

L'influence française sur la nouvelle épistémologie juridique postmoderne aux États-Unis

Isaak I. DORE

Professeur à la Saint Louis University School of Law

RÉSUMÉ. — Cet article a dans l'espoir de lancer un débat sur la nature et les origines des contre-courants dans la philosophie juridique franco-américaine d'aujourd'hui. Ce faisant, cet article ne prétend aucunement offrir une analyse exhaustive du sujet. La thèse centrale de cette étude repose sur l'idée qu'en dépit du fait que chacun des pays a ses propres traditions philosophiques, la pensée philosophique française a eu une influence marquée sur la philosophie juridique américaine au cours de la seconde moitié du xx^e siècle. Aux fins de démontrer une telle relation, cet article commence par résumer les grandes lignes de pensée de certains philosophes français tels que Jean-Paul **Sartre**, Michel **Foucault**, Jacques **Derrida** et Jean-François **Lyotard**. Il lie par la suite leur influence à leurs homologues contemporains américains tels que Jack Balkin, Pierre Schlag, Duncan Kennedy, Peter Gabel, Mark Kelman, Drucilla Cornell, Richard Rorty et Stanley Fish.

INTRODUCTION

Il y a plus de 2 500 ans, le berceau de la civilisation occidentale, la Grèce antique, a connu une guerre dévastatrice — la guerre du Péloponnèse — qui a duré quelque 27 ans. Cette guerre, entre deux grandes forces militaires, Athènes et Sparte, s'est achevée par la défaite d'Athènes¹. Il s'en est suivi, pour cette dernière, outre une introspection sur les causes et les raisons de cette défaite, une période de profond malaise social et moral. Ce malaise a finalement conduit au procès de Socrate pris comme bouc émissaire politique. Il fut jugé et exécuté sur le fondement de plusieurs accusations de nature politique².

Une période de vitalité intellectuelle sans précédent a suivi. C'est alors que les fondements de la pensée philosophique occidentale furent établis. Il semble raisonnable d'affirmer que les remarquables théories de deux des plus grands philosophes occidentaux, Platon et Aristote, furent en quelque sorte une réaction à ce malaise de l'après-guerre. Ces philosophes avancèrent l'idée que la capacité de l'homme à raisonner serait son garde-fou et qu'elle lui garantirait, en outre, une vie meilleure. L'usage de la raison lui

¹ Voir Thucydide, *La Guerre du Péloponnèse*, trad. Denis Roussel, Gallimard, 2000.

² Voir Platon, *L'Apologie de Socrate*, trad. Luc Brisson, Flammarion, 1997, et notamment la partie portant sur le Premier Discours.

permettrait d'acquérir la connaissance, non seulement du monde environnant, mais aussi des aspects spirituels, moraux et politiques de sa propre existence. Platon et Aristote ont établi des théories épistémologiques sophistiquées pour donner force à leur revendication.

Se peut-il que l'Europe occidentale soit passée au cours de la seconde moitié du XX^e siècle, et passe peut être toujours, par un malaise similaire ? Après tout, l'Europe a connu deux guerres dévastatrices, toutes deux au cours de la première moitié du XX^e siècle. Comment cela a-t-il pu arriver alors que les théories de la Grèce antique, du Moyen Âge et surtout du siècle des Lumières promettaient tellement ? N'est-il pas possible que ce nouveau malaise ait causé un désenchantement et un scepticisme vis-à-vis des grands espoirs promis au genre humain par les théories qui précédèrent et à l'ère de l'épistémologie des Lumières ?

La sociologie de ce malaise intellectuel est peut-être un sujet pour de futures études. Ce qui est cependant indiscutable est que la philosophie occidentale a été bouleversée, et que ce bouleversement a été ressenti des deux côtés de l'Atlantique.

Nous n'avons choisi ici de ne traiter que des aspects franco-américains des origines et du développement de la nouvelle épistémologie après la Seconde guerre mondiale. En bien des aspects, nombre de philosophes français furent de réels pionniers de cette nouvelle épistémologie. Cet article est une contribution à l'étude de l'influence française sur l'évolution de la pensée postmoderne aux États-Unis. Bien que cette influence dépasse très largement ce cadre, nous limiterons notre propos à l'influence française sur la nouvelle épistémologie juridique postmoderne aux États-Unis au cours de la seconde moitié du XX^e siècle³.

Il nous semble important, tout d'abord, de présenter brièvement les fondements de la perspective américaine du postmodernisme dans le droit suivi par une présentation des thèmes principaux du postmodernisme français⁴. En quoi consiste le postmodernisme juridique aux États-Unis, quelle est sa relation avec la philosophie du droit, et comment a-t-elle été influencée par la pensée française ?

I. — SYNOPSIS DU POSTMODERNISME AMÉRICAIN

Il semble possible de dégager sept idées clefs de la pensée juridique postmoderne aux États-Unis⁵. La plupart des grands penseurs américains contemporains ont pris position sur ces grandes idées. Parmi ces grands penseurs, nous incluons, sans que la liste soit exhaustive : Richard Rorty, Stanley Fish, Jack M. Balkin, Pierre Schlag, Jennifer Wicke, Joan Williams, Duncan Kennedy, Richard Posner, Drucilla Cornell, et Allan Hutchinson. Leurs idées constituent quelques-uns des traits majeurs de l'approche postmoderne de l'épistémologie juridique aux États-Unis.

³ La question des fondements épistémologiques du droit est plus amplement développée dans l'ouvrage à paraître de l'auteur : Dore (I), *The Epistemological Foundations of Law*, Carolina Academic Press, 2006.

⁴ *Id.* Chapitre 12.

⁵ *Id.* Chapitre 13.

La première de ses idées est le scepticisme envers les fondements de la pensée philosophique occidentale, tout particulièrement telle qu'elle a été héritée du siècle des lumières ; et le rejet de la distinction entre le sujet et l'objet.

La philosophie occidentale moderne, dont les grandes figures sont René Descartes, John Locke, David Hume et Emmanuel Kant, cherche à découvrir les critères universels nécessaires à la découverte de la vérité et des principes moraux universels⁶. Un des principes importants dans la pensée politique moderne occidentale est le libéralisme dans lequel les sujets forment une communauté tout en conservant un certain degré d'autonomie subjective. Dans ce contexte, l'individu est envisagé comme un sujet, un être rationnel, « l'*ego* » cartésien qui a conscience et qui comprend les choses de son environnement.

L'être rationnel accumule le savoir grâce à sa faculté de raisonnement. Cette caractéristique représente la nature universelle ou l'essence de l'homme. C'est cette faculté qui génère certains principes, y compris les règles éthiques qui sont l'objet du savoir. Cette distinction entre sujet et objet est une composante essentielle de la philosophie occidentale.

Les philosophes postmodernes rejettent cette idée et ces distinctions.

La deuxième idée est le rejet de la théorie selon laquelle les règles de droit ont une signification objective.

D'après la pensée traditionnelle, les règles de droit ont une signification objective. Elles existent antérieurement, et leur application est mécanique. Selon eux, les règles existent sous une forme générale et sont individualisées lorsqu'elles sont appliquées à des situations concrètes. Dans la pensée traditionnelle, les règles ont toujours un but et il y a une stricte distinction entre celui qui fait le droit (le législateur) et le sujet de droit (le citoyen)⁷.

Cette approche est rejetée par la pensée juridique postmoderne qui considère que le sujet n'est qu'un produit du langage et du discours ; que le sujet n'a pas d'essence, ni de caractère universel, et que les règles de droit n'ont pas une signification objective.

La troisième idée est le rejet de la théorie selon laquelle les textes et la réalité en général ont une signification objective. D'après la pensée moderne, le texte a également une signification objective, alors que pour les philosophes postmodernes les textes n'ont jamais une signification unique. Ils sont susceptibles d'avoir plusieurs acceptions et, par conséquent, sont aptes à la subjectivisation. Selon les postmodernes, la subjectivisation du texte est conditionnée par l'environnement du sujet, par son acquis. En outre, tous les choix et les décisions sont compris, exprimés et échangés à travers le langage, lui-même produit de la culture et du passé du sujet. Toujours selon les postmodernes, la signification dans le langage est donc liée au contexte. Parce que le sujet est le produit de sa société, de sa culture, de son histoire et de sa langue, personne ne peut prétendre que sa

⁶ Voir Descartes (R.), *Les Méditations métaphysiques*, Flammarion, 1990 ; Kant (E.) *Critique de la raison pure*, PUF, 2004. Kant (E.) *Groundwork for the Metaphysics of Morals* ; trad. A. W. Wood, 2002. Kant (E.) *Critique of Practical Reason*, trad. T.K. Abbott, 1909. Locke (J.) *An Essay Concerning Human Understanding*, éd. A.C. Fraser, 1894. Hume (D.) *Enquiries Concerning Human Understanding and Concerning the Principles of Morals*, éd. P.H. Nidditch, 1975.

⁷ Radin (M.J.), « Reconsidering the Rule of Law », *Boston University Law Review*, n° 69, 1989, p. 781, 792.

vision du monde est la seule vérité. Ce principe, est sans doute le plus important des principes à la base de l'épistémologie postmoderne⁸.

La quatrième idée est le rejet de la séparation de l'être et de son environnement. L'idée selon laquelle le sujet exerce son pouvoir sur les choses qui existent à la fois indépendamment de lui, et les unes des autres, est rejetée comme appartenant à la tradition métaphysique des Lumières. Pour les postmodernes, le sujet et son environnement ne font qu'un et n'ont qu'une seule tradition et une seule histoire. Cet état de fait précède nos tentatives pour le comprendre et est, en même temps, à la source de notre envie de le comprendre.

La cinquième idée est la fusion de l'inné et de l'acquis. Pour les postmodernes, la culture, elle aussi, précède nos tentatives de la comprendre. L'environnement naturel et culturel n'est qu'un et la théorie postmoderne rejette la séparation qui a été faite par les Lumières. La perception des phénomènes culturels ne peut jamais être unique, absolue, définitive et séparée de l'histoire, des particularités sociales et culturelles⁹.

La sixième idée est la fusion de la théorie et de la réalité. La connaissance scientifique n'est plus la seule source légitime du savoir. Ce dernier peut être obtenu par des moyens allant au-delà des limites de la science. David Bohm, un philosophe américain, a avancé l'idée que la théorie de la relativité et la théorie quantique ont bouleversé notre perception des scientifiques en tant qu'observateurs neutres. Il n'y a, par conséquent, pas de séparation entre la réalité et la théorie¹⁰.

Finalement, dans la pensée postmoderne, le libéralisme montre certaines contradictions. Par exemple, le conflit entre l'application neutre des règles et le besoin de tempérer l'injustice qui peut en résulter. Une autre contradiction inhérente au libéralisme résulte de l'opposition entre d'une part, la croyance que les valeurs morales sont un choix individuel et subjectif tandis que la réalité et la raison seraient universelles et objectives et, d'autre part, la croyance que la distinction entre le subjectif et l'objectif peut être dépassée pour atteindre la vérité morale.

L'ensemble de ces sept idées ne forme pas une méthodologie unique ou une théorie unificatrice. Mais le message est clair : elles offrent un regard fondamentalement sceptique sur les principes fondamentaux du savoir dans tous les aspects de l'entreprise humaine, que ce soit la science, les sciences humaines, l'éthique ou le droit.

Ces conceptions postmodernes américaines du droit trouvent leurs origines en France.

II. — SYNOPSIS DE L'ORIGINE FRANÇAISE DU POSTMODERNISME AMÉRICAIN

Bien que la pensée des philosophes postmodernes français et américains ne permette pas de dégager une théorie unifiée, on peut néanmoins dégager au moins trois thèmes

⁸ Schanck (P.), « Understanding Postmodern Thought and Its Implications for Statutory Interpretation », *Southern California Law Review*, n° 65, 1992, p. 2505, 2517.

⁹ Mootz (F.J.) III, « Is the Rule of Law Possible in a Postmodern World ? », *Washington Law Review*, n° 68, p. 249-265.

¹⁰ Bohm (D.), *Wholeness and the Implicate Order*, Routledge, 1980, p. 143.

dans l'ensemble de la pensée des représentants de cette nouvelle épistémologie française ayant eu une influence dans la construction des œuvres philosophiques américaines, surtout en matière juridique.

Le premier thème est la critique des fondements de la philosophie occidentale héritée des Lumières. Pour centrer notre propos sur le droit, nous pourrions prendre comme exemple la critique française de la théorie du droit naturel.

Le deuxième thème est la critique présentée par ce qu'on appelle la « déconstruction » en droit. Ce thème peut être subdivisé en deux perspectives : le structuralisme et le poststructuralisme en France, ce dernier étant représenté par le « Critical Legal Studies Movement » aux États-Unis.

Le troisième thème est ce que l'on appelle le « relativisme » et le « pragmatisme ».

Parmi les philosophes français, nous classerions Jean-Paul Sartre et Michel Foucault dans la première catégorie : la critique de la philosophie des Lumières, et Jacques Derrida et Jean-François Lyotard dans la tendance poststructuraliste du mouvement de « déconstruction », le deuxième thème. Lyotard est aussi parmi les penseurs français qui ont influé sur le troisième thème, celui du relativisme.

Le mouvement du Critical Legal Studies quant à lui est dominé par les philosophes américains tels que Kennedy et Delgado. Le pragmatisme est représenté par les philosophes américains tels que Rorty et Fish. L'influence du structuralisme et du poststructuralisme français est assez évidente sur le mouvement américain du Critical Legal Studies tandis que la pensée de Lyotard a influencé le mouvement du pragmatisme aux États-Unis.

Ici, une précision s'impose : les thèmes que nous venons d'évoquer ne sont pas indépendants les uns des autres. Il existe des interconnexions entre eux, tout comme il existe des interconnexions transatlantiques. En outre, si les postmodernes français ont fortement influencé leurs homonymes américains, il n'en demeure pas moins que ces derniers ont adapté l'appréhension française à l'histoire philosophique et culturelle américaine.

Dans le cadre de cet article et suivant les synopsis mentionnés ci-dessus, nous traiterons dans un premier temps de la pensée de quatre philosophes français ayant fortement influé sur celle de leurs homologues américains : Sartre, Foucault, Derrida et Lyotard (1^{re} partie)¹¹. Nous nous attacherons par la suite à développer plus précisément les philosophes américains fortement imprégnés de postmodernisme français (2^e partie).

LES ORIGINES DU POSTMODERNISME FRANÇAIS

Tout comme présenté en introduction, trois grands thèmes ont pu influencer la philosophie postmoderne outre-Atlantique : la critique de la philosophie des Lumières, la critique du droit par les poststructuralistes, et l'approche relativiste.

¹¹ Pour de plus longs développements voir Dore (I.) *The Epistemological Foundations of Law*, *op.cit.* chapitre 12.

A.— *La critique de la philosophie des Lumières et du droit naturel***1- La pensée critique de Sartre**

Une présentation exhaustive de la phénoménologie existentialiste de Sartre dépasserait largement les limites de cet article. Par conséquent, nous n'en traiterons qu'un aspect particulier : la critique existentialiste de la subjectivité, thème qui a influencé fortement le mouvement du Critical Legal Studies aux États-Unis, ainsi que d'autres conceptions postmodernes du droit aux États-Unis d'Amérique.

Sartre explique que l'existentialisme est, selon ses propres mots, « une doctrine qui rend la vie humaine possible et qui, par ailleurs, déclare que toute vérité et toute action impliquent un milieu et une subjectivité humaine »¹². Mais quelle est précisément la conception de cette subjectivité dans la pensée de Sartre ?

L'idée clef est dans la distinction proposée par Sartre entre deux espèces d'existentialistes : les chrétiens de confession catholique et les existentialistes athées. Sartre déclare appartenir à ce dernier groupe¹³. Il déclare que l'existence précède l'essence, autrement dit, qu'il faut partir de la subjectivité. D'après Sartre, lorsque nous concevons un Dieu créateur, nous acceptons que Dieu sache précisément ce qu'il crée. Quand il produit l'homme, c'est d'après une conception et une technique préexistante car l'essence de l'homme précède son existence historique. L'homme est donc possesseur d'une nature humaine universelle, comme dans la pensée de Kant.

L'existentialisme athée de Sartre déclare que si Dieu n'existe pas, il y a au moins un être chez qui l'existence précède l'essence, un être qui existe avant, et qu'il ne peut être défini par aucun concept. Cet être est l'homme.

Comment expliquer que l'existence précède l'essence ? Dans les propres mots de Sartre, « cela signifie que l'homme existe d'abord, se rencontre, surgit dans le monde, et qu'il se définit après »¹⁴. Les mots « d'abord » et « après » sont très importants, parce que, « d'abord », l'homme n'est pas définissable. Autrement dit, d'abord, il n'est rien. Ainsi, il n'y a pas de nature humaine parce qu'il n'y a pas de Dieu pour le concevoir.

Quand il commence à se définir l'homme est libre, libre de se concevoir comme il veut¹⁵. L'homme n'est rien d'autre que ce qu'il fait de lui. D'après Sartre, tel est le premier principe de l'existentialisme, qu'il appelle la subjectivité. C'est-à-dire, l'homme se lance vers un avenir et devient ce qu'il aura projeté d'être. Il est impossible pour l'homme de dépasser la subjectivité humaine¹⁶. En ce sens, l'homme est condamné à être libre. Il n'y a pas de Dieu et l'homme ne trouve ni en lui, ni hors de lui, une possibilité de s'ancrer à un précédent. Il est responsable de tout ce qu'il fait et en

¹² Sartre (J.-P.), *L'Existentialisme est un humanisme*, éditions Nagel, 1968, p. 12.

¹³ *Id.* p. 21.

¹⁴ *Id.*

¹⁵ Sartre (J.-P.) *Being and Nothingness: An Essay on Phenomenological Ontology*, trad. Barnes (H.E.), (éd. Philosophical Library) 1956, p. 439.

¹⁶ *L'Existentialisme, op. cit.*, p. 25.

essayant de se définir, l'homme invente l'homme ; ou l'homme est l'avenir de l'homme. Il n'y a pas de morale générale qui peut servir de guide¹⁷.

L'homme se sent complètement délaissé et il est dès lors angoissé. Le délaissement va avec l'angoisse. Il est angoissé parce que la responsabilité d'agir reste avec lui. Sartre parle ici d'une « morale d'action et d'engagement » et non pas de quiétisme, avec la subjectivité individuelle comme point de départ. Mais cette « morale d'action » n'est pas fondée sur de grandes théories, riches d'espoir ; elle est sans fondements réels. Ce qui est réel est la conscience basée sur le *cogito* cartésien¹⁸, saisi directement, sans intermédiaire.

Avec cette conscience directement perçue, l'homme découvre les autres autour de lui. Il constate qu'il ne peut rien être sauf si les autres le reconnaissent comme tel. Les autres sont, donc, la condition de l'existence de l'individu. Sartre écrit : « Pour obtenir une vérité quelconque sur moi, il faut que je passe par l'autre. »¹⁹ Ainsi apparaît le monde de l'« intersubjectivité » dans lequel l'homme décide ce qu'il est, et ce que sont les autres. Donc, même s'il n'y a pas une essence universelle de la nature humaine, il existe pourtant une universalité humaine de *condition*²⁰. La doctrine de l'« intersubjectivité » signifie que l'universalité de l'homme est perpétuellement *construite*, elle n'est pas déterminée par avance²¹. Tout homme qui invente un déterminisme est malhonnête, parce qu'il nie la liberté totale de l'homme. Voici, donc, un critère moral existentialiste. La liberté sert comme fondement de tout acte et jugement moral, et la bonne foi de tout acte est jugée par son association avec la recherche de la liberté en tant que telle²². Nous voulons la liberté, mais en la voulant, nous découvrons qu'elle dépend de la liberté des autres.

En conclusion sur la subjectivité, quelle est la relation entre la liberté, l'existence et l'essence ? La réponse, brièvement, est la suivante : la liberté n'est possible que si l'on accepte que l'homme est un être chez qui l'existence précède l'essence et dont la condition est telle que, comme un être libre, il ne peut que vouloir sa liberté et, en même temps, la liberté des autres. Cette conception sartrienne conduit à celle de Foucault dont l'influence sur la pensée américaine a été particulièrement forte.

2- La pensée critique de Foucault

Foucault n'avance pas une critique systématique des théories modernes du droit. On doit lire tout le *corpus* de Foucault pour dégager sa critique. Toutefois, en retraçant les idées de Foucault, plusieurs traces de son influence aux États-Unis pourront être proposées.

Tout d'abord, Foucault soutient avec ferveur l'approche généalogique de Nietzsche²³. Il rejette la théorie du droit naturel et la théorie du contrat social selon laquelle : les individus sont créés par Dieu ; qu'il y a certains droits inaliénables d'homme qu'aucun

¹⁷ *Id.* p. 47.

¹⁸ *Id.* p. 64-65.

¹⁹ *Id.* p. 66-67.

²⁰ *Id.* p. 67.

²¹ *Id.* p. 80-81. *Being and Nothingness, op. cit.*, p. 439, 479-480.

²² *L'Existentialisme, op.cit.*, p. 82-83.

²³ Foucault (M.), *Nietzsche, Généalogie, Histoire*, PUF, 1971. Mahon (M.), *Foucault's Nietzschean Genealogy: Truth Power, and the Subject*, 1992, p. 1-17.

gouvernement ne peut aliéner ; que la légitimité d'un gouvernement est proportionnelle à sa capacité à protéger ses droits et que la Raison conduit à la création de lois afin de protéger ces droits.

Face à ces idées, Foucault, acceptant certaines idées de Nietzsche, déclare qu'il n'y a ni de droits naturels éternels ni une seule moralité ou Vérité éternelle (*aeterna veritas*)²⁴. Il n'accepte pas non plus le concept de « sujet » tel qu'il est énoncé par la philosophie des Lumières. Il rejette également la notion d'un sujet transcendantal qui précède la création des relations juridiques, dans la tradition de Kant. Foucault propose, en effet, que la philosophie de Kant doit être réinterprétée afin de créer une nouvelle conception philosophique²⁵. D'après Foucault, c'est la domination et les relations de pouvoir qui créent l'individu, ou le sujet, en premier lieu. L'assujettissement est causé par les relations de pouvoir²⁶. Donc, d'après Foucault, le rôle de la théorie n'est pas de construire une théorie universelle, mais d'analyser la spécificité du mécanisme du pouvoir et d'étudier les relations entre eux.

Sa critique maintient que la théorie classique ne se concentre que sur les relations entre l'État et l'individu et qu'il exprime ces relations d'après le discours des droits et des libertés tels que : droit, liberté, justice, contrat, etc. Pour Foucault, le concept traditionnel du pouvoir étatique cache la manière dont l'individu et sont corps sont dirigés par des technologies diverses des forces non étatiques²⁷.

Selon Foucault, une analyse généalogique de la théorie du contrat social montre en réalité qu'elle justifie et légitime le pouvoir de l'État sur l'individu²⁸. Il n'y a cependant pas de droit naturel pour les individus, il n'y a que le pouvoir. D'après la théorie juridique classique, le pouvoir est traité comme un droit qui peut être aliéné comme un bien par contrat. C'est la cession du pouvoir par l'individu qui établit le pouvoir politique de l'État. Le modèle juridico-politique classique est présenté comme une garantie de liberté, alors qu'en réalité, au lieu de protéger l'individu contre l'État, il augmente et légitime le contrôle de celui-ci sur celui-là. Le mécanisme de l'exercice du pouvoir étatique est le droit.

Cette conception classique du pouvoir étatique, dont l'objet, à l'origine, était de servir les besoins politiques des monarchies européennes à la fin de l'époque médiévale, est, selon Foucault, obsolète. Dans son célèbre ouvrage *Surveiller et punir*, Foucault explique qu'aujourd'hui, l'individu n'est pas tant contrôlé par le pouvoir étatique que par ce qu'il appelle les « disciplines » telles que : les écoles, les hôpitaux, les prisons,

²⁴ Nietzsche (F), *Human, All Too Human*, trad. Gary Handwerk, 1997, p. 16-17, 51, 56-57. Foucault (M.), « Le Retour de la morale », *Les Nouvelles*, 28 juin, 1984, p. 37.

²⁵ Foucault (M.), « What is Enlightenment ? » dans *The Foucault Reader*, éd Paul Rabinow, p. 50.

²⁶ Foucault (M.), *Surveiller et Punir*, éditions Gallimard, 1975, p. 227.

²⁷ Foucault (M.), « Interpretive Analytics » dans *Beyond Structuralism and Hermeneutics*, University of Chicago Press, trad. Hubert Dreyfus et Paul Rabinow, 1983, p. 113. Walzer (M.), « The Politics of Michel Foucault » dans *Foucault: A Critical Reader*, David Couzens Hoy ed., 1986, p. 59.

²⁸ Foucault (M.), « Two Lectures » dans *Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings, 1972-1977*, éd. Pantheon Books, trad. Colin Gordon, Leo Marshall, John Mepham & Kate Soper, 1980, p. 88. « From the Repressive Hypothesis to Bio-Power », dans *Beyond Structuralism and Hermeneutics, op.cit.*, p. 137-140.

l'armée, etc. Les fonctions de ces disciplines sont plus régulatrices que punitives. Néanmoins, elles permettent le contrôle minutieux de l'individu, bien plus efficacement que le droit ²⁹.

Dans le même ordre d'idée, Foucault transforme le concept de pouvoir. Il le fait passer du répressif à quelque chose de plus productif. Son nouveau concept conçoit l'individu comme étant totalement dirigé et orienté vers la performance et la production, selon les besoins et les technologies des différentes disciplines ³⁰. Dans ces conditions, le pouvoir des disciplines est conféré, selon les propres mots de Foucault

« non pas à la loi, mais à la normalisation, non pas au châtiement, mais au contrôle, et qui s'exercent à des niveaux et dans des formes qui débordent l'État et ses appareils. » ³¹

Ce contrôle a évolué et s'est transformé. Il s'étend à présent à la régulation des questions de natalité, de longévité, de santé publique, d'habitat et de migration : ce que Foucault appelle le « bio pouvoir » ³². Comme il l'a écrit dans *Histoire de la sexualité*, « on n'a toujours pas coupé la tête du roi » lorsqu'il s'agit d'analyser les formes de domination à travers le pouvoir disciplinaire ³³.

Ces changements sont particulièrement évidents en droit pénal, où les anciennes théories de la peine avec, notamment, la torture, sont maintenant remplacées par les théories modernes de l'emprisonnement, de l'isolation, de la réintégration et de la normalisation ³⁴. D'après Foucault, le droit traditionnel commence à se conformer au système disciplinaire et vice versa ³⁵.

Cependant, ces changements ne représentent pas une avancée ou un progrès pour la société. Par exemple l'avènement de la moralité chrétienne n'a pas signifié la libération de l'homme ou la fin de l'abus de pouvoir. Chaque époque représente tout simplement l'avènement de relations de pouvoir encore plus subtiles. L'humanité progresse vers différentes étapes de domination ³⁶.

Brièvement, Foucault identifie quatre étapes et fonctions de domination qui se sont exprimées à travers le droit : le mécanisme de la féodalité ; le système de pouvoir des grandes monarchies, l'instrument du pouvoir de ces monarchies au XVIII^e siècle associées au contrat social, et la domination exercée au travers de la démocratie parlementaire ³⁷. Dans cette dernière ce sont les disciplines privées qui organisent et classent les individus.

²⁹ Foucault (M.), *Surveiller et Punir*, *op.cit.*, p. 161, 175 et s.

³⁰ *Id.* p. 227.

³¹ Foucault (M.), *Histoire de la sexualité : La Volonté de savoir*, Vol. 1, Gallimard, 1976, p. 118.

³² *Id.* p. 184. « From the Repressive Hypothesis to Bio-Power », dans *Foucault, Beyond Structuralism and Hermeneutics*, *op.cit.*, p. 126-142.

³³ *Histoire de la sexualité*, *op.cit.*, 117.

³⁴ Foucault (M.), *Surveiller et punir*, *op.cit.*, p. 267 et s.

³⁵ *Id.* p. 259-260.

³⁶ Foucault (M.), *Histoire de la sexualité*, *op.cit.*, p. 182-191. Foucault (M.), *The Foucault Reader*, Paul Rabinow ed, 1984, p. 83.

³⁷ Foucault (M.), « Two Lectures », *op. cit.*, p. 103.

Pour conclure, Foucault a poursuivi d'une manière différente la pensée de Sartre, au regard de l'assujettissement de l'individu. Il a montré que l'individu n'est ni autonome, ni libre. En effet, les nouvelles formes de l'assujettissement sont des nouvelles formes de domination auxquelles on ne peut échapper. Il a attiré l'attention sur des formes de pouvoirs non étatiques et a émis des doutes sur l'idée que la science juridique peut être une science neutre. Son point de vue est essentiellement sceptique et critique et n'offre aucun programme positif, comme le font ses compatriotes « poststructuralistes » Jacques Derrida et Jean-François Lyotard.

B. — *La critique du droit et le postmodernisme français*

Le poststructuralisme français et sa méthode de « déconstruction » ont eu une très grande influence aux États-Unis. Cette méthode est aujourd'hui associée au nom de Jacques Derrida qui l'a élaborée au cours des années soixante. La méthode de Derrida a été influencée par le mouvement intellectuel en Europe dans la première partie du XX^e siècle connu sous le nom de structuralisme, ce qui explique le fait que Derrida est souvent désigné comme un poststructuraliste.

1. La pensée de Jacques Derrida

Qu'est-ce que la « déconstruction » et qu'est-ce que le « poststructuralisme » ? D'après les structuralistes, tous les phénomènes sociaux et psychologiques doivent être envisagés comme des tensions entre les structures, telles que les classes ou les concepts linguistiques. Le poststructuralisme est un mouvement associé à un grand nombre de penseurs français tels que Jacques Derrida, Julia Kristeva, Roland Barthes, Gilles Deleuze, Félix Guattari et Michel Foucault.

Derrida a développé l'idée qu'un concept linguistique ne peut être compris qu'en relation avec d'autres concepts et d'autres mots. Par conséquent, d'après lui, la signification des mots n'est jamais fixée. Chaque terme aura des traces des autres. La signification est rendue possible en constatant qu'un mot diffère des autres mots. En étant toujours indéterminée, la signification est toujours différée. Ainsi on aboutit à ce que Derrida appelle la « différance ». Cela évoque le fait qu'un texte n'a jamais un sens unique³⁸.

La « déconstruction » est une méthode de lecture d'un texte qui met en jeu sa prétendue signification centrale. L'idée que chaque texte a une signification centrale, une vérité finale, d'après Derrida, est héritée de la pensée occidentale après Platon. L'idée que le texte a une origine définitive et qu'il garantit la signification prétendue est appelée « logocentrisme ». Autrement dit, l'idée d'une signification centrale et présente dans chaque concept est critiquée par Derrida qui la désigne sous le nom de « métaphysique de la présence »³⁹. D'après Derrida, le problème est que l'idée d'une vérité centrale exclut

³⁸ Derrida (J.), « Différance », *Bulletin de la société française de philosophie*, juillet-sept. 1968, p. 73-101 ; Derrida (J.), Foucault (M.), etc. *Théorie d'ensemble* coll. Tel Quel, 1968 ; Derrida (J.), *Margins of Philosophy*, trad. Alan Bass, University of Chicago Press, 1972, p. 9-11.

³⁹ Descamps (C.), *Philosophie Contemporaine en France*, ADPF-Publications, 1994, p. 35. Lawlor (L.), *Derrida and Husserl : The Basic Problem of Phenomenology*, 2002, p. 32.

ou marginalise tout ce qui ne fait pas partie du centre. Cette idée aboutit à « des oppositions binaires » dans lesquelles une idée est centrale ou privilégiée et l'autre est marginale. Les oppositions homme/femme, blanc/noir, croyant/païen, sujet/objet, apparence/essence, oral/écrit, sont des exemples des oppositions binaires.

La « déconstruction » refuse la signification centrale que Derrida appelle la « signifiée transcendante », d'une manière qui renverse la hiérarchie des oppositions binaires. Ainsi le sens marginal devient dominant et remplace la signification prétendue. Autrement dit, puisque toutes les significations et toutes les hiérarchies sont construites, elles peuvent être « déconstruites » et changées comme n'importe quelle signification métaphysique peut être contredite.

Derrida déclare que le droit positif n'a pas d'essence ni de principe fondateur, ni une « signification transcendante ». En adoptant la pensée de Pascal et Montaigne, Derrida prétend que le système juridique n'est fondé ni sur la Raison ni sur aucun point d'origine rationnel. Le droit est fondé sur lui-même. Il a ses propres fondations ou, dans les mots de Derrida, le droit est fondé sur une « fiction autobiographique ». Derrida dirait que l'origine du droit est un acte initial de violence établissant un système d'auto-perpétuation. Le droit est sans fondement ou d'après lui, une « violence sans fondement »⁴⁰. Il est dès lors faux de considérer que le droit dépend ou est ancré à un ordre supérieur, tels que Dieu, la Raison, la nature ou le droit naturel. Au contraire, il n'est qu'une construction fictive et, en tant que construction, il est « déconstructible ».

Avant d'en terminer avec Derrida, un dernier point semble devoir être évoqué en ce qu'il est fort présent chez les postmodernes américains : la distinction entre le droit et la justice. D'après Derrida, alors que le droit positif est déconstructible, la justice ne l'est pas⁴¹. En effet, l'objectif premier de la « déconstruction » est d'aboutir à la justice. La déconstruction n'est ni nihiliste, ni indifférente aux questions politiques et éthiques. Au contraire, elle pose la question de savoir si un système de droit est en soi juste. Ainsi, Derrida arrive à la conclusion qu'il existe, pour chaque homme, un devoir infini et incalculable d'être juste envers les autres, et ce sans aucune attente de réciprocité.

La justice est essentiellement une relation éthique qui existe au-delà du droit. Elle est extra-juridique et impossible à transcrire dans un texte de loi. Pour cette raison, le droit ne peut pas être confondu avec la justice et lorsqu'il l'est, le résultat est un positivisme juridique naïf, qui prétend qu'il n'y a pas de justice en dehors des droits et des solutions offertes par le système juridique en place. Contrairement au droit, la justice n'est pas déconstructible parce que, selon les propres termes de Derrida, la justice est une catégorie d'expérience et non pas une construction. En tant que telle, elle est toujours « à venir ». Elle a une existence au-delà du droit et elle est impossible à appréhender. Par conséquent, la justice se présente comme une aporie, une expérience de l'impossible. Derrida identifie trois apories : le juge doit suivre le droit et en même temps, il doit le réinventer de manière à rendre la justice. Il doit souffrir de décider l'indécidable. Il doit faire l'expérience de l'urgence dans toutes les décisions, tout en ayant conscience que pour atteindre la justice le juge a besoin de temps et de réflexion.

⁴⁰ Derrida (J.), « Force de Loi : le "Fondement mystique de l'autorité" », *Cardozo Law Review*, n° 11, 1990, p. 942. Article bilingue.

⁴¹ *Id.* p. 944.

Pour conclure cette discussion sur Derrida, il apparaît clairement que Derrida a érigé sa propre « opposition binaire » entre le droit et la justice. D'après lui, la justice ne peut pas être capturée par le droit sans perdre ses qualités infinies et le droit ne peut jamais faire un avec la justice car le droit est « déconstructible ». Or, la déconstruction n'est pas un exercice abstrait. Elle est faite pour juger le droit face aux exigences de la justice.

Par contraste, Foucault ne cherche pas à offrir un programme positif, comme le fait Derrida, mais ici encore il existe une question : comment peut-il y avoir une justice supérieure au droit sans principes fondamentaux ou des significances transcendantes ? Derrida, en dépit de l'influence très forte qu'il a eu et a encore sur la pensée juridique et philosophique aux États-Unis d'Amérique, n'occulte nullement la puissance d'un autre représentant français du mouvement post-structuraliste qui s'inscrit dans la ligne de sa propre pensée, Jean-François Lyotard.

2- La pensée de Jean-François Lyotard

Lyotard, comme Foucault, rejette la théorie du contrat social et comme Derrida, avance une conception quasi-mystique du concept de justice.

Avant d'aborder sa conception de la justice, il convient préalablement d'évoquer sa critique du libéralisme.

Le rejet par Lyotard de la théorie du contrat social fait partie de sa critique générale des théories politiques occidentales. Il développe cette critique, en présentant une typologie en trois parties. La première est la phase classique, associée en général à la pensée de Platon. Cette phase présente un modèle de justice unique pour atteindre une société juste et parfaite. La deuxième est le modèle de la période moderne associée à Kant, Rousseau, Locke et Hobbes, selon laquelle l'individu est conçu comme un être rationnel, doué de raison et capable de faire des choix libres et qui par conséquent, établit, avec le gouvernement, de manière autonome et libre, un contrat social par *consensus*.

La troisième partie de sa typologie est la phase postmoderne, qui rejette les deux premières phases et ce qu'il appelle, dans son ouvrage *La Condition postmoderne*, les « grands récits », ou encore les dispositifs « métanarratifs », ou bien « les métadiscours »⁴².

Les récits de la période moderne sont légitimés sur le fondement de l'espoir de l'émancipation de l'homme, mais selon Lyotard, ils n'ont pas tenu leur promesse⁴³.

Pour cette raison, le postmodernisme substitue aux grands récits, des récits plus modestes. Ces récits substitués ne prétendent pas au monopole du savoir et cherchent à comprendre uniquement des secteurs particuliers de la vie plutôt que la totalité de l'existence humaine. Chacun de ces petits récits peut être compris comme un jeu de langage, ayant ses propres règles différentes de celles des autres récits. Donc, par exemple, les règles de jeu de langage scientifique ne s'appliquent pas au jeu de langage artiste⁴⁴.

Lyotard voit le sujet comme étant totalement enveloppé par ces récits entremêlés. En effet, le « soi » est en soi une construction du récit. Ce n'est donc pas le sujet qui

⁴² Lyotard (J.-F.), *La Condition postmoderne*, éditions de Minuit, 1979, p. 7.

⁴³ *Id.* p. 63.

⁴⁴ Lyotard (J.-F.) et Thebaud (J.-L.), *Au juste*, éd. Christian Bourgeois, 1979, p. 96-98.

construit les jeux du langage et qui les joue ; ce sont plutôt les jeux du langage eux-mêmes qui jouent le sujet et qui constituent ce dernier :

« Je veux dire qu'il y a toujours un destinataire. Or ce destinataire, on lui adresse des discours de toutes sortes. On est à chaque fois dans un certain jeu, dans ce jeu il y a des règles, et je joue avec ces règles pour obtenir certains effets sur celui avec lequel je joue. »⁴⁵

L'idée que le sujet est auto-constitué ou celle de l'assujettissement propre au post-modernisme américain réapparaît chez Lyotard, tout comme dans la pensée de Sartre et de Foucault.

C. — *Le relativisme et la justice*

Continuant avec la pensée de Lyotard, il faut rappeler la conception de « jeu de langage » de ce dernier. Chaque jeu de langage a une conception unique de la justice. Tout comme il n'y a pas un seul récit ni un seul jeu de langage, dans les mots de Lyotard une « métalangue universelle », il n'y a pas un concept unique et universellement applicable de la justice⁴⁶.

Lyotard insiste pour souligner qu'il existe en réalité une multiplicité de justices, chacune d'elle étant définie en relation avec les règles spécifiques à chaque jeu de langage.

Il est facile de voir combien les grands récits violent les jeux de langage en perpétuant les trois mythes que Lyotard appelle : la métalangue unique, la justice universelle et le gouvernement par *consensus*. Ces mythes, en réalité, marginalisent les minorités et légitiment la tyrannie de l'État plutôt que de permettre l'émancipation.

Puisqu'il n'y a pas de métalangage, il n'y a pas de justice universelle fondée sur la Vérité ou la Raison. Selon Lyotard, l'idée opposée est avancée par les théories libérales occidentales en raison d'une confusion entre « prescription » et « description ». Les propos descriptifs sont ontologiques et représentent, par conséquent, un fossé infranchissable entre les propositions descriptives et prescriptives. Il n'est pas possible de passer d'un jeu de langage à un autre⁴⁷.

Dès lors, sur quoi peut-on fonder les propositions prescriptives, c'est-à-dire la loi ? Lyotard explique qu'il n'y a aucun fondement puisqu'il n'y a pas de principe universel de justice. Il n'y a de justice qu'à travers les jeux de langage individuels. Toute grande conception de la justice va montrer ses limites en marginalisant ceux qui ne partagent pas le jeu de langage en question. Lyotard se contente de laisser tous les propos prescriptifs sans fondement. Selon ses propres mots chaque prescription doit « rester suspendue en l'air »⁴⁸. Mais alors, de manière surprenante, Lyotard avance une position kantienne selon laquelle tous les sujets font l'expérience d'être appelés d'une source inconnue à agir d'une manière juste envers les autres. Ce tournant mystique est similaire dans la notion de la justice de Derrida. C'est sur la foi de cet appel mystique qu'il a pris position

⁴⁵ *Id.* p. 104.

⁴⁶ Lyotard (J.-F.), *La Condition postmoderne, op.cit.*, p. 67.

⁴⁷ Lyotard (J.-F.), *Au juste, op.cit.*, p. 35, 87-89, 182-183.

⁴⁸ *Id.* p. 88.

en disant que les Américains auraient dû se retirer du Vietnam et les Français de l'Algérie⁴⁹. Le paradoxe a été accentué quand Lyotard a avancé une règle prescriptive universelle pour promouvoir le respect et la tolérance vers chaque jeu de langage et sa propre justice⁵⁰. Lyotard a apparemment pris une position sur le relativisme très similaire, sinon identique, à celle du philosophe pragmatiste américain Richard Rorty⁵¹, dont la philosophie sera développée dans une partie ultérieure.

Enfin, une autre partie de la conception de la justice de Lyotard mérite l'attention. Il s'agit de la marginalisation de ceux qui ne partagent pas le jeu de langage en question. Il voit l'époque postmoderne comme étant un vaste réseau de jeux de langage incommensurables, ce qu'il nomme les régimes de phrases⁵². Il y a certains aspects du conflit, subsistant à la tension entre les régimes de phrases qui ne pourront jamais être tranchés de manière satisfaisante pour aucune des parties. C'est ce que Lyotard appelle le « différend ». D'après lui,

« un différend serait un cas de conflit entre deux parties (au moins) qui ne pourrait pas être tranché équitablement faute d'une règle de jugement applicable aux deux argumentations. »⁵³

Autrement dit le « différend » est le résultat du conflit entre deux conceptions opposées de la justice, où la partie perdante ne partage pas le jeu de langage du système qui la juge. Elle ne peut pas non plus être entendue de manière satisfaisante. Un premier exemple serait une plainte d'une victime juive devant un tribunal nazi. Un second exemple serait la plainte formée par un peuple indigène devant un tribunal colonial. Dans telles situations

« Le plaignant devient une victime quand aucune présentation du tort qu'il dit avoir subi n'est possible. »⁵⁴

Pour conclure la discussion sur Lyotard, il apparaît que les notions de jeux de langage, de différend et la distinction prescription/description, sont instructives, mais que sa conception de la justice reste problématique en ce qu'elle contient en elle certaines contradictions. Par exemple, elle nie la notion universaliste de la justice tout en exigeant une tolérance des différentes conceptions de la justice en tant que principe *universel*. Une autre contradiction est inhérente à l'idée qu'il est possible de connaître la différence entre le bien et le mal, tout en niant l'existence des principes universels qui peuvent servir de guide.

Les grandes lignes de pensée des postmodernes français étant posées, il paraît dorénavant plus aisé d'aborder l'influence française sur les philosophes postmodernes américains.

⁴⁹ *Id.* p. 133-134.

⁵⁰ *Id.* p. 188-189.

⁵¹ Rorty (R.), *Contingency, Irony, Solidarity*, Cambridge University Press, 1989. Rorty (R.) *Philosophy and The Mirror of Nature*, Princeton University Press, 1980.

⁵² Lyotard (J.-F.), *Le Différend*, éditions de Minuit, 1983, p. 187.

⁵³ *Id.* p. 9.

⁵⁴ *Id.* p. 23.

II. — LE POSTMODERNISME JURIDIQUE AUX ÉTATS-UNIS

Comme précédemment abordé, les critiques de Sartre, Foucault et Derrida ont fortement influencé les membres du Critical Legal Studies (CLS) aux États-Unis, tandis que les Pragmatistes américains ont été profondément marqués par Jean-François Lyotard. Il est toutefois à noter que CLS et Pragmatistes ont apporté leurs propres variantes des « modèles » développés par leurs « maîtres » français.

A. — *Le Critical Legal Studies*

Pour une meilleure compréhension de la « galaxie » CLS il semblerait intéressant de dessiner dans un premier temps les grands traits du Critical Legal Studies et ce, avant de se focaliser sur les deux grandes approches successives du mouvement⁵⁵.

1. Entrée en matière

Le Critical Legal Studies est né dans les années 1970 en réponse à un conservatisme politique et légal jugé trop important. L'objectif était initialement, tout comme pour les Réalistes, de débarrasser le droit de ses fictions, d'étudier son fonctionnement et ses effets réels, ainsi que la réalité des choses et les besoins de la société.

Loin d'être absents de la scène juridique et politique outre-Atlantique, les « Crits » (vocabulaire américain pour définir les adhérents du CLS) ont au contraire insufflé une nouvelle modernité dans la société américaine en favorisant, entre autres, le développement ou l'épanouissement d'organisations représentatives de certaines minorités. Certaines de ces dernières ont même un temps rejoint la bannière CLS avant toutefois de les quitter du fait d'une approche trop masculine du droit... pour les Féministes, ou encore de la non-prise en considération des problèmes racistes pour la Critical Legal Theory, par exemple.

Difficile à définir, le Critical Legal Studies est un mouvement et non une théorie, marqué « à la fois par homogénéité et diversité »⁵⁶. Homogénéité car les Crits se placent globalement à gauche sur l'échiquier politique, qu'ils rejettent l'esprit du doctrinarisme juridique américain ou encore que l'interprétation est centrale au sein de la galaxie CLS. Diversité toutefois car le CLS se subdivise en de nombreuses branches et que la critique juridique ne se trouve pas utilisée pour servir les mêmes desseins.

Si à ses débuts l'objectif du CLS était bel et bien de mettre en place une nouvelle théorie juridique et ce sous l'influence notamment de Duncan Kennedy, cette ambition a

⁵⁵ Pour de plus longs développements voir Dore (I.) *The Epistemological Foundations of Law op.cit.*, chapitre 13.

⁵⁶ Hunt (A.), « The Theory of Critical Legal Studies », *Oxford Journal of Legal Studies*, n° 6, 1986, p. 2.

au milieu des années 1980 été remise en cause⁵⁷. Il s'est en effet dégagé l'idée suivant laquelle la doctrine CLS était par trop théorique et qu'il n'était pas possible de donner corps à une seule et même théorie juridique⁵⁸. C'est à la fin de ces années 1980 et au début des années 1990 qu'une nouvelle approche s'est modelée au sein des rangs du CLS : il est apparu comme nécessaire, en raison notamment des nombreuses critiques qualifiant de nihiliste l'approche du CLS, de donner en quelque sorte un visage humain au mouvement en essayant de reconstruire ce qui jusque lors n'avait été que déconstruit.

Il est à souligner que si Derrida et Foucault ont eu une influence certaine sur le développement du mode de pensée du CLS, Sartre, pour certains auteurs, se révèle en réalité être la source première d'inspiration des Crits. Ainsi, pour Pierre Schlag,

« En dépit de l'influence significative de penseurs post-structuralistes tels que Derrida et Foucault sur la pensée récente des Crits, virtuellement toute cette pensée poststructuraliste a été reçue par le CLS au travers de l'esthétique de la métaphysique sartrienne — la non-coïncidence ontologique du pour-soi et de l'en-soi ».⁵⁹

Citant Jack M. Balkin, Pierre Schlag affirme que

« Je suis sûr de ne pas être la première personne notant la curieuse relation entre la déconstruction et une précédente importation française — l'existentialisme —... Si nous voyons la vie en elle-même comme le texte général, la libre interprétation textuelle du déconstructeur devient assez similaire à la liberté pragmatique de l'existentialiste ».⁶⁰

Schlag tout comme Balkin constituent en quelque sorte, et pour reprendre l'expression d'Alexander Somek⁶¹ définissant Balkin, des Crits de « seconde génération » en ce qu'ils décrivent l'objectif essentiellement politique des Crits de « première génération ». Pour exemple, un Crit des premiers temps aurait écrit qu'une

« doctrine juridique donnée servait les forces économiques dominantes du pays, desservait le reste de la population et spécialement les défavorisés, et contribuait à un ordre social injuste, hiérarchisé et répressif »⁶².

⁵⁷ Kennedy (D.), « The Structure Blackstones Commentaries », *Buffalo Law Review*, n° 28, 1979, p. 205.

⁵⁸ Kennedy (D.), Gabel (P.), « Roll Over Beethoven », *Stanford Law Review*, n° 36, 1984, p. 3.

⁵⁹ Schlag (P.), « The Problem of the Subject », *Texas Law Review*, n° 69, 1991, p. 1693 et plus particulièrement la troisième partie intitulée Critical Legal Sartre (p. 1679 et s.).

⁶⁰ *Id.*, citant Balkin (J.M.), « Tradition, Betrayal, and the Politics of Deconstruction », *Cardozo Law Review*, n° 11, 1990, p. 1629-1630.

⁶¹ Somek (A.), « From Kennedy to Balkin: Introducing Critical Legal Studies from a Continental Perspective », *University of Kansas Law Review*, n° 42, 1994, p. 775.

⁶² Schank (P.C.), « Understanding Postmodern Thought and its Implication for Statutory Interpretation », *op. cit.*, p. 2577.

Mais, pour Schlag, le postmodernisme ne doit pas s'obstiner à s'engager dans un exercice politique. En réalité, et tout comme Foucault, Schlag voit le droit non comme une institution autonome de par son vocabulaire spécifique notamment, mais tout simplement comme un pouvoir supplémentaire, venant s'ajouter aux autres. Balkin considère lui aussi cet engagement politique comme l'une des principales faiblesses des Crits. Pour poursuivre dans cette critique du caractère politique de la mouvance CLS, Mark Tushnet, l'une des figures de proue actuelle du CLS, a pu décrire le mouvement comme un lieu de rencontre

« pour un groupe de personnes de gauche partageant le projet de supporter et d'étendre la gauche dans le domaine juridique »⁶³.

Aux fins de présenter au lecteur une présentation succincte et relativement précise du CLS, il semblerait dorénavant intéressant d'explorer plus en détail l'évolution des Crits en présentant, tout d'abord, un développement sur les premières approches essentielles des Crits, à savoir une politisation considérée comme non raisonnable de l'éducation juridique et de la décision des juges. Par la suite il pourrait être intéressant de mettre en exergue, et ce par le biais des auteurs Drucilla Cornell et Jack M. Balkin, l'évolution enregistrée à la fin des années 1980 et au début des années 1990.

2. Un droit soumis à la « gravitation » politique

En réaction à un droit jugé par trop conservateur, les « fondateurs » du CLS ont critiqué de façon virulente le monde juridique en s'attachant à délégitimer l'éducation juridique telle que prodiguée dans les écoles de droit ainsi que la décision du juge considérée comme subjective et idéologique.

A. — *L'éducation juridique, miroir du laissez faire capitaliste*

Pour Duncan Kennedy, l'un des fondateurs du « Critical Legal Studies », la politisation du droit trouve à s'exprimer dès l'école de droit. En effet et selon l'auteur, le programme typique d'une école de droit est structuré de telle manière que le message implicite adressé à l'étudiant est que le droit est un phénomène neutre, non connecté avec la politique, quand en réalité tous les cours basiques enseignent les règles de base du « laissez faire » capitaliste tel que posé à la fin du XIX^e siècle. Les règles perpétuant la hiérarchie et la domination sous-tendent tous les cours basiques tels que la propriété, les contrats et la responsabilité⁶⁴.

Ces idées de hiérarchie et de domination ressortent non seulement des programmes de droit mais sont présentes dans la méthode même d'enseignement du droit⁶⁵. Pour

⁶³ Tushnet (M.), « Critical Legal Studies: A Political History », *Yale Law Journal*, n° 100, 1991, p. 1515, 1516.

⁶⁴ Kennedy (D.), « Legal Education as Training for Hierarchy », in *The Politics of Law*, éd. D. Kairys, 1982, p. 44-51.

⁶⁵ *Id.*

l'auteur, les étudiants en droit sont tout d'abord éduqués pour accepter comme faisant autorité les enseignements de leurs professeurs, et ce en raison de « l'aura » qui les entoure. « Ce prestige cependant, peut être basé sur une légitimité hiérarchique illusoire » affirme Mark Kelman ⁶⁶.

« Notre habilité bien affûtée à distinguer facilement et objectivement entre deux personnes aux positions différentes (enseignant *versus* étudiant, “grand” professeur *versus* “piètre” professeur, avocat *versus* non initié) fera apparaître des hiérarchies légitimes ou inévitables... Ces distinctions, si elles sont facilement discernables, ne sont pas pertinentes. (Un “grand” professeur pourra discuter de mesures d'embauche anti-discriminatoires avec une élégance et une facilité que nombre de non-initiés n'auront pas. Mais le fait de savoir s'il a davantage d'idées que le non-initié sur les problèmes en jeu ou s'il a un accès privilégié aux “bonnes” réponses est véritablement une autre question) » ⁶⁷.

Ce faisant, Kelman tout comme Kennedy et nombre d'adhérents du CLS ont cherché à ébranler le pouvoir et ses hiérarchies qu'ils considèrent comme « illégitimes » ⁶⁸. Atteignant une conclusion foucauldienne, ces auteurs considèrent que tous les secteurs économiques et sociaux – qu'ils soient dans les domaines de l'emploi, de l'éducation juridique, du travail ou du marché en général – renforcent la hiérarchie des structures et des systèmes de domination et de subordination ⁶⁹. Pour Kelman, se reconnaissant une dette intellectuelle envers Michel Foucault, il est nécessaire de comprendre le pouvoir « dans ses manifestations les plus locales (*micropractices*) » ⁷⁰.

Au-delà de cette question d'une légitimité véritable et fondée des enseignants, leur façon d'enseigner soulève d'autres questions de légitimité pour les Crits. La méthode de cas (*the case method*) suivant laquelle le droit est nécessairement révélé par les moyens d'une procédure analytique rigoureuse appelée « raisonnement juridique » (*legal reasoning*) est à remettre en question. Cette méthode, succinctement, présente chaque problème juridique comme distinct des autres, de telle manière que les étudiants n'atteignent jamais une vision intégrée du droit comme un tout et ne peuvent de ce fait percevoir comment il fonctionne et comment il peut être modifié.

L'idée que le « raisonnement juridique » peut être utilisé pour atteindre des décisions « correctes » est aussi rejetée par Kennedy qui assure qu'il n'y a pas de solution correcte autre que celle dictée par un point de vue politique ou éthique. En effet et une nouvelle fois, la distinction entre « droit » et « politique » (*law and politics*) n'est rien d'autre qu'un artefact.

⁶⁶ Kelman (M.), « Trashing », *Stanford Law Review*, n° 36, 1984, p. 322.

⁶⁷ *Id.* p. 323.

⁶⁸ *Id.* p. 321.

⁶⁹ Frug (G.E.), « The Ideology of Bureaucracy in American Law », *Harvard Law Review*, n° 97, 1984, p. 1276, 1277. Kennedy (D.), « Legal Education as Training for Hierarchy », *op.cit.*, p. 44-51.

⁷⁰ Kelman (M.), « Trashing », *op.cit.*, p. 321.

« Tout ce qui est enseigné, hormis les règles juridiques formelles ainsi que les techniques argumentaires pour les manipuler n'est que politique et rien d'autre... Ces erreurs ont un parti pris en faveur du programme du centre libéral souhaitant une réforme limitée de l'économie et des gestes de pure forme vers l'égalité raciale et sexuelle »⁷¹.

Si l'éducation juridique est politisée, la décision du juge est elle aussi sujette à caution.

B. — *La décision du juge, une réponse politique à l'indétermination du droit*

D'après Duncan Kennedy⁷², si le libéralisme juridique occidental cherche globalement à cacher le rôle de l'idéologie, la réalité est que la décision du juge est toujours de nature politique. Dans « Form and Substance in Private Law Adjudication »⁷³, Kennedy développe cette idée en mettant en exergue l'une des grandes oppositions, selon lui, du droit : l'individualisme et l'altruisme. L'individualisme a plutôt pour réponse juridique la règle spécifique (*rule*) de droit alors que l'altruisme se trouve davantage matérialisé par le principe (*standard*) de droit. Il est à noter que l'un ne doit pas être systématiquement privilégié à l'autre. Si la règle de droit peut paraître plus conservatrice et le principe plus progressiste, l'inverse est tout aussi vrai, sans que les deux soient incompatibles⁷⁴. L'individualisme équivaut au droit à

« une revendication à définir et atteindre des objectifs sans l'aide des autres (c'est-à-dire sans être dépendant d'eux ou en leur demandant de faire des sacrifices) »⁷⁵.

Cela présuppose

« la ferme conviction que j'ai le droit de jouir du fruit de mes efforts sans une obligation de les partager ou de les sacrifier à l'intérêt des autres »⁷⁶.

L'altruisme à l'inverse est

« la croyance selon laquelle on ne doit pas se livrer à une profonde préférence en ses propres intérêts et ce, aux dépens de ceux des autres [...] L'altruisme prend ses racines dans la culture, la religion, l'éthique et l'art, des racines qui sont aussi profondes que celles de l'individualisme »⁷⁷.

⁷¹ Kennedy (D.), « Legal Education as Training for Hierarchy », *op.cit.*, p. 45.

⁷² Kennedy (D.), « The Structure of Blackstone's Commentaries », *op.cit.* p. 217.

⁷³ Kennedy (D.), « Form and Substance in Private Law Adjudication », *Harvard Law Review*, n° 89, 1976, p. 1685.

⁷⁴ *Id.* p. 1701 et s.

⁷⁵ *Id.* p. 1713.

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ *Id.* p. 1717.

Pour Kennedy, l'individualisme n'est pas nécessairement synonyme d'égotisme (*egotism*), tout comme l'altruisme n'est pas synonyme de solidarité (*total selflessness or saintliness*)⁷⁸. La transcription de ces notions en des termes juridiques, qu'il s'agisse de règles ou de principes, est profondément dépendante de l'environnement politique. L'application de ces règles et principes est de même fortement sujette à l'appréciation politique du législateur ou du juge. Même s'il n'est pas nouveau d'affirmer que le droit n'est pas la morale, il apparaît plus original pour un Crit de déclarer que l'altruisme n'a pas nécessairement à être préféré à l'individualisme. Cette position toutefois résulte en grande partie du fait qu'une justification altruiste peut être pire qu'une justification individualiste. « Bien » et « mal » sont présents tout aussi bien dans l'individualisme que dans l'altruisme. Ainsi, et par exemple, si

« le refus de s'enquérir de l'intérêt des autres est un mal, et un mal non compensé par un quelconque effet positif à long terme..., la tentative par l'État de supprimer ce mal conduirait à un mal encore plus important. Dès lors que l'État tente de légiférer d'une façon plus éthique que celle demandée par l'individualisme, l'État se heurte à deux problèmes insurmontables : l'incapacité relative du système juridique de changer la nature humaine, et la tendance des officiels à imposer la tyrannie derrière un écran de fumée prônant la moralité. L'immoralité du droit est ainsi le prix nécessaire à payer pour éviter de plus grandes immoralités qui résulteraient de la volonté de faire du droit la morale »⁷⁹.

Au-delà de cette dichotomie, il est fortement souligné dans « Form and Substance in Private Law Adjudication », que l'individualisme et l'altruisme s'affrontent et qu'il est difficile de les réconcilier⁸⁰. Elles sont en réalité l'image d'un droit tissu de contradictions selon les Crits⁸¹. Elles représentent par ailleurs et plus globalement un exemple des oppositions inhérentes à tout individu, dont la personnalité le fait pencher davantage vers l'individualisme ou l'altruisme. Au final donc, la décision prise par le juge dans une situation précise est arbitraire, résultat d'une « pesée » politique et subjective des arguments en présence.

Ce thème d'une « pesée » politique et subjective a de nouveau été abordé par Kennedy dans « A Critique of Adjudication (*fin de Siècle*) »⁸². Comme le suggère le titre, ce travail est une critique du raisonnement judiciaire et sa connexion avec le politique. L'auteur propose dans cet ouvrage une « analyse foucauldienne de l'éducation juridique »⁸³. Il commence par affirmer que le sens de la vérité ou justesse est socialement construit. Ce sens est, d'un côté, une manière de régir les sentiments internes de désespoir et de contradiction. En outre, c'est un passeport de pouvoir social pour ceux

⁷⁸ *Id.* p. 1718.

⁷⁹ *Id.* p. 1716.

⁸⁰ *Id.* p. 1774-1778.

⁸¹ Il est à noter que cette opposition individualisme/altruisme n'est qu'une des composantes de cette contradiction du droit. Les oppositions intérêts publics/privés, subjectivité/objectivité, déterminisme/auto-détermination viennent ajouter aux contradictions inhérentes au droit.

⁸² Kennedy (D.), *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Harvard University Press (1997).

⁸³ *Id.* p. 364.

qui le maîtrise⁸⁴. L'éducation et le discours juridiques sont des chantiers disciplinaires qui façonnent l'engagement du sujet (à savoir l'étudiant en droit) par rapport à la justesse, l'exactitude.

Qui mieux peut administrer les mécanismes disciplinaires de l'État que le juriste professionnel ou le juge dont la subjectivité a elle-même été constituée par la discipline de l'école de droit (et sa méthode d'instruction) ? Kennedy emprunte à Foucault l'idée de « normalisation » posée dans *Surveiller et punir* et l'applique à l'éducation juridique de l'Occident⁸⁵. Il affirme que les techniques de normalisation dans le système éducatif juridique sont les examens oraux et écrits, compilant le développement de dossiers de l'étudiant et la production de notes et d'échelles de rangs élaborées pour comparer les étudiants les uns aux autres. La technique disciplinaire la plus importante dans l'éducation juridique est « l'examen », qu'il soit écrit ou oral, le dernier utilisant la méthode socratique. Adoptant l'analogie foucauldienne du panopticon de Bentham, Kennedy décrit la façon dont la discipline est exercée à travers les observations par l'enseignant de tous les étudiants, auquel s'ajoute le pouvoir non seulement d'interroger les étudiants par des questions mais aussi celui de faire l'éloge ou de critiquer leurs réponses.

La revendication de Kennedy, en bref, est que l'entraînement imposé à l'étudiant (à savoir de « penser comme un juriste ») est instigué pour faire de l'étudiant un sujet. Ce dernier est supposé internaliser certains modes de pensée (la nécessité des automatismes)⁸⁶ requis sur le plan disciplinaire par l'école de droit, de telle manière que l'étudiant devenu juriste ou juge, une telle supervision et un tel contrôle ne seront pas nécessaires⁸⁷.

Ce qu'internalise l'étudiant est une variété de « discours de justesse » ou de vérité (*discourses of rightness*) qui prévaut au sein de la profession, aussi définis par Kennedy comme « discours nécessaires » (*necessitarian discourses*)⁸⁸.

L'objectif de Kennedy dans *A Critique of Adjudication* est plus globalement de présenter un projet activiste selon l'auteur, un projet qu'il appelle « moderne/post-moderne » ou « mpm »⁸⁹.

« Les objectifs de ce projet de gauche sont de modifier le système de hiérarchie sociale existant, incluant ses dimensions de classe, de race et de genre, avec pour objectif d'atteindre une plus grande égalité et une plus grande participation dans le gouvernement public et privé »⁹⁰.

Usant de la déconstruction pour mener à bien son projet, Kennedy n'est pas sans souligner que le mpm se chevauche avec nombre d'autres « mouvements d'avant-garde » tels que le poststructuralisme français⁹¹. Une fois encore il va s'agir pour

⁸⁴ *Id.*

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ *Id.* p. 365.

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ *Id.* p. 366.

⁸⁹ *Id.* p. 1, 5-12.

⁹⁰ *Id.* p. 6.

⁹¹ *Id.* p. 8.

l'auteur de s'attaquer aux hiérarchies en s'attachant ici à déconstruire le raisonnement des juges. L'objectif est de délégitimer ce raisonnement en montrant que le discours judiciaire soutient et légitime le pouvoir de l'État mais aussi dissimule et déforme le fait que la vie publique et privée sont hiérarchiquement structurées de telle manière à donner le pouvoir à certains au détriment des autres. Un autre aspect de cet effort de déconstruction est de montrer que les juges usent de l'idéologie, consciemment, à moitié consciemment ou inconsciemment (*consciously, half-consciously or unconsciously*) pour perpétuer ces hiérarchies quand ils voient des vides ou des ambiguïtés dans le droit.

« Dans tous les systèmes occidentaux, le discours que les juges, les autorités judiciaires et les théoriciens de la politique utilisent pour légitimer l'application du pouvoir d'état refuse (supprime, mystifie, déforme, dissimule, esquive) deux phénomènes clefs : (a) le degré auquel les règles établies (qu'elles soient posées dans un code ou qu'elles résultent des usages de « common law ») structurent la vie publique et privée de telle sorte à donner le pouvoir à certains au détriment des autres, et en général reproduisent les systèmes de hiérarchies qui caractérisent la société en question ; (b) le degré auquel le système de règles juridiques contient des vides, conflits et ambiguïtés qui se trouvent résolus par des juges poursuivant des projets idéologiques conscients, à moitié conscients ou inconscients en suivant ces problèmes de hiérarchie. »⁹²

Dans la même veine que celle de Kennedy et Kelman, certains Crits ont développé un nouvel angle d'approche : celui de l'indétermination du droit. Cette branche des Crits appelée aux États-Unis les « irrationalistes », a plus spécifiquement adopté la pensée de Derrida concernant l'indétermination du langage, du texte, de la différance, de traces et des apories⁹³. Ils vont en réalité utiliser la déconstruction pour démontrer que le droit est également ambigu et peut être manipulé de différentes façons pour des buts différents sur des faits identiques. Il n'y a pas de principe de droit qui soit neutre. Il est en réalité impossible de dégager des solutions juridiques définitives. Toute prétention à la neutralité du droit déguise en réalité le rôle du droit en tant que méthode de domination, de légitimation. Le droit n'existe selon ces Crits qu'aux fins de servir les intérêts de l'entité qui le crée et n'est de ce fait qu'un simple agrégat de croyances et de préjugés qui légitiment les injustices de la société. Le droit ne reflète aucune ontologie.

D'une manière plus imagée, pour les « irrationalistes », les décisions juridiques et morales ont le même caractère que les décisions de se marier, d'avoir des enfants, d'aller à l'école de droit, de déménager dans un autre État, ou de quitter son emploi. Dans de telles situations, les individus ainsi que les juges ne font que des choix⁹⁴.

⁹² *Id.* p. 14.

⁹³ Graff (G.), « “Keep off the Grass”, “Drop Dead,” and Other Indeterminacies: A Response to Sanford Levinson », *Texas Law Review*, n° 60, 1981-1982, p. 405 ; Boyle (J.), « The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought », *University of Pennsylvania Law Review*, n° 133, 1985, p. 691, 742-746, 768-773, 778-780.

⁹⁴ Voir Symposium on Critical Legal Studies, *Stanford Law Review*, n° 36, 1984, p. 1-674.

C. — *La phénoménologie déconstructive de Peter Gabel*

Dans « The Phenomenology of Rights – Consciousness and the Pact of the Withdrawn Selves », Peter Gabel, un Crit américain influent, a présenté une phénoménologie déconstructive des droits. Gabel vise à montrer dans cet article comment le discours libéral qui prévaut en matière de droits mène à l'aliénation. L'analyse de Gabel est destinée à dépasser cette aliénation et à promouvoir l'émancipation intellectuelle et sociale⁹⁵. Il définit l'aliénation comme suit :

« L'aliénation... est une forme paradoxale de réciprocité entre deux êtres qui désirent des contacts authentiques avec les autres mais qui en même temps renient ce désir de manière à ce qu'ils agissent avec l'autre ».⁹⁶

Aux fins de comprendre le concept d'aliénation tel que posé par Gabel, il est nécessaire de résumer son point de vue concernant la condition humaine : Gabel apparaît épouser une ontologie dont le postulat de base est le désir humain d'entrer en contact avec l'autre.

« Laissez-moi commencer en faisant une assertion descriptive qui peut être sujette à controverse mais qui me semble néanmoins une vérité allant de soi – nous sommes constitués comme des êtres sociaux par le désir d'être reconnus par les autres d'une manière qui donne un sentiment de pouvoir, qui insuffle la vie ».⁹⁷

Gabel prétend que « nous avons perdu confiance dans la vertu de ce désir » et aussi dans le fait que les autres ressentent ce même désir et qu'ils l'annihilent⁹⁸. Gabel n'explique pas pourquoi il y a eu ce sentiment mutuel de perte de confiance dans notre désir de communiquer avec les autres. Mais il est en réalité plus intéressé par le résultat de cette perte de confiance, à savoir notre commune perception de l'existence d'un fossé entre les uns et les autres, ou pour utiliser les termes de Gabel « une distance de menace » (*a threatening distance*)⁹⁹. Quand l'individu perçoit ce fossé, il le refuse en assumant un rôle (un « comportement du comme si ») (*an as-if performance*) qui projette une fausse image de sa personne¹⁰⁰. Pour ces raisons, Gabel affirme que, quand deux individus interagissent ils refusent de véritables contacts avec les autres, et assument un faux rôle, chacun projetant une fausse image de soi. Cela implique un *retrait* du véritable soi et la projection d'une nouvelle (mais fausse) image de soi. Dans un langage rappelant la notion sartrienne d'un « retrait annihilant » Gabel affirme que ce retrait représente une « absence de l'être » (*absence of being*)¹⁰¹, et que chaque personne ressent immédiatement et perpétuellement une absence de lien avec l'autre.

⁹⁵ Gabel (P.), « The Phenomenology of Rights – Consciousness and the Pact of the Withdrawn Selves », *Texas Law Review* n° 62, 1984, p. 1563-1566.

⁹⁶ *Id.* p. 1567.

⁹⁷ *Id.* p. 1566.

⁹⁸ *Id.* p. 1567.

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ *Id.* p. 1569.

Les rôles et prétextes que nous assumons sont, cependant, hautement instables ; ils ne sont fondés sur rien. Dans un langage rappelant celui de Lyotard, Gabel affirme que les faux rôles sont « suspendus en plein air » (*straining in mid-air*)¹⁰². Ces rôles ne sont pas fondés car nos existences sont pleines de contingences ; et aucun rôle (ou ensemble de rôles) ne peut organiser, prévoir, une vie à l'avance. Qui plus est, le désir menace perpétuellement de rompre et de dissoudre les rôles.

Quel est, alors, le rôle du droit ? Le droit a pour objectif de compenser, de contrebalancer la contingence ; de donner l'impression que la vie peut être planifiée (« colonisée ») (*colonized*) à l'avance¹⁰³. Sur une échelle plus large, le droit est une partie d'un système politique plus global qui prétend donner à *tous* les individus la connexion dont ils sont avides¹⁰⁴. En réalité, cependant, aucune « connexion » à proprement parler n'est réalisée. Le droit et le système politique, plus globalement, l'État, ne font en réalité que renforcer l'aliénation comme une condition pour faire partie de la société.

Gabel illustre ceci en examinant la nature des droits juridiques. Les droits ont trois dimensions phénoménologiques : ils représentent tout d'abord les possibilités d'une action future. Mon « droit de conclure un contrat » par exemple, signifie que je peux m'engager avec les autres dans cette possibilité, même si actuellement je ne peux pas être engagé¹⁰⁵. De même, les droits sont conçus comme ayant été accordés par une source extérieure ; à savoir l'État. L'individu de ce fait ressent l'impression qu'il a été « autorisé » à agir de certaines manières. Troisièmement, l'interaction (« action intersubjective ») (*intersubjective action*) intervient uniquement au travers ou en vertu de l'exercice des droits¹⁰⁶. Le point de vue de Gabel est que ces droits illustrent notre effort aliénateur de mettre une distance avec les autres en projetant notre faux soi tout en le présentant comme vrai¹⁰⁷. Les droits remplacent le désir « actif » d'un lien par la possibilité « passive » d'action. L'idée suivant laquelle ces droits nous ont été « accordés » par une « autorité extérieure » ; que cette autorité nous « autorise » à agir d'une certaine manière, et qu'elle nous donne sa bénédiction « par avance », crée, selon Gabel, une simple façade de légitimité à un système initialement illégitime de déni et d'aliénation¹⁰⁸.

Gabel joint sa critique à celle de deux autres critiques du CLS, particulièrement la « critique de la réification » et la « critique de l'indétermination ». La critique de la réification, succinctement, avance que les droits sont faussement présentés comme concrets quand ils ne sont en réalité que contingents. La critique de l'indétermination, une fois encore rapidement, prétend que les arguments basés sur les droits sont en eux-mêmes manipulables et qu'ils sont en réalité manipulés par les juges en accord avec leurs préférences politiques¹⁰⁹. Gabel avance l'idée que la réification et l'indétermination

¹⁰² *Id.* Voir texte de note 48 *supra*.

¹⁰³ *Id.* p. 1569.

¹⁰⁴ *Id.* p. 1577.

¹⁰⁵ *Id.* p. 1576.

¹⁰⁶ *Id.* p. 1576-1577.

¹⁰⁷ *Id.* p. 1577.

¹⁰⁸ *Id.* p. 1577.

¹⁰⁹ *Id.* p. 1581-1582.

dans le domaine des droits cachent le fait qu'une « véritable connexion sociale » (*genuine social connection*) ne sera jamais effective ¹¹⁰.

Gabel affirme cependant que cette conscience peut être transformée par le biais de mouvements sociaux. De tels mouvements apparaissent quand les conditions sont mûres, à savoir quand il y a une

« convergence de circonstances matérielles et culturelles... combinées avec un élément irréductible de libre engagement pour ceux qui prennent le risque... » ¹¹¹

Le « risque » (*risk of reciprocation*) est vraisemblablement le courage d'essayer (sans garantie de succès) de transcender le refus réciproque du désir d'être connecté.

Dans un objectif de réussite, le mouvement peut se mobiliser au sein d'un sous-groupe ou d'une classe (par exemple les femmes, les gays, les noirs, etc.) mais il doit éventuellement manifester et contester le système entier de pensée qui perpétue l'aliénation ¹¹². L'état et le droit s'opposent au départ à de tels mouvements ; ou, en fonction de leur succès et de leur popularité, leur accordera une forme de « pseudo-reconnaissance ». Ils pourront aussi le coopter ou essayer de contenir leur succès. Néanmoins, la « conscience de la guerre » (*consciousness-war*) doit continuer à être utilisée dans « d'innombrables contextes microphénoménologiques qui s'influencent mutuellement et s'agrègent les uns aux autres » ¹¹³.

3. L'évolution du CLS

Au-delà de Gabel, si tous les éléments sus-présentés confirment l'approche critique du CLS, cette approche ne demeure que... critique et trop souvent peut-être peu constructive. Le droit est conspué mais aucun système de remplacement n'est véritablement proposé. « Nous sommes engagés dans un projet politique anarcho-syndicaliste » a pu écrire Kelman ¹¹⁴. Le CLS a de ce fait été largement fustigé pour sa tendance nihiliste. Mais pour Kennedy si la critique « n'a rien à offrir », elle ne nous laisse pas sans rien ¹¹⁵. Parlant du mpm, il avance qu'en réalité sa démarche n'est là que pour « illuminer » certains de façon à ce qu'ils puissent décider quelles pensées abandonner et quelles nouvelles y substituer. La critique peut réfuter une croyance mais elle ne peut jamais enlever « les outils pour travailler nos engagements et nos plans concrets pour le futur » ¹¹⁶.

Pour l'hypothèse spécifique ou le mpm, considéré par certains comme nihiliste, pourrait mener à un totalitarisme tel Hitler ou Staline, Kennedy avance une hypothèse contraire. Ces types de totalitarisme étaient précisément légitimés sur des fondements de bien-fondé ou sur la vérité absolue de leurs théories respectives. Ce faisant, Kennedy

¹¹⁰ *Id.* p. 1585.

¹¹¹ *Id.* p. 1587.

¹¹² *Id.* p. 1588.

¹¹³ *Id.* p. 1595.

¹¹⁴ Kelman (M.), « Trashing », *op.cit.*, p. 326.

¹¹⁵ Kennedy (D.), « Critique of Adjudication », *op.cit.*, p. 361.

¹¹⁶ *Id.* p. 362.

avance que le scepticisme à la mpm serait en réalité un moyen de lutter contre le totalitarisme ¹¹⁷.

Cet exemple de justification visant à infirmer l'existence d'une quelconque tendance nihiliste a toujours été une pratique plus ou moins prégnante au sein du CLS. Mais cette pratique s'est surtout développée à partir de la fin des années 1980. À cette même époque, les Crits ont en outre cherché à donner au CLS une image moins pessimiste et plus constructive de leur mouvement.

Pour illustrer cette évolution, il semblerait dorénavant intéressant de se focaliser sur deux auteurs : Drucilla Cornell et Jack M. Balkin.

Le choix de Cornell et Balkin semble, s'il est limité, assez représentatif de la mouvance Crits que l'on qualifiera, pour reprendre les propos d'Alexander Somek de Crits de « deuxième génération ». Il est à noter en outre que Cornell tout comme Balkin se sont non seulement attachés à faire évoluer l'approche des Crits mais ont aussi fortement souligné l'importance de la critique derridéenne, considérée par tous deux, comme essentielle à l'approche postmoderne ¹¹⁸.

Si après avoir été considérée comme une fervente Crit, Drucilla Cornell s'est quelque peu détachée du mouvement aux fins de servir plus particulièrement les intérêts des Féministes. Elle a, comme un certain nombre d'auteurs Crits actuels ¹¹⁹, « grandi » dans l'univers CLS avant de s'éloigner du mouvement mais ce, tout en conservant ses influences post-modernistes françaises.

Balkin, quant à lui, après avoir vanté les mérites du CLS « première génération » a voulu faire évoluer la vision du mouvement en cherchant à limiter la veine politique qu'il reproche au CLS.

a. *Drucilla Cornell* et la « Philosophy of the Limit »

Drucilla Cornell a profondément œuvré aux États-Unis en faveur de l'introduction et de l'utilisation de la déconstruction derridéenne qu'elle considère comme le moyen le plus à même de transformer ou tout du moins de faire réagir nos sociétés. Pour Cornell, la déconstruction va permettre, et par un recours à l'inversion de la hiérarchie des pouvoirs notamment, de faire exister l'Autre dans sa différence et sa singularité. Elle a toutefois cherché à adapter la déconstruction en transformant cette dernière en une *Philosophy of the Limit* ¹²⁰. Globalement cette *Philosophy of the Limit* a pour objectif de

« refocaliser l'attention sur les limites restreignant la compréhension philosophique, plutôt que sur les préconceptions négatives engendrées par

¹¹⁷ *Id.* p. 363.

¹¹⁸ Pour Balkin (J.M.) voir notamment « Deconstructive Practice and Legal Theory », *Yale Law Journal*, n° 96, 1987, p. 743 ; « Tradition, Betrayal, and the Politics of Deconstruction », *Cardozo Law Review*, n° 11, 1990, p. 1613 ; « Being Just With Deconstruction », *Social and Legal Studies*, n° 3, 1994, p. 393 ; « Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice », *Michigan Law Review*, n° 92, 1994, p. 1131 et pour Cornell (D.), *Philosophy of the Limit*, Routledge, 1992 ; Cornell (D.), Rosenfeld (M.), Carlson (D.) *Deconstruction and the Possibility of Justice*, Routledge, 1992.

¹¹⁹ On peut entre autres mentionner Richard Delgado, l'un des fondateurs du CLS, s'étant par la suite quelque peu écarté du CLS pour fonder le Critical Race Theory.

¹²⁰ Cornell (D.), *Philosophy of the Limit*, *op.cit.*

la notion de déconstruction telle qu'elle a pu être lu et mal interprétée année après année... »¹²¹

Il s'agit dès lors et avant tout pour Cornell de recentrer le débat et d'apporter des réponses aux détracteurs de la déconstruction aux États-Unis.

Cette *Philosophy* de Cornell est

« entièrement dirigée par un désir éthique de mettre en œuvre une relation éthique... par relation éthique j'entends l'aspiration à une relation non-violente envers l'Autre, et envers l'altérité plus globalement, ce qui pose la responsabilité de protéger l'Autre contre toute appropriation qui le priverait de sa différence et de sa singularité »¹²².

Pour Cornell, le mouvement des postmodernes dans son approche du droit doit donc se concentrer sur une approche éthique basée non sur le devoir mais sur le respect, sur une éthique conduisant à refuser toute règle juridique donnée comme étant l'idéal. Car tout comme le souligne Lyotard, il n'y a pas d'idéal universel.

Ce qui apparaît dès lors comme nécessaire selon Cornell, est que toute décision judiciaire pour être

« juste et responsable doit... conduire à conserver le droit et à le détruire ou à le suspendre suffisamment pour le réinventer dans chaque affaire, le rejustifier, au moins en le réinventant dans la réaffirmation et la libre confirmation de son principe ».¹²³

Elle poursuit en affirmant que cette aporie, telle que posée et développée par Derrida¹²⁴, provient de « la responsabilité du juge non seulement de dire le droit mais de le juger »¹²⁵. Derrida est dès lors et selon Cornell le « penseur du futur » en ce qu'il est le protecteur, par le biais de la déconstruction, « de ce qui doit encore arriver »¹²⁶.

Même si Cornell reconnaît que l'éthique n'est pas le droit, le droit est toutefois fortement imprégné d'éthique. Par ailleurs selon l'auteur il est avant tout nécessaire de partir du droit car le droit et l'interprétation juridique sont les prémisses pour toute transformation sociale et politique.

En réalité, il apparaît que cette traduction cornellienne de la déconstruction derridienne se veut plus positive et plus explicite, concrète si l'on peut dire, que sa version française. L'auteur entend créer un nouveau visuel à la fois moins négatif (surtout pour les auteurs américains) et plus représentatif de l'idée suivant laquelle la justice est une aporie servant de limite à toute tentative visant à réduire la justice au droit positif.

¹²¹ Cornell (D.), *Philosophy of the Limit*, *op.cit.*, p. 1.

¹²² *Id.* p. 62.

¹²³ Cornell (D.), « The Thinker of the Future », 6 *German Law Journal*, n° 1, p. 144, citant Derrida (J.) « Force de loi », *op.cit.*, p. 961.

¹²⁴ Voir Derrida (J.), « Force de loi », *op.cit.*, p. 960-972.

¹²⁵ Cornell (D.), « The Thinker of the Future », *op.cit.*, p. 144.

¹²⁶ *Id.* p. 125.

Féministe engagée, cette *Philosophy of the Limit* permet à Cornell de donner une voix à cette « Autre » trop écrasée, selon elle, par la masculinité¹²⁷. La reconstruction passe nécessairement pour l'auteur par cette reconnaissance de la femme en ce que, une fois encore, par cette voix donnée à l'Autre, le droit et l'interprétation juridique progressent et tendent dès lors à se rapprocher, au final, de l'au-delà derridéen.

b. *Jack M. Balkin et la déconstruction « transcendantale »*

Cherchant à donner en quelque sorte une utilité pratique à la mouvance des CLS, Balkin a abordé à la fin des années 1980 puis au début des années 1990 la déconstruction derridéenne sous un nouvel angle. Pour l'auteur, la déconstruction des Crits n'est qu'une forme de rhétorique qui peut être utilisée dans différentes optiques, et, comme déjà souligné, en fonction des convictions morales et politiques du déconstructeur.

La déconstruction pour Balkin doit devenir « transcendantale »¹²⁸. Elle ne peut fonctionner en réalité que si elle est fondée sur

« une foi dans les valeurs humaines qui, bien que ne pouvant être articulées que par le biais d'une culture, surpassent et de ce fait agissent comme une admonition perpétuelle sur la culture »¹²⁹.

La croyance dans les valeurs transcendantales humaines est cohérente avec la déconstruction selon Balkin. Cette déconstruction transcendantale passe en outre par une acceptation du principe suivant lequel certaines positions sont plus justes que d'autres et ceci en postulant l'existence de valeurs de justice et de vérité qui existent au-delà de celles pouvant être présentes au niveau des communautés interprétatives. En dépit du refus de certaines composantes de la déconstruction de Derrida, l'idée derridéenne d'une justice supérieure est encore bien présente.

La déconstruction de Balkin ne semble toutefois, selon ce dernier, ne devoir rester qu'une technique, un outil permettant de localiser et d'inverser les oppositions conceptuelles, que l'auteur ne considère en réalité qu'être des oppositions gigognes ou « *nested oppositions* »¹³⁰. Les oppositions rencontrées par le déconstructeur sont gigognes en ce qu'elles « impliquent aussi une relation de dépendance, de similarité... entre des concepts opposés »¹³¹. Plus précisément, selon l'auteur, une « *nested opposition* » est une remise en contexte de l'opposition qui nous permet de voir à la fois des différences et similarités, des distinctions et dépendances conceptuelles¹³². Le droit n'est qu'un ensemble de théories politiques cloisonnées mais davantage la somme d'éléments qui s'enchevêtrent plus qu'ils ne s'opposent totalement.

Balkin au final remet en quelque sorte l'homme à sa place et enjoint le déconstructeur de composer avec ses qualités et ses défauts. En outre il semble falloir

¹²⁷ Cornell (D.) « The Philosophy of the Limit: Systems Theory and Feminist Legal Reform », dans *Deconstruction and The Possibility of Justice*, *op.cit.*, p. 68-91.

¹²⁸ Balkin (J.M.), « Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice », *op.cit.*, p. 1138.

¹²⁹ *Id.* p. 1142.

¹³⁰ Balkin (J.M.), « Nested Oppositions », *Yale Law Journal*, n° 99, 1990, p. 1669.

¹³¹ *Id.* p. 1671.

¹³² *Id.* 1671, p. 1676.

partir non du résultat, le droit, mais de la cause, l'homme. En réalité, le sujet de droit est socialement construit et la façon dont il comprend le droit est plus importante que ce que le droit est. De ce fait, pour comprendre le droit, il semble d'abord nécessaire de comprendre l'appréhension du droit par le sujet. Il s'ensuit que le sujet de la théorie devient la théorie du sujet¹³³.

Cette nouvelle approche de la déconstruction derridéenne, loin de la réfuter, cherche au contraire à la préciser, à lui apporter d'une certaine manière, et tout comme Cornell, jusqu'à un certain point, une dimension plus pratique mais aussi plus optimiste. En ce sens, Balkin pourrait être d'une certaine manière considéré comme un pragmatiste du CLS, même si pour l'auteur le vocable pragmatiste n'est pas d'une grande pertinence en ce qu'un pragmatiste du droit semble pouvoir virtuellement adhérer à toute école de pensée¹³⁴.

B. — *Les néo-Pragmatistes*

Prenant la suite des Pragmatistes, les néo-Pragmatistes, par un recours aux thèses postmoderne françaises cherchent en quelque sorte à produire une synthèse des deux philosophies. Si Richard Rorty et Stanley Fish sont les meneurs d'un tel projet, ils achoppent toutefois sur la nécessité voire même seulement la possibilité de proposer un programme.

Entrée en matière

D'un point de vue général, les Pragmatistes américains sont adeptes d'une philosophie de la croyance en opposition à une philosophie de l'idée.

« Pour les Pragmatistes, une croyance s'apprécie à la lumière des conduites qui lui sont liées. La mesure n'en est donnée ni dans des principes *a priori*, ni dans un modèle, des règles ou une réalité qui en déterminerait le sens de l'extérieur ». ¹³⁵

Plus précisément, la valeur pratique, l'utilité, deviennent le critère de la vérité¹³⁶. Ainsi est vérité selon les Pragmatistes ce qu'une communauté, une discipline et plus globalement une entité considérera comme utile pour elle-même. La vérité n'est donc pas absolue, elle est relative. En effet et tout d'abord, les sociétés évoluant, l'utilité et donc la vérité elles aussi évoluent. En outre, il est à souligner qu'une déclaration ou idée sera considérée comme vraie si elle peut être d'une quelconque manière utile à une entité donnée. Or ces entités sont multiples.

La vérité pour les Pragmatistes va donc être définie en terme d'efficacité.

¹³³ Balkin (J.M.) « Understanding Legal Understanding: The Legal Subject and the Problem of Legal Coherence » 103 *Yale Law Journal*, 1994, p. 105.

¹³⁴ Voir en ce sens le satirique « The Ten Top Reasons to be a Legal Pragmatist », Balkin (J.M.), *Constitutional Commentary*, n° 8, 1991, p. 351.

¹³⁵ Cometti (J.-P.), *Le Philosophe et la poule de Kircher. Quelques contemporains*. Ed. de l'Éclat, 1997, p. 155.

¹³⁶ Tamanaha (B.), *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and a Social Theory of Law*, 1997, p. 26-35.

D'un point de vue juridique, la loi ne va être nécessaire que dans les cas extrêmes en ce que la société, normalement, fonctionne correctement. Le *consensus* social existant n'est pas le résultat d'une délibération rationnelle mais de relations de pouvoir : un acte de droit donné peut être considéré comme n'étant pas la bonne solution dans une situation donnée non parce que la société considère qu'il n'est pas bon mais parce que ceux qui ont le pouvoir estiment qu'il n'est pas bon. Il n'y a donc pas d'objectivité dans l'interprétation du droit, seule la subjectivité gouverne cette interprétation.

Cette subjectivité ambiante ne permet dès lors pas d'établir des méthodes d'interprétation et de raisonnement juridiques objectifs en ce que la justification de telles méthodes, comme toute autre justification ou engagement, repose sur l'utilité qu'une communauté spécifique pourra en retirer.

Dans le cadre de cette philosophie de la croyance plutôt que de l'idée, certains auteurs ont cherché à pousser plus en avant la veine pragmatiste en usant notamment de la déconstruction derridéenne et en développant l'idée des communautés interprétatives telles que mises en exergue par Lyotard. Ce « prolongement » des Pragmatistes classiques constitue le néo-Pragmatisme américain. Les deux auteurs les plus connus en la matière sont Richard Rorty et Stanley Fish.

Rorty définit le néo-Pragmatisme en affirmant que ce dernier,

« diffère de l'ancien en seulement deux considérations, dont l'une est plus intéressante... La première considération est que nous, néo-Pragmatistes, parlons de langage au lieu d'expérience, ou d'esprit, ou de conscience, comme les vieux Pragmatistes le font. La seconde considération est que nous avons tous lu [Thomas] Kuhn, [N.R.] Hanson, [Stephen] Toulmin, et [Paul] Feyerabend, et sommes de ce fait devenus suspicieux quant au terme "méthode scientifique" »¹³⁷.

Globalement, néo-Pragmatistes et Crits ont une approche relativiste en ce qu'ils s'opposent à toute universalité des savoirs notamment. Il est toutefois à souligner que les néo-Pragmatistes considèrent que les Crits et postmodernes français accordent une place trop importante au langage et à l'impossibilité d'une tentative de « réconciliation » par l'utilisation de la déconstruction notamment. Pour Rorty, cette déconstruction doit être utilisée afin d'atteindre des objectifs sociaux. Pour Fish toutefois, un tel objectif est loin d'être assuré¹³⁸.

Ces deux auteurs étant les principaux penseurs en matière de philosophie néo-Pragmatiste, il semblerait dès lors intéressant de s'attacher à développer leur appréhension du postmodernisme.

2. La philosophie néo-Pragmatiste

a. Richard Rorty

Soutenant avec ferveur les apports de Jacques Derrida, Richard Rorty rejette aussi la pensée de Kant selon laquelle la raison est l'essence de l'Homme ou permet de découvrir

¹³⁷ Rorty (R.), *Philosophy and Social Hope*, éd. Penguin Books, 1999, p. 95...

¹³⁸ Dore (I.) et Carper (M.), « Multiculturalism, Pluralism and Pragmatism: Political Gridlock or Philosophical Impasse ? », n° 10 *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, 2002, p. 93-98.

la vérité¹³⁹. S'il salue les apports de Derrida, Rorty ne reconnaît toutefois pas la différence derridéenne considérant que cette dernière est davantage conceptuelle que pratique. Le langage doit avant tout être conçu comme un outil, les mots comme des instruments. Ce langage en outre n'est pas un en ce qu'il doit être opéré une ligne de partage entre deux types de vocabulaire : le vocabulaire privé tourné vers l'autocréation¹⁴⁰ et le vocabulaire public vers la solidarité humaine¹⁴¹. Pour Rorty, ce partage entre privé et public a été le mieux évoqué par Foucault¹⁴². D'une manière plus illustrative, le vocabulaire privé correspond à une question du type : « que suis-je ? », « que vais-je devenir ? » alors même qu'une question se rattachant à l'usage d'un vocabulaire public serait par exemple : « À quel genre de chose concernant quelle catégorie de gens ai-je besoin d'être attentif ? »¹⁴³.

Pour Rorty, une telle dichotomie étant posée,

« le vocabulaire de l'autocréation est nécessairement privé : il ne se partage pas plus qu'il ne se prête à la discussion. Le vocabulaire de la justice, en revanche, est nécessairement public et partagé : il est l'instrument d'un échange argumenté »¹⁴⁴.

En matière de vocabulaire privé, le propre d'une société libérale est pour Rorty de « laisser ses citoyens être autant individualistes, irrationalistes qu'ils le souhaitent tout pendant qu'ils ne font pas de mal aux autres... »¹⁴⁵. En revanche, au niveau public, c'est la solidarité qui doit primer, il ne doit pas y avoir d'abus de l'autre.

L'objectif philosophique de Rorty est non la description des choses mais la redescription. Cette idée de redescription renvoie à celle de création. Pour Rorty, si tous les êtres doués de langage peuvent décrire, seuls les créateurs peuvent re-décrire. La philosophie devient poésie selon Rorty. En opposition aux métaphysiciens, il se définit comme un « ironiste » et inclut dans cette catégorie des auteurs tels que Nietzsche, Heidegger et Derrida qui ont eu pour objectif de tenter de définir « leur œuvre par rapport à celle de leurs prédécesseurs plutôt que par rapport à la vérité »¹⁴⁶. Il n'y a pas, comme pour les métaphysiciens, de recherche de la Vérité mais une tentative de re-décrire et de réinterpréter ce qui nous entoure à une époque donnée¹⁴⁷. Dans cet esprit, même si le discours de Rorty s'apparente dans une large mesure à celui de Lyotard, Rorty est critique du rejet du *consensus* de Lyotard et ce, en raison du pessimisme marqué que Rorty ne peut accepter. À l'inverse toutefois il soutient le rejet, tout comme Lyotard des « grands

¹³⁹ Rorty (R.), *Contingency, Irony, Solidarity, op.cit.*, p. 8, 122-137, 191-196.

¹⁴⁰ Dans un sens existentialiste à savoir que l'existence précède l'essence et que l'homme en tant qu'individualité doit se construire.

¹⁴¹ Rorty (R.) *Contingency, Irony, Solidarity, op.cit.*, p. 189-198.

¹⁴² Rorty (R.), *Philosophical Papers vol. 2, « Moral Identity and Private Autonomy: The Case of Foucault » in Essays on Heidegger and Others*, Cambridge University Press, 1991, p. 193-198.

¹⁴³ Rorty (R.), *Contingency, Irony, Solidarity, op.cit.*, p. 143.

¹⁴⁴ *Id.* p. XIV.

¹⁴⁵ *Id.*

¹⁴⁶ *Id.* p. 79.

¹⁴⁷ *Id.* p. 96-97. Rorty (R.), *Consequences of Pragmatism*, 1982, p. xliii.

discours ». Pour poursuivre du côté des continentaux, si Rorty s'inscrit dans la veine de Foucault il réfute l'approche pessimiste de sa philosophie ¹⁴⁸.

Si l'on traverse l'Atlantique, l'apport indéniable du Pragmatisme américain pour Rorty est son vocabulaire pratique plutôt que théorique, d'action plutôt que de contemplation, dans lequel on peut trouver quelque chose d'utile sur la vérité ¹⁴⁹, en d'autres mots c'est sa contingence qui l'intéresse ¹⁵⁰. Son autre grand avantage est à trouver selon l'auteur du côté des limites qu'il s'impose, à savoir que les seules contraintes que le Pragmatisme américain reconnaît sont conversationnelles, au fait de la contingence de chaque vérité. Rorty réfute toutefois leur approche scientifique et cherche à introduire d'une certaine manière une touche de morale. Des principes éthiques doivent en effet être posés pour l'auteur, principes servant de base à l'étude des individus et de la collectivité dans leur interprétation et leur création du droit.

Il ressort au final, et ce au travers de *Philosophy and the Mirror of Nature* ¹⁵¹ notamment, que Rorty veut en fin de compte utiliser les tendances déconstructives de l'héritage heideggerien et les tendances reconstructives des pragmatistes libéraux américains pour présenter une nouvelle théorie du libéralisme démocratique. L'objectif de cette approche philosophique est de présenter une théorie générale de la « représentation » en ce sens qu'elle n'est qu'une tentative de représenter par le « miroir » de l'esprit le monde qui nous entoure ¹⁵².

Ainsi, dans sa volonté de mettre en place un néo-Pragmatisme américain, il se dégage des travaux de Rorty une volonté de développer une synthèse philosophique située entre la philosophie américaine et la *French Theory*. Si les Pragmatistes américains sont trop pragmatiques pour Rorty, les postmodernes français sont quant à eux trop théoriques ¹⁵³.

Pour l'auteur, le rôle du philosophe est d'entretenir le dialogue social en ce que la vérité n'intervient non au terme de la conversation mais dans le processus intrinsèque de l'échange. À l'image des Romantiques, la première faculté de l'homme est non la raison mais l'imagination, communication et la rédescription, tel que l'individu existe plutôt en-soi qu'à la fois pour-soi et en-soi ¹⁵⁴. Cette imagination qui va trouver corps dans l'échange doit toujours selon l'auteur s'exercer dans la tolérance mutuelle, une tolérance qui est nécessaire en ce que toute vérité est contingente et relative ¹⁵⁵.

b. Stanley Fish

Dans les lignes de Michel Foucault et Jean-François Lyotard, Stanley Fish voit la vérité exclusivement comme un produit de chaque communauté interprétative ¹⁵⁶. Il

¹⁴⁸ *Contingency, Irony, Solidarity, op.cit.* p. 61-65.

¹⁴⁹ *Id.* p. 8, 78-80, 84-85.

¹⁵⁰ *Id.* p. 3-72. Rorty (R.), *Consequences of Pragmatism, op.cit.*, xliii.

¹⁵¹ Rorty (R.), *Philosophy and the Mirror of Nature*, Princeton University Press, 1980.

¹⁵² *Id.* p. 12.

¹⁵³ Rorty (R.), *Contingency, Irony, Solidarity, op. cit.*, 61.

¹⁵⁴ Rorty (R.), *Philosophy and the Mirror of Nature, op. cit.*, p. 377-378.

¹⁵⁵ Rorty (R.), *Contingency, Irony, Solidarity, op. cit.*, p. XV, 60, 189-198. Rorty (R.), *Consequences of Pragmatism, op.cit.*, p. 229.

¹⁵⁶ Fish (S.), *Is There A Text in This Class ?* Harvard University Press, 1980, p. 13-14.

rejette l'idée selon laquelle l'écrit a un sens objectif ; d'après lui, toute signification donnée à l'écrit est liée au passé et à la culture du sujet.

L'individu va se définir dans son appréhension des textes comme un sujet « membre non d'une mais d'innombrables communautés interprétatives opérant par le biais de différents courants de pensée avec plus ou moins de poids et de force »¹⁵⁷. Ces communautés (famille, genre, profession, etc.) vont en réalité créer la manière dont le lecteur comprend le texte.

Tout comme Nietzsche et Foucault, mais contrairement à Derrida, Fish considère que la notion de pouvoir est auréolée d'un principe d'inévitabilité et d'ubiquité. Le lecteur, en réalité, ne va pas agir de manière indépendante et individuelle dans son interprétation mais sa compréhension va être la résultante des compréhensions des communautés auxquelles il appartient¹⁵⁸. Le sujet apparaît ainsi comme une forme de produit culturel. Il n'agit en aucune façon de manière indépendante¹⁵⁹.

Partant du fait que toute lecture d'un texte est dès lors influencée par un ensemble de règles propres à chaque communauté, toute interprétation est légitime et aucune n'est fautive ou meilleure qu'une autre donnée par une communauté différente. Une telle conclusion fait de Fish un auteur qui pour nombre de critiques est considéré comme trop relativiste. À la différence des Crits qui affirment que la libre interprétation va en réalité être manipulée pour servir des idéaux, pour Fish elle n'est que la résultante de l'influence ou de la non-influence involontaire de telle ou telle communauté. D'un point de vue juridique, il ne peut donc y avoir de possibilité de distinguer entre la justice et l'injustice autrement qu'en prenant systématiquement un point de vue politique, favorisant certains effets sur d'autres, certaines communautés sur d'autres¹⁶⁰. Cette indétermination des textes nous redirige une fois encore vers Derrida et ce même si l'indétermination de Fish est d'une certaine manière moins indéterminable que celle de Derrida en ce que le principe de communautés interprétatives vient en quelque sorte rationaliser le droit.

En dehors de cette explication du système, il ne peut y avoir, pour Fish, de programme pragmatiste¹⁶¹. Profondément anti-fondationaliste, il critique non seulement le projet pragmatiste de *Law and Economics* de Richard Posner en tant que programme, mais aussi, notamment, la philosophie de Rorty et ses principes éthiques telles que la solidarité ou la tolérance qui, d'après Rorty, transcendent les cultures du monde et permettent de proposer une trame comportementale. On ne peut, selon Fish, affirmer que les croyances sont une construction sociale et qu'il est impossible d'acquérir une connaissance objective tout en proposant un programme d'action basé sur ces impossibilités :

Cela permet à Fish de déclarer en toute sincérité :

¹⁵⁷ Fish (S.), « Introduction, Going Down the Anti Formalist Road », in *Doing What Comes Naturally*, 1989, p. 30.

¹⁵⁸ Fish (S.), « Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature », no. 60 *Texas Law Review*, 1982, p. 551-559, 562-565.

¹⁵⁹ Fish (S.), « There is No Such Thing as Free Speech and It's a Good Thing Too », *Boston Review* February 1992, p. 3.

¹⁶⁰ Fish (S.), *The Trouble with Principle*, Harvard University Press, 1999, p. 1-15.

¹⁶¹ Fish (S.), « Almost Pragmatism: Richard Posner's Jurisprudence », 57 *University of Chicago Law Review*, 1990, p. 1447-1448, 1455, 1456-1458, 1460-1461, 1464.

*Indeed, if you take the anti-foundationalism of pragmatism seriously... you will see that there is absolutely nothing you can do with it.*¹⁶²

Il est toutefois à noter que si une telle philosophie est dans la droite ligne des penseurs français, les philosophes pragmatistes ont quant à eux (James, Dewey par exemple) toujours cherché à proposer des solutions. Ces dernières sont en effet de l'essence même du Pragmatisme.

CONCLUSION

Il a pu, au fil des lignes, être dégagé un grand nombre de similarités entre la philosophie juridique en France et aux États-Unis d'Amérique, à l'approche de la fin du XX^e siècle. Étant donné que certains domaines de la philosophie juridique furent explorés par les penseurs français avant qu'ils ne le soient par les philosophes américains, il est possible d'affirmer que la pensée américaine a été influencée par la pensée française. Ceci est particulièrement flagrant pour la pensée de Sartre et des premiers philosophes structuralistes français. Même lorsqu'il n'y a pas eu d'influence directe, il y a une frappante convergence de pensée qui suggère qu'il y a eu, soit une influence indirecte de la France sur la pensée des auteurs aux États-Unis d'Amérique, soit une fertilisation réciproque d'idées entre penseurs français et américains.

Ainsi, de nombreuses branches de la pensée postmoderne américaine assimilent la pensée critique de Sartre et de Foucault à la subjectivité et à l'essence. Cette assimilation se retrouve non seulement dans le Critical Legal Studies des années 1960 et 1970, mais aussi dans la pensée des philosophes pragmatistes américains des années 1980 et 1990. Les penseurs du Critical Legal Studies ont adopté l'essence de la notion propre à Foucault de l'assujettissement de l'individu par le pouvoir et la domination. Ce mouvement a également fait sienne l'idée de Foucault suivant laquelle l'application du droit ne peut pas être une science neutre.

En outre, la tentative du Critical Legal Studies d'exposer la nature hiérarchique et d'exploitation du droit est déconstructionniste en soi, ce qui montre l'influence du principal philosophe poststructuraliste français, Jacques Derrida. Ce mouvement a utilisé cette méthode pour remettre en cause les distinctions traditionnelles du libéralisme occidental entre le droit et la politique, droit public et droit privé, et entre les sens interne et externe du texte. La méthode derridienne a également inspiré certains adhérents du CLS de proposer un programme positif tel que représenté par les notions d'une « déconstruction transcendantale » ou la « *philosophy of the limit* ».

La critique du libéralisme de Lyotard, a également eu une influence, notamment sur les philosophes pragmatistes. En effet, la philosophie pragmatiste américaine a été

¹⁶² *Id.* p. 1464.

marquée par Derrida et Lyotard. La critique du « logocentrisme » de Derrida a été adoptée par les pragmatists américains, ainsi que le rejet des grands récits de Lyotard.

Il est cependant intéressant de constater que les philosophes des deux rives de l'Atlantique rejettent toute panacée universelle. Ils se sentent néanmoins obligés de soutenir qu'il y a une forme de justice supérieure, à l'exception de Fish. Les références quasi mystiques de Derrida à la force du droit et au devoir incommensurable de faire justice sans attente de réciprocité, sont similaires au plaidoyer de Rorty selon lequel il y a une obligation de tolérance envers les jeux de langages des autres. Lyotard et Rorty font un plaidoyer similaire allant jusqu'à déclarer que ce principe est un principe universel, ce qui contredit leur propre point de vue qui exclue l'existence de tels principes.

doreii@slu.edu *

* Je souhaiterais remercier plusieurs collègues pour l'aide apportée dans la préparation de cet article. Mes remerciements vont tout d'abord à Joël Monéger, Professeur de droit privé et Directeur de l'Institut de droit économique, fiscal et social de l'Université de Paris-Dauphine, Doyen honoraire de la Faculté de Droit, d'Économie et de Gestion de l'Université d'Orléans, pour les commentaires utiles et avisés qu'il a pu formuler sur une première version de cet article. Je voudrais aussi remercier Catherine Thibierge, Professeur de droit à l'Université d'Orléans pour son soutien et ses encouragements dans l'écriture de cet article. Cet article doit aussi son existence à l'appui de Jacques Leroy, Doyen de la Faculté de Droit, d'Économie et de Gestion de l'Université d'Orléans, qui m'a amicalement permis d'avoir accès à nombre de ressources de la Faculté d'Orléans durant mes six mois de congés sabbatiques passés à l'Université d'Orléans. J'aimerais de même remercier David Pilorge pour son assistance très précieuse en matière aussi bien de traduction que de recherches sur les problématiques et questions substantielles de cet article. Mes remerciements vont enfin à Laurent Tristan et Julie Philippe pour l'aide apportée durant l'élaboration d'une première version de cet article.

Je dois cependant souligner qu'en dépit de l'aide reçue, telle que sus-développée, j'engage seul ma responsabilité pour d'éventuelles erreurs. Il en va de même pour la liberté prise en matière de traduction de plusieurs sources originellement en langue anglaise. Toutes les erreurs de traduction sont de mon fait.