

Françoise Michaut et Frank I. Michelman

LE MOUVEMENT
DES *CRITICAL LEGAL STUDIES*
ENTRE RÉPUBLICANISME ET LIBÉRALISME

de Françoise Michaut

TRACES DE GOUVERNEMENT DE SOI PAR SOI
PRÉFACE À LA SESSION 1985 DE LA COUR SUPRÊME
LA RÉPUBLIQUE DU DROIT

de Frank I. Michelman



Collection Dikè



DIKÈ

Collection dirigée par Josiane Boulad-Ayoub et Bjarne Melkevik



« Le soleil ne transgressera pas son orbe (métra).

Ou alors les Érinyes, aides de la justice, le découvriront »

(Héraclite, Aphorisme 94)

Les Érinyes, déesses de la vengeance, dont Héraclite fait les auxiliaires de la justice, se métamorphosent à la fin de l’Orestie d’Eschyle en bienveillantes Euménides. Fille de Thémis dans la mythologie, DIKÈ, alliée cependant aux nouvelles divinités Athéna et Apollon, s’humanise dans la tragédie, se laïcise, se politise en s’associant aux progrès de la démocratie, du débat juridique et politique, du développement des lois.

DIKÈ n’était pas, à Athènes, la mimésis d’une essence de la justice, elle était à la fois l’idée abstraite du droit et, sous de multiples formes, l’action judiciaire.

La collection « DIKÈ », comme la Pnyx et l’Agora athéniennes, offre un espace public, un lieu de rencontre pour des penseurs venus d’horizons et de disciplines différents, du droit, de la philosophie du droit, de la philosophie politique, de la sociologie, prêts à débattre des questions juridiques urgentes et disposés à une critique aussi polymorphe et diverse que les structures complexes du droit contemporain qu’ils tenteront de mettre à jour. Penseurs persuadés que DIKÈ, élevée à la dignité autonome du concept, est toujours enchaînée au juste et à l’injuste et que, privée de déterminations concrètes, la justice n’est qu’une forme vide. Persuadés aussi que l’ambivalence des structures juridiques invite à procéder à une enquête sur la généalogie des formes historiques du droit.

**Le mouvement
des *Critical Legal Studies* entre
républicanisme et libéralisme**

Livres parus dans la collection DIKĒ

- Bjarne Melkevik, *Droit, mémoire et littérature* (2010).
- Agata C. Amato Mangiameli, *Dans un monde post-national* (2009).
- Patrick Forest (dir.), *Géographie du droit. Épistémologie, développement et perspectives* (2009).
- Gilles Lhuilier, *La loi, roman* (2008).
- Norbert Campagna, *La souveraineté. De ses limites et de ses juges* (2008)
- José Calvo González, *Octroi de sens. Exercices d'interprétation juridique-narratif* (2008).
- Olivier Juanjan et Friedrich Müller, *Avant dire droit. Le texte, la norme et le travail du droit* (2007).
- Pascal Richard, *Le jeu de la différence. Réflexions sur l'épistémologie du droit comparé* (2007).
- Bjarne Melkevik, *Tolérance et modernité juridique* (2006).
- Bjarne Melkevik et Luc Vigneault (dir.), *Droits démocratiques et identités* (2006).
- Pierre Rainville, *Les humeurs du droit pénal au sujet de l'humour et du rire*. Préface de Jean Pradel (2005).
- Bjarne Melkevik, *Considérations juridico-philosophiques* (2005).
- Francisco D'Agostino, *La bioéthique dans la perspective de la philosophie du droit* (2005).
- Stamatios Tzitzis, *La personne. Criminel et victime* (2004).
- Vida Amirmokri, *L'Islam et les droits de l'homme : l'islamisme, le droit international et le modernisme islamique* (2004).
- Norbert Campagna, *Le droit, le politique et la guerre. Deux chapitres sur la doctrine de Carl Schmitt* (2004).
- Carlos Miguel Herrera, *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction* (2004).
- Bjarne Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit* (2004).
- Paulo Ferreira Da Cunha, *Droit et récit* (2003).
- Henri Pallard et Stamatios Tzitzis (dir.), *La mondialisation et la question des droits fondamentaux* (2003).
- Carlos M. Herrera, *Droit et gauche. Pour une identification* (2003).
- Stéphane Bauzon, *Le métier de juriste. Du droit politique selon Michel Villey* (2003).
- Bjarne Melkevik, *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit* (2002).
- Lukas K. Sosoe (dir.), *Diversité humaine. Démocratie, multiculturalisme et citoyenneté* (2002).
- Sergio Cotta, *Pourquoi la violence. Une interprétation philosophique* (2002).
- Stamatios Tzitzis, *La Personne, l'humanisme, le droit* (2001).
- Niklas Luhmann, *La légitimation par la procédure* (2000).
- Paul Dumouchel (dir.), *Comprendre pour agir. Violences, victimes et vengeances* (2000).
- Bjarne Melkevik, *Réflexions sur la philosophie du droit* (2000).
- Pierre Livet (dir.), *L'argumentation. Droit, philosophie et sciences sociales* (2000).

Pour l'achat en ligne: www.pulaval.com

FRANÇOISE MICHAUT et FRANK I. MICHELMAN

**Le mouvement
des *Critical Legal Studies*
entre républicanisme et libéralisme**

de Françoise Michaut

**Traces de gouvernement de soi par soi
Préface à la session 1985 de la Cour Suprême**

La république du droit

de Frank I. Michelman



Presses de
l'Université Laval

Les Presses de l'Université Laval reçoivent chaque année du Conseil des Arts du Canada et de la Société d'aide au développement des entreprises culturelles du Québec une aide financière pour l'ensemble de leur programme de publication.

Nous reconnaissons l'aide financière du gouvernement du Canada par l'entremise de son Programme d'aide au développement de l'industrie de l'édition (PADIÉ) pour nos activités d'édition.

Mise en pages et maquette de couverture : Diane Trottier

ISBN 978-2-7637-8906-4

e-ISBN 9782763709062

© Les Presses de l'Université Laval 2010
Tous droits réservés. Imprimé au Canada
Dépôt légal, 2^e trimestre 2010

Les Presses de l'Université Laval
Pavillon Maurice-Pollack
2305, de l'Université
bureau 3103
Québec (Québec) G1V 0A6
www.pulaval.com

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	1
Chapitre 1 – La critique du libéralisme	13
Le «superlibéralisme» de Roberto Mangabeira Unger	14
Mark Tushnet et sa république inactuelle	18
Duncan Kennedy et la contradiction fondamentale	30
Chapitre 2 – La recherche de la quadrature du cercle	41
Les propositions de Frank I. Michelman	43
Les propositions de Cass R. Sunstein	55
Conclusion	69

Texte 1

Frank I. Michelman « La session 1985 de la Cour Suprême.

Préface: Traces de gouvernement de soi par soi	87
I – Prologue: Règle et raison	88
II – La tradition républicaine	105
1 – L'appropriation contemporaine	105
A) La pensée constitutionnelle américaine	105
B) La théorie politique et sociale	114
a) La liberté et le gouvernement de soi par soi	114
b) Le gouvernement de soi par soi et la citoyenneté	117
c) Une difficulté critique: la finalité («telos») contre l'«altérité»	119
d) La conciliation	123
2 – Une redécouverte: La tradition profonde	129
A) L'humanisme civique	130
a) L'universalité et l'existence	130
b) Le gouvernement de soi par soi, le bien commun et la vertu civique	131
c) L'indépendance et la corruption	135

d) La souveraineté et l'immédiateté: l'Empire du droit.	136
e) La répartition des vertus et l'articulation de la citoyenneté	139
f) La tradition profonde résumée	143
3 – La tradition proche et sa réception américaine	144
A) L'idéologie de l'Opposition	144
B) L'énigme de la représentation	148
a) La cible: la représentation virtuelle.	148
b) Les arguments: représentation virtuelle contre représentation «réelle».	150
c) Le résultat	153
III – Les représentations de la vertu	154
1 – Le gouvernement de soi par soi dans la vision constitutionnelle	154
2 – Les économies de vertu	157
3 – Le peuple, où?	160
4 – L'unité de qui?	168
IV – Résumé et observations finales	177

Texte 2

Frank I. Michelman* «La république du droit»	183
I – Introduction: Le constitutionnalisme républicain.	184
A) <i>Bowers v. Hardwick</i> : l'autorité contre la liberté	184
B) Le constitutionnalisme: le gouvernement de soi par soi comme gouvernement du droit	192
C) Républicanisme et modernité.	197
a) La tradition dialogique.	197
b) La constitution dialogique: républicanisme et production du droit (« <i>jurisgenesis</i> »)	199
c) Le républicanisme moderne et la pluralité libérale	201
II – Le constitutionnalisme face à la science politique pluraliste	203
A) Le pluralisme	203
B) Le pouvoir autolimité, le droit suprême et la genèse du droit	204
C) Le droit suprême pluraliste; «politique» ou «métaphysique»?	206
D) La création de droit républicaine: une politique du droit. .	211

III – L'autoritarisme du peuple	213
A) Les fondateurs et les citoyens: du temps constitutionnel et de l'autorité aliénée	213
a) Les fondateurs	213
b) La question de la constitution dans la durée.	215
c) Les citoyens	217
IV – La citoyenneté à éclipses.	219
V – Vers un constitutionnalisme dialogique	226
A) Le processus républicain et le rôle du juge	226
B) La pluralité: de vice public à vertu publique.	229
C) Le forum dialogique: le droit et la politique, l'État, la société	232
VI – Conclusion: La république du droit.	237

INTRODUCTION

Méfiez-vous des « -ismes » ! avait prévenu Jacques Ellul. Une ballade sur les terres du libéralisme et du républicanisme ne tarde pas à vous remettre cet avertissement en mémoire¹. C'est au point que tel est pour les uns une figure du républicanisme qui pour d'autres le sera du libéralisme. Avec les *Critical Legal Studies*, la situation

-
1. Ellul (Jacques), *La subversion du christianisme*, Paris, Éditions du Seuil, 1984, p. 17-18 :
« ... chaque fois que nous rencontrons cette désinence « -isme », cela désigne un courant idéologique ou doctrinal, parfois dérivé d'une philosophie. Positivismisme, socialisme, républicanisme, spiritualisme, idéalisme, matérialisme, etc. Cela ne désigne pas la philosophie elle-même. Cela peut même être directement contraire à cette philosophie. Par exemple, marxisme ou existentialisme, Marx ou Kierkegaard ont chaque fois tenté d'empêcher que leur pensée ne soit réduite à un mécanisme idéologique. Mais ils n'ont pas pu éviter que leurs successeurs aient figé leur pensée vive en un système (ou plusieurs), et de là on dérive sur l'idéologie. Sartre lui-même accepte l'emploi d'existentialisme, sans réaliser quelle perversion cela implique de ce qu'il dit. En tout cas, à partir du moment où il y a cette mutation de la pensée existentielle à un existentialisme, il y a transformation d'une source vive en un canal d'irrigation plus ou moins bien ordonné, plus ou moins stagnant et s'éloignant au fur et à mesure de sa source pour entrer dans le banal et le reconnu.
La désinence « -isme » consiste à intégrer un neuf dans un ensemble catégoriel bien repéré, et surtout défini. Mais dans le même temps, si l'originalité est éliminée pour être ramenée au lieu commun d'usage, une vie ou une pensée y perd sa radicalité et sa consistance. C'est-à-dire que si l'on entre dans un ensemble défini, c'est aussi un ensemble vague et flou. Le travail de capricorne commence à s'effectuer avec le rongement des galeries dans toutes les directions. À partir de ce point d'origine des dizaines de possibilités exploitables s'ouvrent et vont, de fait, être utilisées. Il apparaît alors une sorte d'ensemble étrange, formé de tendances souvent contradictoires, toutes recouvertes par le isme en question. Enfin dernier avatar de ce noeud de vie ou de pensée qui fut à l'origine (vie et pensée unies en général par le créateur et son groupe immédiat de disciples), cet « -isme » va parfois prendre la forme d'un courant sociologique pratique, d'une certaine forme d'organisation et de mouvement de masse, socialisme, marxisme, royalisme, républicanisme...
À ce moment s'établit une distance encore plus grande entre le roc de la « pensée-vie » première, et les espaces sableux qui vont bientôt l'ensevelir. Il n'y a plus aucune commune mesure entre la pensée de Marx et ce que l'on en a tiré depuis un siècle. Et c'est exactement la même chose chaque fois que l'on fabrique un « -isme » à partir du nom d'un créateur, thomisme, luthéranisme, rousseauisme. Il est assez vraisemblable que cette dérive et cette subversion désignées *chaque fois* sans aucune exception soient assez typiques du monde occidental. Nous n'avons pas à l'examiner ici. »

n'est pas aussi confuse mais elle n'est pas simple pour autant. Qu'est-ce qui relie, par exemple, Duncan Kennedy, Roberto Mangabeira Unger, Mark Tushnet et Frank I. Michelman, sur républicanisme et libéralisme ou sur autre chose ? On a dit des représentants des *Critical Legal Studies* qu'ils étaient de gauche, voire gauchistes. Cela peut servir éventuellement d'excuse pour s'éviter des lectures pas toujours faciles mais cela ne nous renseigne pas beaucoup sur leur théorie du droit. Il n'y a peut-être pas une grande unité dans leurs écrits, en apparence à tout le moins, cependant des théoriciens-administrateurs, le Professeur David Trubek et le Professeur Duncan Kennedy, reconnu comme « le pape » du mouvement, avaient détecté au milieu des années soixante-dix du vingtième siècle l'émergence d'un questionnement commun chez nombre de leurs collègues, qui les avaient incités à vouloir les rassembler dans des conférences annuelles pour confronter leurs travaux².

En fait à y regarder de plus près, on constate des préoccupations identiques, des démarches marquées par un héritage partagé, plus lointain, celui du réalisme juridique américain et sans doute aussi très profondément un héritage des théories sociales venues d'Europe avec leurs auteurs, des maillages qui se font avec l'œuvre d'auteurs quelquefois à la marge, quelquefois extérieurs et qui expliquent, entre autres, la fusion qui s'est produite par la suite entre une part du mouvement des *Critical Legal Studies* et le courant Droit et Littérature, alors que, par ailleurs, la mort du mouvement des *Critical Legal Studies* a pu être déclarée, il y a quelques années déjà³. On pourrait, comme semble l'avoir fait Mark Tushnet pour *CLS*, dire que, dans les deux cas, dès le départ, s'est fait un recentrage de ces continuateurs du réalisme juridique américain sur des questions classiques de théorie du droit et considérer que c'est la conception du droit et le constitutionnalisme qui sont au cœur de la réflexion des membres de *CLS* sur républicanisme et libéralisme⁴.

2. Voir, par exemple, Trubek (David), « Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism », in *Stanford Law Review*, vol. 36, 1984, p. 575-622; Kennedy (Duncan) and Klare (Karl), « A Bibliography of Critical Legal Studies », in *Yale Law Journal*, vol. 94, 1984, p. 461-90, note 1.

3. Pour situer ces différents courants, on peut voir Michaut (Françoise), rubrique États-Unis (Grands courants de la pensée juridique américaine contemporaine), in Alland (Denis) et Rials (Stéphane), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003, p. 661-667 ; id., *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, Paris, L'Harmattan, 2000.

4. Dans un article très intéressant mais très jargonnant, intitulé « Critical Legal Studies: A Political History », Mark Tushnet écrit : « Les thèmes [communs] concernaient des questions d'idéologie d'une manière compatible avec la focalisation traditionnelle sur « droit et société »

Il faut préciser que la réflexion sur le républicanisme n'est pas commune à tous ces auteurs, qu'elle a fait irruption dans l'œuvre de certains d'entre eux à la suite de travaux d'historiens du droit, trois en particulier qui ont remis en évidence le fait que le parler républicain a fait partie de l'époque révolutionnaire américaine et dans une mesure moindre de l'époque d'élaboration de la Constitution. Ces trois auteurs sont, par ordre chronologique d'entrée en scène : Bernard Bailyn, Gordon S. Wood et J.G.A. Pocock, un néo-zélandais installé aux États-Unis dans les années 1960 et qui a dressé une grande fresque de l'histoire politique européenne et américaine autour du paradigme d'un « moment machiavélien ».

À en croire le discours dominant, les Américains des années 1960 lisaient leur histoire dans l'ouvrage de Louis Hartz, *Histoire de la pensée libérale aux États-Unis*, qui présentait une Amérique somme toute naturellement libérale du fait qu'elle n'avait pas connu sur son sol d'aristocratie bien établie contre laquelle il aurait fallu lutter⁵. Cela leur aurait donné à penser que leur constitution était toute entière imprégnée de la pensée de Locke mais ils étaient insatisfaits – tout au moins certains d'entre eux – d'un libéralisme qui représentait l'homme à la recherche de son seul intérêt personnel et ils découvrirent avec grand soulagement les travaux des historiens nouveaux qui leur permettaient de faire de tout aussi nouveaux rêves.

Certains représentants des CLS parmi les plus importants – Duncan Kennedy, Roberto Mangabeira Unger – ne furent pas du voyage. Ils imaginaient de plus radicaux remèdes mais ils étaient trop habitués par l'horreur des totalitarismes du vingtième siècle pour ne pas voir que préconiser les solutions qu'ils avaient à l'esprit aurait été opté pour un mal bien plus grand que celui qu'ils dénonçaient. Néanmoins ils posèrent

à l'École de droit de l'Université du Wisconsin, mais se concentraient sur la doctrine juridique selon des modalités qui semblaient compatibles avec des approches plus courantes dans la recherche juridique » (in *Yale Law Journal*, vol. 100, 1991, p. 1515-1544, à p. 1523). Il est possible d'aller plus loin, comme le font Allan C. Hutchinson et Patrick J. Monaghan pour qui les fondateurs du mouvement rejettent l'approche empirico-behavioriste de Droit et société pour adosser leurs écrits sur des travaux de sociologues de la connaissance. Pour les auteurs de cette étude, la sève du mouvement devait être la philosophie et non la science. [Hutcheson (Allan C.) et Monaghan (Patrick J.), « Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought », in *Stanford Law Review*, vol. 36, 1984, p. 199-245, à p. 200-201]. L'opposition est contestable : CLS s'inspire de toutes les sources de connaissance de son époque et cela dès le départ.

5. Hartz (Louis), *Histoire de la pensée libérale aux États-Unis*, trad. en fr., par Jacques Eymesse, de *The Liberal Thought in America. An Interpretation of American Political Thought since the Revolution*, 1955, Paris, Economica, 1990.

des bases qui servirent à la réflexion ultérieure d'un auteur en particulier, Frank I. Michelman, qui était associé au mouvement et dans une moindre mesure à celle de son compère en républicanisme libéral, Cass R. Sunstein, dont le lien avec CLS est plus ténu mais qui s'en rapproche en faisant un détour par la pensée habermasienne, ce qui donne d'ailleurs une orientation particulière à sa pensée par rapport à celle de Michelman et permet de distinguer deux courants en cours de formation dans la pensée juridique et politique de la fin des années 1980.

Redécouverte de l'influence de la pensée républicaine à l'époque de la formation des États-Unis, il y eut donc un peu plus tôt et d'abord à travers l'œuvre de Bernard Bailyn qui sera le maître de toute une théorie d'historiens du droit de renom – qu'on pense à Jack N. Rakove, par exemple, un représentant des CLS, défenseur d'une histoire critique du droit ou à Gordon S. Wood qui contribuera de façon importante à la remise en mémoire des tours et des détours par lesquels le penser républicain a contribué à façonner les institutions des États-Unis.⁶

Bernard Bailyn indique tout d'abord que la lecture des pamphlets révolutionnaires l'a conforté dans son intuition que la révolution américaine ne portait pas avant tout sur des questions sociales et économiques mais qu'il s'agissait bien plutôt d'un « combat politique, constitutionnel et idéologique »⁷. Morton J. Horwitz, un autre historien représentant des CLS, verra dans cette remarque une critique de l'approche marxiste qu'avait eue Beard de la constitution américaine⁸. On pourrait aussi bien, semble-t-il, établir un parallèle avec la critique des *CLS* vis-à-vis d'études jugées trop empiriques en sociologie du droit et préconisant une approche plus culturelle et idéologique.

Il trouve dans les pamphlets « une influence de la pensée des Lumières », « la force réelle de certaines idées religieuses, de la *common law*, et aussi de la littérature classique ; cependant ils révèlent plus particulièrement l'intégration étroite de ces éléments dans un modèle

-
6. Cf. Rakove (Jack N.), « The Origins of Judicial Review: A Plea for New Contexts », in *Stanford Law Review*, vol. 49, 1997, p. 1031-64 (trad. fr. : « Les origines du contrôle de constitutionnalité : Plaidoyer pour de nouveaux contextes », in *Écrire l'histoire du droit. Réflexions méthodologiques*, textes traduits et introduits par Françoise Michaut, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 175-222, à p. 176 et 178 ; Wood (Gordon S.), *La création de la république américaine, 1776-1787*, trad. par François Delastre de *The Creation of The American Republic, 1776-1787*, 1969, Paris, Belin, 1991, p. 34.
 7. Bailyn (Bernard), *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge, Harvard University Press, 1967, p. vi.
 8. Horwitz (Morton J.), « History and Theory », in *The Yale Law Journal*, vol. 96, 1987, p. 1825-35.

au dessin surprenant», tout du moins à ses yeux, « parce qu'y prédomine une autre tradition encore, tissée avec les autres fils de pensée plus familiers mais qui s'en distingue. » Cette tradition originale trouve sa source dans les « Îles britanniques ». Elle a été étudiée par une de ses collègues américaines, Caroline A. Robbins et par d'autres auteurs mais son influence sur la révolution américaine a été plutôt délaissée. Il s'agit d'un anti-autoritarisme dont témoignent les pamphlets toujours prompts à parler d'« esclavage », de « corruption » et de « conspiration ». Pour Bailyn, c'est cette impression de « conspiration contre la liberté », « nourrie par la corruption » et menaçant l'ensemble de l'univers anglophone qui aurait été le moteur du mouvement révolutionnaire américain⁹.

Bailyn soupèse les autres éléments. Les classiques de l'antiquité ont été étudiés au cours de la formation initiale, ils sont cités mais c'est de la façade (« *window-dressing* »). Ils fournissent tout au plus « un vocabulaire » mais ne forment ni « la logique, ni la grammaire de la pensée » de ceux qui s'expriment. Ils ne constituent pas des croyances. Les écrits des Lumières sont plus influents mais mis à part ceux de Locke leur impact est très relatif. La tradition de la *common law* est bien installée, familière, c'est un acquis solide mais elle ne peut pas suffire à elle seule à faire bouger les choses. La tradition puritaine et ses pactes (« *covenants* ») occupe une place importante comme « autre source majeure d'idées et d'attitudes pour la génération révolutionnaire ». Néanmoins l'impression domine d'une incohérence entre ces différents apports, l'existence de contradictions entre eux est manifeste. La théorie politique radicale, importée d'outre-Atlantique, illustrée à la perfection par l'œuvre d'Harrington, va servir de ciment dans lequel les apports disparates vont venir s'intégrer pour produire quelque chose de véritablement nouveau qui va être ultimement le constitutionnalisme mais Bailyn ne va pas jusque-là. Son étude est centrée sur la révolution américaine et ce qui l'a mise en branle¹⁰.

La question centrale est devenue celle du pouvoir que certains exercent sur d'autres et qui représente une menace pour la liberté, le droit et les droits¹¹. On ne peut en faire l'économie mais il peut devenir corrupteur et corrompu ou être détourné au profit de la grandeur de celui qui le détient¹². Les colons étaient persuadés qu'« en tant que

9. Bailyn (Bernard), *op. cit. supra* note 7, p. vii-ix.

10. *Ibid.*, p. 23-34.

11. *Ibid.*, p. 56-57.

12. *Ibid.*, p. 57.

Britanniques», protégés par la constitution anglaise, «ils partageaient un héritage unique de liberté». Le droit et non des hommes pouvait poser des limites à leur liberté, dans le respect de leurs droits naturels qui étaient ceux de l'homme en général et plus spécifiquement ceux que leur avait reconnu la *common law*¹³.

Gordon S. Wood, en 1969 – date de parution de la version d'origine de *La création de la république américaine* – invite son lecteur à découvrir comment un système nouveau s'est élaboré en lui faisant parcourir le temps qui sépare l'heure de l'indépendance des colonies anglaises d'Amérique de l'adoption de la Constitution et en lui faisant visiter le formidable laboratoire d'expérimentation que constituaient les colonies en train de réviser leurs propres institutions dans un premier temps. Des leçons furent tirées de ce qui s'était passé à l'échelon local pour l'élaboration de la structure centrale.

Il débute avec un constat identique à celui établi par Bernard Bailyn et, semble-t-il, largement influencé par celui-ci : les colons américains étaient attachés à la constitution anglaise et à la *common law* qui l'exprimait. Ils y trouvaient non pas des principes abstraits déduits d'un coup de la nature ou de la raison mais «des droits avérés de la nature humaine» dégagés au fil de l'expérience, des droits qui, à l'épreuve du temps, en étaient venus à représenter des droits universels». Les révolutionnaires américains justifiaient leur résistance en s'appuyant sur ces droits, sur la constitution britannique, une constitution qui avait été jugée par les représentants de la philosophie des Lumières en «concordance avec les lois de la nature».

Toutefois, souligne Wood, les Américains avaient tendance à lire les écrits politiques anglais et la constitution anglaise elle-même au prisme de leurs préoccupations particulières, ce qui donnait à ces sources, une résonance originale. Ainsi, par exemple, les Américains se sentaient plus spécialement en phase avec les idées du courant whig radical «qui exprimaient haut et fort un libéralisme extrême ainsi qu'une méfiance paranoïaque à l'égard du pouvoir»¹⁴. Wood met là encore ses pas dans ceux de Bailyn et parvient à une conclusion parallèle à la sienne :

«En puisant aux sources de l'antiquité et de leur propre passé anglais tels que la tradition radicale whig les leur avait transmis, les colons cherchèrent à élaborer une science de la politique et de l'histoire qui expliquerait la situation de l'Angleterre et celle de leur pays : associée à un mélange

13. *Ibid.*, p. 65-77.

14. Wood (Gordon S.), *op. cit. supra* note 6, p. 43-45.

complexe de notions appartenant au rationalisme des Lumières et à la théologie du contrat de la Nouvelle-Angleterre, une telle explication avait des implications révolutionnaires¹⁵. »

La révolution se fait au nom de la constitution (britannique) et au nom de la liberté qu'il faut préserver face à un pouvoir corrompu¹⁶. Elle débouche sur des républiques, sur le républicanisme, une conception de l'exercice du gouvernement qui n'était pas étrangère aux Américains de l'époque. Elle avait été théorisée peu de temps auparavant par des auteurs anglais qui l'avaient accommodée aux circonstances d'alors et qui avaient suscité davantage d'intérêt du côté des colonies américaines. Cependant c'est l'antiquité classique que les regards et l'imagination des nouveaux acteurs vont choisir comme source d'inspiration. Là encore la lecture se fera souvent avec au cœur la loyauté envers des manières de penser plus proches dans le temps et l'espace¹⁷.

La liberté est entendue avant tout comme liberté de se gouverner soi-même ce qui vaut pour la société toute entière comme pour l'individu (qui doit pouvoir suivre sa conscience) mais la liberté se résume à pouvoir poursuivre le bien public¹⁸. Les gouvernants étaient la « créature du peuple »¹⁹. Il fut bientôt admis que les différentes branches du gouvernement – législatif, exécutif, judiciaire – devaient être séparées. De ce principe furent données différentes lectures au nombre desquelles celle de la séparation stricte quitte à en faire une simple formule sans concrétisation et celle qui confond la séparation des pouvoirs avec le gouvernement mixte c'est-à-dire avec le partage du pouvoir législatif entre le représentant du principe monarchique, l'aristocratie et le peuple. Il fut aussi entendu comme interdisant le cumul des fonctions par un seul homme : « Et personne n'exercera plus d'un pouvoir à la fois », précisait la Constitution de Virginie de 1776. Pour Wood, l'histoire enseignerait surtout que les Américains avaient en mémoire les pratiques des gouverneurs d'antan qui tentaient de manipuler les représentants du peuple et que la volonté des Américains en 1776 était de mettre le législatif à l'abri de telles pratiques de la part de l'exécutif. Il fallut encore attendre pour que la lecture s'affine et qu'en particulier, l'indépendance du judiciaire, aussi vis-à-vis du législatif, fût garantie²⁰.

15. *Ibid.*, p. 51.

16. *Ibid.*, p. 77.

17. *Ibid.*, p. 85-86.

18. *Ibid.*, p. 58 ; 89-108.

19. *Ibid.*, p. 51.

20. *Ibid.*, p. 188-99.

Si les solutions adoptées en matière de représentation variaient beaucoup et firent couler beaucoup d'encre au cours de la période intermédiaire, « l'idéal d'une assemblée indépendante et délibérative, au service de l'intérêt général de l'État tout entier, n'allait pas s'éteindre »²¹. Néanmoins, dans les années 1780, les Américains reconnurent de plus en plus l'existence d'intérêts divergents au sein de leurs sociétés, ce qui remettait en cause un des présupposés du républicanisme²².

Une notion s'était fermement ancrée dans les consciences américaines, celle de la nécessité d'« une constitution comme loi écrite supérieure au gouvernement entier, à l'aune de laquelle toute autre loi doit être mesurée »²³. Elle s'accompagne de l'idée d'un contrat passé entre les gouvernants et le peuple qui seul est souverain²⁴. Hamilton pouvait ainsi écrire dans le *Fédéraliste* N° 78 :

« Le contrôle de constitutionnalité par le juge ne

« suppose en aucune façon la supériorité du pouvoir judiciaire sur le pouvoir législatif. Elle suppose seulement que le pouvoir du peuple est supérieur à l'un et à l'autre ; et que là où la volonté de l'assemblée déclarée par ses lois, s'oppose à celle du peuple, déclarée dans la Constitution, les juges [...] doivent régler leurs décisions sur les lois fondamentales plutôt que sur celles qui ne le sont pas²⁵. »

Les antifédéralistes ne pouvaient pas croire en la possibilité de constituer une république unique à partir de l'ensemble des colonies : le territoire était immense, les hommes qui l'habitaient avaient des mœurs, des habitudes et des lois différentes, ce qui rendait le projet irréaliste²⁶.

Les fédéralistes admettaient qu'il ne fallait pas trop compter sur la vertu publique et sur le culte du bien public pour garantir le bon fonctionnement du gouvernement mais ils préconisaient de construire, au contraire, un système qui pourrait bien fonctionner en s'accommodant du fait que les individus soient surtout préoccupés de leur intérêt et de leur liberté personnels. La liberté ne pouvait exister que si l'on protégeait l'individu et les minorités contre les majorités²⁷.

21. *Ibid.*, p. 236.

22. *Ibid.*, p. 263-66.

23. *Ibid.*, p. 308.

24. *Ibid.*, p. 318-40. Sur la souveraineté du peuple, voir p. 611 : « Placer la souveraineté dans le peuple en faisant de lui « la source de tout pouvoir », apparaissait comme la clé de tout le système. »

25. *Ibid.*, p. 532-33.

26. *Ibid.*, p. 574.

27. *Ibid.*, p. 699-702.

Claude Lefort, dans son introduction à l'édition française, avait résumé la situation dans des termes très contemporains et très français peut-être, qui peuvent mieux se comprendre maintenant :

« La république américaine me paraît bien avoir cherché à mettre en place, avec une vigueur inégalée, un ensemble d'institutions régi par le principe que le pouvoir ne doit s'actualiser nulle part, que personne, aucun groupe ne peut feindre d'en occuper le lieu et vouloir s'approprier son exercice²⁸. »

Le Moment Machiavélien de J. G. A. Pocock, dont l'original a été publié en 1975, fournit un complément utile à l'ouvrage de Gordon S. Wood. Pocock, comme Wood, souligne l'importance de l'influence de la pensée de Harrington, l'influence de l'*Oceana* de Harrington, dans les colonies anglaises d'Amérique²⁹.

Pocock insiste sur le fait que l'Américain est libre du fait qu'il a la libre disposition de sa terre et de ses armes³⁰. Ceci en fait un citoyen plus vertueux ou tout au moins plus exigeant que Wood ne l'imagine quand il le décrit abandonnant bien vite le républicanisme en faveur du libéralisme, c'est-à-dire la participation active à la vie publique au profit de la poursuite de ses intérêts personnels accompagnée d'une intervention à éclipses dans la vie publique pour les y défendre³¹. Pour Pocock, les notions de vertu et de corruption sont demeurées des composantes bien plus vivantes dans la société politique américaine. Il rappelle le deuxième amendement à la Constitution. Celui-ci stipule dans son alinéa premier : « Une milice bien organisée étant nécessaire à la sécurité d'un État libre, le droit qu'a le peuple de détenir et de porter des armes ne sera pas transgressé³². » Pocock constate l'attachement qui demeure à ce jour envers ce principe. La signification de cet attachement doit être mises en relation avec la liberté et le rapport à l'État qu'ils symbolisent, si l'on veut essayer de comprendre cette société et ses penseurs.

Pocock fait un autre rapprochement avec aujourd'hui :

« Les Américains ont donc hérité de structures rhétoriques et conceptuelles qui garantissaient que la « vénalité des officiers publics, la montée d'un complexe militaro-industriel dans le gouvernement, l'orientation vers

28. *Ibid.*, p. 27.

29. Pocock (J.G.A.), *Le moment machiavélien*, trad. en fr. par Luc Borot de *The Machiavellian Moment. Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, 1975, Paris, P.U.F., Leviathan, 1997, p. 385.

30. *Ibid.*, p. 387.

31. *Ibid.*, p. 538.

32. *Ibid.*, p. 543.

autrui des individus et leur uni-dimensionalité, pouvaient toutes être identifiées en des termes situés dans la continuité de ceux qu'utilisaient l'analyse classique de la corruption, les dénonciations successives par les humanistes civiques de César et Lorenzo de Médicis, de Marlborough, Walpole et Hamilton. Ce langage reste à bien des égards bien adapté aux desseins pour lesquels il est employé ; l'attaque contre l'hypertrophie moderne de la politique madisonienne d'ajustement peut être dite, et est effectivement dite, dans les termes du paradigme guichardinien de la corruption ; mais l'historien relève que ce langage sert à la fois à perpétuer la persistance singulière des valeurs et de présupposés de la période moderne dans la culture américaine. Alors que le culte de l'Antiquité spartiate et romaine chez les révolutionnaires français contribuait à engendrer la vision d'un despotisme de la vertu par la terreur, alors que l'idéalisme allemand reformulait la querelle entre la valeur et l'histoire dans une vision de la raison résolvant toutes les contradictions de l'histoire dans le moi, et alors que les Britanniques développaient une idéologie de la réforme administrative qui prétendait – à la face du triomphe universel de Burke jouant en contrepoint – réduire l'histoire en une science, les conditions uniques de la république continentale et de sa croissance perpétuaient la tension entre la vertu et le commerce, la tension puritaine entre l'élection et l'apostasie, la tension machiavélienne entre vertu et expansion, et en général la tension humaniste entre la vie civique active et le continuum temporel séculier dans lequel elle doit être vécue³³. »

Les critiques de l'enthousiasme qu'ont suscité ces écrits soulignent leur impact indéniable mais estiment, contrairement à Pocock semble-t-il, qu'ils sont en décalage par rapport aux attentes et aux manières de penser dominantes dans les États-Unis d'aujourd'hui. Ainsi Richard A Fallon, Jr. commence par faire remarquer qu'au train où vont les choses le jour paraît presque arrivé où tout étudiant en droit constitutionnel aura potassé frénétiquement son exemplaire du grand ouvrage de Pocock, *Le Moment Machiavélien*³⁴. Il poursuit en attirant l'attention sur le fait que derrière le langage et le mode de discours du républicanisme classique dont parle Pocock existait « un réseau de présupposés... sur la nature humaine, sur le bien pour l'individu et pour la société et sur la façon de le découvrir » qui n'avaient pas de chance d'être monnaie courante chez les Américains d'aujourd'hui ou de les séduire³⁵.

Forrest McDonald, quant à lui, s'oppose à Bailyn et à Pocock, au motif qu'ils auraient négligé l'influence des penseurs républicains

33. *Ibid.*, p. 566-67 (sans les notes).

34. Fallon (Richard H., Jr.) « What is Republicanism and Is It Worth Reviving? », in *Harvard Law Review*, vol. 102, 1989, p. 1695-1735, à p. 1695.

35. *Ibid.*, p. 1697-98.

écossais et, dans leur souci de minimiser la place de John Locke, sous-estimé l'importance des théories du droit et des droits naturels. Il leur reproche encore, entre autres, d'avoir fait l'impasse sur la « réalité » politique, économique et sociale³⁶.

À la même époque, Robert N. Bellah et quatre de ses collègues entreprennent une étude de terrain sur l'individualisme américain. Ils constatent que

« la liberté est peut-être la valeur américaine la plus profondément ancrée et la plus explicite. D'une certaine manière, elle définit ce qu'est le bien à la fois dans la vie personnelle et dans la vie politique. Néanmoins la liberté s'avère signifier d'être laissé tranquille par les autres, que les valeurs, les idées ou les styles de vie choisis par d'autres ne vous soient pas imposés, que vous ne soyez pas confrontés dans votre vie de travail, de famille ou dans la vie politique, à une autorité arbitraire³⁷. »

Cette soif de liberté a plusieurs origines :

« Il y a un individualisme biblique et un individualisme civique, de même qu'un individualisme utilitaire et un individualisme d'expression. Quelles que soient les différences entre les traditions et les différences qui en découlent quant aux façons de concevoir l'individualisme, elles ont en commun certaines choses qui sont fondamentales pour l'identité américaine. Nous croyons en la dignité, en vérité au caractère sacré, de l'individu. Tout ce qui violerait notre droit de penser par nous-même, de juger par nous-même, de prendre nos propres décisions et de vivre nos vies comme nous jugeons qu'il est bon de le faire, serait non seulement moralement condamnable, ce serait un sacrilège³⁸. »

La précision n'était pas inutile au regard de la version nouvelle du républicanisme qui a été défendue dans le cadre de la doctrine constitutionnelle et qui va être exposée ici. Elle n'est pas inutile non plus globalement pour comprendre ce qu'ont dit et ce que n'ont pas dit les représentants du mouvement des *CLS*.

Critique du pouvoir certes mais reconnaissance de la valeur inestimable de la liberté que menacent tous les totalitarismes et tous les embrigadements pour la bonne cause. La déconstruction derridienne

36. McDonald (Forrest), *Novum Ordo Seclorum. The Intellectual Origins of the Constitution*, Lawrence, Kansas, University Press of Kansas, 1985, p. viii.

37. Bellah (Robert N.), Madsen (Richard), Sullivan (William M.), Swidler (Ann), Tipton (Steven M.), *Habits of the Heart. Individualism and Commitment in American Life*, Berkeley, University of California Press, 1985, repr. New York, Harper and Row Publishers, 1986, p. 23.

38. *Ibid.*, p. 142.

sera aussi, pour certains de ces auteurs, un outil de libération de la pensée. Cependant c'est une autre histoire qu'il faudra raconter ailleurs.

L'article le plus étonnant dans le domaine du renouveau républicain qui doit être cité ici est celui de Suzanne Sherry. Il se situe dans une démarche féministe et présente un paradigme – même si Mme Sherry n'aime pas ce mot – qui a de quoi surprendre, même après les explications qu'en fournit son auteur. Elle associe en effet d'une part souci de l'intime et de la relation, penchant pour le concret et sentiment de responsabilité avec les femmes et le républicanisme et d'autre part désir d'autonomie et de séparation, goût pour l'abstraction et pour la pensée en termes de droits avec les hommes, la pensée politique moderne et le libéralisme. Même si elle admet elle-même que le clivage hommes/femmes en ces domaines doit être relativisé et même peut ne pas être pertinent dans certains cas, le rapport du républicanisme au concret et du libéralisme à l'abstrait, le républicanisme comme religion féminine ne sont pas évidents même après la démonstration apportée³⁹. Et cela vaut même si l'on admet qu'il existe différentes manières de définir le républicanisme et le libéralisme⁴⁰.

Pour traiter des *Critical Legal Studies* entre républicanisme et libéralisme, il faut s'arrêter sur la pensée de quelques représentants de ce mouvement et voir ce qui les a inspirés plus particulièrement. Puis on découvre, assez tard par rapport aux premiers représentants des *CLS*, un « républicanisme libéral » selon l'expression propre à un auteur peut-être encore dans *CLS*⁴¹. On est, pour terminer, amené à jeter un coup d'œil au-delà, à la fois chez les juristes et chez les politologues américains qui continuent dans la même voie même s'ils viennent d'horizons différents. On tombe, en ultime fin, sur une controverse qui s'est instaurée par-dessus l'Atlantique et qui permet de considérer que la boucle se referme. Il y eut une influence de la philosophie européenne sur *CLS* au départ, il y a un mouvement en retour : des échanges fructueux – multiples, en fait, qu'on pense aux sources sociologiques auxquels puise Robert M. Cover dont l'influence de l'œuvre ne sera pas absente des travaux ici étudiés, même si lui-même n'est pas représentant des *CLS* – se sont produits entre les deux rives de l'Atlantique, contribuant à un enrichissement mutuel de la pensée confrontée à des situations en certains points comparables.

39. Sherry (Suzanna), « Civic Virtue and the Feminine Voice in Constitutional Adjudication », in *Virginia Law Review*, vol. 72, 1986, p. 543-616.

40. Sur les différentes conceptions du républicanisme, voir Kloppenberg (James T.), « Republicanism in American History and Historiography », in *La Revue Tocqueville/The Tocqueville Review*, vol. XIII, 1992, p. 119-36.

41. L'expression « républicanisme libéral » se trouve sous la plume de Cass R. Sunstein.

CHAPITRE 1

La critique du libéralisme

Les représentants des *Critical Legal Studies* partent en guerre contre le libéralisme, contre le capitalisme, contre le juridisme libéral (« *liberal legalism* ») et cherchent une solution du côté du républicanisme, pour certains d'entre eux au moins. Qu'est-ce à dire ?

Phillip E. Johnson, dans un article remarquable dont le titre « Do you Sincerely Want To Be Radical? », qui s'adresse aux représentants des *CLS* est déjà tout un programme et annonce la couleur, souligne l'inscription, dont son nom même témoigne, du mouvement dans le sillage de la « Théorie critique » des auteurs de l'École de Francfort, de Max Horkheimer, Jürgen Habermas et Herbert Marcuse, dont il relève qu'ils se sont eux-mêmes inspirés de Hegel, Marx et Freud et des existentialistes pour « mettre en lumière les facteurs d'oppression déguisés et les contradictions de la société « capitaliste », leur but étant que l'humanité soit libérée de l'oppression¹.

Pour sa part, Duncan Kennedy, au début de son article « The Structure of Blackstone's Commentaries », indique ses sources intérieures et extérieures à *CLS* : Roberto Mangabeira Unger et Peter Gabel pour les premières, G. Hegel, K. Marx, G. Lukacs, les psychologues G. Kohler et J. Piaget, C. Lévi-Strauss, K. Mannheim et H. Marcuse pour les secondes².

Ces informations sont essentielles : elles donnent la tonalité du mouvement, on pourrait dire la tonalité de la théorie « juridique » – par opposition à strictement sociologique ou à économique – du droit de l'époque, continuatrice du réalisme américain car on trouve un certain nombre de ces références – je pense à Kohler, Piaget et Mannheim – chez des membres du courant Droit et littérature ou proches de lui – Robert M. Cover en étant sans doute le meilleur exemple³.

-
1. Johnson (Phillip E.), « Do You Sincerely Want To Be Radical? », in *Stanford Law Review*, vol. 36, 1984, p. 247-291.
 2. Kennedy (Duncan), « The Structure of Blackstone's Commentaries », in *Buffalo Law Review*, 1979, p. 205-382, à p. 210 note 2.
 3. Voir, Cover (Robert M.), « The 1982 Supreme Court Term. Foreword: *Nomos* and Narrative », in *Harvard Law Review*, vol. 97, 1983, p. 4-68 (trad. fr. : in *Le droit dans tous*

Il va être question de psychologie, de rapport au pouvoir et, j'anticipe un peu du rapport de moi (du « *self* ») à l'autre qui reste la manière de penser le politique aux États-Unis jusqu'à ce jour et qui se retrouve ailleurs.

Pour comprendre ce radicalisme et ses limites, il n'est peut-être pas inutile de dresser le décor social dans lequel se développe cette réflexion contestatrice. On est dans l'ère de Mai 68. La croissance économique est au rendez-vous, le mouvement des droits civiques a mis en évidence des carences, la guerre du Vietnam a assombri l'atmosphère, les hommes s'acharnent au travail, les femmes au foyer encore nombreuses s'ennuient ou se lancent dans le féminisme ou l'action civique, la société va découvrir qu'elle est multiple. On dénonce « le complexe militaro-industriel » et le pouvoir des grandes entreprises, « *small is beautiful* » mais l'empire soviétique en phase d'effondrement et la Chine soumise à une discipline de fer fourniraient s'il en était besoin la preuve de ce qu'il faut à tout prix éviter. Une narration pessimiste est venue remplacer la narration optimiste encore à l'ordre du jour il y a peu⁴. L'heure est au doute, à l'insatisfaction et à la quête utopique.

Trois figures permettent d'éclairer le rêve républicain des *CLS*: Roberto Mangabeira Unger, Mark Tushnet et Duncan Kennedy.

LE « SUPERLIBÉRALISME » DE ROBERTO MANGABEIRA UNGER

Roberto Mangabeira Unger, un auteur difficile, à la pensée relativement fluctuante, semble-t-il, et qui est un représentant important des *CLS*, situe parfaitement les enjeux. D'une part, l'individu moderne s'est libéré des appartenances sociales dans lesquelles il disparaissait mais qui aussi le tenaient au chaud. Il prend conscience qu'il a besoin de l'autre pour exister, qu'il est lui-même, à la fois original, unique et construit par l'histoire. Il va tendre à rebâtir des liens sociaux, des sociétés et des communautés, « *Gesellschaften* » et « *Gemeinschaften* », pourrait-on dire et le problème de la préservation de la liberté de chacun va se poser :

ses états à travers l'œuvre de Robert M. Cover, textes traduits et introduits par Françoise Michaut, L'Harmattan, 2001, p. 69-149 [article ci-après désigné par « *Nomos and Narrative* »].

4. L'historien Robert W. Gordon parle du « remplacement... des lignes narratives optimistes par les plus pessimistes qui soient disponibles dans notre culture juridique » à propos de l'ouvrage de Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law 1780-1760*, 1977, un autre représentant de *CLS*. [Gordon (Robert W.), « Critical Legal Histories », in *Stanford Law Review*, vol. 36, 1984, p. 57-125, p. 96 (trad. fr., in *Écrire l'histoire du droit. Réflexions, méthodologiques*, textes traduits et introduits par Françoise Michaut, Paris, L'Harmattan, 2005).

« ... la recherche de la communauté est l'enfant plutôt que l'opposé de la quête d'autonomie personnelle... Pour toutes ces sociétés [de la modernité], le problème politique ultime est le sens dans lequel et l'étendue dans laquelle la liberté individuelle peut être conciliée avec la cohésion communautaire⁵. » Cette constatation d'Unger est au cœur de tout un pan de la réflexion contemporaine aux États-Unis et en Europe et, pour ce qui nous intéresse plus particulièrement dans l'im-médiat, on la retrouve aussi bien dans les *Critical Legal Studies* que dans le courant Droit et littérature.

D'autre part, Unger s'inquiète de toutes les formes de pouvoir et il dénonce le pouvoir lié à l'activité économique qui se déroule sous ses yeux mais il imagine une solution qu'il qualifie de superlibérale... qui consisterait à remettre à ce qu'il faut bien appeler l'État le soin de distribuer les moyens de déployer une activité économique⁶. Il envisage une nouvelle forme de pouvoir politique qui parcellisant et renouvelant sans cesse les instances de gouvernement devrait permettre d'échapper à toute domination. Ce « superlibéralisme » peut évoquer aux yeux du lecteur le spectre du totalitarisme et de tout ce qui l'accompagne. Unger a sans doute eu une vision précise de ce qui apparaît comme un « *whirlpool* », une espèce de tourbillon, qu'il qualifie de spirale et qui conduirait à une domination toujours amoindrie. Les indications qu'il donne n'offrent pas la possibilité de s'en faire une idée claire et satisfaisante.

Il veut tout d'abord, à ce qu'il affirme, faire disparaître les distinctions sociales et les rapports hiérarchiques :

« Le but qui guide et unifie la pratique de révolution culturelle que j'ai en tête est de reconstruire toutes les relations personnelles directes – telles que celles entre supérieurs et subordonnés ou entre hommes et femmes – en les émancipant de l'arrière-plan de distinction et de hiérarchie sociales⁷. »

Il a conscience, cependant, que ce n'est qu'un souhait et il se tourne vers l'espoir d'une réforme des institutions ; c'est alors qu'il parle de « superlibéralisme », à propos de son programme, refusant d'y voir « une variante de la république antilibérale, mythique » et il justifie son propos ainsi :

-
5. Unger (Roberto Mangabeira), *Law in Modern Society. Towards a Criticism of Social Theory*, New York and London, The Free Press, 1976, p. 235 et 236.
 6. *Id.*, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Massachusetts and London, England, Harvard University Press, 1983, 1986, p. 35.
 7. *Ibid.*, p. 26.

« Il [son programme] conduit les prémisses libérales à propos de l'État et de la société, à propos de l'absence de dépendance et de gouvernement des relations sociales par la volonté, à un point où elles se fondent dans une ambition plus grande : l'élaboration d'un monde social moins étranger à un moi qui peut toujours violer les règles génératives de ses propres construits mentaux et sociaux et mettre d'autres règles et d'autres construits à leur place⁸. »

Sur la façon de le réaliser, c'est davantage le flou. Unger avance prudemment :

« De l'idée d'un État qui ne soit pas l'otage d'une faction, qui existerait dans une société libérée d'un ordre déterminé et rigide fait de distinctions et de hiérarchies, nous pourrions passer à la conception d'une structure institutionnelle, qui s'auto-réviserait, qui fournirait constamment des occasions d'abolir toute structure établie de pouvoir ou de coordination de la vie sociale. La structure qui émergerait ainsi serait détruite avant d'avoir eu la possibilité de se mettre à l'abri des risques nés des conflits ordinaires⁹. »

Il donne malgré tout quelques indications plus concrètes : il imagine quatre catégories de droits : des droits-immunités : établissant pour l'individu un droit quasi-absolu à la sécurité contre l'État, les autres organisations et les autres individus (droit d'association, de participation, de retrait, d'expression, droit à la protection sociale) ; des droits de déstabilisation (face aux institutions établies) ; des droits de participation dans le marché économique (droit étroitement réglementé à une parcelle du capital social) ; droits de solidarité : fondés sur la dépendance mutuelle et la vulnérabilité commune)¹⁰.

Unger serait-il un doux rêveur ? Arthur A. Leff, dans le compte rendu qu'il donne d'un ouvrage important d'Unger, *Knowledge and Politics* de 1975, jouant sur le registre théologique qui apparaît souvent dans l'œuvre d'Unger, endosse la livrée du diable pour lui reprocher de confondre *Sein* et *Sollen*, ce qu'il prétend être la nature humaine et ce qu'il prétend devoir être. La nature humaine n'est pas un critère du bien et du mal¹¹. Il est aisé d'en convenir.

Cette œuvre nous intéresse ici par ce qu'elle nous dit de la perception du lien social et du lien politique et du type de république susceptible d'être imaginé : ce ne peut pas être fondamentalement un

8. *Ibid.*, p. 41.

9. *Ibid.*, p. 30-31.

10. *Ibid.*, p. 39.

11. Leff (Arthur Allen), Book Review, « Memorandum », in *Stanford Law Review*, vol. 29, 1977, p. 879-889.

projet anti-libéral même s'il dénonce une certaine conception étroite du libéralisme et même si les propositions faites peuvent apparaître peu judicieuses, du point de vue pratique, pour garantir effectivement la liberté.

Pour Unger, le pouvoir politique n'apparaîtra légitime au regard des membres d'une société que s'il est conçu comme représentant un ordre naturel et non des choix arbitraires :

« À moins que les gens n'éprouvent à nouveau le sentiment que les pratiques de la société représentent une sorte d'ordre naturel et non un ensemble de choix arbitraires, il leur est impossible d'échapper au dilemme du pouvoir non justifié¹². »

Cette remarque est à rapprocher de ce qu'il écrivait plus avant :

« Une compréhension adéquate d'un système juridique doit rendre compte de la façon dont la règle de droit est enracinée dans une forme particulière de vie sociale. Elle doit montrer comment la nature d'une société à la fois conduit les hommes à poursuivre cet idéal et les empêche de le réaliser pleinement. Seulement ainsi peut-elle échapper aux erreurs d'une approche idéaliste ou comportementale (behavioriste) de l'ordre juridique¹³. »

L'approche comportementale, c'est celle qui va éventuellement accepter qu'on est en présence de choix arbitraires. On retrouve la critique de la théorie en même temps que la critique du libéralisme compris comme foire d'empoigne entre intérêts rivaux.

Unger a critiqué l'objectivisme et le formalisme juridique qui prétend à la neutralité et à la détermination de la décision judiciaire par la règle de droit. Il a également proposé une solution qui consiste à élargir le champ de la doctrine : le résultat est effectivement déterminé lorsqu'on prend en compte l'arrière-plan culturel dans lequel se situe la décision.

Ainsi suggère-t-il que

« la doctrine dans son style révisé s'engage à intégrer dans l'argument doctrinal standard la controverse explicite sur la structure juste et envisageable de la société, sur ce que devraient être les relations entre les personnes dans les différents domaines de l'activité sociale »

et constate-t-il immédiatement ce qui rend le droit nord-américain assez prévisible et intelligible aujourd'hui (même si l'hypothèse de modifications suscitées par la réflexion sur des conflits ne peut être exclue de façon absolue) :

12. Unger (R. M.), *op. cit. supra* note 5, p. 240.

13. *Ibid.*, p. 57.

« Dans les pays riches de l'Atlantique Nord aujourd'hui la façon d'imaginer comment les personnes peuvent vivre en commun fait appel à un idéal particulier de démocratie pour l'État et la citoyenneté, à la représentation d'une communauté privée dans le domaine de la famille et de l'amitié et à un mélange de contrat et de hiérarchie technique impersonnelle dans la sphère courante du travail et des échanges. Cette conception sociale aide à rendre l'ensemble du droit intelligible et justifiable. Elle permet avant tout de résoudre ce qui serait sinon une indétermination incorrigible du droit. Tout comme les ambiguïtés des règles et des précédents exigent le recours à des finalités supposées ou à des politiques et des principes sous-jacents, les ambiguïtés de ces politiques et de ces principes ne peuvent être évitées qu'en faisant appel à un schéma d'association du type qui vient d'être décrit. Cependant les tensions à l'intérieur du droit esquissent des schémas alternatifs d'association humaine. Les conflits circonscrits au sein de la doctrine juridique menacent encore et toujours de s'étendre et de se transformer en affrontements sur la représentation de la structure de base de l'existence sociale¹⁴. »

Unger nous fait découvrir là la place que viendrait occuper la théorie républicaine du droit dont certains représentants des *CLS* et en tout premier lieu Mark Tushnet vont rêver.

MARK TUSHNET ET SA RÉPUBLIQUE INACTUELLE

Mark Tushnet est un constitutionnaliste et cela explique en partie son rêve. Dans son ouvrage *Red, White, and Blue*, qu'il sous-titre « A Critical Analysis of Constitutional Law », Tushnet reprend, en les amendant, des textes qu'il a publiés entre 1980 et 1986¹⁵. Le plus intéressant parmi eux, pour l'objet de la présente étude, est « Antiformalism in Recent Constitutional Theory », sorti en 1985¹⁶. Il conclura en 1988 sur une pirouette : il n'y a que la critique qui vaille, ni la tradition libérale, ni la tradition républicaine qu'il a repérées, n'offre de solution satisfaisante, pour ici et maintenant en tout cas¹⁷. Avant d'en arriver là, il avait fait la critique de la tradition libérale et envisagé, avec sympathie, la tradition républicaine.

Tushnet affirme qu'il se veut avant tout descriptif, bien qu'il parle de « faillite de la théorie politique libérale en droit constitutionnel » et

14. *Id.*, *op. cit. supra* note 5, p. 17.

15. Tushnet (Mark), *Red, White, and Blue*, Cambridge, Mass., and London, England, Harvard University Press, 1988 [ouvrage ci-après désigné par *Red, White, and Blue*].

16. *Id.*, « Antiformalism in Recent Constitutional Theory », in *Michigan Law Review*, vol. 83, 1985, p. 1502-1544 [article ci-après désigné par « Antiformalism »].

17. *Red, White and Blue*, p. 318.

qu'il lorgne vers de nouveaux horizons¹⁸. En fait, il manifeste quelque attirance par le républicanisme mais il constate que le modèle n'est pas transposable tel quel. Il n'est pas sans défaut, d'une part¹⁹. Il ne correspond pas aux caractéristiques de la société américaine que Tushnet a sous les yeux, d'autre part²⁰.

Il n'est pas facile de synthétiser la pensée de Tushnet concernant le libéralisme. Les morceaux mettent du temps à se raccorder, si tant est qu'il le font.

Tushnet fait remarquer que les libéraux se sont réjouis de la jurisprudence de la Cour Warren, une cour qui était très audacieuse dans ses décisions et que lorsqu'une Cour conservatrice, qui avait une conception beaucoup plus restrictive du rôle du juge s'est mise en place, ils se sont émus²¹. La multiplication des théories de l'interprétation constitutionnelle depuis un certain nombre d'années est, aux yeux de Tushnet, la preuve que les libéraux cherchent désespérément une réponse à la « difficulté contre-majoritaire » qu'est sensé poser le contrôle de constitutionnalité par les juges²². Cette difficulté semble être davantage *son* problème que *leur* problème.

Qu'il y ait des insatisfaits par les théories libérales et par le libéralisme en général est patent et n'a pas à surprendre mais l'intérêt pour les théories de l'interprétation constitutionnelle ne naît pas d'une insatisfaction par rapport à un contrôle de constitutionnalité qui produirait uniquement des décisions libérales. Il résulte d'une division de la société sur les problèmes qui sont soumis à la Cour Suprême. Les décisions de celle-ci contrarient tantôt les conservateurs, tantôt les libéraux, tantôt la gauche radicale. Les tensions peuvent apparaître inéluctables dès lors qu'il n'y a pas consensus au sein de la société. La pensée unique qui le garantirait ne ferait pas forcément figure d'idéal à couvrir! Tushnet passe en fait d'une conception du libéralisme à une autre. Les libéraux qui approuvent la jurisprudence de la Cour Warren se félicitent de résultats qui vont dans le sens d'une liberté plus grande reconnue à l'individu.

18. *Ibid.*, p. vii-viii, 4, p. 191 et suiv.; « Antiformalism », p. 1544.

19. *Red, White and Blue*, p. 317-318:

« La tradition républicaine met l'accent sur les expériences d'amour et de relation que le libéralisme place au second plan; elle relègue au second plan les expériences de menace, de colère et d'autonomie que la tradition libérale met en avant... L'expérience humaine est faite de lien et d'autonomie, d'amour et de haine, de tolérance vis-à-vis des autres et de colère contre leurs différences par rapport à un « nous » toujours changeant. »

20. « Antiformalism », p. 1508.

21. *Red, White and Blue*, Préface, p. vii.

22. « Antiformalism », p. 1502.

Le libéralisme dans la perspective duquel Tushnet inscrit sa réflexion est un agencement institutionnel supposé le mieux à même de garantir la liberté individuelle. Dans le premier cas, on est au niveau de la philosophie, dans le second au niveau de la science politique.

L'expression « difficulté contre-majoritaire » est apparue sous la plume d'un constitutionnaliste Alexander Bickel et la notion a fait les délices, entre autres, d'un juge et auteur conservateur, Robert H. Bork qui plaidait en faveur du respect de la volonté de la majorité dans toute la mesure du possible – Bork se rattache plus précisément à l'école des « principes neutres » pour l'interprétation de la Constitution qui est apparue après la décision *Brown v. Board of Education*²³. Le choix de Bork en 1987 par le Président Ronald Reagan pour siéger à la Cour Suprême fit grand bruit et ne fut pas ratifié par le Sénat. Tushnet cerne bien la question. Dans son article sur l'antiformalisme, il précise :

« [L]a difficulté contre-majoritaire provient du fait que, selon les arguments standards, le mécanisme social qui agrège le mieux les préférences individuelles, au sens où il maximise la satisfaction de ces préférences, est la règle majoritaire²⁴. »

Au milieu de son livre, il écrit :

« Dans les chapitres précédents ont été examinés un certain nombre d'efforts entrepris pour expliquer pourquoi un petit groupe de gens, appelés les juges, devraient être autorisés à disqualifier des décisions qui autrement font juridiquement autorité et qui ont été prises par un groupe de gens relativement plus grand, appelés les législateurs, dont la sélection est faite selon des procédures qui semblent plus proches des mécanismes normativement attirants de la démocratie que celles utilisées pour sélectionner les juges²⁵. »

Une théorie libérale pourrait dire qu'on doit avoir une lecture de la constitution qui privilégierait la liberté de l'individu, la liberté des individus et qui ferait remarquer que se voir prescrire une obligation qui va à l'encontre de ses convictions les plus profondes, c'est autre chose que de voir son voisin autorisé à avoir un comportement qui ne vous plaît pas mais qui n'interfère pas directement dans votre vie. On aura à y

23. Bickel (Alexander), *The Least Dangerous Branch*, Indianapolis, New York, The Bobbs-Merrill Co., 1962. Sur Alexander Bickel, voir Kronman (Anthony T.), « Alexander Bickel's Philosophy of Prudence », in *Yale Law Journal*, vol. 94, 1985, p. 1587-1616. Sur R. H. Bork et la controverse des principes neutres, voir Michaut (Françoise), *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 235-251, 253n, 260-262.

24. *Ibid.*, p. 1505 note 44.

25. *Red, White and Blue*, p. 147.

revenir en scrutant les textes – républicains – traduits dans le présent ouvrage²⁶.

À lire Tushnet jusqu'au bout en fait, il est possible de se demander si la théorie qui répondrait à ses vœux de comblement du déficit de la théorie libérale par un supplément républicain n'est pas en réalité une théorie qui appellerait chacun à respecter l'autre, à chercher non pas à faire triompher dans le cadre de la société politique la solution qu'il désire dans l'absolu mais celle qui va lui permettre de bricoler avec l'autre un arrangement où chacun pourra vivre sa vie sans trop gêner l'autre et non où chacun voudra que la société reflète scrupuleusement sa conception du monde, à *lui*. À démontrer²⁷.

Il est possible de considérer que, comme Unger, Tushnet est obsédé par le pouvoir et sa répartition. C'est sous cet angle qu'il envisage ce qu'il nomme l'échec du droit constitutionnel et des théories constitutionnelles – américaines, très probablement – dont il considère qu'ils sont « des composantes de la théorie politique du libéralisme²⁸ ». Il relie le libéralisme à Hobbes et à sa conception de la nature humaine : l'individualisme radical²⁹. Le libéralisme se distingue, pour lui, de la pensée de Hobbes en ce qu'il suppose qu'une « liberté ordonnée » est possible³⁰. Celle-ci doit être assurée par la constitution, qui crée l'État, qui institue et qui limite les pouvoirs. Pour Tushnet, un seul pouvoir ne rencontre pas de borne : celui du juge constitutionnel de dernier ressort. Il voit dans la construction des théories constitutionnelles une entreprise destinée à combler ce vide mais l'effort lui paraît infructueux³¹. La tyrannie du législateur risque d'être remplacée par celle du juge³².

26. Voir Textes 1 et 2 *infra*.

27. Voir *infra*.

28. « Antiformalism », p. 1503. Il a été reproché aux représentants des CLS de n'avoir dans la plupart des cas aucune approche comparative.

29. *Ibid.*, p. 1503-1505.

30. *Red, White and Blue*, p. 7.

31. On pourrait imaginer une théorie libérale toute en termes de « *Sollen* », de devoir-être qui prescrive une certaine ligne pour la lecture de la constitution, inspirée par une certaine conception de la liberté dont l'homme doit jouir (Voir *supra* p. 13). Que les théories de l'interprétation, en droit et ailleurs, abandonnent la conception d'un rôle purement passif et irresponsable de l'interprète pour la conception d'un rôle actif, d'un rôle créateur n'implique pas que l'interprète puisse faire n'importe quoi s'il se veut interprète et encore moins qu'il doive faire n'importe quoi. Sur le rôle de l'interprète, voir Michaut (Françoise), « Les résistances du texte », communication au Colloque « Interpréter et traduire », Toulon, 25-26 novembre 2005, in Actes du Colloque, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 151-170.

32. *Red, White and Blue*, Préface, p. viii.

Pour Tushnet, il y a deux traditions [politiques: ?] – « programme[s] intellectuel[s] » ou encore, plus précis, « théories générales de la citoyenneté » – aux États-Unis : une libérale et une républicaine et les conservateurs de son époque ont, selon lui, fait leur la première³³. La théorie libérale met l'accent sur l'individualisme de chacun et envisage le poids des institutions sociales et les contraintes qu'elles exercent sur les préférences individuelles. La théorie républicaine, connue depuis peu sous le nom de républicaine civique (« *civic republican* ») considère l'individu comme être social par essence, dont les préférences individuelles reposent sur les institutions sociales en même temps qu'elles contraignent celles-ci³⁴. Les deux traditions se distinguent à ses yeux plus par des différences d'accentuation que par une opposition totale. Les deux traditions ont influencé les rédacteurs de la Constitution et ont parfois inspiré toutes deux les mêmes institutions ainsi le contrôle judiciaire de constitutionnalité, comme le fédéralisme et la propriété privée³⁵. Pour la tradition républicaine, la clarté des dispositions constitutionnelles et l'indépendance des juges garantie par leur nomination à vie qui les mettaient à l'abri des influences devait garantir que l'interprétation de la constitution se ferait sans problème³⁶.

La tradition libérale l'a emporté par la suite. Elle a produit des théories de l'interprétation constitutionnelle que Tushnet appelle « formalistes » parce qu'elles avancent des critères censés encadrer l'interprétation de la constitution par les juges et fournir des bases pour apprécier le travail des juges³⁷. Elles prennent appui sur les précédents, l'histoire, le texte, la démocratie ou la philosophie mais, pour Tushnet, elles échouent : elles ne suffisent pas à justifier le rôle contre-majoritaire des juges. Il parle, à leur propos, de « moments de communauté républicaine » qu'elles « identifieraient... au sein d'une époque de fragmentation libérale », dans le passé pour ce qui est de la référence à la signification originaire, dans le présent pour ce qui est de la philosophie morale³⁸. À ses yeux, la tradition libérale a besoin d'être « supplémentée » par la tradition républicaine pour justifier l'exercice

33. *Ibid.*, même page et p. 4.

34. *Ibid.*, p. 4-5. Tushnet ne dit pas comment a émergé l'appellation « *civic republican* ». S'agit-il simplement de faire la distinction avec le clivage partisan « républicain » – « démocrate » ou y a-t-il une intention autre, théorique ou émotionnelle – le combat pour les droits civiques, derrière l'ajout ?

35. *Ibid.*, p. 11.

36. *Ibid.*, p. 12-13.

37. « Antiformalism », p. 1505 ; *Red, White and Blue*, p. 147-148.

38. *Red, White and Blue*, p. 187.

du contrôle de constitutionnalité mais cette tradition nécessaire à la légitimation – politique, semble-t-il – rend en même temps ce dispositif inutile³⁹.

Pour trouver des solutions, Tushnet, explore successivement deux pistes. Dans son article de 1985, il s'intéresse à des auteurs très variés qui viennent de construire des théories qui opèrent un décentrage par rapport à la question contre-majoritaire. Il parle à leur propos d'« anti-formalisme » parce que ces théories ne sont pas, à ses yeux, à la recherche d'un critère qui limiterait la liberté du juge. Elles ne le satisfont pas, même en les forçant dans le sens de ses préoccupations – ce qu'il admet tout spontanément – mais elles lui servent de points de passage sur la route du républicanisme. Il en repère plusieurs types.

Il y a, d'une part, les théories qu'il qualifie d'anarchistes parce que leurs auteurs sont des normativistes qui placent le droit du côté de la norme, du devoir-être et non du côté de la coercition – même si l'un d'entre eux, Robert M. Cover insiste sur le lien qui unit immanquablement droit et violence⁴⁰. Il y a, d'abord, celle de Robert Burt qui s'efforce de montrer que le droit est avant tout le produit d'un dialogue social entre le législateur, le juge et la société et qu'il n'est efficace qu'à cette condition. Cet auteur remonte dans sa démonstration, cela dit en passant, à la décision *Brown*, à laquelle il a été fait allusion plus haut⁴¹. Tushnet crédite Burt pour avoir laissé entrevoir la possibilité de la constitution, dans le prétoire, d'une communauté où peuvent émerger des valeurs communes de la société. Pour Tushnet, cependant, cela peut aussi bien se produire au sein d'un parlement, de conseils locaux ou de séances de négociation collective⁴².

L'autre anarchiste de Tushnet, alors, est Robert M. Cover avec son célèbre « Foreword: *Nomos and Narrative*⁴³ ». Tushnet n'a qu'un reproche à lui faire: il critique « sa conception romantique de la communauté ». C'est assez osé comme accusation s'agissant d'une description du méca-

39. *Ibid.*, p. viii.

40. Le jeu des étiquettes est savoureux: dans son livre de 1988, Tushnet rattache ces antiformalistes à la tradition républicaine. Des collègues proches de Cover ont fait de lui ou bien un anarchiste, ou bien un libéral. « Libéral » semble mieux convenir pour le qualifier: il insiste sur le rapport constant du droit et de la violence mais il l'accepte aussi comme une nécessité redoutable, il admet la pluralité des interprétations en droit mais pas le fait que son adoption par un organe habilité conférerait en soi à une interprétation une qualité supérieure *qua* interprétation.

41. « Antiformalism », p. 1519 et suiv.

42. *Ibid.*, p. 1527.

43. Voir *supra* note 3.