impliquait des relations sexuelles ou qu'il était doté d'un statut comparable à celui du mariage. Il est tout aussi difficile de justifier l'acceptabilité du mariage homosexuel par le récit de l'infâme empereur Néron « épousant » le pauvre eunuque Sporus ou par les pratiques de pédérastie rituelle que l'on trouve dans certaines tribus de la Mélanésie. Il n'en reste pas moins que l'évocation irénique de l'histoire, mais aussi de la sociologie, du mouvement *gay and lesbian* né après les émeutes de Stonewall en 1969 est un premier pas vers la nécessaire dédramatisation de ce débat. En effet, Eskridge fait le choix d'un positionnement modéré. Il essaye notamment de persuader les franges les plus radicales du mouvement homosexuel que l'institution du mariage, loin d'être intrinsèquement oppressive et « patriarcale », ouvre la seule perspective possible d'intégration des homosexuels à la société. À ceux des militants qui se contenteraient d'un régime juridique de *domestic partnership* à la carte (une sorte de pacte civil de solidarité entraînant des mesures *ad hoc* de non-discrimination en droit fiscal, en droit du travail et en droit des assurances), Eskridge oppose l'institution du mariage, qui seul pourra donner une « citoyenneté égale » aux couples homosexuels (p. 62). La raison pragmatique aussi pour un tel aménagement juridique n'est pas négligeable ; l'enjeu est de produire plus de stabilité dans les relations sexuelles et un véritable engagement moral chez les homosexuels, ce qui améliorera à coup sûr leur image dans la société.

Au-delà de la discussion interne engagée avec certains représentants du mouvement homosexuel, *The Case for Same-Sex Marriage* a aussi l'ambition de répondre à certaines objections hétérosexuelles de bonne foi. Une fois écartée toute idée de « droit naturel » qui considère la procréation comme la finalité même de la famille, il ne reste, selon Eskridge, que deux types d'objections : l'objection de moralité sociale et l'objection pragmatique. Celle-là dit que l'institution du mariage homosexuel mettrait inévitablement le sceau de l'approbation morale de l'État sur une union considérée, à tort ou à raison, comme préjudiciable par la majorité des citoyens, tandis que celle-ci parle plutôt d'éviter de se précipiter dans l'inconnu sans avoir pris le plus de précautions possibles. Il

n'est pas certain que les réponses de l'auteur soient à la hauteur de la tâche. Les lecteurs seront surpris d'apprendre que la non-reconnaissance juridique du mariage homosexuel révèle une philosophie anti-familiale. L'argument selon lequel l'État n'envoie pas de message d'approbation d'un type particulier de mariage – ou de forme de vie dans le mariage – du moment où les autorités publiques délivrent couramment des certificats de mariage à des violeurs ou des bisexuels est fallacieux. Car les vices d'incapacité de mariage reflètent le jugement bien pesé de la collectivité que certains *types* d'union maritale sont susceptibles de porter préjudice au bien-être des couples eux-mêmes et des enfants ; cela ne reflète aucunement un jugement de valeur négatif sur les *individus* en cause. La désinvolture avec laquelle Eskridge esquivé le problème des impacts psychique et social aux enfants adoptés par des couples homosexuels – qui est, pourtant, une des raisons principales de la méfiance à l'égard du mariage homosexuel – prouve l'impatience de l'auteur avec des objections pragmatiques. Or un juriste doit absolument pouvoir tenir compte de telles considérations.

Tout compte fait, pourtant, les appels d'Eskridge pour la dignité et l'égalité civique des homosexuels sont assez convaincants. Son argumentaire devient nettement moins solide lorsque, pris dans les affres d'un panjuridisme trop américain, il essaye de constitutionnaliser le débat en soutenant que la non-autorisation du mariage homosexuel est contraire au principe d'égalité. Certes, l'auteur a raison de rappeler que la pure et simple animosité contre un groupe impopulaire n'est pas un intérêt public légitime. Mais l'analogie qu'il tire de la déclaration par la Cour suprême de l'inconstitutionnalité de la prohibition du mariage interracial en 1967 ne tient pas. Son argument est que cette prohibition était contraire à nos traditions libérales parce qu'elle reflétait une image « essentialiste » du mariage, au même titre que la non-reconnaissance actuelle du mariage homosexuel renforce des stéréotypes sexistes. Mais ainsi l'auteur pousse l'abstraction juridique beaucoup trop loin. Force est de constater que dans une démocratie libérale *aucune* classification raciale n'est légitime (les politiques préférentielles pour les minorités défavorisées sont un cas à part). Au contraire, il existe beaucoup de classifications sexuelles raisonnables ; personne ne s'opposera à ce que le congé de maternité soit réservé aux femmes ou à ce que les pédophiles soient exclus des postes des maîtres d'école. La manière qu'ont certaines minorités de s'identifier aux esclaves noirs est moralement et juridiquement suspecte. Quoi qu'il en soit, il serait injuste qu'une telle faute éclipsé l'apport globalement positif du livre d'Eskridge.

\* \*  
\*

- 2) Margaret Jane Radin, *Contested Commodities : The Trouble With Trade in Sex, Children, Body Parts, and Other Things*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1996, 279 p.

Imaginons un couple d'un pays X dans la quarantaine qui a depuis longtemps envie d'avoir un enfant mais n'a pas pu l'avoir. Il s'est inscrit sur la liste d'attente de l'organisme public chargé de gérer les adoptions depuis quelques années, mais sans résultat pour le moment. Un jour, il apprend par un ami l'existence d'une filière anglaise de mères porteuses qui acceptent, moyennant rémunération, l'implantation dans leur utérus [p. 359-417]

des embryons conçus par fertilisation *in vitro* et leur gestation jusqu'à l'accouchement. Le couple ne voit pas d'obstacles de nature éthique à une telle transaction, qui leur donne peut-être une dernière chance d'avoir un enfant avant qu'il ne soit trop tard. Mais la loi de leur pays interdit cette pratique. Imaginons aussi une famille du pays X dont le fils a une insuffisance rénale qui l'oblige à faire régulièrement des épurations de sang coûteuses et physiquement pénibles. Le fils s'est inscrit sur la liste d'attente de l'organisme public chargé de gérer les donations d'organes, mais sans résultat pour le moment. Un jour, la famille apprend qu'il existe en Pologne une société privée agréée qui conserve et commercialise des organes humains congelés. Les parents ne voient aucune raison éthique de ne pas mettre fin à la souffrance de leur garçon. Mais la loi de leur pays interdit cette pratique. Dans les deux cas de figure, nous avons toutes les conditions réunies pour la formation d'un marché (de produits ou de services) soumis à la loi de l'offre et de la demande, mais nous avons aussi une législation contraignante qui prétend, au nom d'une vision éthique universelle, encadrer strictement et réguler même extraterritorialement ce marché naissant *de facto*. Les couples directement concernés se plaignent du paternalisme et de l'hypocrisie de l'État qui les oblige à choisir entre ne pas être capables de concrétiser leur « droit naturel » à la filiation ou au bien-être de leurs enfants et contourner la loi. L'État répond qu'un début de légalisation des transactions impliquant des parties du corps humain et des services intimes pourrait ouvrir une brèche dangereuse pour le respect de la dignité humaine. La bioéthique est née du besoin de répondre à ces types de problèmes. Le professeur de droit à l'Université de Stanford Margaret Jane Radin déploie, dans son livre *Contested Commodities*, une série impressionnante d'arguments et un outillage philosophique de premier ordre dans son effort de réflexion sur ce genre de questions. Se réclamant du pragmatisme philosophique, l'auteur évite les constructions théoriques élaborées et compréhensives pour coller au plus près à la réalité. Elle élabore, notamment, sa propre proposition de « commercialisation incomplète » (*incomplete commodification*). Sa contribution est significative mais vulnérable à cause de l'incompatibilité entre sa méthodologie pragmatique et son présupposé philosophique aristotélicien.

La clarification méthodologique préalable n'est pas le moindre apport de ce livre. Radin critique la rhétorique de la commercialisation universelle – utilisée par des théoriciens du courant « droit et économie » comme Calabresi, Landes ou Posner – comme un mal en soi en ce qu'elle a la tendance de considérer tous les échanges humains, même les plus intimes, comme réifiants, fongibles, commensurables et monétisables. Avant même toute délibération sur le fond, il faut être conscients de la puissance créatrice du langage utilisé car « les faits sont dépendants de la théorie (*theory-dependent*) et des valeurs (*value-dependent*) » (p. 89). Parler du viol en termes d'utilité marginale du violeur est, non seulement contre-intuitif, mais aussi dégradant parce que cela « détache de la personne ce qui lui est intégral » (p. 88). Tout au long de son exposé, Radin essaye de nous persuader que la part légitime du marché des biotechnologies ne saura se consolider que si nous cessons de banaliser nos interactions intimes. À quoi s'ajoute une exigence de cohérence. Tout un chapitre sur les techniques juridiques d'évaluation des préjudices moraux répond à ceux qui se posent en défenseurs d'une ligne dure d'inaliénabilité totale des composantes intimes et émotives de la personnalité. Cet exercice inter-prétatif pose aussi les jalons de l'acceptation du fait que « la commercialisation

incomplète se réfère à des idéaux appropriés de personnalité et de communauté » (p. 113). À la place de quelques îlots non contaminés par le marché il vaut mieux, selon Radin, reconnaître que des éléments aliénants et non-aliénants peuvent coexister dans certaines transactions.

Peut-être la plus grande originalité de Radin est l'articulation d'une théorie de la propriété privée fondée sur l'épanouissement de la personne et inspirée de l'« essentialisme aristotélicien » du philosophe Martha Nussbaum (une conception « dense » de la personnalité selon laquelle certains types de propriété sont si enlacés à l'*ipse* humain et à son bonheur qu'on ne peut plus les détacher). D'après Radin, l'habitation, le travail et l'intégrité corporelle sont des formes de « propriété personnelle » récalcitrantes à la commercialisation. Dans un monde idéal, ces « accidents essentiels » (pour parler comme Aristote) faisant de nous ce que nous sommes et révélant notre côté relationnel et intersubjectif, on devrait logiquement les retirer du marché. Mais en tant que pragmatiste, Radin reconnaît l'importance d'un contexte qui stabilise un soi-même avide de liberté. Cela laisse une marge de manœuvre aux individus pour structurer leurs interactions intimes comme bon leur semble, tout en soulignant le caractère inviolable de principe. Cela légitime aussi la régulation de ces interactions, non pas au sens redistributif, mais comme un moyen d'atteindre la « commercialisation incomplète ». De cette manière on évite l'hypocrisie paternaliste (que Radin nomme *double bind*), qui consiste à faire la morale aux gens en leur assénant qu'ils n'ont pas le droit de dilapider leur propre capital humain essentiel (par exemple en se prostituant ou en vendant des services génétiques), tout en refusant de pallier leur misère économique et sociale d'origine. Pour revenir aux deux exemples ci-dessus, Radin paraît plutôt pencher en faveur d'un retrait de ces commodités et services du marché « pour le moment » (p. 148). Pour ce qui concerne les contrats de gestation des fœtus par des mères porteuses, elle se préoccupe de la domination mâle qui voit dans les mères porteuses une pure et simple ressource génétique à exploiter. Quant aux achats d'organes, le danger principal paraît être symbolique : il ne faudrait pas créer l'impression d'une monétisation des organes d'une personne décédée.

*Contested Commodities* est une contribution précieuse à la philosophie de la propriété privée. Il ne serait pas exagéré de dire que la distinction que l'on y trouve entre la « propriété personnelle » – prolongation ontologique de l'identité humaine – et la propriété aliénable – commercialisable à volonté – ajoute une nouvelle classification fondamentale en droit civil à côté des distinctions consacrées entre les droits réels et personnels, ou encore les biens matériels et immatériels. Mais l'on constate aussi quelques difficultés théoriques dans la discussion. Radin ne remplit pas suffisamment la tâche de concrétisation juridique de la théorie aristotélicienne abstraite qui lui sert de modèle. Cette théorie est, en réalité, plus inflexible qu'elle ne pense. La morale téléologique aristotélicienne est utile pour ne pas perdre de vue le fait que la propriété a des fonctions incommensurables entre elles parce qu'intégrées dans des contextes de vie différents. Mais elle reste tributaire d'une philosophie jusnaturaliste fondée sur certaines constantes anthropologiques et politiques. Par contre, quand le pragmatisme moderne avec sa flexibilité entre en jeu, nous sommes obligés de soupeser les pour et les contre de la monétisation d'un produit ou d'un service en fonction de la rhétorique ou des pratiques qui lui sont chaque fois associées. Un facteur qui complexifie encore plus l'analyse est l'existence de droits fondamentaux – invention purement moderne, étrangère aux Anciens – [p. 359-417]

qui pèsent, eux, fortement dans la balance. On ne peut faire ni de métaphysique de la propriété ni d'ajustements délicats des intérêts au nom du pragmatisme sans prendre en considération le droit fondamental d'un libre consentement au traitement médical (cas de la donation d'organes) ou d'une vie familiale normale (cas du contrat de gestation par une mère porteuse). Radin donne l'impression de ne pas bien maîtriser tous ces éléments dans leur complexité. Elle paraît hésiter entre une « théorie forte », l'inaliénabilité de la propriété intimement liée à l'homme, et une « théorie faible », le pragmatisme soucieux de ménager les droits individuels et les données pratiques et contextuelles.

#### VII. — DROIT ET INTERDISCIPLINARITÉ : ÉTUDES CULTURELLES, LITTÉRAIRES, FÉMINISTES

Dans les années quatre-vingt émergea aux États-Unis un large débat méthodologique sur la pertinence des sciences humaines (*humanities*) pour l'étude du droit. Les adeptes d'une ouverture de la science juridique aux études littéraires se regroupèrent autour du mouvement de « Droit et littérature » (*Law and Literature*). Au fur et à mesure que le débat entre les juristes classiques et les zéloteurs de l'interdisciplinarité s'envenimait, les mouvements théoriques qui parlaient du besoin de sophistication des études juridiques ne cessaient de se diversifier. Ainsi, à côté de « droit et littérature » figurent actuellement les mouvements du « Narrativisme juridique » (*Legal Storytelling*), des études juridiques féministes (*Law and Gender studies*) et d'autres encore.

Une série de livres récents font le point sur les tendances contemporaines de l'interdisciplinarité, à commencer par « Droit et littérature », le mouvement le mieux ancré dans le paysage universitaire. Martha Nussbaum parle dans son livre de la force qu'a l'imagination, aiguillonnée par la lecture des classiques, d'associer l'expérience de l'art à notre éveil moral et à une vie publique enrichissante. À l'aide de la poétique et l'éthique aristotéliennes, nous pouvons construire un libéralisme perfectionniste qui respecte l'autonomie individuelle tout en stimulant la délibération commune sur la vie bonne. Mais le classicisme de « Droit et littérature » a été dernièrement assailli par un mouvement plus radical, le « Narrativisme juridique ». Cette théorie, échafaudée par des universitaires de couleur, pousse l'émotion et la plainte des victimes du racisme et de la pauvreté à occuper le devant de la scène pour stimuler l'empathie des décideurs. Daniel Farber et Suzanna Sherry tirent la sonnette d'alarme face à un discours académique susceptible de mettre en danger la rationalité pratique du droit et la visée d'universalité des droits de l'homme. Une « victimologie » exprimée à la première personne et récusant en bloc la construction sociale de la réalité par les catégories juridiques de la majorité n'est pas justifiable par le paradigme intersubjectif de la communauté interprétative des juristes et exalte un usage polémique du récit juridique. Cette tendance radicale et guerrière de certaines théories interdisciplinaires du droit inquiète Robin West. Dans son livre sur les études juridiques féministes, elle se prononce en faveur d'un féminisme « culturel » qui fasse la synthèse de l'éthique féminine du soin d'autrui et de la morale masculine de la justice impersonnelle et des droits individuels. La connexité, trait majeur du caractère féminin tourné pourtant en dérision par les féministes radicales, est précieuse

pour une ontologie mixte de la personne, à la fois séparée et connectée aux autres, et pour une philosophie du droit humaniste.

\* \*  
\*

- 1) Daniel A. Farber & Suzanna Sherry, *Beyond All Reason : The Radical Assault on Truth in American Law*, New York, Oxford University Press, 1997, 195 p.

Le débat sur les rapports entre l'herméneutique juridique et l'herméneutique littéraire fut une des contributions les plus originales des juristes américains à la philosophie du droit des années quatre-vingt. Mais on n'en resta pas là : vers la fin de cette décennie fit son apparition une école que l'on appelle le « mouvement du narrativisme juridique » (*Legal Storytelling Movement*), associé à un courant théorique appelé *Critical Race Theory*. Ce mouvement exalte le récit sous toutes ses formes, mais surtout le récit autobiographique, les chroniques et les paraboles à valeur éducative sur les maux du racisme quotidien en Amérique du Nord. La préoccupation principale du mouvement est d'utiliser le langage du récit et le métalangage du narrativisme afin de regagner les vies humaines des opprimés et leurs voix plaintives ensevelies sous les abstractions et la froideur de la dogmatique juridique. Dans le but d'ébranler les récits officiels sur lequel repose le droit des dominants, le « Narrativisme juridique » s'évertue à développer des « contre-récits » (*counterstorytelling*) aptes à prendre en compte la perspective des exclus (pauvres assistés sociaux, femmes noires divorcées, enfants battus, etc.) afin de gagner la sympathie des acteurs juridiques. Par là, un usage polémique des recherches interdisciplinaires du courant « Droit et littérature » se substitue à l'usage irénique qu'en font Ronald Dworkin ou James Boyd White ; les universitaires de couleur de la *Critical Race Theory* transforment l'herméneutique littéraire, de paisible réflexion philosophique sur l'ontologie de l'œuvre d'art ou de systématisation des canons d'interprétation textuelle, en une véritable machine de guerre contre la culture dominante et la prétendue « neutralité » et « objectivité » de ses catégories. L'engouement actuel pour ce courant est grand, mais il se trouve quelques juristes qui s'élèvent contre la radicalisation d'un discours susceptible de mettre en danger à la fois la rationalité pratique du droit et la visée d'universalité des droits de l'homme. Daniel Farber et Suzanna Sherry, tous les deux professeurs à l'Université de Minnesota, ont regroupé dans ce livre une série d'articles polémiques contre le « Narrativisme juridique », écrits au nom de la démocratie et de la probité intellectuelle des philosophes du droit. Texte incisif, *Beyond All Reason* remplit largement son contrat de dénonciation d'une nouvelle forme d'irrationnalisme juridique. Cependant, l'objectivisme naïf professé par les auteurs est en contradiction avec leurs propres prémisses théoriques pragmatiques.

D'après Farber et Sherry, l'empathie et l'irruption brutale des émotions devant les instances juridiques ne sont ni rationalisables ni justifiables par le paradigme de la communauté interprétative des juristes. Une dégradation du discours académique est, dès lors, inévitable. Les récits déployés par le narrativisme juridique sont « atypiques » et « non représentatifs » : la référence que l'on y trouve à des « vraies expériences » des minorités, sans aucun souci de clarté ou de rigueur analytique, rend impossible une cri-

tique fondée sur un critère quelconque de vérité. En plus, toute attaque à cette méthodologie est perçue comme une attaque *ad hominem*, ce qui empêche un vrai dialogue scientifique. Farber et Sherry n'hésitent pas à parler, à propos de la *Critical Race Theory*, de « nihilisme » herméneutique qui nivelle toutes les cultures et les conceptions du bien de façon à ce que même des phénomènes de haine raciale et de destruction massive comme l'Holocauste ne soient plus vraiment critiquables. Selon eux, seule la Raison et les Lumières nous prémunissent contre l'état de guerre intellectuelle et les totalitarismes en offrant une manière intersubjectivement validée de départager les différents points de vue en compétition.

On ne peut que se réjouir d'une analyse qui ose encore parler de rationalité dans un contexte politique et intellectuel américain de plus en plus déstabilisé par la montée du racialisme et des politiques de revendication identitaire. Il faudra pardonner à Farber et Sherry le fait qu'eux mêmes, entraînés par un goût de polémique, succombent parfois à des analyses extrémistes. Cela est le cas notamment lorsqu'ils qualifient d'« antisémite » la critique de la *Critical Race Theory* à la pseudo-neutralité des critères méritocratiques (p. 52-71) ; l'argument selon lequel ce sont en réalité les juifs qui sont visés par ce discours dans la mesure où leurs traditions culturelles ont intégré les critères méritocratiques occidentaux paraît déplacé. Hormis ce dérapage, l'ouvrage vise juste dans la description d'un phénomène intellectuel inquiétant. Toutefois, les présupposés épistémologiques des auteurs ne sont pas vraiment solides. Leur foi en un objectivisme selon lequel il n'y a qu'une seule signification « vraie » – empiriquement vérifiable – à un récit est naïve. Qui plus est, elle est en contradiction avec leur propre pragmatisme. En effet, de leurs écrits transpire la croyance qu'il est pragmatiquement utile d'accepter qu'il existe quelque chose de tel que la « vérité » (les néo-kantiens de l'École de Marbourg auraient parlé, à ce propos, d'une conception « comme si » (*als ob*) de la vérité et de l'objectivité). Quoi qu'il en soit, leur critique est généralement valable. Le discours radical de la *Critical Race Theory* et du « narrativisme juridique » se révèle finalement être un langage de *second-best* qui s'accommode d'une place marginale pour les minorités sexuelles ou raciales au sein des facultés de droit : des quotas informels garantissent à celles-ci quelques postes en *Gender Studies*, *Gay and Lesbian Studies* ou *Critical Race Studies* et laissent l'enseignement de toutes les disciplines « sérieuses » aux mains des hommes blancs anglo-saxons protestants.

\* \*  
\*

2) Martha C. Nussbaum, *Poetic Justice : The Literary Imagination and Public Life*, Boston, Mass., Beacon Press, 1995, 143 p.

Depuis la fin des années soixante-dix, nous assistons aux États-Unis à l'instauration d'un grand débat interdisciplinaire sur la pertinence des études littéraires et des sciences humaines pour la philosophie du droit. Parmi les mouvements théoriques que les intellectuels américains appellent « droit et... » (*law and...*), le mouvement de « Droit et littérature » est assurément un des plus ancrés dans le paysage universitaire. Au milieu des années soixante-dix un ancien professeur de lettres, James Boyd White, occupa la

première chaire de droit et littérature à la prestigieuse Université de Chicago (qui nous a aussi donné un des mouvements « droit et... » les plus vigoureux, celui de « Droit et économie »). Mais un certain nombre d'ouvrages montre que les racines du rapprochement entre le droit et les belles lettres remontent à la culture des élites américaines du XIX<sup>e</sup> siècle, infuse d'un esprit d'« homme d'État » (*statesmanship*) qui doit autant à Homère et Thucydide qu'aux moralistes écossais. Abraham Lincoln ne s'était-il pas enthousiasmé pour Harriet Beecher Stowe – l'auteur de *La Case de l'oncle Tom* – en disant à son sujet « cette petite femme a déclenché une grande guerre » ? Martha Nussbaum, professeur de droit et éthique à l'Université de Chicago et spécialiste d'Aristote et de philosophie morale grecque, nous offre un livre élégant sur le rôle bénéfique des grandes nouvelles de langue anglaise pour notre édification morale et nos jugements juridiques. En bonne représentante de « Droit et littérature », elle essaye de nous persuader que le clivage établi par Kant dans sa *Critique de la faculté de juger* entre la connaissance morale et l'expérience de l'art est faux. Le thème central de *Poetic Justice* est que nos ressources d'imagination, stimulées par la lecture, nous permettent de dépasser notre égoïsme par la communion aux émotions et expériences des personnages fictifs et nous préparent, par là, à une vie publique saine. La seule ambiguïté de cet ouvrage exemplaire se trouve dans l'effort de l'auteur de concilier ses prémisses aristotéliennes avec une philosophie politique de type libéral.

Nussbaum, comme le philosophe Paul Ricœur avant elle, insiste qu'un récit littéraire dense suspend nos soucis quotidiens et nous entraîne dans le destin de ses personnages. Toutefois, l'envolée de notre imagination ne tourne pas en rond ; elle aiguise plutôt notre capacité critique, toujours prête à prendre la relève pour refigurer et investir de sens moral la configuration narrative. Il y a donc comme un mouvement de va-et-vient entre la lecture comme possession par le texte et la lecture comme appropriation de sens, entre passivité complaisante et activité herméneutique. Selon l'auteur, l'imagination est la faculté qui unit la connaissance affective de la subjectivité des personnes à la connaissance objective des conditions du bien-être collectif et de la vie bonne. Elle écrit, paraphrasant Kant, que l'« intellect sans émotion est aveugle » (p. 68). En utilisant une nouvelle de Dickens comme fil d'Ariane, elle plaide pour l'existence d'émotions rationnelles cultivées par la bonne littérature et informant, à leur tour, les sentiments moraux du lecteur. Vers la fin de son analyse, elle avance même l'hypothèse que l'imagination narrative enrichit aussi le jugement judiciaire. Elle se réfère, évidemment, aux juges de la *common law* dont les techniques argumentatives sont tournées vers la formulation et reformulation des précédents judiciaires et sont donc, en un certain sens, tributaires des récits des justiciables, tels qu'ils sont saisis par le droit. Dworkin avait parlé, à cet égard, du droit comme un « roman à la chaîne ». Nussbaum est sur la même longueur d'onde, mais elle met l'accent sur le côté empathique de l'acte de juger ; pour elle, le juge est lié par les récits déployés devant le prétoire et doit être attentif aux intérêts subjectifs des justiciables beaucoup plus qu'à des calculs impersonnels (qui sont, eux, du domaine du législateur).

Un juriste européen incrédule ne manquera pas de se poser la question suivante : ces ruminations sur les rapports du droit et de la littérature nous enseignent-elles vraiment quelque chose sur l'interprétation, voire la psychologie, judiciaires ? Le juriste européen sera surpris de lire un extrait – rapporté *verbatim* par Nussbaum – de l'audition devant le Sénat de Stephen Breyer, dernier juge à être nommé à la Cour suprême par Bill Clinton. [p. 359-417]

Breyer invoque l'autorité littéraire d'Emily Brontë pour expliquer calmement aux sénateurs que la littérature est précieuse au juge parce qu'elle lui permet d'élargir son horizon en le rendant conscient de la diversité des récits de la passion humaine ! Force est, dès lors, de convenir que le courant « Droit et littérature » a des cautions haut placées. Les choses se compliquent un peu dès lors que Nussbaum s'applique à coordonner la rationalité poétique aristotélicienne avec ses propres sensibilités libérales. Elle a sans doute raison de dire que la nouvelle traduit une « vision libérale, pour laquelle les individus sont considérés comme ayant une valeur intrinsèque » (p. 70) ; les meilleures études ont démontré que la nouvelle est une forme bien adaptée à des contextes qui valorisent l'individu et son action autonome. Mais on se gardera bien d'en dire autant pour la poétique aristotélicienne, qui n'a de sens que placée au milieu des grands mythes d'une civilisation et d'une communauté politique relativement homogènes. Nussbaum réussit-elle son pari d'un libéralisme perfectionniste qui respecte l'autonomie individuelle tout en stimulant la délibération commune sur la vie bonne par le biais de la littérature ? Le défi théorique est important et l'auteur en est consciente. Elle donne l'impression de croire – correctement – que le manque d'une structure collective de référence éthique risque de déclasser le jugement littéraire et de donner lieu à un romantisme esthétique. Elle met, ainsi, en garde contre tout infléchissement de « Droit et littérature » vers une exaltation du récit à la première personne qui revendique le statut de victime et le droit de « raconter son histoire ».

\* \*  
\*

3) Robin West, *Caring for Justice*, New York & Londres, New York University Press, 1997, 356 p.

Dans la gamme déjà très vaste et variée des théories féministes américaines, on peut constater une polarisation entre un féminisme « libéral » et un féminisme « différentiel ». La première tendance insiste sur l'égalité formelle en droits entre hommes et femmes, tandis que la deuxième met plutôt l'accent sur les différences incommensurables – biologiques, culturelles ou autres – des deux sexes. Au sein de cette dernière tendance se profilent de plus en plus clairement deux courants, le féminisme « radical », qui déplore toute référence à la nature par essence « charitable » ou « compassionnelle » des femmes et essaye d'organiser politiquement une agressivité féminine contestataire, et le féminisme « culturel » ou « relationnel », qui utilise comme point de départ phénoménologique la connexité et l'intersubjectivité compréhensive du caractère féminin. Robin West, professeur de droit à l'Université de Georgetown, est une figure de proue du féminisme « culturel ». Ses controverses avec le juge Posner sur le statut théorique du mouvement « Droit et littérature » et ses articles sur la spécificité de la « voix féminine » en philosophie du droit lui ont acquis une grande notoriété aux États-Unis. Son dernier livre, *Caring for Justice* (que l'on pourrait traduire par *Souci pour la justice* afin de sauvegarder la connotation phénoménologique et expérientielle du terme *souci* dans les travaux de Heidegger et de Foucault) est un essai de construire une approche féministe synthétique qui jette des ponts vers une philosophie du droit « humaniste ».

Pour intégrer l'apport spécifiquement féminin à la pensée juridique, West plaide pour une synthèse de l'éthique traditionnellement féminine du « soin » (*care*) dans les rapports personnels intimes et de la morale traditionnellement masculine de la justice impersonnelle et des droits subjectifs dans la sphère publique. Son argumentation s'efforce de prouver que l'éthique féminine est tout aussi nécessaire dans la sphère publique pour personnaliser et contextualiser les grands principes abstraits de la justice que la justice masculine l'est dans la sphère privée pour éviter les écueils du favoritisme, du racisme et de la xénophobie. Ses analyses plus spécifiquement juridiques la mènent à dénoncer certains déséquilibres qui perturbent la dialectique privé-public/féminin-masculin. Les développements les plus convaincants sont ceux qui mettent en évidence un certain paradoxe du libéralisme politique et juridique. West observe que cette philosophie parle du caractère sacré de la famille, dernier havre de paix pour les individus, tout en se faisant complice d'une atteinte à l'estime de soi des femmes par sa tolérance de la pornographie ou du viol domestique (*marital rape*).

West s'inscrit en faux contre les tendances radicales et guerrières de la nébuleuse féministe, mais aussi contre l'essentialisme sexuel de certaines féministes modérées qui croient en une différence irréconciliable entre la justice et l'éthique du soin. Pour West, la capacité morale (et non simplement émotionnelle) de se soucier des autres peut être partagée par les deux sexes, bien que l'expérience spécifiquement féminine de la maternité favorise les femmes. *Caring for Justice* révèle un auteur plus proche des féministes libérales que des féministes radicales comme Catharine MacKinnon ou Andrea Dworkin. West se méfie, certes, du libéralisme politique qui exprimerait – selon une opinion répandue chez les intellectuels de gauche américains – une anthropologie masculine d'un « soi désirant, rationnel et égoïste » (p. 281). Mais elle propose de nouer des alliances avec les libéraux. Son analyse, il est vrai assez impressionniste, est une des premières dans la littérature féministe à plaider pour l'acceptation d'une ontologie mixte de la personne, reconnue comme essentiellement « séparée » et « connectée » aux autres tout à la fois. West contribue ainsi à une philosophie politique et une pensée juridique qui évitent les dogmatismes et les tons belliqueux pour construire un projet de coexistence des sexes dans la reconnaissance des différences et le respect mutuel.

17 rue Sauffroy 75017 Paris  
ipapadopoulos@u-paris2.fr