

L'état actuel des études juridiques critiques aux États-Unis *

Mark TUSHNET

Professeur à l'Université de Georgetown, Washington, D.C.

RÉSUMÉ. — Le mouvement américain des études juridiques critiques, bien que d'autres instances organisationnelles en aient pris le relais, reste vivant en tant que forme de théorie juridique. La présente étude retrace le parcours de cette théorie du droit à travers un examen de sa thèse principale sur l'indéterminabilité du droit et de l'évolution récente de la pensée constitutionnaliste américaine. L'impossibilité analytique d'arriver à une seule solution correcte aux problèmes juridiques n'est pas due à l'indéterminabilité du langage, mais à l'expérience des juristes – universitaires, praticiens ou juges. Cette expérience souligne la difficulté de traiter les matériaux juridiques conformément à des règles, mais confirme aussi l'importance des processus sociologiques pour la stabilisation des interprétations juridiques. Les contradictions inhérentes au droit, source de son indéterminabilité, proviennent des composantes psychologiques et sociologiques conflictuelles – tantôt individualistes, tantôt collectivistes – qui sont encastrées dans les concepts juridiques. La philosophie du républicanisme civique tenta d'imposer, malgré les critiques des juristes conservateurs, une justification historique cohérente de la justice constitutionnelle et de l'activisme judiciaire en faveur d'objectifs collectifs, mais cette philosophie a elle aussi fini par succomber à la thèse critique de l'indéterminabilité du droit.

Duncan Kennedy, une des figures majeures dans les études juridiques critiques (*Critical Legal Studies*), a été cité pour avoir dit que les études juridiques critiques sont « mortes, mortes, mortes ». Pour comprendre l'assertion de Kennedy, il faut distinguer entre plusieurs sens du terme « études juridiques critiques » aux États-Unis ¹. Dans un d'entre eux, il y eut une fédération de chercheurs regroupée autour de la « Conférence sur les Études Juridiques Critiques » (*Conference on Critical Legal Studies*), qui tenait périodiquement des réunions. Cette fédération est défunte, et en ce sens l'assertion de Kennedy est exacte. Cependant, dans un autre sens, les études juridiques critiques étaient une forme de théorie du droit, et je crois que des chercheurs continuent à travailler sur ce

* Traduction française de Ioannis S. Papadopoulos.

¹ Mes observations sont confinées aux seuls États-Unis. Je sais qu'il existe une organisation vigoureuse d'universitaires qui se désignent comme des chercheurs juridiques critiques au Royaume-Uni ; il est probable, aussi, que des organisations parallèles existent dans d'autres pays.

projet². Dans ce qui suit, je discuterai des études juridiques critiques en tant qu'une forme de théorie du droit ; puis je ferai, plus brièvement, quelques spéculations sur la mort de son instance organisationnelle.

En parlant, à propos des études juridiques critiques, d'une « forme » de théorie du droit, j'entends cela comme une sous-catégorie de la théorie du droit. Les études juridiques critiques n'ont pas étudié quelques-uns des problèmes classiques de la philosophie du droit, comme la délimitation du domaine du droit en tant que tel, ou l'identification des conditions de validité de la demande d'obéissance d'un régime à ses règles juridiques³. Les études juridiques critiques sont mieux comprises comme un mouvement théorique épigone ou variante du réalisme juridique américain. Pour les besoins de cet article, il faudra retenir que ses thèses principales tournent autour de la thèse de l'indéterminabilité du droit (*indeterminacy thesis*), qui a deux composantes. D'abord, les règles juridiques sont indéterminées d'un point de vue analytique, en ce sens que le corpus des matériaux juridiques – précédents judiciaires, lois, règles, principes et techniques acceptées d'appliquer et de manipuler ceux-ci – autorise le décideur à arriver à toute conclusion choisie parmi un énorme éventail de possibilités, incluant essentiellement toutes les possibilités que les participants au système juridique décriraient comme intéressantes⁴. Néanmoins, dans tout système raisonnablement stable, les décideurs profitent rarement de cette indéterminabilité. Leurs décisions sont en réalité assez prévisibles. Sur un plan sociologique, on peut dire que la réponse à une large gamme de controverses juridiques est assez déterminée. Ce que les études juridiques critiques trouvent intéressant dans ce caractère déterminé, c'est sa source. L'identification de cette source est un exercice en sociologie ou en histoire des idées. La thèse des études juridiques critiques est que le caractère déterminé du droit découle de la domination des systèmes juridique, social et idéologique par les détenteurs de la puissance économique concentrée.

Les études juridiques critiques appuyèrent la première partie de la thèse de l'indéterminabilité largement de divers exemples, en montrant comment un décideur créatif peut manipuler les matériaux juridiques existants pour arriver à des conclusions que l'on

² Je note, par exemple, que Kennedy lui-même a publié un ouvrage important en 1997 (Duncan Kennedy, *Critique of Adjudication : Fin de Siècle*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1997), et que moi-même j'ai publié des articles et un livre que je considère comme une continuation du projet des études juridiques critiques. Voir Louis Michael Seidman & Mark Tushnet, *Remnants of Belief : Contemporary Constitutional Issues*, New York, Oxford University Press, 1996.

³ Je devrais aussi noter que les études juridiques critiques sont une sous-division de la théorie du droit américaine – ou anglo-saxonne – en ce qu'elles se focalisent surtout sur les actions des juges qui développent la *common law* et le droit constitutionnel à travers l'interprétation et la transformation des précédents judiciaires plutôt qu'en interprétant des codes. Il existe, pourtant, certaines études juridiques critiques portant sur le droit social législatif, dont le but est d'appliquer la thèse de l'indéterminabilité du droit (*indeterminacy thesis*) à l'interprétation législative en démontrant le caractère ouvert de l'analyse des lois à diverses interprétations et le caractère déterminé de ces lois telles qu'elles sont en fait interprétées.

⁴ Pour un développement plus complet de la thèse de l'indéterminabilité, avec plus de réserves que je n'inclus ici, voir Mark Tushnet, « Defending the Indeterminacy Thesis », 16 *QLR (Quinnipiac Law Review)* 339 (1996).

pourrait croire impossibles. Parfois nous faisons des exposés plus systématiques sur les raisons de l'indéterminabilité. Ces exposés étaient de deux types. Premièrement, il y avait un effort de rattachement de l'indéterminabilité des règles juridiques à une thèse plus générale, vaguement associée dans les études juridiques critiques aux leçons de la philosophie de Wittgenstein sur l'indéterminabilité du langage. La meilleure version de cet effort théorique dépendait d'une acception sans doute très large de l'interprétation controversée de Wittgenstein par Saoul Kripke, à savoir que la déterminabilité du langage est acquise au moyen d'un processus essentiellement sociologique. La version des études juridiques critiques était que des processus sociologiques comme le recrutement des juristes par un segment étroit de la société et leur formation spécialisée produit la déterminabilité effective malgré l'indéterminabilité analytique.

Je crois maintenant que cela fut une petite erreur de notre part que d'avoir proposé une telle explication. Nous manquions d'expertise pour nous fonder sur *n'importe quelle* interprétation de Wittgenstein, qui plus est une interprétation controversée. Et notre effort fut une concession inutile à la suggestion qu'une philosophie générale, ou au moins quelque chose de plus général que des exemples ou le jugement bien pesé de juristes compétents, est nécessaire afin de soutenir la thèse de l'indéterminabilité. Comme je l'ai avancé ailleurs, la thèse de l'indéterminabilité est mieux décrite comme une thèse de théorie politique informelle soulignant l'expérience vive des concepts politiques et juridiques, plutôt que comme une thèse sur la dimension profonde des règles et du langage⁵. Comme telle, elle n'a pas besoin d'autre chose que l'expérience vive pour être défendue.

Cependant, la question de savoir ce qu'est l'expérience vive porte elle-même à controverse. Il y a l'expérience des juristes universitaires, qui se sentent à l'aise avec au moins certaines versions modérées de la thèse de l'indéterminabilité parce qu'elle est conforme à leur expérience dans le traitement des questions qui occupent leur temps de recherche et d'enseignement. La même chose est vraisemblablement vraie pour les juristes praticiens, dont l'engagement professionnel est de s'assurer que des règles juridiques déterminées en apparence puissent être déstabilisées quand il est dans l'intérêt de leurs clients de procéder de la sorte. L'expérience des juges, pourtant, est différente. La plupart des juges affirment qu'ils trouvent presque tous les cas « faciles », en ce sens qu'ils ont très peu de travail analytique à faire pour arriver à une conclusion que tous les juges bien socialisés acceptent comme correcte.

La réponse des études juridiques critiques à cela a deux composantes. Premièrement, nous suggérons que la présentation de leur travail par les juges eux-mêmes est quelque peu inexacte. Tout comme les juristes qui donnent des conférences sur le principe de légalité présentent une image du droit qui est incompatible avec leur travail quotidien, de même, suggérons-nous, les juges qui présentent consciemment leur travail au public sont sujets à affirmer plus de déterminabilité qu'ils n'en font l'expérience. Deuxièmement, Kennedy a fortement argumenté qu'il n'existe aucune incompatibilité entre la thèse de l'indéterminabilité et l'affirmation des juges que les matériaux juridiques leur semblent souvent récalcitrants. La thèse de Kennedy est que les matériaux sont récalcitrants, mais non intraitables. Il faut plus d'efforts pour les ramener à une forme qu'à une autre. Alors la troisième composante des études juridiques critiques entre en scène. Il

⁵ Mark Tushnet, « The Critique of Rights », 47 *SMU Law Review* 23 (1993).
[p. 419-425] M. TUSHNET *Arch. phil. droit* 44 (2000)

est en effet vrai que les juges bien socialisés sont prêts à faire plus d'efforts pour arriver à certaines conclusions plutôt qu'à d'autres. Cela attire notre attention sur les caractéristiques sociales des gens qui deviennent des juges et les processus de socialisation associés à la formation des juristes, puis des juges.

La seconde composante de la thèse de l'indéterminabilité a évité la difficulté qu'il y a à se fonder sur des théories profondes. Selon ce développement, l'indéterminabilité résulte de ce que le système juridique est frappé de contradictions, avec des règles et des contre-règles menant chacune à une direction opposée, et sans méta-règles qui pourraient expliquer pourquoi une règle devrait être invoquée au lieu d'une autre dans un cas particulier. Le mot « contradiction » a malheureusement prêté à confusion ici. Il ne faut pas comprendre par là qu'une règle est logiquement incompatible avec une autre, mais plutôt que les techniques consacrées de raisonnement juridique permettent aux décideurs d'utiliser tant la règle que sa contre-règle afin d'arriver à des conclusions opposées.

On peut repérer une composante psychologique et sociologique dans le développement sur les « contradictions ». En effet, ces contradictions existeraient parce que les gens ont besoin à la fois d'autonomie individuelle, d'autodétermination et de liens avec d'autres gens. On peut étaler les règles et les contre-règles pour montrer que le premier groupe repose sur des idées d'autonomie, là où le second groupe repose sur des idées de solidarité sociale. La composante sociologique associait ces idées des études juridiques critiques à d'autres thèmes prévalant chez les juristes universitaires américains. L'autonomie est, bien sûr, un élément central de la philosophie politique et juridique libérale⁺ et était liée, dans les études juridiques critiques, aux institutions du capitalisme. Les idées de solidarité sociale étaient, elles, associées à des institutions non-capitalistes, tantôt à une famille harmonieuse idéalisée, tantôt à un système d'économie sociale de marché idéalisé. D'une façon générale, ces idées subissaient l'influence de la pensée sociale communautarienne et notamment de l'intérêt grandissant de la philosophie politique américaine pour le républicanisme civique vers la fin des années soixante-dix et le début des années quatre-vingt⁶.

Les études juridiques critiques et la renaissance du républicanisme civique dans la pensée juridique avaient toutefois des origines assez différentes. Ici je n'examinerai que le domaine dont je suis familier, à savoir le droit constitutionnel et la théorie constitutionnelle américains. Le remplacement du Président de la Cour suprême Earl Warren par le Président Warren Burger en 1968 marqua la fin d'une époque en droit constitutionnel. Les constitutionnalistes libéraux avaient systématiquement défendu les décisions libérales activistes de la Cour suprême au motif de leur justesse et leur utilité pour la société. Néanmoins, après 1968, ces théoriciens commencèrent à trouver de plus en plus difficile de défendre de cette façon les décisions de la Cour. De plus en plus de personnes,

⁺ N.d.T. : La coloration spécifiquement américaine du terme « libéral » désigne une position généralement de gauche, adhérant à la fois à des droits individuels les plus étendus possibles et à un interventionnisme étatique au niveau économique et social.

⁶ Un exemple de cette association d'idées est le long compte rendu de mon livre *Red, White, and Blue : A Critical Analysis of Constitutional Law* par Richard Fallon, « What Is Republicanism, and Is It Worth Reviving », 102 *Harvard Law Review* 1695 (1989). Fallon critiquait mon travail à la fois pour son engagement insuffisant en faveur du républicanisme civique et pour son engagement excessif en faveur d'un républicanisme civique indéfendable.

y compris des juristes universitaires, commencèrent à se poser des questions, non seulement sur les bases juridiques des décisions de la Cour sous la présidence de Warren, mais aussi sur l'utilité sociale de celles-ci. Le triomphe moral le plus éclatant de la Cour sous Warren, à savoir l'invalidation du système américain d'apartheid, paraissait s'effriter tandis que la société commençait de nouveau à se ségréguer par le biais d'une séparation résidentielle et sociale. Les efforts pour combattre l'isolement racial des écoles du centre-ville débouchèrent sur d'énormes controverses autour du *busing* * et affaiblirent encore plus la confiance morale des libéraux. En bref, leur apologétique ne pouvait plus être maintenue sur le terrain qu'ils avaient eux-mêmes choisi.

Pendant ce temps, les conservateurs commencèrent à développer une critique des prémisses libérales de la fonction judiciaire. Les conservateurs mirent en avant que le fait de soutenir des conclusions juridiques à cause de leur rectitude est incompatible avec l'idée même de constitutionnalisme. Pour eux, cette idée signifie que la Constitution doit pouvoir prévaloir, au nom d'une décision passée faite par ses auteurs, sur des jugements contemporains d'opportunité. Cet « originalisme » était, évidemment, assez controversé et les libéraux crurent avoir quelques bons contre-arguments. Mais une réponse à l'originalisme parut assez attrayante : au lieu de combattre les conservateurs sur leur propre terrain d'interprétation, certains libéraux avancèrent un originalisme libéral. Ronald Dworkin en offrit une version, selon laquelle l'interprétation constitutionnelle est fondée sur les concepts généraux que consacrèrent les auteurs de la Constitution. Le républicanisme civique en offrit une autre. Les libéraux s'approprièrent des thèmes de la pensée politique américaine chers aux républicains civiques afin de démontrer, à leur satisfaction, que le contrôle politique des décisions économiques est compatible avec l'originalisme, et que le contrôle judiciaire des décisions politiques est, lui aussi, compatible avec cette théorie de l'interprétation constitutionnelle. Le républicanisme civique avait montré que la communauté politique pouvait contrôler l'économie au service de buts civiques. Il avait aussi montré que les juges peuvent contrôler le législateur afin de s'assurer que la législation reflète des objectifs de nature proprement civique, dûment adoptés après délibération républicaine.

Du point de vue des études juridiques critiques, l'attention portée à la communauté à l'encontre de l'individualisme (et du capitalisme sauvage de marché) était bénéfique. Mais elle était, elle aussi, vulnérable à la critique d'indéterminabilité. Les républicains civiques trouvèrent impossible de dire pourquoi les principes républicains civiques ne sont pas infectés par les mêmes problèmes d'indéterminabilité que les principes libéraux. Et, après examen attentif des préceptes rappelés par les républicains civiques, force est de constater qu'eux aussi reposent sur des affirmations normatives et empiriques que l'on peut accepter seulement si l'on est déjà gagné à leur cause. Autrement dit, le républicanisme civique, tout comme l'individualisme libéral, permettrait aux décideurs de faire ce qu'ils veulent et d'invoquer dans un second temps quelques expressions du droit écrit afin de justifier leur décision.

En effet, au fur et à mesure que la littérature sur le républicanisme civique se développait, il paraît que même les républicains civiques commencèrent à partager cette vision des choses. Il arriva que le républicanisme civique se transforma en ce que l'on

* N.d.T. : le transport quotidien massif des écoliers noirs ou blancs à d'autres districts pour créer des écoles racialement intégrées.

appela par la suite la pensée juridique « pragmatique ». Parfois cette transformation fut étayée par des références expresses aux grands philosophes pragmatistes américains. Mais le plus souvent, le terme « pragmatisme » désignait une position floue et médiane, soucieuse de s'écarter à la fois de ce que ses partisans caractérisaient comme des principes de laissez-faire à droite et du totalitarisme des principes qu'ils croyaient voir à gauche. Toutefois, au moment de cette transformation, la position médiane avait elle-même substantiellement basculé vers la droite. Les pragmatistes finirent ainsi par essayer de sauver le peu qu'ils pouvaient de l'héritage de la politique sociale libérale des années soixante.

Comme je l'ai suggéré, l'intérêt pour le républicanisme civique bat désormais en retraite dans les milieux universitaires américains. La raison principale est, bien sûr, le virage à droite du paysage politique. Dans une certaine mesure, pourtant, l'intériorisation de la thèse des études juridiques critiques sur l'indéterminabilité a joué aussi un rôle. Autrement dit, avec la thèse de l'indéterminabilité sur la table jusqu'à aujourd'hui irréfutée, bien que parfois ignorée⁷, il n'était pas possible pour les républicains civiques d'affirmer sans ambages que leurs préceptes sont les seuls à dériver réellement de la Constitution. Cela suggère que les études juridiques critiques continuent d'occuper, bien que souvent de façon inconsciente, une place importante dans la pensée juridique américaine. D'une certaine façon, elles tiennent la place d'une large masse invisible, exerçant un poids gravitationnel sur les termes explicites du débat sans pour autant y jouer un rôle direct.

La dissolution de l'instance organisationnelle des études juridiques critiques est donc moins importante que ne le croit Kennedy. Sa forme organisationnelle était importante à une certaine période. Elle fournit aux gauchistes de l'université un lieu d'accueil politique à un moment où la position que nous occupons n'était pas très solide. La montée de la politique identitaire changea la donne politique dans le monde juridique universitaire. Vers la fin, la Conférence sur les Études Juridiques Critiques commença à sponsoriser des réunions de ce que l'on appelait des « réseaux critiques », c'est-à-dire des groupements de politique identitaire internes à ou en dehors des facultés de droit. Pour la plupart de ces groupes, ces réseaux leur donnèrent l'espace politique que la Conférence avait acquis et la Conférence, ayant servi son but, désintégra⁸.

⁷ Ou mal attribuée : ce que j'appelle la thèse de l'indéterminabilité est maintenant fréquemment associée à ce que d'autres appellent le postmodernisme. Je suis suffisamment sceptique quant au postmodernisme dans d'autres disciplines et son assimilation à la doctrine juridique américaine pour penser qu'il vaut mieux persister à utiliser le label des études juridiques critiques pour la thèse de l'indéterminabilité.

⁸ Elle laissa un groupe identitaire sans réseau : les professeurs de droit mâles et blancs d'âge moyen. Je suis un membre de ce groupe, et si mon expérience (ainsi que celle d'autres personnes que je connais) est typique, nous avons atteint un stade dans nos carrières où nous trouvons moins important d'avoir le genre de soutien que la Conférence sur les Études Juridiques Critiques nous avait autrefois procuré. Et, parce que l'entrée des mâles blancs de gauche dans les universités, jamais très importante, est désormais réduite à la portion congrue, il y a peu de jeunes chercheurs mâles blancs qui pourraient bénéficier de quelque chose comme la Conférence aujourd'hui.

L'état actuel des études juridiques critiques aux États-Unis est, donc, quelque peu paradoxal. Son instance organisationnelle a disparu. Peu de gens écrivent des articles ou des livres qu'ils dénomment explicitement études juridiques critiques, car le label ne possède plus une grande valeur. Mais les études juridiques critiques demeurent importantes en ce qu'elles font partie de la pensée juridique américaine. Quels que soient les labels, des travaux dans la tradition critique continuent de paraître. Et, ce qui est sans doute le plus important, les études juridiques critiques constituent une des rares manières de penser le droit qui façonne la pensée juridique américaine contemporaine⁹.

Georgetown University Law Center
600 New Jersey Avenue, N. W.
Washington, D. C., 20001
USA

⁹ Si l'on me demandait, je qualifierais les études juridiques critiques, le courant « droit et économie » et la philosophie politique libérale comme appartenant à ce groupe ; la philosophie du droit féministe garde une influence étendue mais discrète.