



**HAL**  
open science

## Une théorie critique du droit. Le cas des CLS

Eirini Tsoumani

► **To cite this version:**

| Eirini Tsoumani. Une théorie critique du droit. Le cas des CLS. Philosophie. 2016. dumas-01427939

**HAL Id: dumas-01427939**

**<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01427939>**

Submitted on 6 Jan 2017

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# Une théorie critique du droit

## Le cas des CLS

TSOUMANI Eirini



Mémoire effectué sous la direction de Monsieur Le Professeur **Jean-François KERVEGAN**

Présenté et soutenu en *septembre 2016*  
**Université Paris I – Panthéon Sorbonne**  
**UFR10 Philosophie**  
Master 2 Philosophie et Société



## REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier tout d'abord Monsieur le Professeur Jean-François KERVEGAN qui, en acceptant de diriger ce mémoire, a fait preuve d'une grande disponibilité et m'a prodigué de précieux conseils.

J'exprime également ma grande reconnaissance à l'ensemble des professeurs du Master 2 Philosophie et Société de l'Université Paris 1 en ce qu'ils me permirent d'aborder différentes conceptions de la philosophie, conceptions qui se révélèrent très utiles à l'élaboration de ce mémoire.

Beaucoup plus, je me permets aussi d'adresser mes remerciements spéciaux envers Monsieur le Professeur Mikhaïl XIFARAS dont les conseils avisés contribuèrent à l'avancée de ma réflexion.

Permettez-moi d'évoquer ici l'immense gratitude que j'éprouve à l'égard de mes amis et ma famille, sans qui une telle étude n'aurait pu voir le jour.



## Sommaire

<b>Sommaire</b> .....	<b>5</b>
<b>Introduction</b> .....	<b>7</b>
I. CLS : L'histoire du mouvement .....	7
II. La lignée intellectuelle des <i>CLS</i> .....	12
<b>Partie Première : Théorie Critique du droit, une critique condamnant la doctrine juridique libérale</b> .....	<b>18</b>
I. Le principe d'anti-formalisme : un anti-objectivisme juridique .....	18
II. Le principe de l'indétermination juridique .....	34
III. Le principe de la contradiction juridique .....	46
<b>Partie Seconde : Le droit comme <i>praxis</i></b> .....	<b>58</b>
I. <i>CLS</i> : un mouvement critique. De la critique à la construction .....	59
II. De la déconstruction à une doctrine transformatrice via la théorie constitutive du droit .....	62
III. Une théorie critique contestée .....	76
<b>Conclusion</b> .....	<b>82</b>
<b>Annexe n°1</b> .....	<b>86</b>
<b>Bibliographie</b> .....	<b>88</b>
<b>Table des matières</b> .....	<b>97</b>



## Introduction

Cette étude vise à présenter les points fondamentaux de la théorie du mouvement des études juridiques critiques, connu sous le nom *CLS* [*Critical Legal Studies*] qui est apparu aux Etats-Unis<sup>1</sup> les années 1970-80. Afin d'étudier cette doctrine juridique, une théorie qui critique le libéralisme et le positivisme juridique, il semble nécessaire de mettre en exergue d'abord l'histoire de la naissance du mouvement (I), puis, dans un second temps, sa lignée intellectuelle, ses influences et ses choix épistémologiques (II).

### I. CLS : L'histoire du mouvement

Dépourvu d'une composante intellectuelle essentielle, raison pour laquelle il ne peut pas être facilement identifié comme un ensemble, le mouvement de *CLS* américain n'a jamais été homogène. Au début, le nom « *CLS* » était utilisé pour décrire un « lieu politique<sup>2</sup> » qui accueillait un groupe de personnes partageant le projet de soutenir et étendre l'influence de la gauche politique au sein de l'académie juridique. En effet, on pourrait décrire ce lieu politique des *CLS* comme étant animé de tensions différentes exprimées par la voix de certains théoriciens critiques féministes<sup>3</sup> [*fem-crits*], certains théoriciens concernés par le rôle de la race dans le droit<sup>4</sup> [*critical race theorists*], un groupe influencé par les développements récents

---

<sup>1</sup> Le mouvement des CLS tire ses origines à la fin des années 1970 du travail produit par la  
<sup>2</sup> TUSHNET M., « Critical Legal Studies : A Political History », in *Yale Law Journal*, vol.100, n°5, mars 1991, p.1517 : « J'utilise le mot 'lieu' pour transmettre le sens que les études juridiques critiques [CLS] est un endroit où les gens avec un large mais pas illimité éventail d'opinions politiques peuvent se réunir afin d'acquérir une éducation politique, s'imprégner de ses grands concepts, et agir dans la sphère politique et intellectuelle. Le mot 'lieu' est bien sûr une métaphore. Une suggestion, peut-être plus précise mais plus verbalistique, serait que les études juridiques critiques sont une forme d'auto-identification qui permet aux gens de se reconnaître comme favorables aux points les plus fondamentaux - mais pas tout - d'un agenda politique large. Cette reconnaissance se produit lors de réunions professionnelles, dans les facultés des écoles de droit, et à la lecture de la doctrine universitaire ». (La traduction est la nôtre)

<sup>3</sup> Voir p.ex. MENKEL-MEADOW C., « Feminist legal Theory, Critical legal Studies, and Legal Education. The Fem-Crits Go to Law School », in *Journal of Legal Education*, vol.38, n° 61, 1988, p. 62-66. En plus les auteurs CHARN J., DALTON C., FREEDMAN A., Joe FRUG M.J., GERTNER N., GREENBERG J., MINOW M., OLSEN F., SCHNEIDER E., et WEST R. se sont identifié(e)s comme des « fem-crits ».

<sup>4</sup> Voir MATSUDA M., « Pragmatism Modified and the False Consciousness Problem », in *California Law Review*, vol.63, n°3, 1990, p.1763 ; Aussi, les auteurs Regina AUSTIN R.,

dans la théorie littéraire<sup>5</sup> [les postmodernistes], un groupe de radicaux culturels<sup>6</sup> [*radical cultural theorists*], et un groupe qui souligne le rôle de la structure économique en fixant les conditions de décisions juridiques<sup>7</sup> [*political economists*].

Un compte rendu des origines du mouvement intellectuel des *CLS* se doit d'inclure une référence aux moments historiques dont le rôle a été significatif dans l'émergence du mouvement : d'abord l'influence du mouvement afro-américain des droits civiques [*civil rights movement*] daté en 1955-1968 qui visait à établir une égalité de droits civiques pour les afro-américains en abolissant la législation instaurant la ségrégation raciale et ensuite la période de la Cour Warren [*Warren Court*], à savoir la période où Earl WARREN était le juge en chef des Etats-Unis et qui, lorsqu'il officiait à la Cour Suprême des Etats-Unis, a rendu de nombreux arrêts portant sur l'inconstitutionnalité de la ségrégation raciale, les droits civiques, la séparation de l'Église et de l'État, et les droits de la défense dans la procédure. A cette époque, l'expérience de la Cour Warren et son interaction avec le mouvement des droits civiques a convaincu certains juristes de l'époque que, nonobstant le déterminisme sceptique associé à la théorie sociale marxiste, il a été possible pour le droit de devenir une force autonome pour le changement social progressiste<sup>8</sup>. Dans l'élaboration de la critique de la théorie sociale et la thèse de l'indétermination juridique, les juristes critiques avaient ainsi tenté de fournir une base théorique pour leurs tendances politiques.

Ce n'est qu'au début 1976 que le professeur David TRUBEK<sup>9</sup> est revenu d'un voyage à Cambridge au cours duquel il avait rencontré le professeur Duncan

---

Derrick BELL D., John CALMORE J., Kimberlé CRENSHAW K., Harlon DALTON H., Richard DELGADO R., Charles LAWRENCE L., Gerald LOPEZ G., Gerald TORRES G., Patricia WILLIAMS P. et WILLIAMS R. sont aussi identifié(e)s comme partisans de la théorie critique de la race.

<sup>5</sup> Voir HUNT A., « The Big Fear : Law Confronts Post-Modernism », in *McGill Law Journal*, vol.35, n°7, 1990, p.507-512 dans lequel HUNT classe les auteurs suivants dans le groupe des juristes postmodernes : BALKIN J., CORNELL D., DALTON C., FRUG G., HUSSON C.D. et PELLER G..

<sup>6</sup> Le professeur GABEL Peter est le représentant le plus pertinent de ce groupe.

<sup>7</sup> Les représentants les plus pertinents de ce groupe sont les suivants : TUSHNET M., HOLT W., HORWITZ M., KLARE K. et STONE K..

<sup>8</sup> Voir TUSHNET M., « Critical Legal Studies : A Political History », in *Yale Law Journal*, vol.100, n°5, mars 1991, p.1518.

<sup>9</sup> David TRUBEK est professeur à Yale Law School ; Dans ce cadre il était le professeur de Duncan KENNEDY au séminaire « droit et modernisation ». KENNEDY a participé à un groupe / séminaire « Droit et modernisation » réalisé par TRUBEK et d'autres professeurs et

---

KENNEDY<sup>10</sup>. Ils étaient tous deux convaincus de l'existence d'un certain nombre de théoriciens ayant fait des études juridiques, partageant certaines idées communes, qu'il serait utile de réunir afin d'étudier l'éventualité de la validité de leur perception du droit. Leurs idées abordaient des questions de l'idéologie d'une manière paraissant compatible avec les points de vue du courant actuel du « droit et société » tel que développé dans le cadre de l'Ecole de Droit de Wisconsin, un courant théorique conscient que le déterminisme marxien ne peut conduire qu'à une impasse.

Or, l'existence de points de vue tellement différents qui n'étaient pas systématisés provoquèrent des tensions intellectuelles au sein du mouvement de ces théoriciens appelé dans son ensemble « *CLS* ». Ces tensions, à leur tour, offrirent l'opportunité aux critiques de *CLS* de contester la cohérence du programme intellectuel du mouvement. Un des effets de ces tensions au sein des *CLS* « primaires » a semblé être le moment où ont été engagés les efforts visant à développer la notion d'autonomie relative du droit. Parce que le matériel initial des juristes critiques étaient les textes juridiques, les jurisprudences et les doctrines juridiques, et que dans le traitement de ces textes et doctrines ils recherchaient l'existence d'oppositions appariées comme indices du phénomène analysé, la critique de la sociologie du droit exercée par les *CLS* « primaires » s'est rapidement focalisée sur les problèmes de l'idéologie et de la conscience. Et cela surtout à la lumière du fait que la communauté des avocats de l'époque a réussi à résoudre les contradictions exprimées dans le droit et indiqués par les *CLS* via la doctrine des oppositions appariées d'une manière qui semblait normativement acceptable. Ainsi, le travail des *CLS* s'est immédiatement consacré à la normativité en tant que phénomène social vu que pour ces juristes, la résolution des contradictions telle qu'effectuée par les avocats de l'époque ne semblait pas du tout acceptable. La critique de la sociologie du droit ainsi avait conduit à la question de l'aliénation exprimée dans le système juridique. Les tensions et les débats à l'intérieur des *CLS* de l'époque ont paru une fois encore très vifs sur la question de la critique de l'impact de l'aliénation du droit. Cette question a été renforcée par le groupe des théoriciens radicaux-culturels<sup>11</sup> de *CLS*, qui

---

ont fait ensemble une recherche liée au programme ; Depuis 1973, David TRUBEK était professeur à l'Université de Wisconsin.

<sup>10</sup> Duncan KENNEDY est depuis 1976 professeur au Harvard Law School.

<sup>11</sup> Voir *supra* p.8.

---

a présenté l'expérience du droit comme oppressive et aliénante plutôt que comme une solution normativement attrayante pour les problèmes de coordination sociale<sup>12</sup>.

En dépit de l'existence de désaccords dans le corps des *CLS* primaires, ces questions ont constitué le point principal qui a dominé dans la déclaration de programme des *CLS* selon lequel le droit est de la politique. Par conséquent, la plupart des juristes réunis sous le nom « études critiques » ont ainsi été d'accord avec l'idée que le droit est de la politique – au moins dans un sens superficiel : on peut parler des visions libérales et conservatrices sur diverses questions juridiques. Ainsi, l'élaboration du principe de l'indétermination juridique et la critique de la théorie sociale ont conduit *CLS* à une compréhension cohérente de la proposition selon laquelle le droit est de la politique : le droit est vu comme une forme d'activité humaine dans laquelle les conflits politiques ont été élaborés de manière à contribuer à la stabilité de l'ordre social – ce qu'on appelle légitimation – par l'Etat ainsi que par les institutions sociales de façon naturelle.

Bien qu'une certaine homogénéité ait été atteinte grâce à la combinaison de l'analyse des oppositions appariées dans la doctrine juridique et à la critique de la sociologie du droit, les *CLS* ont dû faire face à un certain nombre de problèmes intellectuels et politiques. La combinaison de l'analyse des oppositions appariées avec la critique de la théorie sociale elle-même a créé des difficultés politiques. Les *CLS* ont décrit un programme intellectuel doté d'un certain degré de cohérence, mais peu de gens associés à *CLS* au départ pensaient que chaque élément du programme était aussi important que les autres. Beaucoup plus, un certain nombre d'entre eux étaient d'accord avec certaines parties du programme mais en désapprouvaient d'autres. Les problèmes sont devenus plus sévères lorsque leur orientation politique, à gauche, a rassemblé initialement ces théoriciens sur le point commun des études critiques du droit. Toutefois, la gauche et les différents groupes au sein de la gauche avaient parfois des opinions divergentes sur les éléments du programme de *CLS*. En particulier, le potentiel transformateur du droit proclamé par la théorie sociale que les *CLS*, provoquait un grand problème à la gauche orthodoxe marxiste. Les gens de la gauche avaient encore à l'esprit l'image d'une classe ouvrière véhiculant les transformations sociales, favorisées par des changements dans les relations techniques

---

<sup>12</sup> KENNEDY D., « Psycho-Social CLS : A Comment on the Cardozo Symposium », in *Cardozo Law Review*, vol.6, 1985, p.1013.

de la production. Ils étaient ainsi négatifs face à la perspective transformatrice du droit tel que vu par les *CLS*. Beaucoup plus, ce débat de la théorie sociale a conduit à des tensions au sein du mouvement sur la forme appropriée de l'organisation : certains croyaient qu'une organisation politique de gauche devait faire un effort pour se connecter avec d'autres organisations politiques gauchistes, et que le travail théorique était inutile pour la politique de gauche. D'autres estimaient que le projet théorique était assez intéressant, même s'il était difficile, et que le développement d'une théorie critique progressiste était la question la plus importante puisqu'elle pouvait élargir la portée de l'organisation et était susceptible de causer des obstacles politiques au *status quo*.

La solution a été abordée par Duncan KENNEDY. Pour lui, il était plus important de soutenir les *CLS* comme un lieu politique destiné aux personnes ayant trouvé une telle auto-identification de valeur que d'adopter une forme d'organisation particulière. Sous cet angle, KENNEDY a rendu une bibliographie *CLS*<sup>13</sup> dans laquelle il inclut plusieurs théoriciens avec leur travail qui mettent en exergue l'hétérogénéité du mouvement. En dépit des désaccords et des difficultés, les partisans des *CLS* ont pu tout au long des années atténuer leurs problèmes d'identité – sans avoir encore aujourd'hui complètement disparu, il s'agit d'un mouvement non homogène avec la présence de plusieurs fractions en son sein – mais également les problèmes internes auxquels ils faisaient face<sup>14</sup> et finalement d'instaurer la tenue d'une conférence *CLS* annuelle [*Conference on Critical Legal Studies – CCLS*] qui date de 1977. Beaucoup plus, accompagnés par le mouvement équivalent des études critiques britanniques ainsi que la critique du droit française, ils ont pu raffermir leur présence dans la pensée critique moderne avec pour conséquence que ses représentants soient présents aujourd'hui dans les plus grandes et les plus prestigieuses universités du monde.

---

<sup>13</sup> KENNEDY D., KLARE K., « A Bibliography of Critical Legal Studies », in *Yale Law Journal*, vol. 94, 1984.

<sup>14</sup> Il est à noter sur ce point qu'à la fin des années 1960 et au début des années 1970 la faculté de Yale Law School a licencié six professeurs en raison de leur participation aux cercles des *CLS*. Voir TUSHNET M., « Critical Legal Studies : A Political History », in *Yale Law Journal*, vol.100, n°5, mars 1991, p.1530, note de bas de page n°60.

## II. La lignée intellectuelle des CLS

A ce point, et après avoir déjà présenté les grandes lignes de l'histoire de la genèse du mouvement *CLS*, il semble pertinent de mettre en exergue ses origines intellectuelles et épistémologiques en commençant par la présentation des premières influences et de l'inspiration des *CLS*, à savoir le réalisme juridique (A) et ensuite exposer ses influences modernes et postmodernes (B).

### A) Premières influences : CLS et réalisme juridique

La première source d'influence de la théorie des *CLS* a été certainement la doctrine du réalisme juridique, qui a prospéré aux États-Unis dans les années 1930. Parmi les figures classiques du mouvement réaliste figurent Oliver HOLMES, Karl LLEWELLYN, Jérôme FRANK, John DEWEY et Felix COHEN. L'un des principaux fondements de la pensée réaliste était sa critique de la théorie classique la prise de décision judiciaire. HOLMES a rejeté l'idée que le droit était constitué de règles logiques avec des significations fixes<sup>15</sup>. Il a fait valoir que le droit a été mieux compris à travers les expériences de la vie réelle et non par la logique. Les écrivains postérieurs de l'école réaliste ont développé cette idée et ont insisté sur l'élaboration d'une étude « systématique et scientifique » des « faits réels » qui en effet influencent la prise de décision judiciaire.

Les penseurs *CLS* ont partiellement accepté et rejeté les conséquences de cette approche<sup>16</sup>. Ils ont accepté et même adopté la critique du rôle de la logique dans la prise de décision judiciaire ; particulièrement pour eux il était très attrayant le rejet de l'idée que les règles juridiques avaient des significations fixes et pourraient ainsi être appliquées de manière impartiale par un processus logique déductif. De l'autre part, les *CLS* ont rejeté la croyance en une nouvelle sorte d'« objectivisme » à travers l'étude scientifique des « faits réels » qui déterminent la décision judiciaire.

Plus particulièrement, le juriste réaliste LLEWELLYN<sup>17</sup> a insisté sur la nécessité d'aller au-delà de l'invocation formelle de la doctrine par les juges afin de

---

<sup>15</sup> HOLMES O., *The Common Law*, Harvard, Harvard University Press, 1943.

<sup>16</sup> DORE I., *The Epistemological Foundations of Law*, Carolina Academic Press, North Carolina, 2007, p.856.

<sup>17</sup> LLEWELLYN K., « Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound », in *Harvard Law Review*, vol.44, 1931, p.1222.

découvrir les véritables facteurs influençant la prise de décision judiciaire. Le droit était, pour lui, toujours en situation d'instabilité et par conséquent il devait être pleinement admis que les juges sont ceux qui créent le droit. Ce postulat, compatible avec la pensée *CLS*, avait pour conséquence la naissance du concept de LLEWELLYN de la « rationalisation », à savoir le processus par lequel les avocats et les juges présentant les résultats juridiques comme naturels, inévitables et corrects. Un autre grand réaliste Jérôme FRANK, partageait le scepticisme de LLEWELLYN sur les règles juridiques formelles et il est allé même plus loin en affirmant que les règles étaient sans importance parce que les juges décident conformément à leurs propres intuitions et les rationalisent. FRANK<sup>18</sup> a également affirmé l'indétermination des faits. A ce niveau, il faut noter que l'indétermination juridique, qu'elle soit liée à des faits ou au langage, est une question principale dans la pensée *CLS*.

Un autre point également important dans la théorie juridique réaliste qui résonne bien dans la pensée de *CLS* est le « sophisme du raisonnement juridique ». Le réaliste DEWEY<sup>19</sup> a avancé la critique sur le syllogisme juridique. Le raisonnement judiciaire, selon lui, est une question de démonstration rigide et non pas de recherche ou de découverte. Le syllogisme est constitué d'une prémisse majeure et une mineure qui aboutit ensuite à une conclusion ; parce que la conclusion impose un résultat particulier, la conclusion est toujours présentée comme le résultat correct et inévitable. Enfin, *CLS* ont également accepté la notion de COHEN<sup>20</sup> de la « subjectivité du langage ». COHEN fait valoir que l'objectivité et la neutralité projetée par le raisonnement juridique formaliste est non seulement fausse mais cache aussi l'ensemble des facteurs sociaux et politiques qui influencent en vérité les décisions juridiques. Le processus juridique n'est donc rien d'autre qu'un acte subjectif et essentiellement politique d'interprétation. Ainsi, des prétentions à l'existence d'une vérité universelle par le biais de la logique et le raisonnement juridique ont été rejetées tant par les réalistes que par les *CLS* comme dénuées de sens et transcendante. Ce qui est nécessaire, selon eux, est le décodage du monde juridique afin d'exposer sa réalité qui s'y dissimule.

---

<sup>18</sup> FRANK J., *Law and the Modern Mind*, Transaction Publishers, U.S.A. and London, 1963, p.130-139.

<sup>19</sup> DEWEY J., « Logical Method and Law », in *Cornell Law Review*, vol.10, n°17, 1924, p.21.

<sup>20</sup> COHEN F.S., « Transcendental Nonsense and the Functional Approach », in *Columbia Law Review*, vol.35, 1935, p.809-811.

Toutefois, la lignée intellectuelle des *CLS*, bien que clairement inspirée par celle des réalistes, n'était pas exactement identique. La théorie de ces deux mouvements théoriques se rejoint beaucoup à cause d'un partage de la politique relativement à gauche, pratiquée dans un environnement social et politique conservateur, en menaçant tous les deux les éléments dominants dans l'éducation juridique formaliste. Ainsi, comme le réalisme, les *CLS* ont parmi leurs objectifs principaux la démythification des règles juridiques, le mouvement utilisant essentiellement les mêmes techniques : le principe d'incohérence et de l'indétermination juridique ainsi que le refus absolu de la validité du droit libéral.

D'un autre côté, il faut noter que les différences existant entre les deux mouvements, sont minces mais concernent le fond. Hormis des exceptions dans les deux groupes, la science sociale comme choix épistémologique pour les chercheurs critiques est l'histoire, et non la sociologie qui fascinait les réalistes<sup>21</sup>. De même, chez les *CLS*, les allégations d'incohérence juridique sont moins susceptibles d'être vues au niveau des doctrines juridiques spécifiques alors que les réalistes aimaient travailler davantage au niveau des pans entiers du droit, comme le droit de contrats, du travail, le droit civil, etc. Par ailleurs, le souci d'une réforme du droit qui est absent dans la plupart des travaux réalistes, est présent et beaucoup plus tient un rôle central dans la théorie critique.

De façon générale, il est possible de dire que la théorie *CLS* est en retrait par rapport à la théorie réaliste sur deux points : d'abord les 'Crits', comme se surnomment les partisans du mouvement *CLS*, ont démontré que l'indétermination porte non seulement sur les règles juridiques – comme d'ailleurs les réalistes l'avaient déjà montré cinquante ans plus tôt – mais aussi sur les normes, les principes et les standards juridiques actuellement reconnus comme ayant autorité. Dans un second point, les *CLS* démontrent que le mythe du déterminisme du droit – ce qui a déjà été prouvé par la théorie réaliste – sert à préserver la hiérarchie illégitime de ceux qui détiennent actuellement le pouvoir.

---

<sup>21</sup> SCHLEGEL J.H., « Notes Toward an Intimate, Opinionated and Affectionate History of the Conference on Critical Legal Studies », in *Stanford Law Review*, vol.36, n°1/2, janvier 1994, p.407.

Beaucoup plus, les ‘Crits’ se considèrent comme plus radicaux que les réalistes<sup>22</sup> parce qu’ils utilisent l’argument de l’indétermination afin d’attaquer le concept libéral de l’Etat de droit [*rule of law*] lui-même ; ils le font dans le cadre de leur principe de mystification : ils prétendent que l’idée selon laquelle les juges peuvent personnellement mais objectivement décider sur des cas particuliers selon des critères définis, sert en effet à masquer ce qui est survenu réellement : l’imposition des préférences idéologiques d’un groupe sur l’ensemble de la société. Selon les *CLS*, l’idéal du gouvernement de droit et non des personnes [*rule of law and not of people*], masque le pouvoir d’un groupe dissimulé dans le droit. Donc, en déguisant les choix moraux et politiques inhérents à la procédure judiciaire et apparents dans les décisions judiciaires, on comprend que le droit n’est pas le résultat d’un jeu avec des règles prédéterminées mais plutôt l’exercice de la volonté de ceux qui contrôlent l’appareil politique de la société. Enfin, pour les *CLS*, la primauté du droit est un masque donnant aux structures sociales existantes l’apparence de la légitimité et un caractère inévitable ; elle agit pour protéger et préserver l’intérêt des propriétaires et le pouvoir de l’homme blanc et mâle de la société capitaliste.

## **B) Influences Modernes et Postmodernes : CLS, structuralisme et poststructuralisme**

La théorie *CLS* a été fortement influencée par les structuralistes et les poststructuralistes français, tels que Lévi-Strauss, Saussure, Derrida et Lyotard. Les ‘Crits’ ont emprunté la théorie de l’absence de la signification objective et ils l’ont appliquée au droit. Selon eux, lorsque la prise de décision judiciaire est déconstruite, il est prouvé que le résultat peut être considéré comme préétabli ; ainsi, la décision judiciaire n’étant pas le produit de principes neutres et non idéologiques, l’influence de l’idéologie est évidente et déterminatrice pour le résultat juridique. Le droit devient ainsi un instrument de maintien des hiérarchies exploitantes. Dans ce sens, les premiers théoriciens *CLS* ont appliqué une analyse essentiellement structurelle sur le domaine juridique en adoptant la thèse qu’aucune discipline ne pouvait dévoiler la vérité universelle, mais plutôt qu’elle pouvait seulement fournir une interprétation

---

<sup>22</sup> Voir TUSHNET M., « Deviant Science in Constitutional Law », in *Texas Law Review*, vol.59, 1981, p.815.

parmi d'autres. Dans ce cadre, Duncan KENNEDY<sup>23</sup> fait valoir que le texte juridique doit être étudié au-delà de son sens superficiel ; son contenu approprié n'est révélé qu'une fois atteinte sa structure profonde et l'apparition de ses contradictions internes. Sous cette logique, il a développé sa théorie de la contradiction fondamentale<sup>24</sup>, entre l'individu et la communauté, ainsi que la contradiction entre l'individualisme et l'altruisme<sup>25</sup>. La contradiction, pour les *CLS*, est ainsi non seulement inhérente au libéralisme, mais plus encore c'est le libéralisme dans le droit, qui constitue une façon de pensée qui cache et refoule tous les contradictions inhérentes au droit. Un tel écran dissimule le rôle de l'idéologie dans la légitimation du système juridique, qui à son tour donne l'apparence de la neutralité, l'autonomie et l'impartialité.

Concernant le lien existant entre la théorie *CLS* et la pensée poststructuraliste<sup>26</sup>, on peut présenter trois grandes questions illustrant ce lien : le principe d'indétermination, l'affirmation que toutes les interprétations sont subjectives et enfin qu'aucune interprétation ne peut être « innocente », au sens où elle ne peut pas être libre de tout préjugé idéologique. Cette dernière question se reflète dans l'adoption par *CLS* de l'idée – qui a ses origines dans la pensée de l'Ecole de Francfort – que la classe dirigeante ne domine pas seulement par le contrôle des moyens de production, mais aussi par le biais de l'idéologie. Les deux autres thèmes poststructuralistes dans la pensée des *CLS* – l'indétermination du droit et la subjectivité de l'interprétation – montrent l'influence cruciale de DERRIDA sur les penseurs *CLS*. En particulier, cette branche de *CLS*, dont les membres sont appelés les « irrationalistes<sup>27</sup> » a adopté les notions derridiennes de l'indétermination du langage. Ils ont ainsi commencé à utiliser la déconstruction du droit pour démontrer qu'il est indéterminé au sens qu'il peut être manipulé de différentes façons pour parvenir à des résultats différents s'appuyant sur les mêmes faits juridiques. Donc, ils ont pu arriver à

---

<sup>23</sup> KENNEDY n'est pas le seul théoricien à avoir indiqué la présence de contradictions intrinsèques dans le droit. Le professeur Mark KELMAN a aussi fait valoir que la pensée libérale est caractérisée par l'existence de contradictions. Voir KELMAN M., *A Guide to Critical Legal Studies*, Harvard University Press, Harvard, 1987, ch.3.

<sup>24</sup> KENNEDY D., « The Structure of Blackstone's Commentaries », in *Buffalo Law Review*, vol.28, n°205, 1979, p.213-214.

<sup>25</sup> KENNEDY D., « Form and Substance in Private Law Adjudication », in *Harvard Law Review*, vol.89, n°8, 1976, p.1774-1775.

<sup>26</sup> DORE I., *The Epistemological Foundations of Law*, Carolina Academic Press, North Carolina, 2007, p.861-890.

<sup>27</sup> CORNELL D., *The Philosophy of The Limit*, Routledge, New York, London, 1992, p.102.

la conclusion que la manipulation du droit est une activité téléologique conçue pour atteindre un résultat préféré sur un autre et, enfin, que l'ensemble des résultats juridiques renforce les hiérarchies de domination. Par conséquent, non seulement il n'y a pas de principes juridiques neutres, mais la neutralité juridique revendiquée déguise en vérité le rôle du droit comme un autre mode de domination.

Après avoir étudié tant l'histoire de la genèse du mouvement des études juridiques critiques que sa lignée intellectuelle et épistémologique, nous pouvons maintenant présenter en détail la critique exprimée par le mouvement sur le libéralisme juridique (Première partie) ainsi que leur doctrine réformatrice, à savoir leur proposition transformatrice de la société via le droit (Seconde partie).

## Partie Première : Théorie Critique du droit, une critique condamnant la doctrine juridique libérale

Création intellectuelle d'un mouvement de gauche, la théorie *CLS* dirige ses critiques contre le libéralisme. Comme libéralisme, les auteurs *CLS* définissent la théorie libérale qui a généré la philosophie du légalisme et la jurisprudence associée du positivisme juridique qui sont de façon si décisive « implantées dans les études politiques et le discours juridique des démocraties capitalistes contemporaines<sup>28</sup> ». Les points centraux de cette doctrine du légalisme sont la séparation du droit par d'autres espèces du contrôle social, l'existence du droit sous la forme de règles prédéterminées définissant son propre champ d'action et son application et qui sont présentées comme un mécanisme normatif objectif et légitime, la présence des résultats juridiques déterminants et prévisibles à leur application. L'argumentation anti-libérale de la théorie critique du droit, s'articule autour de trois principes<sup>29</sup> : le principe d'anti-formalisme juridique (I), le principe de l'indétermination (II) et celui de la contradiction (III). Dans la première partie de cette étude, nous allons mettre en exergue la théorie de ce mouvement américain condamnant le libéralisme, en étudiant les conditions de la naissance de ces trois principes ainsi que les conséquences de son discours.

### I. Le principe d'anti-formalisme : un anti-objectivisme juridique

Un des points centraux de la critique de la doctrine juridique libérale par les *CLS* consiste en une attaque contre le formalisme juridique, à savoir l'idée qu'il existe un mode objectif, autonome et neutre du raisonnement et de la rationalité juridique à

---

<sup>28</sup> HUNT A., « The Theory of Critical Legal Studies », in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol.6, n°1, 1986, p.4.

<sup>29</sup> Pour quelques chercheurs, les principes qui forment l'argumentation antipositiviste des *CLS* sont au nombre de quatre : ils rajoutent le principe de la marginalité [*principle of marginality*], à savoir la thèse selon laquelle même dans les circonstances dans lesquelles un consensus peut être formé sur les normes du droit, il n'y a aucune raison de croire que le droit en tant que tel soit le facteur exclusif et décisif d'ordonner le comportement social. Voir TRUBEK D., « Where the Action is : Critical Legal Studies and Empiricism », in *Stanford Law Review*, vol.36, n°575, 1984, p.579.

Voir aussi GALANTER M., « Why the 'Haves' Come Out Ahead. Speculations on The Limits Of Legal Change », in *Law and Society Review*, vol. 9, n°1, 1974 ; MACAULAY S., « Non Contractual Relations in Business : A Preliminary Study », in *American Sociological Review*, vol. 28, n°1, 1963, p.55-67.

travers lequel les juristes appliquent le droit dans des cas concrets afin d'atteindre des résultats indépendants des idéaux moraux et des fins politiques des spécialistes du droit<sup>30</sup>. Le système juridique, pour *CLS*, perpétue un mythe qui applique les règles juridiques selon une méthode rationnelle, nécessaire et objective<sup>31</sup>. Ainsi, dans un premier plan leur critique se concentre sur l'élaboration du concept du principe d'anti-formalisme. Afin de comprendre ce principe élaboré par les *CLS* (B), il faut d'abord déterminer le concept de formalisme (A), au moins, tel qu'il est vu par les représentants de ce courant critique.

### **A) Définition du formalisme juridique**

Le formalisme juridique est un concept important dans l'histoire du droit, la sociologie du droit, la philosophie du droit ainsi que la théorie du droit et il est doté d'une longue histoire. Son sens est différent dans chacun de ces domaines, et en tant que concept il est dans chaque domaine, contesté, plutôt que d'être un terme bien établi avec un sens clair. Alors que comme terme juridique *stricto sensu* le formalisme signifie « l'exigence de formalité dans la formation des actes juridiques ou l'exercice des droits, soit à des fins de preuve, soit à des fins de publicité, soit à peine de nullité<sup>32</sup> », depuis les années '20 et '30, avec l'émergence du réalisme juridique<sup>33</sup>, le terme semble avoir pris une signification assez différenciée. En effet, le formalisme juridique est un concept qui a été compris principalement par ses détracteurs<sup>34</sup>. Ainsi, la critique dure exprimée par le mouvement du réalisme juridique sur le formalisme<sup>35</sup> et en particulier sa théorie sur la distinction du formalisme et de

---

<sup>30</sup> TRUBEK D., « Where the Action Is : Critical Legal Studies and Empiricism », in *Stanford Law Review*, vol.36, n°575, 1984, p.578.

<sup>31</sup> KAIRYS D., *The Polemics of Law : A Progressive Critique*, 3d edition, New York, Basic Books, 1982.

<sup>32</sup> CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 4<sup>e</sup> édition, Paris, PUF, 2003[1987].

<sup>33</sup> Notamment avec l'œuvre des philosophes réalistes HOLMES, POUND et CARDOZO.

<sup>34</sup> SEBOK A., *Legal Positivism in American Jurisprudence*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 57 : « I believe that we might do better if we stop thinking of formalism as a legal theory in and of itself and rather as an artifact of another intellectual movement [...] [I]t was not until the antiformalists really came into their own that formalism, as a jurisprudential term, was coined ».

<sup>35</sup> Toutefois, les réalistes juridiques n'étaient pas les seuls critiques du formalisme juridique. Leur adversaire contemporain Lon FULLER, l'a aussi critiqué. Voir FULLER L.L., *Anatomy of the Law*, Westport, Greenwood Press, 1976.

l'instrumentalisme juridique<sup>36</sup>, a beaucoup contribué à l'élaboration de la signification actuelle du terme.

### **a) La définition du formalisme juridique par des réalistes juridiques**

Afin de mieux comprendre la signification du terme de formalisme juridique au sens des philosophes réalistes, il faut, à mon avis, adopter la distinction<sup>37 38</sup> du concept en deux catégories : a) le formalisme concernant la nature du droit (et surtout la nature du *common law*) et b) le formalisme concernant l'action judiciaire, la prise de décisions judiciaires, ce que l'on appelle le raisonnement juridique [*legal reasoning*]<sup>39</sup>.

Les réalistes juridiques proclament que dans la première catégorie, les juges, surtout ceux du *common law* qui sont confrontés à une situation juridique nouvelle, ne

---

<sup>36</sup> QUEVEDO S., « Formalist and Instrumentalist Legal Reasoning and Legal Theory », in *California Law Review*, vol.73, n° 1, January 1985, p.119-157.

<sup>37</sup> Cette distinction a été introduite par Brian TAMANAHA in TAMANAHA B., *Beyond the Formalist-Realist Divide : The Role of Politics in Judging*, Princeton, Princeton University Press, 2010, p. 60.

<sup>38</sup> Il faut aussi, je pense, adopter la distinction proposée par TAMANAHA entre formalistes « durs » ou « vulgaires » [*Vulgar Formalists*], ces derniers étant les théoriciens qui croient que le raisonnement juridique est en fait une procédure mécanique, semi-automatique comme Cesare BECCARIA (BECCARIA C., *Interpretation of the Law*, 1764) ; et les formalistes plus « modérés » et « sophistiqués » [*Sophisticated Formalists*] qui reconnaissent que le raisonnement juridique n'est pas exactement mécanique et qu'il faut identifier les sources valides du droit, l'interprétation de ces sources et la distinction entre les sources en relation ou pas avec l'espèce considérée. Les formalistes, comme Ronald DWORKIN présentent un contexte théorique pour les critères à appliquer pendant la procédure du raisonnement juridique afin de cerner les sources les plus justes. En effet, depuis le début des années 1970, le professeur DWORKIN a été un grand défenseur de l'approche formaliste avec quelques variations importantes. Bien que DWORKIN cesse de comparer explicitement le droit à la science et les mathématiques, il soutient que le droit est mieux expliqué comme système rationnel et cohérent de principes à appliquer par les juges avec intégrité. Le principe de l'intégrité exige que les juges traitent de façon égale tous les justiciables présentant leurs arguments juridiques. L'application de ce principe, comme le soutient DWORKIN, va produire une « réponse correcte » [*right answer*] dans tous les cas, même dans ceux apparaissant troubles ou se référant aux questions politiques polémiques. Toutefois nous n'allons pas traiter dans cette étude cette distinction de façon détaillée car elle ne nous apporte rien dans cette tentative de déterminer le terme formalisme juridique.

<sup>39</sup> Toutefois, certains auteurs ne sont pas d'accord avec l'idée que le formalisme constitue en effet une vraie théorie du droit. Selon eux, alors que le positivisme est une théorie du droit, le formalisme est une théorie de l'arbitrage, à savoir une théorie sur la façon dont les juges décident effectivement sur des cas particuliers et / ou une théorie sur la façon dont ils devraient prendre leurs décisions. P.ex. Voir LEITEN B., « Positivism, Formalism, Realism », in *Columbia Law Review*, vol.99, n°1138, 1999, p.1144.

« créent » pas du droit mais simplement découvrent et appliquent un droit préexistant. Dans la deuxième catégorie, les juges, lors de la procédure de la prise de décisions, appliquent mécaniquement, semi-automatiquement le droit aux faits particuliers du cas en question. Il est vrai que la première catégorie formaliste, qui se réfère à la nature du droit, révèle une conception assez proche des théories du *jus naturalisme* en ce sens qu'elle implique la préexistence d'une réponse à chaque question juridique, généralement celle qui sous-entend une réflexion morale (ou, dans des types plus anciens de la théorie du droit naturel, un aperçu de la volonté divine) à découvrir<sup>40</sup>. Cette catégorie formaliste, très peu traitée par la théorie réaliste, ne relève pas de la conception du positivisme juridique ; nous n'allons donc pas non plus la traiter dans cette étude. En revanche, nous allons nous concentrer sur la deuxième catégorie formaliste, celle du formalisme quant au raisonnement judiciaire, sévèrement critiquée par la doctrine réaliste.

Pour les juristes réalistes, un principe central du style formaliste est la forte dépendance de la pensée des décideurs en la déduction logique fondée sur la raison lors de la prise de décision judiciaire. Un tribunal formaliste a été ainsi caractérisé, par les réalistes comme trop mécaniste, car se fondant sur les règles juridiques existantes et la déduction logique afin de décider sur tous les cas présentés devant lui. En conséquence de ce « déductivisme » excessif des règles juridiques, le droit devient rigidement interchangeable, et ne peut s'adapter aux circonstances sociales en constante évolution. En d'autres termes, les réalistes juridiques ont affirmé que les formalistes ignoraient le fonctionnement effectif des règles juridiques dans le milieu social actuel.

En attaquant le formalisme, les réalistes ont fait valoir que la déduction logique pouvait résoudre très peu de controverses juridiques concrètes. Ainsi, le formalisme juridique consiste en deux points de vue, ou mieux deux défauts, en quelque sorte liés l'un à l'autre : le « déductivisme », une accentuation excessive de la déduction logique des règles existantes considérées comme le seul contenu de la loi, ce qui conduit à la rigidité doctrinale ; et le conservatisme juridique, issu d'une sorte de mépris pour le droit tel que fonctionnant actuellement dans le système juridique, et

---

<sup>40</sup> LEITER B., « Legal Formalism and Legal Realism. What is the Issue ? », in *Public Law and Legal Theory Working Papers*, University of Chicago Law School, vol.16, n°111, 2010, p.9.

d'un mépris concomitant du droit à la fois partie d'un système social plus large ainsi qu'un outil pour rendre ce système plus cohérent, viable, et juste.

En conséquence, principalement en raison de cette critique des réalistes américains, le formalisme a évolué en un terme plutôt péjoratif. Or, certains théoriciens considèrent les éléments formalistes du droit avec du respect et même de l'enthousiasme<sup>41</sup>.

## **b) La définition du formalisme juridique par les CLS**

La théorie critique du droit organisée par le mouvement des *CLS*, clairement inspirée par ce débat, adopte la conception réaliste en donnant elle-aussi sa propre définition du terme du formalisme juridique accompagnée d'une critique qui tend toutefois à être assez éloignée et distincte de celle des réalistes<sup>42</sup>. Afin d'étudier en profondeur la critique du concept du formalisme par les *CLS*, il est à mon sens pertinent de suivre la définition donnée par le professeur Duncan KENNEDY, l'un des représentants les plus connus du courant américain.

Dans la rubrique y afférent dans l'Encyclopédie des Sciences Sociales et Comportementales<sup>43</sup>, KENNEDY divise le formalisme juridique en trois catégories : le formalisme juridique comme catégorie descriptive, comme catégorie critique et comme catégorie dans la sociologie du droit. Vu que les deux dernières catégories ne fournissent pas de définition – à proprement parler – du terme mais décrivent plutôt en quels termes le formalisme juridique est devenu l'objet de critiques<sup>44</sup>, nous allons développer la définition descriptive du terme, telle que vue par le professeur.

---

<sup>41</sup> BIX B., *Jurisprudence : Theory and Context*, UK, Sweet and Maxwell, 2003, note 8. p.274.

<sup>42</sup> Les partisans des CLS approuvent un tel scepticisme à propos du formalisme dans le raisonnement juridique, mais développent une critique politique beaucoup plus incisive que celle des réalistes. Les réalistes juridiques de 1920 et 1930 étaient, pour les CLS, les libéraux « de la nouvelle époque ». Ils ont réagi pour protester contre les décisions modérées de la Cour Suprême, par lesquelles des interventions réformistes dans le domaine économique du législateur ont été jugées inconstitutionnelles, sur le fondement neutre allégué des concepts énoncés dans la constitution.

<sup>43</sup> KENNEDY D., « Legal Formalism » in *Encyclopedia of Social and Behavioral Sciences*, Stanford, CA, USA, Elsevier, 2001.

<sup>44</sup> Le formalisme comme catégorie critique se réfère au formalisme juridique comme objet de critiques contre l'idée que le droit, ayant une forte cohérence structurelle, se fonde sur l'individualisme et l'engagement au formalisme interprétatif juridique (la critique de la théorie de la volonté [*will theory*]). Le formalisme comme catégorie de la sociologie du droit se réfère au formalisme juridique comme objet d'une théorie qui ne concerne pas le droit

Le formalisme juridique, dans son premier sens descriptif, constitue l'un des critères de comparaison des régimes juridiques et on évalue ses changements internes, que ce soit au niveau d'un grand ensemble de règles, ou d'un système plus petit dans son ensemble. On pourrait ainsi dire qu'un ensemble de règles juridiques est « plus ou moins formel », ou faire appel au critère de « formalité ». Dans cette utilisation, aucune évaluation positive ou négative n'est indiquée dans le cadre de la catégorisation de cet ensemble de règles juridiques plus ou moins formel ou formaliste. Un système est donc formaliste dans la mesure où le succès d'une réclamation juridique dépend des règles de procédure successives. Ce système juridique est formaliste dans le domaine des transactions, dans la mesure où il exige des formalités particulières pour des transactions telles que les contrats ou les mariages. Il est administrativement formaliste dans la mesure où il entoure l'exercice du pouvoir de l'État de formalités procédurales et transactionnelles. La formalité comprend deux importantes dimensions : le degré d'insistance sur le respect des formalités, concrétisé par la question des exceptions autorisées, et le degré d'irrévocabilité de la sanction de nullité à cause d'un défaut. Ce qui lie les types ensemble est la volonté du formaliste de sacrifier la justice de fond dans le cas particulier. Dans cet usage, le terme se réfère clairement au sens possédé avant la critique réaliste.

Un usage différent du formalisme juridique dans son sens descriptif, selon KENNEDY, se réfère à une gamme de techniques d'interprétation juridique fondée sur le sens des normes et en refusant de se référer aux fins des normes, aux buts politiques qui sous-tendent l'ordre juridique, ou aux préférences morales supplémentaires de l'interprète. Ce formalisme juridique de l'interprétation du texte conduit à la prise de décision juridique en identifiant une norme valable et applicable en l'espèce et en l'appliquant ensuite en analysant les significations des mots qui la

---

*stricto sensu*, mais plutôt l'argument selon lequel si la représentation du droit est imprécise, toute la théorie du formalisme juridique échoue. En fait, selon ces critiques, la structure interne contradictoire des systèmes juridiques occidentaux laisse aux décideurs juridiques une grande liberté dans l'interprétation des normes. Il en résulte que ni la légitimité de l'ordre juridique, ni son contenu, ni les effets des institutions juridiques, ne peuvent être déduits par des impératifs externes imaginés par le théoricien.

composent. Le formalisme de l'interprétation du texte est littéraliste<sup>45</sup> dans la mesure où il refuse de varier en fonction du contexte, où il ne prend le sens que par le contexte au moment où il est adopté. Cette technique du formalisme conceptuel interprétatif « construit » des principes généraux considérés comme nécessaires pour que le système juridique soit compris et cohérent. Il utilise ces principes afin de résoudre des incertitudes possibles sur la signification des normes existantes et les applique en fonction de leur signification afin de combler les lacunes apparentes. Le formalisme interprétatif interprète également en fonction du sens des normes dérivées des interprétations correspondantes dans des cas antérieurs.

Ainsi, selon la définition proposée par le professeur Duncan KENNEDY, le formalisme juridique, connu aussi comme « conceptualisme », traite le droit comme une science, au même titre que les mathématiques<sup>46</sup>. Les premiers formalistes croyaient que de la même manière un mathématicien ou un scientifique identifie les axiomes pertinents, les applique aux données fournies, et systématiquement atteint un théorème démontrable, un juge identifie les principes juridiques pertinents, les applique aux faits d'une affaire et en déduit logiquement une règle qui régira l'issue d'un litige. Les formalistes comptent également sur un raisonnement déductif impliquant l'application de principes généraux qui donneront une règle spécifique lorsqu'elle est appliquée aux faits d'une affaire. Le formalisme est donc la détection en dehors des facteurs décisifs qui seraient pris en considération dans un autre cas par le juriste. De plus, il semble que cette détection existe par la force de la langue dans laquelle les règles sont écrites. Ainsi, les tâches exécutées par les règles sont celles pour lesquelles l'outil principal est la formulation linguistique spécifique d'une règle. En conséquence, dans la mesure où le formalisme est souvent condamné comme recourant de façon excessive à la lettre d'une règle, l'idée même de la prise de décision selon la règle est condamnée, soit comme une description de la façon dont la prise de décision peut avoir lieu ou comme une prescription pour savoir comment la prise de décision devrait avoir lieu.

---

<sup>45</sup> Jerome FRANK, un des philosophes américains à avoir joué un rôle très important dans l'élaboration de la théorie réaliste du droit, a stigmatisé un tel raisonnement comme étant « un culte des mots et une manie verbale ». Voir Frank J., *Law and the Modern Mind*, Brentano, 1930, art.7-8.

<sup>46</sup> Au moins dans son sens dur ou vulgaire. Voir *infra*, note de bas de page n° 38.

Le professeur KENNEDY poursuit son argumentation de la manière suivante : le système formaliste est celui qui prend comme prémisse le fait que seulement deux processus de prise de décision juridique doivent être considérés par un théoricien pour tenter de construire une théorie de l'ordre social : la prise de décision selon la règle et la rationalité substantielle<sup>47</sup>. La prise de décision selon la règle juridique [*decision according to rule*] signifie l'application des règles *per se*, à savoir la prise de décision après la sélection d'une facette facilement identifiable de la situation, et la prise d'une décision unique en recourant à la présence ou l'absence de cet élément. D'un autre côté, la prise de décision *ad hoc* ou la prise de décision substantiellement rationnelle implique une identification des besoins et une évaluation, ou une mise en balance par le décideur de tous les aspects cruciaux de la situation qu'il considère avoir un certain rapport avec le cas en question. Les décisions prises selon le deuxième mode sont celles dans lesquelles les buts du décideur (valeurs, intérêts, désirs) sont en conflit. Lorsque c'est le cas, la décision rationnelle implique une comparaison des résultats possibles à un niveau plus général. Le processus de prise de décision *ad hoc* consiste, en premier lieu, en la réunion de ces résultats possibles hétérogènes sur le même plan, dans un champ commun, et, ensuite, en l'identification, au moyen d'un critère « objectif », du résultat qui « maximise » la mesure la plus générale par la réalisation du meilleur « mélange » des fins.

L'affirmation du processus substantiellement rationnel est une caractéristique des systèmes sociaux et de psychés individuelles. Les désirs contradictoires de l'individu ont leur équivalent dans les intérêts contradictoires des membres du groupe, et des règles comme la majorité des voix prennent la place de notions telles que la maximisation de l'utilité ou l'offre financière. Quelques exemples de systèmes que nous concevons pour produire la décision rationnelle dans le sens adopté ici sont : le marché des marchandises, le marché des idées, la législature, les groupes d'intérêt dans une démocratie pluraliste, et les deux parties qui négocient la conclusion d'un contrat. Ainsi, pour Duncan KENNEDY, la théorie formaliste elle-même représente un compromis de revendications contradictoires : l'hétérogénéité des valeurs et la multiplicité des situations de fait.

---

<sup>47</sup> KENNEDY D., « Legal Formality », in *Journal of Legal Studies*, vol.2, n°2, 1973.

Pour conclure, les *CLS*, comme les réalistes, critiquent la théorie positiviste<sup>48</sup> à laquelle ils rattachent le formalisme comme une manifestation de l'idéologie perpétuant le mythe selon lequel les règles sont appliquées en fonction d'une méthode dite **objective, rationnelle** et par conséquent **neutre**.

## **B) La critique du formalisme juridique par les CLS**

Après avoir déterminé le concept du formalisme juridique, nous allons étudier dans cette partie les arguments de la critique de ce concept par la doctrine *CLS* qui se décomposent, ainsi que vu précédemment, en trois éléments : l'objectivisme, la rationalité et la neutralité, afin d'arriver à l'élaboration du concept d'anti-formalisme juridique.

Les trois éléments sont étroitement liés. L'apparence de l'objectivité est fondée sur la combinaison de deux hypothèses : l'intersubjectivité et la prise de décision fondée sur une méthode logique. Pour que l'intersubjectivité apparaisse valable, les principes juridiques utilisés par le décideur pour bâtir un raisonnement juridique sont les faits généraux de sorte qu'il apparaisse qu'un accord général sur leur validité existe. Les principes utilisés semblent garder une distance vis-à-vis des cas particuliers lors du processus du raisonnement juridique qui semble neutre et impersonnel plutôt que controversé et idéologique. Ce processus peut prendre la forme de tests d'équilibrage, de théories du contrat social ou de l'analyse économique.

---

<sup>48</sup> Toutefois, cette détermination du formalisme juridique ne peut pas inclure tous les positivistes juridiques. Précisément, à part la conception de AUSTIN et BENTHAM, il est certainement intéressant de noter que le premier positiviste du XXe siècle, H.L.A. HART, ne semble pas s'engager dans l'autonomie du raisonnement juridique, étant donné qu'il reconnaît le rôle fort de l'appréciation discrétionnaire du juge lors du raisonnement juridique. Ainsi, HART semble être, en effet, formaliste sur les cas dits « faciles » (à savoir les cas dans lesquels les faits de la cause relèvent carrément du sens fondamental de la lettre de la règle du droit applicable), mais réaliste quant aux cas dits « difficiles » (à savoir les cas dans lesquels les faits relèvent de la pénombre de la signification de la lettre de la règle du droit applicable). Dans ces derniers cas, HART pense qu'il incombe aux juges d'exercer leur pouvoir discrétionnaire, que l'existence de tels cas est un résultat inévitable de tout système juridique complexe, et que la possibilité de la prise de décision sous la forme de la discrétion judiciaire est bienvenue, et non pas mal perçue. Voir *infra*, p.40.

Le formalisme juridique – attribué par UNGER aux théories kantienne et benthamiennes<sup>49</sup> – est un concept étroitement lié à l’objectivisme juridique. Le terme d’objectivisme juridique se réfère au principe selon lequel l’obligation juridique est fondée sur l’existence d’une règle objective, indépendante de la volonté des sujets<sup>50</sup>. La critique de l’objectivité est une critique externe, plutôt qu’une démonstration que la théorie traditionnelle ne répond pas à ses propres promesses comme le demanderait une critique interne<sup>51</sup>. Il s’agit d’une critique externe, parce qu’elle va se concentrer à prouver que la théorie de l’objectivisme juridique utilise des critères extra juridiques. Cet argument prouve de lui-même que le droit n’est pas un système autonome, nécessitant de se fonder sur d’autres sources extra-juridiques pour que la critique externe soit justifiée et par la suite pour réfuter l’objectivité de ces critères externes auxquels a recours la théorie formaliste afin de justifier la validité de ses résultats juridiques.

En premier lieu, et pour tenter de systématiser la pensée très fluctuante des théoriciens de *CLS*, nous allons étudier la critique de l’objectivisme et de la rationalité de la théorie libérale (a) (b) et ensuite séparément celle de la neutralité (c).

### **a) La critique de l’existence des critères externes dans la théorie substantielle formaliste**

La théorie substantielle formaliste suppose l’existence d’une source externe qui est déclarée en être le fondement. La théorie procédurale, quel que soit son contenu spécifique, est atteinte par le biais d’une procédure de décision – au moins théoriquement capable de produire un accord général sur les résultats juridiques. Au niveau de la théorie substantielle, la théorie du positivisme<sup>52</sup> se caractérise par la

---

<sup>49</sup> EWALD W., « Unger’s Philosophy : A Critical Legal Study », in *Pennsylvania Law Review : Legal Scholarship Repository*, n°1284, 1988.

<sup>50</sup> SINGER J.W., « The Player And The Cards : Nihilism and Legal Theory », in *Yale Law Review*, vol.94, n°1, 1984, p.1-70.

<sup>51</sup> Une critique interne va être faite dans le cadre du principe de l’indétermination et de la contradiction. Voir *infra*.

<sup>52</sup> Toujours au niveau de la théorie substantielle, on peut également inclure dans la théorie libérale à part la théorie du positivisme, la théorie du droit naturel, selon laquelle la source du droit est la nature, le Dieu ou une autre source transcendante. Nous n’allons toutefois pas traiter la théorie du droit naturel dans ce volume.

croyance que les commandes du souverain sont la seule source du droit<sup>53</sup>. Les théoriciens qui cherchent à donner un fondement rationnel à la théorie juridique, soutiennent que le droit est une question de connaissance, fondée sur la raison plutôt qu'une question de jugement. Le droit est ainsi quelque chose qui peut être perçu, il ne doit pas forcément être créé<sup>54</sup>. Cette théorie utilise la métaphore de la découverte du droit et de la représentation précise d'une source externe afin de décrire tant les règles juridiques en vigueur que celles à appliquer. Ici, il faut noter que la faiblesse de la conception selon laquelle le droit est trouvé et non pas créé, est apparente si l'on considère que cette théorie est descriptive autant que normative. Le projet de la théorie formaliste de la création d'un principe objectif externe, suppose la possibilité de fonder tout le système juridique sur une base rationnelle. Cette hypothèse signifie que les premiers principes dont nous tirons les règles juridiques devraient avoir une sorte de validité intrinsèque indépendante de nos croyances individuelles. Les *CLS* rejettent l'idée de la légitimité des règles juridiques seulement si elles peuvent représenter avec précision une source externe.

Dans la même logique, le professeur et partisan des *CLS* Roberto UNGER<sup>55</sup> développe son argumentation : la nation américaine, dit-il, a choisi un type d'organisation sociale particulier, à savoir la démocratie républicaine et le marché, système économique nécessaire de cette démocratie. En choisissant cette structure politique et économique et non l'organisation sociale aristocratique ou corporatiste par exemple, la nation américaine a choisi en même temps sa structure institutionnelle juridique qui va de pair avec elle. Ainsi, les juristes du XIXe siècle sont engagés dans la recherche de la structure juridique intrinsèque à la démocratie et au marché. En effet, la théorie constitutionnelle a servi à révéler la structure juridique intrinsèque de la démocratie républicaine, tandis que la théorie générale du contrat et de la propriété privée ont fourni aux objectivistes le fondement pour tenter de faire apparaître le contenu juridique intégré au marché. Or, selon UNGER, les échecs successifs pour trouver un langage juridique universel de la démocratie et du marché révèlent qu'un tel langage n'existe pas. La doctrine juridique sur les intérêts constitutionnels et les

---

<sup>53</sup> Voir la théorie de AUSTIN et de BENTHAM.

<sup>54</sup> Ici, les *CLS* estiment qu'il existe un point commun entre les théories positivistes et les théories naturelles du droit, malgré la grande polémique existant entre elles.

<sup>55</sup> UNGER R.M., *The Critical Legal Studies Movement. Another Time, A Greater Task*, Verso, Brooklyn, London, 2015[1986], p. 86.

fins légitimes de l'action étatique qui fonde juridiquement la démocratie ainsi que le domaine du droit des contrats, génèrent des conceptions opposées, contradictoires quant à la nature de la démocratie et du marché et par conséquent le contenu actuel du droit public et privé ne parvient pas à présenter une version unique et uniforme de la démocratie et du marché. Dans cette logique, UNGER déconstruit l'objectivisme comme étant la conception d'un système des types sociaux accompagnés d'un contenu institutionnel intrinsèque. Davantage, sans l'argument objectiviste, nous dit UNGER, la théorie formaliste reste sans fondement.

### **b) La critique de l'objectivité des critères dans la théorie procédurale du formalisme**

D'un autre côté, au niveau de la théorie procédurale, la tradition formaliste soutient que la décision juridique est justifiée seulement si elle est prise par le biais d'une procédure de décision permettant d'évaluer rationnellement tous les facteurs pertinents des résultats. Lorsque les juristes affirment que le raisonnement juridique n'est justifié que s'il est objectif, ils ont deux pensées à l'esprit : d'abord, une distinction claire entre la préférence subjective, personnelle et la validité objective et intersubjective. La dichotomie subjectif / objectif suppose l'existence d'une distinction fondamentale entre les opinions qui sont simplement une question de préférence personnelle dont nous ne pouvons attendre un accord, et les opinions qui sont intersubjectivement valides et dont, par conséquent, nous attendons que chaque personne raisonnable, motivée par sa bonne foi, puisse parvenir à un accord. Les principes moraux sont intersubjectivement valables seulement s'ils sont vus par tout le monde sous un angle commun légitime appelé par RAWLS « le voile de l'ignorance<sup>56</sup> ». Les partisans de l'objectivité procédurale attendent un accord non pas forcément sur les résultats particuliers du fond – à savoir les normes juridiques – mais surtout sur la méthode pour atteindre les résultats – à savoir le raisonnement juridique. Ainsi, les théories de l'objectivité de la procédure juridique visent à séparer l'intuition individuelle de la méthode rationnelle. Cette thèse du formalisme consiste à dire que nous ne devrions pas faire confiance à nos intuitions sur la façon dont les règles devraient être définies. Les intuitions individuelles sont injustifiées et peuvent refléter

---

<sup>56</sup> RAWLS J., *A Theory of Justice*, Harvard, Harvard University Press, 1971.

simplement des préférences personnelles ; elles ne peuvent être justifiées qu'en montrant comment elles se rapportent à un certain processus de raisonnement juridique qui les génère. Le raisonnement juridique apparaît donc comme une procédure de décision retirée de ces intuitions. Or, selon *CLS*, afin de suivre cette pensée, il est nécessaire de croire que les êtres humains possèdent une méthode globale et rationnelle existante à l'avance qui nous dit comment trancher des questions juridiques et morales. Ceci est la croyance que la raison peut trancher des conflits de valeurs. L'idée que les règles – morales ou juridiques – peuvent être mesurées et légitimées par des critères objectifs est la même selon laquelle la moralité est une question de connaissance et non pas une conviction<sup>57</sup>.

Les *CLS* sont en désaccord radical avec cette idée. En effet, la théorie critique proclame que nous ne possédons aucune méthode rationnelle existante à l'avance afin de déterminer s'il est justifié que les personnes acceptent les critères. Nous pouvons juger les critères que les autres acceptent seulement par les critères que nous acceptons. S'ils n'acceptent pas nos critères, il n'y a aucun moyen de prouver qu'ils ont tort. La thèse de *CLS* ne consiste pas à prétendre qu'un accord entre les individus est impossible, ni que les débats théoriques doivent se terminer ; leur opinion est que le droit, comme la morale, ne relève pas de la vérité ou de la démonstration rationnelle. Il est une question de conviction basée sur l'expérience, l'émotion et la conversation. Quand on dit que le raisonnement juridique n'est pas objectif, on souligne simplement observer une controverse politique et morale sur ce que nous devrions permettre aux gens de faire avec eux-mêmes et entre eux.

Le formalisme juridique de l'interprétation prétend avoir une nature objective et quasi-scientifique de l'analyse juridique, prenant sa source dans l'expertise technique des juges et des avocats. Cet attribut constitue un processus de prise de décision idéalisée dans laquelle le droit est préexistant à une question particulière,

---

<sup>57</sup> La vertu est connaissance pour Platon, à Protagoras. Cette idée de *CLS* est exprimée aussi par le philosophe réaliste Jérôme FRANK qui a attribué la conception objectiviste du formalisme juridique à la manière scolastique médiévale de penser et à la persistance des avocats issus du réalisme métaphysique platonicien ; une telle persistance est due, il a suggéré, au besoin psychologique de sécurité, ce qui était un report de la dépendance infantile sur une figure paternelle. Voir FRANK J., *Law and the Modern Mind* (Brentano, 1930), chap. 7-8. Pour un équivalent moderne de ce « psychologisme » de FRANK dans le mouvement *CLS*, voir Peter GABEL P., « The Phenomenology of Rights Consciousness and the Pact of the Withdrawn Selves », in *Texas Law Review*, vol.62, n°1563, 1984.

prévisible et accessible à toute personne à la compétence juridique raisonnable ; les faits pertinents d'un cas sont vérifiés par le biais de l'audition objective et de la preuve qui assurent raisonnablement que la vérité émergera. A part un mauvais juge occasionnel, tout juge raisonnablement compétent et équitable atteindra la décision seule possible et « correcte ». Aujourd'hui, malgré les diverses tendances scientifiques et la prise en compte manifeste de l'analyse politique de la prise de décision juridique [*policy analysis*] et de l'utilité, les décisions juridiques sont exprimées et justifiées en termes de processus idéalisé. Il est idéalisé parce que tout simplement dans la réalité, le droit manque de règles et de méthodes requises pour parvenir aux résultats légalement corrects, en raison de la fonction de limites du langage et de l'interprétation, subjectifs et chargés de valeur <sup>58</sup> . De plus, le caractère indéterminé du langage juridique et ses limites découlent du fait que le droit couvre et légitime plusieurs ou l'ensemble des valeurs et des intérêts impliqués dans les questions controversées ainsi qu'un spectre large et contradictoire d'arguments « raisonnables » ou « logiques » et des stratégies d'argumentation, sans néanmoins fournir une méthode légale interne pour hiérarchiser tous ces arguments ou une autre méthode nécessaire pour déterminer ce qui est le plus important dans un contexte particulier. Les juges, alors, ne peuvent que choisir, et ces choix sont fondés sur la morale ou la politique et non sur un critère objectif extérieur. Ils empruntent ainsi les concepts aux autres sciences humaines afin d'interpréter, hiérarchiser les règles en conflit et finalement décider.

Le professeur KAIRYS nous en donne un exemple pertinent<sup>59</sup> : dans le débat sur l'avortement, le droit couvre la vie privée, le choix individuel, et l'égalité du sexe en matière de sexualité et de procréation, ainsi qu'en matière de protection et de préservation de la vie et de la santé. On peut trouver des décisions antérieures de la Cour suprême américaine donnant une grande importance à chacun de ces ensembles de valeurs ou de principes. Toutefois, le droit ne fournit aucune méthode ou procédure pour déterminer de façon neutre ou objective quelle valeur parmi celles en concurrence est la plus importante ; le droit ne prévoit pas non plus de méthode ou de

---

<sup>58</sup> Cette thèse des CLS sur la philosophie du langage est clairement inspirée par la théorie wittgensteinienne et la philosophie analytique.

<sup>59</sup> KAIRYS D., *The Politics of Law : A Progressive Critique*, 3d edition, Basic Books, 1982.

processus nécessaire pour déterminer si un fœtus est ou pas considéré comme une vie et si c'est le cas à partir de quand.

Il est alors nécessaire d'étudier la définition donnée par le professeur UNGER au formalisme juridique : la théorie formaliste constitue « un engagement, et donc également une croyance en la possibilité d'une méthode de justification juridique susceptible d'être clairement opposée aux débats sans fin sur les termes fondamentaux de la vie sociale, débats que les gens nomment idéologiques, philosophiques, ou visionnaires<sup>60</sup> ». Selon lui, l'objectivisme est la croyance selon laquelle les matériaux juridiques valides incarnent et soutiennent un régime défendable de l'association humaine. Chaque juriste sait, dit-il, que, lorsqu'une question juridique controversée se pose, tout argument doctrinal soutenant une réponse peut être compensé par un autre argument doctrinal soutenant la réponse opposée. Par conséquent, puisque tout peut être prouvé, rien ne le peut<sup>61</sup>.

### **c) La critique du neutralisme supposé**

Selon la classification du professeur ALTMAN<sup>62</sup>, il y a quatre formes de neutralité dans la tradition libérale : la première concerne les limites légitimes de la politique et repose sur l'idée qu'il existe certains domaines d'activité humaine au-delà du champ d'action légitime de l'État ; dire que l'État doit être neutre par rapport à quelques aspects de la vie humaine implique qu'ils ne doivent pas être soumis aux processus de la délibération, du compromis et de la négociation qui constituent la vie politique normale de l'État libéral. Ces domaines doivent être considérés comme des zones d'autonomie individuelle dans lesquelles la politique ne peut légitimement empiéter. La neutralité de l'État dans cette forme, impose certaines réflexions sur les limites de la politique légitime. La théorie libérale conceptualise les frontières restreignant l'activité politique en termes de droits individuels. Le professeur ALTMAN appelle cette forme de neutralité, neutralité des droits [*rights neutrality*] ;

---

<sup>60</sup> UNGER R.M., « The Critical Legal Studies Movement », in *Harvard Law Review* vol.96, 1983, p.561.

<sup>61</sup> UNGER R.M., *Ibid*, p.573.

<sup>62</sup> ALTMAN A., *Critical Legal Studies. A Liberal Critique*, Princeton, Princeton University Press, 1993[1990], p.72-75.

l'apparence du droit de la conscience et du droit à la propriété en sont des exemples pertinents.

La seconde forme de neutralité libérale concerne la base épistémologique du droit permettant d'affirmer l'existence des droits individuels qui confinent le rôle légitime de la politique. Elle concerne les exigences sur les principes allégués de délimiter l'exercice admis de la politique. ALTMAN appelle cette forme de neutralité, neutralité épistémologique [*epistemological neutrality*]. Une version de cette forme soutient par exemple que les principes pour délimiter la politique doivent provenir de prémisses qui visent au bien humain.

La troisième forme de neutralité libérale concerne le processus législatif. Des arrangements institutionnels devraient garantir que le pouvoir politique dans une société pluraliste libérale est suffisamment répandu et égalisé afin que chaque groupe, avec ses propres conceptions du bien et du mal, puisse s'engager dans le processus du compromis normatif. Il s'agit de la neutralité politique [*political neutrality*]. La neutralité politique est strictement subordonnée à la neutralité des droits : le compromis et la négociation impliqués par la neutralité politique doivent fonctionner dans les limites fixées par des contraintes importantes sur la politique imposées afin de protéger et promouvoir l'autonomie individuelle.

La quatrième forme de neutralité concerne le processus de décision [*adjudication*]. La neutralité dans l'arbitrage signifie qu'une fois que les processus politiques appropriés ont réglé de façon normative un conflit et ont déclaré qu'une règle juridique particulière a autorité, la règle est interprétée et appliquée par les fonctionnaires d'une manière isolée, sans influence des points de vue personnels. Ceci est appelé la neutralité juridique [*legal neutrality*]. Il s'agit de la forme de neutralité approuvée par les libéraux qui insistent sur une séparation du droit et de la politique.

Ainsi, il est clair que l'existence de l'objectivité juridique, fondée sur la raison et mise en avant par la théorie libérale du formalisme juridique, implique l'existence du neutralisme juridique. Les décisions juridiques, si elles sont prises sur le fondement de la raison et de l'objectivité, et si toute personne raisonnable parvient à un accord, sont forcément neutres.

Opposés à une telle thèse, les *CLS* soutiennent que le formalisme, rationnel en apparence, consiste en un discours juridique contribuant effectivement à la mystification et la fausse conscience : « le discours [juridique] dépeint une fantaisie

idéalisée de l'ordre » et « consolide ce sentiment, à la fois désespéré et complaisant, que les choses doivent être comme elles sont et que des changements majeurs ne pouvaient que les aggraver<sup>63</sup> ». En droit, les règles formelles et rigides limitent les possibilités d'un changement créatif et créent un faux sentiment d'objectivité. De même, l'abstrait, le style du langage officiel de la doctrine juridique actuelle menace de limiter la pensée et de créer un faux sentiment de neutralité mécanique ou même scientifique<sup>64</sup>. Pour les *CLS*, cette démystification du mythe de la neutralité de la loi signifie qu'à tous les niveaux, les décisions juridiques impliquent des choix politiques. Le droit est donc utilisé comme « un instrument de domination de classe [...] pour reproduire ou essayer de changer la réalité sociale des hommes<sup>65</sup> ». Selon les *CLS*, le droit est de la politique<sup>66</sup>, et plus particulièrement la politique des classes dominantes. Il est évident sur ce point que les *CLS* adoptent le discours marxien et marxiste sur la question de la relation du droit avec la politique et les intérêts politiques de la classe dominée.

Le principe de l'anti-formalisme juridique ainsi que l'anti-objectivisme et l'attaque contre le neutralisme supposé de la tradition positiviste et libérale, peuvent être mieux compris à la lumière du principe de l'indétermination que nous allons étudier dans la deuxième partie de cette étude.

## **II. Le principe de l'indétermination juridique**

Le deuxième point de la critique des *CLS* sur la tradition positiviste se concentre sur l'élaboration du principe d'indétermination juridique, étroitement lié et assurément dépendant de celui de l'anti-formalisme juridique. Toutefois, par opposition au principe de l'anti-formalisme juridique, le principe de l'indétermination constitue une critique interne, visant à démontrer les faiblesses de la théorie positiviste en recourant aux outils d'analyse des conceptions positivistes et se

---

<sup>63</sup> GORDON R.W., « Unfreezing Legal Reality : Critical Approaches to Law », in *Yale Law School Faculty Scholarship*, vol.15, n° 195, 1987, p.198.

<sup>64</sup> HUTCHINSON, « From Cultural Construction to Historical Deconstruction » (Book Review), in *Yale Law Journal*, vol.94, note 7, 1984.

<sup>65</sup> GORDON R.W., « Unfreezing Legal Reality : Critical Approaches to Law », in *Yale Law School Faculty Scholarship*, vol.15, n° 195, 1987, p.198.

<sup>66</sup> TUSHNET M., « Anti-Formalism in Recent Constitutional Theory », in *Michigan Law Review*, vol.83, n°6, 1985, p.1502-1544.

retournant contre elle. Il est vrai que, bien que le mouvement des *CLS* ne soit pas uniforme, l'ensemble des partisans s'accorde sur le principe de l'indétermination du droit, le caractère radical de leurs thèses fluctue en raison de la différenciation du degré de radicalité de chaque membre du mouvement. Le professeur Joseph SINGER a ainsi écrit : « tout le monde est confus sur ce que signifient les partisans des *CLS* quand ils disent que le droit ou les droits ou la théorie du droit sont indéterminés<sup>67</sup> ». Afin de mieux comprendre ce point central dans la pensée critique (B), il faut d'abord déterminer le concept de l'indétermination juridique (A).

### **A) Définition du concept d'indétermination juridique**

En effet, comme le principe d'anti-formalisme juridique, la thèse sur l'indétermination juridique a été élaborée initialement par les réalistes juridiques. Des réalistes tels que Jérôme FRANK<sup>68</sup>, Joseph BINGHAM<sup>69</sup>, et Karl LLEWELLYN<sup>70</sup> étaient profondément sceptiques quant au rôle des règles juridiques dans la détermination des décisions juridiques actuelles. Toutefois dans sa forme la plus radicale, l'indéterminisme est fortement identifié avec le mouvement *CLS*. En effet, les *CLS* acceptent de nombreux arguments réalistes mais ils ont également enrichi considérablement les fondements théoriques de leur principe d'indétermination, en faisant valoir qu'il existe des formes d'indétermination plus profondes et plus répandues que ne le reconnaissent les réalistes. Les *CLS*, en effet, ont fondé leur propre principe de l'indétermination juridique autant sur les théories de DERRIDA et WITTGENSTEIN<sup>71</sup>, que sur les caractéristiques générales du langage et sur la théorie

---

<sup>67</sup> SINGER J.W., « The Player And The Cards : Nihilism and Legal Theory », in *Yale Law Review*, vol.94, n°1, 1984, p.1-70. (La traduction est la nôtre)

<sup>68</sup> FRANK J., *Law and the Modern Mind*, Gloucester, Paul Smith, 1930.

<sup>69</sup> BINGHAM J.W., « My Philosophy of Law », in *My Philosophy of Law : Credos of Sixteen American Scholars*, *Columbia Law Review*, vol.42, n° 5, 1941, p. 894-899.

<sup>70</sup> LLEWELLYN K.N., «A Realistic Jurisprudence - The Next Step », in *Columbia Law Review*, vol.30, n° 431, 1930.

<sup>71</sup> DALTON C., « An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine », in *Yale Law Journal*, vol.94, n° 997, 1985, p. 1007-09.

Mark TUSHNET a suggéré, par exemple, que la thèse de l'indétermination est enracinée dans un argument généralement censé avoir été fait par WITTGENSTEIN<sup>71</sup>. La version critique du scepticisme juridique est l'argument selon lequel on peut toujours arriver à une interprétation tout à fait plausible de toute règle, y compris les règles juridiques, telles que tout comportement particulier peut être considéré comme l'application ou la non application de la règle. L'idée est qu'en ce qui concerne les règles, « Tout y va ! »

dialectique de HEGEL via l'œuvre de LUKACS. En effet, les réalistes ont construit des arguments juridiques pour prouver l'indétermination juridique, alors que les écrivains du *CLS* se sont explicitement appuyés sur des considérations philosophiques<sup>72</sup>. Ainsi, les juristes critiques, érigeant leur propre théorie fondée sur le travail des réalistes, ont développé une vaste gamme d'arguments soutenant que le droit est indéterminé dans la mesure où les questions juridiques manquent de réponses correctes uniques. Lors de la procédure de prise de décision juridique, le droit est indéterminé dans la mesure où les matériaux et les méthodes juridiques permettent des résultats multiples dans des poursuites judiciaires.

La définition du principe d'indétermination juridique telle qui est proposée par *CLS* est la suivante : une proposition juridique est indéterminée si les matériaux d'analyse, à savoir les sources juridiques et les méthodes de travail avec ces sources telles que la déduction et l'analogie, sont insuffisantes pour résoudre la question juridique posée<sup>73</sup>.

La thèse de l'indétermination consécutaire suppose que le corpus existant du droit, à savoir la législation, la jurisprudence, les règlements administratifs, permet à un juge de justifier n'importe quel résultat qu'il désire dans un cas particulier. Autrement dit, selon cette thèse, le décideur compétent peut conclure à une décision favorable ou défavorable, sur toute espèce donnée, en recourant au corpus existant de règles juridiques. De plus, le principe de l'indétermination du droit repose non seulement sur le caractère de normes juridiques, mais aussi sur la question de la déterminabilité de l'interprétation de leurs concepts.

Beaucoup plus, la critique des *CLS* peut être distinguée en critique interne et externe. La critique interne considère les règles et les arguments juridiques composant la thèse orthodoxe de la détermination juridique comme étant des prémisses et tente de montrer qu'ils sont incompatibles, incomplets et ambigus ; donc indéterminés. La critique externe reste en dehors du contexte de l'analyse juridique ordinaire et établit l'indétermination en faisant appel au langage et à la philosophie ; par exemple, elle utilise les théories de l'indétermination linguistique, les techniques déconstructivistes

---

<sup>72</sup> LEITER B., « Rethinking Legal Realism. Toward a Naturalized Jurisprudence », in *Texas Law Review*, vol.76, n° 267, 1997, p. 274.

<sup>73</sup> TUSHNET M., « Defending the Indeterminacy Thesis », in *Quinnipiac Law Review*, vol.16, n° 339, 1996, p.341.

afin de prouver que la nature du langage rend la norme indéterminée. Enfin, un certain nombre de théoriciens critiques ont mis en exergue une source d'indétermination non dans les règles juridiques elles-mêmes, mais dans les politiques ou les théories publiques qui justifient les règles et guident leur application. Par exemple, KENNEDY a fait valoir que l'analyse économique des coûts-avantages [*cost-benefit analysis*], un outil de l'utilitarisme, ne produit pas de résultats déterminés dans des cas particuliers<sup>74</sup>.

## **B) Les deux types de scepticisme dans les CLS**

Comme nous avons déjà mentionné à plusieurs reprises, le mouvement des *CLS* n'est pas uniforme ; par conséquent il n'a pas une seule position sur la thèse de l'indétermination. Ainsi, le scepticisme des *CLS* envers la capacité du droit à être ou pas déterminé se distingue en deux types : le scepticisme « modéré » et le scepticisme « radical » ou « dur » en fonction de l'application du principe de l'indétermination seulement aux cas judiciaires dites « difficiles » [*hard cases*] ou son application également aux cas judiciaires « faciles » [*easy cases*]<sup>75</sup>. En effet, sont considérés faciles les cas dans lesquels l'interprétation de l'application d'une disposition juridique à une situation particulière est manifestement correcte et dans lequel les décisions judiciaires sont juridiquement fausses dans la mesure où elles ne parviennent pas à se conformer à cette interprétation unique et correcte. En revanche, un cas est « difficile » si le résultat est défini par le droit d'une manière telle que le juge doit choisir entre deux ou plusieurs résultats légalement égaux et acceptables, ce qui affecte celui qui sera perçu comme le « gagnant » et qui est le « perdant » du procès. La thèse de l'indétermination radicale agit sur l'élaboration des doutes quant à la déterminabilité du droit à la fois dans les cas faciles et difficiles quand un scepticisme plus modéré limite l'indétermination du droit et dans des cas difficiles.

Certains partisans du mouvement *CLS* relèvent de la tradition du scepticisme radical sur la déterminabilité du droit ; dans un article, par exemple, Clare DALTON a écrit, « la cohérence doctrinale sape nécessairement la force de tout argument

---

<sup>74</sup> KENNEDY D., « Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems : A Critique », in *Stanford Law Review*, vol.33, n°387, 1981.

<sup>75</sup> LEITER B., *Objectivity in Law and Morals*, New York, Cambridge University Press, 2007[2001], p.45-47.

juridique classique, et les arguments opposés peuvent être faits avec une force égale. L'argumentation légale déguise sa propre indétermination inhérente. [...] [L]a doctrine juridique est incapable de fournir des réponses déterminées à des différends particuliers<sup>76</sup> ». Girardeau SPANN soutient également la version radicale de la thèse : « Les caractéristiques qui ont rendu la doctrine [juridique] indéterminée dans [l'arrêt] Chadha, ils rendront indéterminés tous les autres cas aussi<sup>77</sup> ».

D'un autre côté, d'autres membres de *CLS* sont partisans de la thèse plus modérée, aux déclarations moins radicales. Selon mon opinion, il faut adopter sur ce point une nouvelle distinction<sup>78</sup> au sein de ce scepticisme modéré : une première catégorie, dite la version « du cas important » [*the important case indeterminacy thesis*] et une seconde, dite la version du « statut modale affaibli » [*the modally weakened indeterminacy thesis*]. Selon la première version modérée, l'indétermination est supposée être valable, non pour l'ensemble des cas judiciaires, mais pour un sous-ensemble de cas. En particulier, certains critiques avancent, comme KAIRYS<sup>79</sup> et TUSHNET<sup>80</sup>, que tous les cas *intéressants* ou *importants* sont indéterminés. Cette version d'indétermination du « cas important » se fonde sur le degré de radicalité de la thèse : si elle est vraie, les seuls cas « faciles » seraient ceux sans intérêt ou sans importance ; par conséquent, l'argument des cas faciles serait vrai, mais sans aucune importance pratique. La critique des partisans de cette version de l'indétermination porte sur leur impossibilité à pas pouvoir définir de manière satisfaisante le terme *difficile* et *important* et même quand ils en ont essayé de tomber sur des tautologies<sup>81</sup>. En même temps, la deuxième version de l'argument modéré est résumée par Robert GORDON qui écrit que la thèse de *CLS* sur l'indétermination est tout simplement l'idée qu'aucune régularité ne peut conduire nécessairement à la

---

<sup>76</sup> DALTON C., « An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine », in *Yale Law Journal*, vol.94, n° 997, 1985, p.1007-09. (La traduction est la notre).

<sup>77</sup> SPANN G., « Deconstructing The Legislative Veto », in *Minnesota Law Review Foundation*, vol.68, n°473, 1984, p.528. (La traduction est la notre).

<sup>78</sup> Cette distinction est également adoptée par SOLUM. Voir SOLUM L.B., « On The Indeterminacy Crisis : Critiquing Critical Dogma », in *The University Of Chicago Law Review*, vol.54, n°2, 1987, p.462-503.

<sup>79</sup> KAIRYS D., *The Politics of Law : A Progressive Critique*, 3d édition, Basic Books, 1982.

<sup>80</sup> TUSHNET M., « Defending the Indeterminacy Thesis », in *Quinnipiac Law Review*, vol.16, n° 339, 1996, p.341.

<sup>81</sup> SOLUM L.B., « On The Indeterminacy Crisis : Critiquing Critical Dogma », in *The University Of Chicago Law Review*, vol.54, n°2, 1987, p.462-503.

conséquence de l'adoption d'un résultat donné. Le système juridique pourrait également avoir généré un ensemble différent de conventions de stabilisation conduisant à des résultats exactement opposés et peut, sur un changement de direction de buts politiques, passer à ces conventions opposées à tout moment. SINGER<sup>82</sup>, YABLON<sup>83</sup>, et Duncan KENNEDY<sup>84</sup> sont d'accord avec GORDON et soutiennent que la thèse de l'indétermination peut être conciliée avec l'existence de cas « faciles » en revendiquant que les règles juridiques ne produisent pas *nécessairement* des résultats déterminés dans des cas particuliers, affaiblissant ainsi le statut modal de la thèse de la détermination. Par conséquent, comme l'écrit Roberto UNGER « Chaque étudiant en droit qui réfléchit ou un avocat a eu le sentiment inquiétant d'être capable d'argumenter trop bien ou trop facilement sur des solutions contradictoires<sup>85</sup> ». Parce qu'un désaccord raisonnable dans l'interprétation est possible, tous ces cas sont juridiquement indéterminés et on ne peut le décider que par des critères extra juridiques supplémentaires<sup>86</sup>.

### C) Indétermination et légitimité

La question de l'indétermination juridique est tellement importante qu'elle a un impact sur la question de la légitimité<sup>87</sup>. De nombreux juristes partisans des CLS estiment que la légitimité de la prise de décision judiciaire dépend du fait que les juges appliquent le droit et ne créent pas leur propre droit. Ils affirment que les

---

<sup>82</sup> SINGER J.W., « The Player And The Cards : Nihilism and Legal Theory », in *Yale Law Review*, vol.94, n°1, 1984, p.1-70.

<sup>83</sup> YABLON C.M., « The Indeterminacy Of Law. Critical Legal Studies and the problem of Legal Explanation », in *Cardozo Law Review*, vol.6, n°917, 1985, p.917-8.

<sup>84</sup> KENNEDY D., « Legal Education as Training for Hierarchy » in KAIRYS D., *The Politics of Law, Ibid*, 1982, p.49-50.

<sup>85</sup> UNGER R.M., *The Critical Legal Studies Movement. Another Time, A Greater Task*, London and New York, Verso, 2015[1986], p.87.

<sup>86</sup> Aux critiques qui demandent comment le droit peut être prévisible s'il est indéterminé, les CLS répondent que les décisions non déterminées par une théorie cohérente peuvent être prévisibles si nous en savons assez sur le contexte dans lequel la décision est prise. Ce contexte inclut le cadre institutionnel (par exemple juridictionnel ou législatif), les coutumes de la communauté (comme les pratiques commerciales standard), le rôle du décideur (juge, législateur, bureaucratie du bailleur), et son idéologie.

<sup>87</sup> Pour une critique sur la question du lien entre l'indétermination et la légitimité voir KRESS K., « Legal Indeterminacy », in *California Law Review*, vol.77, n°283, 1989, p.320-321. Pour un support à la thèse que l'indétermination radicale peut vicier la légalité, Voir FULLER L.L., *The Morality of Law*, Yale, Yale University Press, 1977.

décisions judiciaires ne sont légitimes que si les juges sont complètement contraints par le droit ou au moins y restent dans des limites étroites.

Le lien entre l'indétermination et la légitimité dans la pensée critique peut être compris de la manière suivante : la tradition libérale suppose que les textes législatifs sont légitimés par consentement. Dans la mesure où les juges sont chargés simplement de l'application des règles créées par le législateur, leurs actions sont légitimes et l'application de leurs décisions est justifiée. Dans certains cas<sup>88</sup>, les juges jouissent d'une discrétion limitée à « légiférer » afin d'adoucir les contours de la loi et corriger les lacunes législatives. Ainsi, les juges peuvent légitimement « légiférer » dans ce que HART appelle la « pénombre d'incertitude<sup>89</sup> ». Selon HART, la pénombre d'incertitude découle de l'imprécision et de la texture ouverte du langage des textes. Toute interprétation effectuée par le pouvoir judiciaire plus large que celle posée par les limites de la théorie libérale du droit serait toutefois une usurpation de l'autorité des représentants du peuple. Or, les thèses critiques de l'indétermination attaquent ce modèle formaliste en prétendant qu'il y a très peu – ou pas – de cas précis où le droit est en fait appliqué. La pénombre des cas incertains absorbe le noyau de l'application de la règle formaliste. Chaque cas de jugement, ou la plupart, exige la « législation » judiciaire. En conséquence, le jugement est illégitime.

Il est à noter que l'utilisation ici du terme « légitimité » est celle de la philosophie politique classique : si une décision judiciaire est légitime, elle fournit une obligation morale *prima facie* pour les citoyens d'obéir à la décision. Cette utilisation de « légitimité » devrait être fortement différenciée de la notion sociologique wébérienne<sup>90</sup>, où la notion sociologique de la légitimation pose une question causale sur le fonctionnement du système juridique induit la croyance dans l'autorité et le respect de ses lois. Le débat au sein de l'académie non juridique, la communauté politique et la culture populaire repose sur le présupposé qu'une décision judiciaire est légitime si elle applique fidèlement la loi, mais évidemment il est ouvert à la question morale, si elle reflète des facteurs non juridiques tels que les préférences personnelles ou l'idéologie politique du juge. La thèse de

---

<sup>88</sup> Pour les partisans du scepticisme radical de la déterminabilité du droit, dans tous les cas.

<sup>89</sup> HART H.L.A., *Le concept de droit*, 2<sup>e</sup> éd. augmentée d'une postface, trad. par VAN DE KERCHOVE M., Bruxelles, Facultés universitaires de Saint Louis, 2005, p.147-154, 269.

<sup>90</sup> Voir p.ex. MATHESON C., « Weber and the Classification of Forms of Legitimacy », in *The British Journal of Sociology*, vol.38, n°2, June 1987, p.199-215.

l'indétermination soutient que le droit ne contraint pas les juges suffisamment, en soulevant le spectre de l'illégitimité de la prise de décision judiciaire, fréquente ou même permanente. Les *CLS* ne prétendent pas que la seule conséquence de l'indétermination est le manque de légitimité. Mais les juristes libéraux devraient principalement se soucier des conséquences de l'illégitimité. Parce que, selon les *CLS*, on est rarement intéressé par l'indétermination en tant que question métaphysique ou épistémologique. Si les juristes critiques pouvaient démontrer que le système juridique est indéterminé et donc illégitime, leur critique serait alors forte. Les théoriciens libéraux seraient donc obligés de reconnaître la critique et de réviser leurs théories pour l'accueillir.

Même si certaines critiques ne sont pas focalisées sur l'importance de la thèse de l'indétermination dans ses conséquences sur la légitimité politique, il y a assurément une forte pression au sein de la recherche juridique critique qui entraîne une certaine focalisation. Joseph SINGER<sup>91</sup> affirme que la théorie juridique libérale exige une détermination substantielle afin de satisfaire les exigences de l'État de droit de la théorie libérale [*the rule of law*]. La détermination est souhaitable, car elle retient « le pouvoir judiciaire arbitraire<sup>92</sup> ». Bien qu'une détermination complète soit réalisable dans un système juridique, tout système complètement déterminé serait partiellement juste ou légitime parce qu'il serait insuffisant pour protéger la sécurité, la vie privée, la liberté de mouvement et d'autres valeurs concurrentes. Pour SINGER, la théorie juridique libérale tente donc de fournir la bonne combinaison entre détermination et indétermination. Toutefois, selon lui, aucun système juridique existant et aucune théorie juridique ne fournissent la quantité de détermination nécessaire.

Andrew ALTMAN<sup>93</sup> affirme également que l'indétermination, découlant des incohérences reflétant la lutte idéologique entre les législateurs, démontre que la philosophie juridique libérale ne parvient pas à la décision légitime judiciaire parce qu'il ne parvient pas à imposer aux juges des contraintes pratiques. Il écrit : « La doctrine est beaucoup plus indéterminée que ce que réalisent les théoriciens

---

<sup>91</sup> SINGER J.W., « The Player And The Cards : Nihilism and Legal Theory », in *Yale Law Review*, vol.94, n°1, 1984, p.1-70.

<sup>92</sup> *Ibid.*

<sup>93</sup> ALTMAN A., « Legal Realism, Critical Legal Studies And Dworkin », in *Philosophy and Public Affairs*, vol.15, n°3, 1986, p.205-235.

traditionnels. Si les théoriciens juridiques traditionnels sont corrects sur l'importance de la détermination dans l'État de droit, en fonction de leurs propres critères, l'État de droit n'a jamais existé nulle part<sup>94</sup> ».

Duncan KENNEDY décrit de manière pertinente dans sa première critique publiée sur la théorie juridique libérale<sup>95</sup>, le lien entre l'indétermination et la légitimité, un lien inhérent à la théorie juridique : « Mon [...] objectif dans cet essai est d'exposer la version de la théorie libérale de la justice qui affirme que la justice consiste en l'application impartiale des règles découlant de leur légitimité du consentement préalable de ceux qui y sont soumis [et] de contribuer à la critique de [cette théorie]. Mon argument est que la distinction entre l'élaboration de règles [*rule making*] et l'application de règles [*rule applying*] ne peut être faite pour légitimer le pouvoir coercitif des juges. Cette version de pensée libérale a succombé dans la tentative d'utiliser une théorie des règles pour transférer la légitimité postulée de la décision fondée sur le consentement aux administrateurs judiciaires d'un corps de règles juridiques<sup>96</sup> ».

Si les arguments critiques sur l'indétermination sont valables, ils peuvent soulever de sérieux doutes quant à la possibilité de l'existence de systèmes juridiques légitimes et de procédures juridictionnelles non arbitraires.

#### **D) La distinction d'autres thèses sur l'indétermination juridique**

Il existe d'autres théoriciens que les *CLS* ayant accepté l'existence d'une certaine indétermination dans le droit. Les réalistes juridiques, inspirateurs du principe d'indétermination, ainsi que vu précédemment, mais aussi le positiviste modéré du XXe siècle dont H.L.A. HART est le représentant avec Ronald DWORKIN, sont tous partisans d'une thèse qui soutient une certaine indétermination du droit. Il serait pertinent à mon avis d'étudier dans cette partie comment les *CLS* se distinguent de l'indétermination du droit pour pouvoir examiner ainsi à quel niveau la théorie critique du droit américaine s'en distingue.

---

<sup>94</sup> ALTMAN, *Ibid*, 1986.

<sup>95</sup> KENNEDY D., « Legal Formality », in *Journal of Legal Studies*, vol.2, n°2, 1973, article 5.

<sup>96</sup> *Ibid*.

En premier lieu la théorie *CLS* se différencie par l'allégation selon laquelle l'indétermination couvre un domaine de cas juridiques relativement large – portant sur tous les cas socialement significatifs et importants plutôt que ceux qui sont insignifiants –, et ensuite sa perspective sociologique. Les théories qui proclament que le degré d'indétermination est faible ou que les cas incertains sont peu nombreux, négligent, selon *CLS*, l'aspect sociologique.

En premier lieu, les *CLS* se distinguent de la théorie de l'indétermination de HART. HART, comme KELSEN, croit que la norme interprétée par les juges se présente comme une zone ou une aire comportant deux parties : un noyau de certitude et une pénombre d'incertitude, nommée par HART lui-même « frange d'imprécision » ou « aire de texture ouverte<sup>97</sup> ». À l'intérieur du noyau hartien, la norme a un effet contraignant sur la décision de l'interpréteur mais en dehors de celui-ci, existe une marge pour le pouvoir discrétionnaire du juge dans la zone de la pénombre. En l'espèce, la décision interprétative s'établit de plusieurs façons : après avoir mis en balance les conflits, selon les préférences législatives du juge, ou même en créant de nouvelles normes. Ainsi, HART reconnaît que dans la zone de pénombre, la norme perd son caractère propre déterminant et sa qualité initiale contraignante. Toutefois, pour HART les cas d'incertitude demeurent une exception ; la règle est que la norme a pour caractéristique d'imposer son unique signification à celui chargé de l'appliquer. Il affirme ainsi que l'indétermination se présente en raison de l'aire de texture ouverte infinie du langage : tous les termes généraux ont une pénombre dans laquelle il est difficile de savoir si le terme s'applique ou pas à certains cas particuliers. Pourtant, cette pénombre d'indétermination extensionnelle est nécessairement beaucoup moins étendue que les cas où le sens du terme est très clair, de sorte que l'application moyenne soit claire.

Pour HART, alors, l'indétermination du droit est un phénomène périphérique dans un système de règles qui, en général, fournit des résultats spécifiques aux cas.

---

<sup>97</sup> HART H.L.A., *Le concept de droit*, 2<sup>e</sup> éd. augmentée d'une postface, trad. par VAN DE KERCHOVE M., Bruxelles, Facultés universitaires de Saint Louis, 2005, p. 147.

En revanche, les *CLS* par la voix de Duncan KENNEDY<sup>98</sup> mettent en exergue un manque de clarté de la signification de cette zone d'incertitude ainsi que les raisons de son existence. Beaucoup plus, ils procèdent à une critique détaillée et à l'élaboration de ce que le professeur KENNEDY appelle une « phénoménologie alternative de gauche ». KENNEDY accuse la théorie hartienne de l'indétermination qui désigne des zones de certitude et de pénombre dans lesquelles s'intègrent les normes qu'il s'agit d'interpréter parce qu'elle n'est pas focalisée sur les raisons et les critères selon lesquels les juges procèdent à une telle classification. Il tente d'analyser le processus de l'interprétation de la norme en étudiant les phénomènes, les signes empiriques et constate que chaque procédure juridique évolue de la même manière : le juge procède à un travail juridique consistant à transformer l'appréhension initiale de la norme telle qu'imposée par le matériau juridique, par une appréhension nouvelle de ce matériau, plus conforme à ses propres préférences extra-juridiques. Pour ce faire il choisit un des trois types de conduites stratégiques. La procédure s'achève comme suit : soit l'interprète n'a pas été capable d'effectuer la réinterprétation stratégique de la signification de la norme applicable aux faits ; soit il transforme l'appréhension initiale de la norme. Cette procédure est stratégiquement engagée ; pour cette raison elle ne peut être ni une activité cognitive ni l'expression du pouvoir discrétionnaire du « juge législateur » comme le croit HART. Selon le professeur américain, le travail interprétatif est une stratégie idéologiquement chargée des principes et du sentiment que l'interprète a – consciemment ou pas – de justice.

D'un autre côté, les partisans des *CLS* acceptent l'idée de Ronald DWORKIN selon laquelle les règles juridiques sont infusées de principes et d'idéaux éthiques. En outre, ils prennent ces principes aussi sérieusement que les dworkeniens en ce sens qu'ils conçoivent que l'examen de ces principes consiste en l'une des principales tâches de la théorie juridique. Toutefois, l'un des sujets centraux de la réflexion de *CLS* est opposé aux tentatives de DWORKIN de sauver la déterminabilité juridique. L'idée principale dans l'analyse *CLS* est que le droit fusionne des principes et des idéaux opposés et contradictoires et que cette indétermination est insolvable. Or, selon

---

<sup>98</sup> KENNEDY D., *Une Alternative Phénoménologique de Gauche à la Théorie de l'interprétation juridique HART/KELSEN*, trad. Par FORRAY V. et GUIGUE A., *Legal Reasoning, Collected Essays*, The Davies Book Publishers, Aurora CO, 2008, p.21.

DWORKIN, les principes moraux et les idéaux éthiques sont ceux qui lient les juges et ainsi « l'obligation légale [est] imposée par une constellation de principes ainsi que par une règle établie<sup>99</sup> ». C'est cette constellation de principes qui guide et doit guider le juge vers un résultat déterminant lorsque les règles juridiques pertinentes sont en concurrence les unes avec les autres. Par exemple, les principes pourraient indiquer au juge la portée appropriée de l'application de chacune des règles concurrentes et donc résoudre tout conflit apparent en montrant que seulement l'une des règles était bien applicable dans le cas d'espèce. Pourtant, les *CLS* soutiennent qu'à part les règles juridiques qui sont contradictoires, ce sont les principes moraux et les idéaux éthiques et politiques qui sont en conflit<sup>100</sup> ; par conséquent, le problème de l'indétermination n'est pas résolu.

Toutefois, comme l'écrit ALTMAN<sup>101</sup>, la réponse dworkinienne serait de prétendre que les principes disposent d'un poids différent. Ainsi, même si nous avons un cas où deux principes concurrents semblent applicables – par exemple « une personne doit être tenue responsable si elle était en faute » et « entre deux innocents, celui qui a causé le préjudice doit payer » – DWORKIN fait valoir que, en l'espèce, l'un de ces principes aura plus de poids que l'autre et en conséquence celui-ci sera le principe qui déterminera le résultat juridique correct. DWORKIN n'accepte pas l'éventualité que le poids de tous les principes applicables soit exactement égal dans un cas, en laissant le résultat juridique vraiment indéterminé ; il fait valoir que de tels cas sont extrêmement rares dans tout système juridique développé. Il bâtit ainsi une théorie selon laquelle le principe le plus solide résout l'indétermination créée par les règles juridiques. Il faut noter ici que la conception de DWORKIN de la théorie du principe le plus solide suppose l'existence de certains méta-principes déterminant le poids approprié de chaque principe parmi les différents principes qui peuvent être applicables dans un cas précis. Or, les *CLS*, dans la même logique qu'ils ne croient pas à l'existence d'une règle ou d'un principe susceptible de déterminer les règles ou les principes applicables en l'espèce, nient également et complètement la possibilité

---

<sup>99</sup> DWORKIN R., « The Model of Rules », in *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, 1967, p.45.

<sup>100</sup> Voir le principe de contradiction *infra* p.46.

<sup>101</sup> ALTMAN A., « Legal Realism, Critical Legal Studies And Dworkin », in *Philosophy and Public Affairs*, vol.15, n°3, 1986, p.205-235.

de l'existence d'un méta-principe déterminant le poids des principes contradictoires dans la théorie de DWORKIN.

De plus, l'argument dworkinien, est, selon *CLS*, tellement limité que, même s'il est accepté, il ne menace pas la thèse des *CLS* de l'indétermination. Afin de conforter sa position, DWORKIN a dû créer un juge fictif qu'il a dénommé *Hercules*<sup>102</sup>. Comme l'indique son nom, un tel juge, avec toute la compétence que l'on pourrait exiger de quelqu'un en matière de droit, *Hercules* pourrait toujours parvenir à trouver la bonne réponse à toute question juridique. De cette façon, DWORKIN a déclaré à propos de l'ontologie de la loi, que toutes les propositions juridiques sont en quelques sortes vraies ou fausses. Or, les *CLS* notent qu'il ne dit rien sur la possibilité ou pas des vrais juges de parvenir à la bonne réponse dans tous les cas. Et, parce que la thèse de l'indétermination est connectée à des arguments sur la légitimité démocratique du droit dans les sociétés réelles, le point conceptuel dworkien ne le lèse pas.

Après avoir étudié le principe d'indétermination élaboré par les *CLS*, il est alors pertinent d'analyser le troisième et dernier point de l'argumentation de la théorie critique qui tente de réfuter le positivisme juridique et la théorie juridique libérale, celui de la contradiction. Il est à noter à ce niveau, que le principe de la contradiction présuppose l'acceptation de celui de l'indétermination.

### **III. Le principe de la contradiction juridique**

Le principe de la contradiction juridique, comme les deux premiers principes, a été élaboré pour la première fois par les réalistes juridiques. Toutefois, il est vrai que la doctrine de *CLS* sur le principe de la contradiction est beaucoup plus détaillée et profonde. Le professeur Andrew ALTMAN<sup>103</sup> suggère une catégorisation pertinente des arguments des *CLS* qui soutiennent l'existence de contradictions dans la théorie juridique libérale. Selon moi, l'argumentation des *CLS* peut se décomposer en deux arguments distincts, mais évidemment étroitement liés. D'un côté, les *CLS* affirment qu'une incompatibilité existe entre la théorie juridique libérale et la théorie politique

---

<sup>102</sup> DWORKIN R., *The Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 354.

<sup>103</sup> ALTMAN A., *Critical Legal Studies. A Liberal Critique*, Princeton, Princeton University Press, 1993[1990].

libérale issue de leurs promesses contradictoires (A). En effet, pour *CLS*, la théorie juridique est engagée dans l'État de droit [*the rule of law*] et la théorie politique dans la neutralité et le pluralisme moral, religieux et politique<sup>104</sup>. La position des *CLS* alléguant que l'État de droit libéral est conceptuellement incohérent consiste à soutenir qu'il ne peut exister sans violer la neutralité libérale, étant donné l'existence d'un contexte pluraliste. D'un autre côté, le deuxième argument inhérent à l'élaboration du concept de la contradiction dans la pensée critique, ne constitue pas une opposition à la théorie libérale du droit comme la précédente mais plutôt une opposition à l'ensemble des règles et de la jurisprudence qui forment le droit de l'État libéral. Précisément, ici c'est le droit libéral<sup>105</sup> et non la théorie juridique qui est plein de contradictions (B).

### **A) La contradiction dans la théorie de l'État de droit**

Dans le but de réfuter le libéralisme, les *CLS* ont élaboré une étude détaillée et remarquable de la théorie juridique et politique libérale contemporaine. Convaincus que le droit n'est pas autonome mais au contraire étroitement attaché à la politique, leur étude part de l'examen du rapport entre la théorie juridique et la théorie politique libérale. Après avoir étudié l'argumentation libérale, le professeur UNGER conclut à l'existence de deux contradictions fatales au cœur de la théorie politique et juridique libérale<sup>106</sup>. Ces contradictions découlent de la même déficience fondamentale et par conséquent détruisent toutes deux la possibilité de l'existence de l'État de droit [*the rule of law*] de la théorie libérale. La déficience consiste en l'incapacité du libéralisme de parvenir à une compréhension cohérente des relations entre des règles et des relations entre les règles et les valeurs dans la vie sociale. L'ensemble des arguments présents dans la doctrine de *CLS* en faveur de la thèse selon laquelle l'État de droit libéral est impossible, découlent directement de l'affirmation du professeur UNGER

---

<sup>104</sup> ALTMAN, *Ibid*, p.104.

<sup>105</sup> Comme droit libéral, les *CLS* considèrent ici le droit anglo-américain des années 1960 jusqu'à nos jours, afin d'éviter la critique éventuelle sur la possibilité de considérer le droit anglo-américain comme représentatif du droit de tous les États libéraux. Toutefois, il est évident que la théorie *CLS* essaie de prouver l'existence de contradictions dans le droit, comme élément fondamental et inévitable de la théorie juridique libérale. Voir ALTMAN, *Ibid*.

<sup>106</sup> UNGER R.M., *Knowledge And Politics*, New York, The Free Press, 1984[1976], p.63.

que la théorie juridique et politique libérale est incapable de fournir un compte rendu cohérent de règles et de valeurs juridiques. Nous allons par conséquent examiner en premier lieu l'argumentation de la théorie libérale telle que développée par les *CLS* ainsi que l'effort de la théorie critique de démontrer les lacunes et la contradiction existantes.

La théorie libérale proclame la subjectivité des valeurs, qui signifie qu'aucune idée de ce qui est bon ou mauvais dans la vie humaine n'a de sens au-delà du choix de l'individu qui l'applique. Le terme valeur est utilisé ici afin de déterminer les fins et les objectifs poursuivis par les gens et la conception retenue de ce qui est bon et mauvais, juste et injuste dans la vie sociale. Étant donné le pluralisme, aucune de ces conceptions de valeur ne peut être « correcte ». La même conception de la bonne et de mauvaise façon de vivre peut être partagée par un certain nombre d'individus dans le contexte de l'État libéral. Ce partage est considéré par la théorie libérale comme dénué d'importance quant à son exactitude objective ou son autorité et sa contrainte est, en principe, réfutée. Le partage consiste, de cette manière, en un fait accidentel de la situation sociale et il ne peut être démontré que la conception commune du bien ou du mal trouve son fondement dans une objectivité transcendant le choix individuel ou justifiant la contrainte exercée sur ceux qui refusent de choisir le mode de vie recommandé par la conception partagée. Après cette brève présentation des thèses libérales, deux questions en découlent : comment l'ordre social peut-il être établi et maintenu s'il n'y a pas des valeurs objectives, autour desquelles il pourrait être construit et stabilisé ? Le fait qu'un certain nombre de citoyens partagent les mêmes valeurs doit-il être considéré comme un fait accidentel et transitoire de la vie sociale ? Au-delà, comment l'établissement et le maintien d'un ordre social peut-il éviter l'assujettissement injustifiable de certaines personnes aux choix subjectifs des autres ? La théorie libérale tente de résoudre ces deux problèmes cruciaux émergents, à savoir le premier qui est un problème de l'ordre et le deuxième qui est un problème de liberté, de la manière suivante : l'hostilité éternelle des hommes entre eux exige que l'ordre et la liberté soient maintenus par l'État de droit. Ainsi, la nécessité de règles se pose en raison de l'existence de la subjectivité des valeurs, étant donné qu'il n'y a pas une conception commune du bien dans la société, qui pourrait se poser au-dessus des conflits intersubjectifs et pourrait imposer des limites aux sujets sociaux. Donc, pour

le libéralisme, les règles existent pour résoudre les conflits issus du pluralisme social et établir la paix dans la société.

Selon la reconstruction du libéralisme par le professeur UNGER, l'idée clé de la théorie libérale est que même si les gens choisissent de partager les conceptions concurrentes de ce qui est juste ou injuste dans la vie humaine, ils peuvent encore se mettre d'accord afin de définir des règles fondamentales. La mise en place et l'application de ces règles fondamentales est l'État de droit. Ainsi, pour les libéraux, les règles sont neutres mais les valeurs sont, par nature, subjectives. Considérant que le recours à des conceptions communes de ce qui est bien dans la vie humaine est instable, voire impossible, dans le contexte de la société libérale où beaucoup de ces conceptions sont concurrentes mais sans qu'aucune ne soit considérée comme ayant une autorité indépendante du choix individuel, la théorie libérale estime que le recours à un ensemble de règles pour réglementer la vie sociale peut être stable. Si les règles sont neutres et se placent au dessus des conceptions concurrentes d'une existence juste et bonne, alors tout le monde peut accepter les règles. Par conséquent l'ordre social et politique sera stable et personne ne sera soumis à la domination politique illégitime d'un autre. La règle des règles positives, qui est la primauté du droit, est donc la solution de la pensée libérale au problème de la création d'un ordre social stable dans un cadre pluraliste et la prévention de la domination illégitime.

Or, les *CLS* par la voix de UNGER, estiment qu'en réalité la doctrine libérale de la valeur subjective sape l'État de droit et annule son rôle comme solution au problème de l'ordre et la liberté. La première des deux contradictions attribuées au libéralisme a trait au processus d'adoption des règles juridiques. Cette première contradiction est ce que ALTMAN nomme « l'antinomie de la législation<sup>107</sup> ». Selon cette thèse, il n'existe pas de processus susceptible de répondre à la demande de procédure de législation neutre de la part de la morale politique libérale. D'autre part, la seconde contradiction, appelée par UNGER lui-même « l'antinomie des règles et valeurs<sup>108</sup> », concerne le processus par lequel les règles juridiques sont interprétées ;

---

<sup>107</sup> ALTMAN A., *Ibid*, p. 59.

<sup>108</sup> UNGER R.M., *Ibid*, p. 88.

UNGER fait valoir qu'il n'y a pas de processus qui peut répondre à la demande de la morale politique libérale d'un processus d'interprétation neutre<sup>109</sup>.

En effet, dans la pensée *CLS*, deux difficultés insurmontables pour le libéralisme se présentent : en premier lieu, il est impossible pour chaque processus d'être neutre après l'adoption des règles fondamentales. Un processus législatif non neutre sera biaisé par ceux qui ont partagé des conceptions différentes de ce qui est juste ou injuste dans la vie sociale. Ensuite, la doctrine libérale de la valeur subjective rend impossible tout processus neutre face à l'interprétation des règles faisant autorité. Lorsque la morale politique libérale exige que les deux processus soient neutres, (sinon les hommes ne pourraient pas se mettre volontairement d'accord sur les règles dont l'interprétation est dominante, et en conséquence il y aurait une domination illégitime) l'État de droit se révèle être un concept théoriquement incohérent. Un processus législatif neutre est impossible, selon UNGER, pour deux raisons principales : premièrement, la procédure est inséparable du résultat ; chaque méthode législative fait certains choix législatifs. Chaque système législatif lui-même incarne certaines valeurs ; il intègre une vue sur la façon dont le pouvoir doit être distribué dans la société et les conflits résolus<sup>110</sup>. Pourtant, même si un processus neutre de la législation était possible, l'État de droit libéral serait contesté par le fait qu'il ne peut y avoir de processus neutre d'interprétation des règles générées par le processus législatif. En effet, l'interprétation des règles nécessite une dépendance à l'égard des valeurs. Cela revient à dire que les conceptions du bien ou du mal, à savoir les valeurs, jouent inévitablement un rôle dans l'interprétation des règles juridiques. Le choix des différentes conceptions du bien et du mal à la lumière de l'interprétation des règles juridiques va générer des résultats contraires à leur signification. Pourtant, par les propres prémisses du libéralisme, il n'existe pas de conception du bien objectivement correcte. Comme le dit ALTMAN<sup>111</sup>, si la stabilité sociale exige l'existence de règles dont la neutralité peut résulter de l'accord de toute la société, l'impossibilité de se fonder sur des valeurs concurrentes et incompatibles crée une contradiction intrinsèque. Dans la même logique, si la liberté politique

---

<sup>109</sup> Il est évident que cet argument considère comme établi le principe d'indétermination, vu précédemment.

<sup>110</sup> UNGER R.M., *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*, New York, The Free Press, 1977, p.180.

<sup>111</sup> ALTMAN A., *Ibid*, p. 62.

interdit à quiconque d'imposer une conception particulière du bien et du mal sur un dissident, l'interprétation subjective des règles juridiques faisant autorité forme également encore une contradiction.

L'attaque des *CLS* sur la cohérence de la théorie libérale est concentrée sur le fait que le pluralisme de l'État libéral rend l'État de droit impossible, étant donné les postulats libéraux. L'existence du pluralisme signifie que l'ordre de la vie sociale ne peut pas se stabiliser autour des conceptions communes du bien et du mal. Les conflits sociaux ne peuvent être résolus par l'appel à ces valeurs puisque ces conflits sont, dans une large mesure, le reflet des conceptions contradictoires de ce qui est bien et mauvais dans la vie humaine. Beaucoup plus, pour être fidèle à la pensée libérale, les conflits sociaux ne peuvent non plus être résolus par l'appel aux règles juridiques. En effet, pour que les règles stabilisent la vie sociale d'une manière compatible avec la morale politique libérale, il faut, malgré les divergences sur la notion du bien, être en mesure de se mettre d'accord sur la procédure d'adoption des règles juridiques et leur processus d'interprétation. Or, une telle entente est impossible vu la théorie du pluralisme libéral, selon laquelle cohabitent différentes conceptions et valeurs concurrentes dans la vie sociale. La thèse des *CLS* consiste ainsi à affirmer que le pluralisme de la théorie libérale, qui considère les règles nécessaires pour régir la vie sociale, néglige l'impossibilité pour les gens de se mettre d'accord sur un processus unique d'adoption de ces règles et d'interprétation de leur signification.

## **B) La contradiction dans le droit libéral**

Le deuxième argument, qui parachève le principe de contradiction, se réfère, ainsi que nous l'avons déjà mentionné, aux défauts du droit libéral plutôt qu'à ceux de la théorie juridique et politique libérale. Ainsi, vu la non-homogénéité de la doctrine *CLS*, trois thèses principales s'en dégagent : la thèse du « patchwork » [*patchwork thesis*], selon laquelle le droit consiste en un patchwork de normes sans principes dérivant de points de vue moraux incompatibles ; la thèse du canard-lapin [*the duck-rabbit thesis*], selon laquelle la structure de la doctrine juridique peut être organisée de manières radicalement différentes et la thèse de troncature [*the truncation thesis*] qui prétend que les principes sous-tendant les règles juridiques ne sont pas appliqués de façon uniforme à tous les cas mais ils s'appliquent de façon distincte aux cas de l'ensemble sur lesquels ils prétendent avoir autorité.

### **a) La thèse du « patchwork »**

La théorie du « patchwork » [*patchwork thesis*] est élaborée comme une conjonction de deux convictions connectées mais bien distinctes : premièrement, il est impossible de fournir une reconstruction rationnelle du corps de la doctrine juridique en dérivant ses normes à partir d'un ensemble cohérent de principes sous-jacents. Deuxièmement, la raison de cette impossibilité est que la reconstruction de certains éléments importants de la doctrine exigera des principes d'un point de vue éthique particulier, alors que la reconstruction d'autres éléments importants de la doctrine exigera des principes contradictoires d'un point de vue éthique compétitif et contradictoire. L'importance cruciale de la théorie du patchwork pour *CLS* réside dans la croyance des théoriciens critiques que cette théorie démontre la contradiction intrinsèque des exigences de la théorie juridique libérale. La théorie libérale exige que la doctrine juridique reconstruise de façon rationnelle un ensemble cohérent de principes normatifs. La forme de patchwork de la doctrine juridique exclut la possibilité d'une reconstruction rationnelle, selon la position *CLS*, et ainsi amène les libéraux en confrontation avec deux options : rejeter le système juridique actuel ou rejeter l'exigence prévue par la théorie juridique libérale. Plus précisément, de nombreux auteurs des *CLS* ont tenté de montrer l'existence d'un conflit entre les normes juridiques qui font de la doctrine juridique un patchwork sans principes. Le travail de Duncan KENNEDY sur le conflit existant entre l'individualisme et l'altruisme est, sur ce point, exemplaire. Dans son célèbre article, « Form and Substance in Private Law Adjudication<sup>112</sup> », KENNEDY se concentre sur le problème de la forme dans le domaine du droit civil américain. Le problème de la forme est formulé autour de la question suivante : quel est le degré de réalisabilité formelle des normes juridiques? La réalisabilité formelle est une qualité pouvant être représentée en termes de continuum entre deux pôles opposés. À un extrême se trouvent les normes caractérisées par les juristes comme des règles [*rules*] ; à l'autre extrême, celles caractérisées comme des standards juridiques [*standards*]. Au pôle opposé d'une règle se trouve un standard juridique se référant directement à l'un des objectifs fondamentaux de l'ordre juridique. Parmi les standards on citera la bonne foi, la

---

<sup>112</sup> KENNEDY D., « Form and Substance in Private Law Adjudication », in *Harvard Law Review*, vol. 89, n° 8, June 1976, p. 1687-88.

diligence, l'équité, et l'enrichissement sans cause. Parce que les règles et les standards juridiques ont autant de vertus que de vices, la doctrine juridique est remplie de pré-règles [*pro-rules*], c'est à dire des règles fondamentales au dessus des règles normales, contenant les vertus des règles et les vices des standards juridiques et des pré-standards [*pro-standards*], composés des vertus des standards et les vices des règles<sup>113</sup>. KENNEDY affirme que ces pré-règles et ces pré-standards constituent une invitation à choisir entre des ensembles de valeurs. Donc, selon lui, une position jurisprudentielle qui favorise les règles est liée à une vision morale caractérisée comme individualiste et une position jurisprudentielle qui favorise des standards est liée à une vision morale caractérisée altruiste. Ces deux points de vue éthiques représentent des conceptions fondamentalement incompatibles à la nature du soi, du rôle du droit et des vertus principales de la vie sociale. Ainsi, KENNEDY suggère que certaines normes juridiques peuvent être caractérisées comme individualistes et d'autres comme altruistes. À titre d'exemple, la jurisprudence du droit des contrats permettant aux juges de contrôler l'existence d'une équité substantielle lors d'un échange commercial est altruiste alors que la jurisprudence qui retire aux juges cette possibilité est individualiste<sup>114</sup>. La présence des règles dans l'ordre juridique actuel est due, selon KENNEDY, à l'influence de l'individualisme dans notre culture alors que la présence de standards juridiques est due à l'influence de l'altruisme. Le caractère de la doctrine juridique actuelle est le résultat de l'affrontement de points de vue éthiques incompatibles et donc la doctrine elle-même constitue un patchwork de normes échappant à toute reconstruction rationnelle en tant qu'ensemble cohérent de principes.

### **b) La théorie du « canard-lapin »**

La deuxième théorie est celle du « canard-lapin » [*duck-rabbit thesis*] et complète les lacunes de la première<sup>115</sup>. Le nom de canard-lapin, attribuée par ALTMAN à cette seconde théorie argumentative, est clairement une référence au

---

<sup>113</sup> ALTMAN A., *Ibid*, p. 108.

<sup>114</sup> KENNEDY D., *Ibid*, p. 1732-33.

<sup>115</sup> Le professeur ALTMAN se situant clairement contre l'argument du patchwork développe ses lacunes et montre qu'il est facilement réfutable. Voir ALTMAN A., *Ibid*, p. 117-130.

concept du canard-lapin de WITTGENSTEIN<sup>116</sup>. Se référant à des phrases ambiguës, WITTGENSTEIN a traité les figures qui peuvent être vues et comprises de façons différentes. Un des exemples utilisé est la figure du canard-lapin [*duckrabbit figure*], une image ambiguë qui peut être vue soit comme un canard soit comme un lapin<sup>117</sup>. Selon WITTGENSTEIN lorsqu'on regarde l'image du canard-lapin image et que l'on voit un lapin, on n'effectue pas une interprétation de l'image, mais on rend plutôt compte de ce que l'on voit : juste l'image d'un lapin. Or, il arrive que l'on voie d'abord un canard, puis un lapin. Dans la même logique, les *CLS* et surtout KENNEDY et UNGER, proclament que le droit libéral est plutôt un « canard-lapin » wittgensteinien, ayant des apparences différentes en fonction du point de vue de la personne qui traite les questions de droit. KENNEDY prétend que la structure doctrinale actuelle est clairement incompatible avec la philosophie du droit libéral et sa promesse d'objectivité. Il affirme que chaque cas juridique est partagé entre l'individualisme et l'altruisme. À cet égard, les penseurs *CLS*<sup>118</sup> suggèrent que la structure vue par les juristes libéraux dans le droit découle d'une vision éthique dominée par l'individualisme. KENNEDY le dit expressément : « l'individualisme est la structure du status quo<sup>119</sup> ». Par conséquent, les *CLS* voient une possibilité de retournement de la structure à l'envers, c'est-à-dire un changement non pas des règles elles-mêmes, mais de leur position dans la structure globale de la doctrine juridique<sup>120</sup>. Ainsi, la théorie critique suggère la possibilité d'un changement radical dans la compréhension de notre culture juridique de la structure du droit si la culture a réservé ses polarités éthiques et morales de la domination de l'individualisme à la domination de l'altruisme. En bref, le débat entre l'individualisme et l'altruisme est situé au niveau de la structure de la doctrine, et pas seulement au niveau de son contenu tel que mis en avant par l'argument du patchwork. L'individualisme implique

---

<sup>116</sup> WITTGENSTEIN L., *Philosophical Investigations*, London And New York, Arrington and Glock, 1991[1953], Part III, §XI.

<sup>117</sup> Voir annexe n°1.

<sup>118</sup> Ici il y a un désaccord au sein du mouvement de *CLS*. KENNEDY, représentant une théorie de canard-lapin plus radicale, suggère que la doctrine juridique ne possède pas de structure indépendante du point de vue de celui-ci qui la traite ainsi que la structure juridique est dans les yeux du spectateur. Au contraire, UNGER, plus modeste, suggère que la doctrine a une structure objective.

<sup>119</sup> KENNEDY, *Ibid*, p.1775.

<sup>120</sup> Voir la doctrine déviationniste de UNGER *infra* p.71.

une certaine façon de structurer les normes juridiques ; l'altruisme implique la structuration inverse de ces mêmes normes.

Selon les *CLS*, la doctrine est interprétée et appliquée par les libéraux d'une manière qui révèle que les règles sont adoptées pour faire partie du noyau de la doctrine et que les standards juridiques sont pris pour faire partie de la périphérie de la doctrine. Cette structuration en termes de centre et de périphérie est liée logiquement et empiriquement à ce qui est considéré comme une domination sous-jacente de l'individualisme dans notre culture juridique et politique. Dans cette perspective, la contradiction entre l'individualisme et l'altruisme se reflète dans le droit par l'incompatibilité de certaines normes avec un de ces deux points de vue éthique. Ainsi, le droit, selon la thèse du canard-lapin, est considéré non comme un simple patchwork de normes contradictoires provenant de points de vue éthiques incompatibles, mais comme une analogie de la métaphore du canard-lapin, qui, sans altérer le fondement le composant, peut modifier son apparence globale en fonction de la façon dont elle est perçue. La métaphore du canard-lapin fournit, ainsi, une façon vivante de distinguer cette affirmation de la théorie du patchwork.

### **c) La théorie de la troncature**

La troisième et dernière théorie du principe de contradiction du droit libéral, est celle de la troncature, liée à l'affirmation selon laquelle les principes éthiques qui sous-tendent les règles juridiques ne sont pas toujours appliqués à tous les cas sur lesquels, aux yeux de leurs partisans, ils exercent une autorité morale. En ce sens, les règles juridiques représentent des expressions détachées des principes éthiques qui les sous-tendent. Les règles juridiques peuvent être des manifestations tronquées de principes éthiques sous-jacents pour plusieurs raisons. Les règles peuvent être tronquées quand un principe éthique se heurte non seulement à un principe incompatible mais aussi à la force des intérêts antagonistes. En outre, les règles peuvent être tronquées par des idées éthiques en concurrence sur le principe qui doit être considéré comme faisant partie du noyau moral et sur celui de la périphérie. Selon cet argument, le droit positif est ainsi le résultat transitoire et contingent de luttes idéologiques et politiques entre les facteurs sociaux dont les positions sont compromises, tronquées, viciées et ajustées. En effet, UNGER le dit expressément : les résultats d'une théorie normative cohérente, richement développée, ne peuvent pas

coïncider avec chaque branche du droit. Les nombreux conflits d'intérêts que le droit implique, devraient constituer le véhicule d'une rationalité morale intrinsèque dont le message pourrait s'articuler autour d'une théorie unique et cohérente. « Les théories juridiques dominantes en fait entreprennent une sanctification invraisemblable du réel<sup>121</sup> ». L'argument de troncature repose sur la conclusion inductive : compte tenu d'une situation empirique où la doctrine juridique est le résultat de conflits entre des positions éthiques incompatibles dans lesquelles aucune position ne peut vaincre ses concurrents, certains principes éthiques qui sous-tendent les règles juridiques en question sont susceptibles d'avoir un champ d'application tronqué. Cela se produit parce que le champ d'application des principes considérés comme étant au centre d'un point de vue éthique donné est susceptible d'être réduit par d'autres principes contraires du point de vue de l'incompatibilité.

Afin de rendre son argumentation plus claire, UNGER fournit un exemple de troncature dans le corps du droit américain<sup>122</sup>. Dans la jurisprudence sur la protection égale [*doctrine of equal-protection*], le professeur trouve deux principes distincts actifs. Le premier prescrit que les lois doivent être appliquées aux groupes sociaux suffisamment généraux ; cette prescription est en effet une exigence de l'État de droit, nécessaire pour empêcher le législateur de se transformer en un organe de l'administration de la société. Il s'agit du principe de généralité exigeante [*principle of generality-requiring*]. Un autre principe interdit au législateur d'adopter des lois imposant aux groupes sociaux des désavantages qui empêchent leurs membres d'avoir une voix égale dans le processus politique démocratique ou qui sont exploités par des groupes disposant d'une voix moins égale dans la société. Il s'agit du principe de la généralité correctrice [*principle of generality-correcting*] ; UNGER le trouve sérieusement tronqué. Dans la jurisprudence sur la protection égale, le principe de la généralité correctrice est mis en œuvre seulement partiellement : lorsqu'une loi aggrave la situation d'un groupe social appartenant à une catégorie sociale sensible comme la catégorie de race ou du sexe, la jurisprudence de la protection égale nécessite un contrôle judiciaire strict sur la loi en question. La loi doit être considérée nécessaire pour l'accomplissement d'un certain intérêt du gouvernement. D'autre part,

---

<sup>121</sup> UNGER R.M., *The Critical Legal Studies Movement. Another Time, a Greater Task*, London and New York, Verso, 2015[1986], p. 9.

<sup>122</sup> UNGER R.M., *Ibid*, p. 44-56.

la jurisprudence américaine ne requiert pas les mêmes exigences des lois qui instituent une classification explicite ou implicite par des termes économiques tels que le revenu ou la richesse. Ces types des lois doivent satisfaire seulement les exigences judiciaires normales, tout comme le premier principe de la généralité exigeante [*principle of generality-requiring*]. UNGER estime que la façon que le droit traite la protection égale est grandement lacunaire. La critique de UNGER est surtout dirigée contre la jurisprudence de la protection égale qu'il juge coupable d'une mise au point sélective et arbitraire sur certains types de groupes sociaux sensibles tels que la race et le sexe à l'exclusion des autres, comme la classe économique. Ainsi, il conclut que la qualité de l'analyse juridique actuelle est une conséquence directe de la relation troublée et détachée de la doctrine par rapport à ses propres prémisses théoriques.

Avec l'élaboration de ces trois principes, le principe de l'antiformalisme juridique, le principe de l'indétermination et le principe de la contradiction, les partisans de la théorie critique du droit et du mouvement juridique *CLS* complètent leur argumentation qui prétend réfuter la théorie juridique libérale et le positivisme juridique. Les *CLS* demeurent des théoriciens de la gauche politique et progressiste, préoccupés par la pratique, et ainsi ne s'arrêtent pas à une critique théorique du positivisme. Ils sont connectés avec la réalité juridique pour proposer des réformes institutionnelles.

## Partie Seconde : Le droit comme *praxis*

Après avoir étudié en détail la critique de la théorie juridique libérale et du positivisme juridique faite par les *CLS*, dans un second temps et afin de compléter notre présente étude, la proposition de ce mouvement théorique de remplacer la doctrine juridique actuelle est à étudier. Il est vrai que la théorie *CLS* ne pourrait pas être étudiée sans avoir mis en exergue leur doctrine reconstructive, à savoir la théorie constitutive du droit ainsi que leurs propositions transformatrices alternatives. En effet, ce sont leurs points reconstructifs qui distinguent les *CLS* d'autres critiques du positivisme juridique et de la théorie juridique libérale – comme le réalisme juridique et la théorie marxiste du droit. Ainsi, dans la partie qui suit, nous allons analyser en premier lieu comment les *CLS* parviennent à passer de la critique du droit libéral au processus de la construction théorique d'une nouvelle conception juridique, en traversant et en critiquant la tradition marxiste et ses obstacles, renforçant leur propre pensée en mouvement critique (I). Dans un deuxième chapitre, nous allons voir comment les *CLS*, après avoir justifié leur appartenance à une tradition critique orientée vers la mise en pratique de la théorie et avoir tenté de prouver que le droit peut être vu comme un champ susceptible d'apporter un changement social, comme un *praxis* au sens marxiste de la notion, ont recours à la méthode de la déconstruction. Ils vont élaborer leur théorie constitutive du droit afin de parvenir à une proposition transformatrice de la société (II). En effet, dans ce deuxième temps, nous aurons l'opportunité de voir comment la théorie critique fonde le potentiel transformateur du droit et comment elle arrive à se considérer capable de procéder à des propositions réformatrices du droit et par conséquent à élaborer un agenda politique. Or, leur doctrine critique et radicale soulève, c'est normal, un certain nombre de problématiques. Nous allons essayer de ce fait, dans le troisième et dernier chapitre de cette étude, d'examiner si la doctrine transformatrice des *CLS* est capable de surmonter quelques objections logiquement engendrées du fait des critiques de la théorie critique du droit (III).

## I. CLS : un mouvement critique. De la critique à la construction

Ainsi que déjà mentionné<sup>123</sup>, le nom de « *CLS* » ne désigne pas seulement une théorie juridique ; les *CLS* sont beaucoup plus des théoriciens qui ont formé un mouvement théorique, juridique et politique organisé qui harmonise les différents points de vues existant en son sein grâce à la conférence *CLS* [*Critical Legal Conference*] se tenant tous les ans depuis 1984. Comme mouvement critique – vu son héritage gauchiste mais aussi son caractère moderne –, sa caractéristique remarquable est son objectif de se déplacer au-delà de la critique à la construction de nouvelles conceptions du droit démontrant la capacité du droit d’influencer et en même temps de réglementer le changement social. Contrairement à leurs prédécesseurs, les juristes *CLS* modernes tentent de montrer que le programme d’un changement social peut être construit en développant le potentiel d’un tel changement susceptible de se trouver également dans les règles et la doctrine juridique existantes.

Conformément à leur patrimoine de gauche, les théoriciens *CLS* appellent à des changements radicaux dans le droit et dans la structure de la société elle-même dans une direction émancipatrice et socialiste. Le mouvement vise à renverser les structures hiérarchiques de la domination dans la société capitaliste actuelle, en mettant l’accent sur le droit comme outil pour atteindre cet objectif. Selon eux, il n’y a pas de forme naturelle ou inévitable de l’organisation sociale ; les *CLS* évitent ainsi de déterminer exactement le modèle de l’organisation sociale souhaitable. Au lieu de cela, les principaux partisans des *CLS* envisagent une émancipation potentielle des individus à partir des structures du pouvoir qui les restreignent et les victimisent.

Duncan KENNEDY déclare explicitement sa perspective gauchiste, qu’il appelle modernisme / postmodernisme ou « *mpm* ». Pour lui, ce projet *CLS* de gauche est un projet activiste : « Les objectifs du projet de gauche sont de changer le système actuel de l’hierarchie sociale, y compris ses dimensions de classe, de race et de genre, dans le sens d’une plus grande égalité et d’une plus grande participation au gouvernement public et privé<sup>124</sup> ». *Mpm* est aussi un projet activiste, dont le but est la

---

<sup>123</sup> Voir *supra* Introduction.

<sup>124</sup> KENNEDY D., *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1977, chapitres 6-7. (La traduction est la nôtre).

« réalisation d'expériences transcendantales esthétiques, émotionnelles, intellectuelles en marge ou dans les interstices d'une grille rationnelle perturbée<sup>125</sup> ».

Les *CLS* croient que le but d'une théorie juridique critique est de libérer la théorie marxiste du droit de son enveloppe déterministe – à savoir, de l'idée que le droit consiste en un simple instrument du pouvoir de classe – et de concevoir le processus juridique, au moins en partie, d'une manière dans laquelle les rapports de classe sont créés et articulés. Ils considèrent ainsi que le droit peut être vu comme une forme de *praxis*<sup>126</sup>. Selon leurs propres termes, « contre l'idée que le droit est essentiellement un instrument du dominant [...] le droit doit être [considéré comme] une catégorie centrale dans toute théorie de la socialité dans les sociétés capitalistes avancées<sup>127</sup> ». Ainsi, l'argument de la plupart des *CLS* est que nous pouvons concevoir le droit comme une forme de pratique sociale dans laquelle les individus participent à l'élaboration de la morale, à la distribution de ressources, et à l'organisation de leur vie, alors que dans la société de classes ce processus est aliéné. Dans les sociétés capitalistes, le droit devient un mode de domination, et non de liberté, à la fois en raison de sa fonction répressive et son lien avec la violence légitimée de la classe dominante. Il promeut la reproduction de la domination capitaliste et de la hiérarchie sociale et en raison de sa fonction idéologique, à savoir sa fonction mystificatrice et la présentation de ce qui est injuste, cruel et inhumain comme étant juste et équitable.

De ce fait, les *CLS* s'opposent à la conception marxiste-léniniste qui exclut le droit et ses possibilités du processus de la transformation de la société, comme partie de la superstructure dans le célèbre schéma d'origine marxienne. Selon eux, le marxisme a négligé la forme distinctive de la pratique juridique – étant elle aussi aliénée – dans la culture capitaliste libérale et dans le légalisme libéral.

En raison de sa relation avec la contrainte légitime, la prétendue idéologie de la séparation de la morale et de la politique de l'action judiciaire, l'accent mis sur le modèle juridictionnel formel du règlement des différends, son caractère impersonnel et anti-participatif, son insistance à présenter tous les jugements moraux et à répartir

---

<sup>125</sup> *Ibid.*

<sup>126</sup> KLARE K., « Law-making as Form of Praxis », in *Telos Press Publishing*, vol.40, n°5, p.123-135, June 1979.

<sup>127</sup> FRASER A., « The Legal Theory We Need Now », in *Socialist Review*, Portland, n°40-41, July-October 1978. (La traduction est la nôtre).

les ressources sous forme de règles générales, en raison également du fait que des juristes spécialistes oeuvrant dans des structures d'élite et éloignés de la réalité vécue de la vie quotidienne dans la société capitaliste le contrôlent et le fait que les revendications de propriété soient exaltées par rapport à aux revendications de la dignité humaine, le droit libéral est, pour les *CLS*, une négation de l'esprit humain<sup>128</sup>. Ainsi, selon eux, une vision adéquate du projet révolutionnaire d'ériger une société libre impose de démasquer la nature et la pratique – y compris la forme, ainsi que le contenu – du droit capitaliste, et de commencer à concevoir des alternatives émancipatrices dans le domaine juridique.

La théorie critique du droit ne se limite pas à critiquer la doctrine juridique libérale ; beaucoup plus, elle est disposée à rechercher les critères susceptibles de parvenir à une solution alternative, communautaire, des différends, offrant une protection institutionnelle de l'autonomie individuelle et l'autodéfinition, en accompagnant la transition à la société post-capitaliste<sup>129</sup>. Un droit plus démocratique et plus socialiste ne peut pas être le simple versement de nouveaux contenus dans les formes institutionnelles du légalisme libéral, ni, encore pire, un simple changement dans le personnel juridictionnel de l'Etat. La tradition déterministe au sein du marxisme, qui rend le droit équivalent à sa fonction instrumentale, peut conduire à des projections dans un seul des deux modes : soit à l'absence totale de droit, un fantasme dangereux qui nie le rôle de l'objectivation comme fondement ontologique de l'homme, ou en tant que « positivisme socialiste », à la conception du droit comme instrument pour la création de ce qui faut faire, en manipulant les gens vers les « bonnes fins », une conception qui ne peut que conduire à la tyrannie du stalinisme. Ainsi, selon cette logique, d'après le mouvement *CLS*, une vue qui traite la pratique juridique coercitive comme intrinsèquement instrumentale, comme un aliéné ne peut pas fonder une théorie des formes institutionnelles d'une société émancipée.

---

<sup>128</sup> KLARE K., *op.cit.* p.132.

<sup>129</sup> KLARE K., *op.cit.* p.134.

## II. De la déconstruction à une doctrine transformatrice via la théorie constitutive du droit

Après avoir étudié comment et pourquoi les *CLS*, d'abord mouvement critique et moderne à l'orientation à gauche, justifient leur passage de la théorie à l'action ainsi que leur conception réformatrice du droit, nous allons mettre en exergue au second chapitre leur proposition transformatrice de la société. Pour ce faire, nous allons commencer par présenter leur propre nouvelle conception du droit, réalisée via la méthode de la déconstruction de la théorie libérale et positiviste (A), pour pouvoir ensuite développer leur théorie constitutive du droit, qui proclame que le droit constitue et est constitué par la société (B) et enfin construire leurs propres propositions, leur doctrine transformatrice (C).

### A) Déconstruction : une nouvelle conception du droit

La méthode de la déconstruction a connu un très grand succès parmi les théoriciens *CLS* étatsuniens. La méthode n'a pas des origines juridiques, elle se fonde sur la théorie du philosophe français Jacques DERRIDA<sup>130</sup>, dont les écrits sont principalement axés sur les problèmes de l'interprétation littéraire. À l'opposé des théoriciens littéralistes qui prétendaient permettre au lecteur de comprendre le sens d'un texte, le but de DERRIDA était de rendre le texte impossible à lire – de déconstruire plutôt que de reconstruire son sens. Pour DERRIDA la tentative interprétative de représenter en recréant une réalité extérieure à celle du texte ne peut être qu'une illusion, entretenue par certains dispositifs rhétoriques qui sont astucieusement importés dans une telle interprétation.

Le dispositif du « dualisme conceptuel » regroupe les moyens les plus importants par lesquels un texte peut tromper l'esprit. Lorsque la déconstruction a « interrogé » un texte, il va révéler un ensemble d'oppositions binaires, ou des concepts « dualistes », comme par exemple des paires conceptuelles tels que le public / privé, le masculin / féminin, le même / autre, le vrai / faux, le central / périphérique.

Le mouvement américain *CLS* fait un grand usage de cette méthode déconstructiviste. Un exemple pertinent du fonctionnement de ce dualisme conceptuel

---

<sup>130</sup> DERRIDA J., *De la grammatologie*, Les Editions de Minuit, Paris, 1967.

est fourni par le professeur TUSHNET<sup>131</sup> qui décrit la manière dont les constitutionnalistes libéraux ont tenté de limiter les perspectives de la théorie juridique réaliste à un « périphérique » plutôt qu'à un « noyau » : lorsqu'un texte juridique favorise implicitement la validité de l'un des pôles de ce dualisme conceptuel au détriment de l'autre, le texte ne peut être cohérent que dans la mesure où il pose la question de la validité du pôle qu'il favorise. Par exemple, UNGER<sup>132</sup> a tenté de démontrer que le droit du contrat ne peut posséder de cohérence que dans la mesure où il suppose implicitement la validité du principe de la liberté contractuelle en excluant le principe, également existant dans la même filière du droit, que la liberté de contrat n'est pas autorisée à subvertir des relations communautaires telles que le mariage.

Le processus de favoriser constamment la validité de l'un de deux pôles d'un dualisme conceptuel résulte de l'établissement d'une relation hiérarchique entre les deux pôles dans le texte donné ou dans le corps de la doctrine juridique. Le pôle constamment défavorisé s'appelle le « supplément dangereux » : il est dangereux car il peut menacer de porter atteinte à l'unité du texte qui le défavorise. Ainsi, selon la théorie déconstructiviste, le droit est une unité cohérente seulement en apparence ; il est mieux perçu comme un moyen d'établir implicitement la hiérarchie. La méthodologie déconstructiviste peut ainsi indiquer une nouvelle conception du droit, sans forcément aller au-delà des valeurs du droit existant. Cela présuppose de découvrir les « suppléments dangereux » dans un domaine juridique et de les utiliser comme base afin de plaider en faveur d'une interprétation radicalement différente et opposée. En effet, en mettant l'accent sur les valeurs défavorisées susceptibles d'être trouvées dans tous les domaines du droit, la déconstruction à part d'un outil de critique de la théorie libérale, est utilisée comme un instrument pour penser le droit différemment lorsqu'il révèle son incohérence. Beaucoup plus, la déconstruction révèle une doctrine fondée sur la conviction que les dualismes conceptuels sont

---

<sup>131</sup> TUSHNET M., « How different are the Core Cases for and against judicial review ? », in *Harvard Public Law Working Paper*, n°09-04.

<sup>132</sup> UNGER R.M., *The Critical Legal Studies Movement. Another Time, A Greater Task*, Verso, Brooklyn, London, 2015[1986].

analogues aux contradictions sociales provoquées par le système capitaliste moderne<sup>133</sup>.

## **B) La « théorie constitutive du droit »**

La doctrine déconstructiviste telle qu'utilisée et développée par les *CLS* démontre, ainsi qu'étudié précédemment, l'éventualité de l'existence d'une conception nouvelle et alternative du droit qui se trouve dans le droit libéral lui-même. Sur ce point, les *CLS* sont invités à répondre pourquoi cette nouvelle conception peut apporter le changement social désiré par la partie de la théorie anticapitaliste. En d'autres termes, ils doivent fonder leur hypothèse sur le fait que le droit peut consister en un champ révolutionnaire, une *praxis* ; pour ce faire, le mouvement critique ne peut pas éviter de prendre position sur la question de la relation du droit avec l'organisation économique de la société ainsi qu'avec la société elle-même. Dans cette logique et afin de mieux présenter leur argumentation, nous allons étudier le problème de l'autonomie du droit, tel qu'appréhendé par les *CLS* (a) et ensuite leur propre solution à ce problème, à savoir le développement de la théorie constitutive du droit (b).

### **a) Le problème de l'autonomie du droit**

Désireux de prouver que le droit peut constituer un moyen de réaliser la transformation sociale, les théoriciens *CLS* américains ainsi que les juristes critiques européens s'unissent dans une attaque contre ce qui est étiqueté comme « un instrumentalisme radical » [*crude instrumentalism*]. Les *CLS* perçoivent ce terme dans trois sens principaux : d'abord, que la totalité ou la plupart des règles juridiques reflètent les intérêts de la classe économique au pouvoir ; ensuite que les relations sociales générées par la production économique déterminent la substance des règles juridiques ; et enfin que le droit s'opère exclusivement par l'intermédiaire d'un

---

<sup>133</sup> Il faut noter ici que les *CLS* européens ont développé une doctrine équivalente qui prétend combler les lacunes de la déconstruction américaine qui s'appelle critique immanente du droit. Pour une comparaison voir JABBARI D., « From Criticism to Construction in Modern Critical Legal Theory », in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol.12, n°4, 1992.

appareil coercitif<sup>134</sup>. Le point commun de ces trois conceptions est que le droit fait partie d'une superstructure sociale déterminée par une base économique. Lorsque le droit fait partie de cette superstructure, il ne peut être modifié que par des changements dans la société, qui à leur tour sont causés par des changements dans la base économique. La conséquence de ce postulat est que le droit ne peut pas être utilisé comme un outil de changement social car il est lui-même un produit plutôt qu'un déterminant de la société, un instrument dans les mains de la classe dominante. Afin de surmonter cette conception instrumentaliste et déterministe du droit, les *CLS* ont employé une théorie connue comme « l'autonomie relative du droit<sup>135</sup> » : le droit peut être considéré comme influencé par les forces économiques, mais encore posséder un tel degré d'autonomie par rapport à ces forces qu'il est susceptible à son tour d'influencer. Une telle théorie est intéressante, car elle permet de prendre au sérieux le rôle du droit comme moyen de changement social et d'affirmer son lien intime avec les forces économiques.

Cependant un nouveau problème apparaît dans la thèse de l'autonomie relative du droit. Afin de démontrer que le droit est capable de changer la société, une théorie juridique critique doit être en mesure de démontrer que le droit a la capacité d'influer sur les relations économiques et sociales sans tomber dans le piège de l'autonomie illimitée du droit ou dans un déterminisme radical. Si le droit est conçu comme complètement autonome vis-à-vis des forces sociales, évoluant simplement grâce à ses propres caractéristiques, alors le lien entre droit et société est fragile, sans pouvoir démontrer facilement comment il pourrait provoquer un changement social. D'un autre côté, si le droit est considéré comme simplement déterminé par les forces sociales ou économiques, il ne peut donc pas influencer ou diriger ces forces. Ainsi, la question est de trouver le juste équilibre entre l'autonomie et le déterminisme, un souci qui s'exprime dans le choix même du nom de la théorie *CLS* – à savoir autonomie *relative* du droit.

---

<sup>134</sup> Voir COLLINS H., *Marxism and Law*, Oxford, Clarendon Press, 1982.

<sup>135</sup> JABBARI D., « From Criticism to Construction in Modern Critical Legal Theory », in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol.12, n°4, 1992, p.520.

## **b) La solution des CLS au problème de l'autonomie du droit**

La théorie constitutive du droit, initialement présentée en 1979 dans le cadre de la conférence de *CLS* [*CCLS*] par Karl KLARE<sup>136</sup> implique que le processus juridique constitue un mode de développement et articule les rapports de classe et articulées, dont il résulte que l'on puisse voir le droit comme une forme de *praxis*. Il est immédiatement évident que la théorie constitutive est étroitement liée à la notion de l'autonomie relative du droit. Elle incarne l'aspiration à une analyse dans laquelle le droit est considéré comme à la fois déterminant et déterminé.

Ainsi qu'a tenté de le faire bien avant eux le juriste soviétique Eugeny PASHUKANIS<sup>137</sup>, les *CLS* américains procèdent eux aussi à une attaque contre l'instrumentalisme radical. Or ils se focalisent à démontrer que la doctrine juridique ne possède pas de détermination suffisante pour être utilisée comme un simple instrument en faveur de la promotion des intérêts économiques de la classe dominante. Les juristes américains critiques soutiennent que si le droit pouvait être utilisé par les dominants de la manière voulue par la théorie de l'instrumentalisme, cela signifierait que les intérêts économiques peuvent être directement traduits dans le droit, point sur lequel les *CLS* sont en désaccord. Le professeur GORDON résume la position *CLS* : « si les critiques des structures juridiques de croyance [legal belief structures] sont valides – [à savoir] même dans leur forme théoriquement idéale elles sont contradictoires et incohérentes et dans leur application pratique, ils partent constamment de l'idéal [...] – il en résulte qu'aucun régime juridique particulier de principes juridiques pourrait être fonctionnellement nécessaire afin de maintenir un ordre économique particulier. De même, on ne peut considérer qu'un ordre économique donné exige le maintien d'un groupe particulier de règles juridiques, sauf bien sûr de celles qui peuvent faire partie de la définition de l'ordre économique lui-

---

<sup>136</sup> La théorie constitutive du droit est une expression initialement utilisée par le professeur KLARE dans KLARE K., « Law-making as Form of Praxis », in *Telos Press Publishing*, vol.40, n°5, p.123-135, June 1979. mais aussi il continue de l'utiliser dans KLARE K., « The Quest for Industrial Democracy and the Struggle Against Racism », in *Oregon Law Review*, vol.61, n° 157, 1982. Elle est aussi utilisée par Mark TUSHNET dans TUSHNET M., « Marxism as Metaphor : Review of Collins "Marxism and the Law" », in *Cornell Law Review*, vol.68, n°281, 285, 1983.

<sup>137</sup> PASHUKANIS E., *Théorie Générale du droit et Marxisme*, EDI, Paris, 1969[1926].

même, comme la ‘propriété privée’ qui constitue la définition la plus courante du capitalisme<sup>138</sup> ».

Malgré la pertinence de ces mots de GORDON, le théoricien qui a peut-être le plus contribué dans cette ligne de pensée est Duncan KENNEDY. Dans son essai sur le paternalisme dans le droit des contrats<sup>139</sup>, le professeur KENNEDY a recours à une analyse économique détaillée afin de montrer que, loin d’être simplement déterminé par des relations économiques, le droit évolue selon un schéma propre. Il critique fortement les analystes économiques du droit qui ont tenté de rationaliser les garanties implicites trouvées dans les contrats aussi—efficaces du point de vue de la maximisation de la richesse. KENNEDY essaie de réfuter cette position en démontrant que, pour qu’un contrat soit efficace, il serait nécessaire de démontrer que le droit sert à véhiculer les intérêts économiques dans les règles juridiques. Ainsi, il fait valoir que le droit est radicalement indéterminé vis-à-vis de l’avancement des intérêts économiques particuliers ; il n’y a rien dans les principes du droit des contrats de suffisamment précis pour dire au législateur ou au juge ce qu’il faut faire quand on lui demande de changer la loi en vigueur sur les contrats en faveur d’un intérêt économique particulier. Pour illustrer sa thèse, KENNEDY utilise deux arguments politiques stéréotypés qui à son avis se reproduisent sans cesse dans différents contextes juridiques : dans le mode « altruiste », le juge résout une lacune ou ambiguïté dans le droit en exigeant de la partie qui lèse l’autre de verser une indemnité. Dans le mode dit « individualiste », la partie lésée doit « s’occuper de ses intérêts et la partie en faute aurait dû éviter de se lier à une obligation qu’elle ne pouvait respecter. KENNEDY pense que ces arguments politiques sont purement rhétoriques et que par conséquent les règles juridiques modélisées ne peuvent être présentés comme ayant un quelconque effet sur la répartition des richesses, sans une masse d’hypothèses supplémentaires. A titre d’illustration, si une clause implicite est insérée dans un contrat de vente de marchandises dont l’objectif est d’assurer la valeur marchande selon la qualité des produits, il n’y a aucun moyen de connaître les

---

<sup>138</sup> GORDON R., « New Developments in Legal Theory », in *The Politics of Law* (KAIRYS D., ed. 1982), p. 289.

<sup>139</sup> KENNEDY D., « Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power », in *Maryland Law Review*, vol.41, n°4, 1982.

effets économiques, en termes de répartition de la richesse, causés par cette condition implicite.

Selon l'analyse de KENNEDY, lorsque le droit est trop indéterminé pour être porteur d'intérêts économiques, il ne peut pas être utilisé de façon instrumentale. Le résultat de cette position est de refuser la priorité causale du système économique, et que le droit évolue en fonction de sa propre logique. De cette façon, les *CLS* étatsuniens réfutent l'instrumentalisme et s'éloignent de la tradition marxiste orthodoxe.

La « théorie constitutive du droit » [*Constitutive Theory of Law*] est une théorie qui décrit la position de *CLS* sur la question de la relation entre droit et société. De nombreux théoriciens *CLS* ont reconnu la Théorie constitutive du droit comme une tentative de solution aux problèmes causés par l'instrumentalisme. La méthode par laquelle cette théorie cherche à résoudre les problèmes instrumentalistes possède une grande similitude avec l'approche de PASHUKANIS : elle nie que le droit puisse être conçu comme existant indépendamment de rapports sociaux plus larges. Le droit n'est pas simplement un « récipient » rassemblant les valeurs et les priorités déterminées ailleurs<sup>140</sup>, il doit être mieux compris dans le cadre d'un ensemble social complexe dans lequel, il forme la société, mais aussi est formé, par elle. La théorie constitutive du droit semble alors adopter la thèse selon laquelle le droit est relativement autonome vis-à-vis des facteurs sociaux et économiques, en suggérant qu'à la fois il détermine et est déterminée par la réalité sociale *lato sensu*.

Même si le soviétique juriste PASHUKANIS a tenté lui aussi une critique de la façon instrumentaliste dont les marxistes orthodoxes de son époque voyait le droit, on note que la ressemblance entre sa théorie et la théorie constitutive est assez superficielle<sup>141</sup>. PASHUKANIS croit que le droit est relativement autonome vis-à-vis de la société et soutient également que les forces économiques finalement forment et limitent le droit. En revanche, les *CLS* qui soutiennent la théorie constitutive ont abandonné toute croyance que l'économie possède la priorité causale vis-à-vis du droit, mais pensent plutôt que chacun détermine la forme et le caractère de l'autre. Puisque le droit n'est pas, selon *CLS*, lié à l'aspect économique, le développement

---

<sup>140</sup> JABBARI D., « Reviewed Work : *A Guide to Critical Legal Studies* by Mark Kelman », in *Journal of Law and Society*, vol.16, n°4, 1989, p.506-512.

<sup>141</sup> *Ibid.*

juridique est considéré comme résultant des caractéristiques internes/intrinsèques du droit, et non à partir des caractéristiques de la société.

### **C) Une doctrine alternative : La stratégie des CLS pour la reconstruction du droit**

Après avoir démontré qu'en effet le droit peut être vu alternativement ainsi qu'il consiste un champ révolutionnaire vu son caractère relativement autonome de la société, dans le sens où il la constitue et il est constitué par elle, les *CLS* sont prêts à élaborer leur stratégie de la reconstruction du droit. A cause du caractère non-homogène de ce mouvement, plusieurs propositions alternatives existent au sein des *CLS* étatsuniens. Dans ce chapitre, nous allons mettre en exergue les plus pertinentes.

D'abord, le chercheur, Peter GABEL, présente une « phénoménologie déconstructiviste des droits » [*deconstructive phenomenology of rights*]. Sa pensée part d'un postulat ontologique, dont le point principal est le désir de l'homme de se connecter avec un autre être : il commence par une « affirmation descriptive qui peut être controversée mais qui [...] semble néanmoins manifestement vraie – nous sommes constitués en tant qu'êtres sociaux par le désir d'être reconnus par les autres<sup>142</sup> ». GABEL, sans expliquer pourquoi, affirme que les gens ont perdu confiance dans la vérité de ce désir. La conséquence de cette perte de confiance est la perception commune d'un écart entre les hommes, ce qu'il appelle « distance menaçante<sup>143</sup> ». Quand un individu perçoit cette lacune, il la nie en assumant un rôle qui projette une fausse image de lui-même. En effet, lorsque deux individus interagissent, ils nient un véritable contact les uns avec les autres et assument un faux rôle, chacun constituant une projection d'un faux soi. Cela implique un retrait du soi réel et la projection d'un nouveau, mais faux, soi. Les rôles et les faux-semblants sont cependant instables du fait que notre existence est pleine d'imprévu et que notre véritable désir de connexion avec les autres menace l'effectivité de ces rôles.

Le droit, partie du système politique, prétend, selon GABEL, offrir à tous les individus la connexion qu'ils désirent ; toutefois, en réalité, aucune véritable connexion n'est établie. Au contraire, le droit et le système politique renforcent

---

<sup>142</sup> GABEL P., « The Phenomenology of Rights – Consciousness and The PAct of Withdrawn Selves », in *Texas Law Review*, vol.62, 1984, p.1582-83.

<sup>143</sup> *Ibid*, p.1567.

l'aliénation. Le professeur sur ce point a recours à l'exemple des droits afin d'illustrer cette réalité. Selon lui, les droits légaux ont trois dimensions phénoménologiques : d'abord, ils représentent des possibilités d'action future. Le droit de contracter, par exemple, signifie que je peux m'engager avec les autres, même si je ne suis pas actuellement engagé. Deuxièmement, les droits sont conçus comme ayant été octroyés par une source externe – l'Etat ; l'individu sent qu'il a été « autorisé » à agir de certaines façons. Troisièmement, l'interaction entre les membres de la société ne peut se produire que par ou en vertu de l'exercice des droits. Les droits illustrent notre effort aliéné de nous éloigner les uns des autres en présentant notre faux-soi comme étant le vrai. Ainsi, les droits remplacent notre désir actif de se connecter, avec la possibilité passive d'agir. L'idée que nous avons obtenu ces droits par une autorité extérieure, que l'Etat nous permet d'agir de certaines façons, crée, selon GABEL, une simple façade de légitimité dans un système fondamentalement illégitime de déni et d'aliénation.

Le professeur affirme toutefois que cette conscience peut être transformée par des mouvements sociaux. Ces mouvements surviennent lorsque les conditions sont réunies, c'est-à-dire, lorsqu'apparaît une convergence de circonstances culturelles associées à un élément irréductible de l'engagement libre de ceux qui prennent le risque de « réciprocité ». Ce risque de réciprocité représente le courage d'essayer de transcender la négation réciproque du désir de se connecter. Afin d'y parvenir, le mouvement peut mobiliser un groupe ou une classe, mais il doit finalement atteindre un large public s'il veut remettre en question l'ensemble du système de croyance perpétuant l'aliénation. Ainsi, la guerre de la conscience doit continuer à être menée dans d'innombrables contextes micro-phénoménologiques mutuellement influencés et totalisateurs les uns des autres ; le domaine du droit en est un.

Un autre point de vue assez différent mais toujours dans le cadre de l'édification de la doctrine alternative des *CLS*, a été présenté par Duncan KENNEDY. Le projet de « mpm<sup>144</sup> » de Duncan KENNEDY empiète sur de nombreux mouvements d'avant-garde tels que le poststructuralisme français. En tant que tel, la déconstruction de textes, y compris les décisions judiciaires, fait partie du projet. Pourtant, le projet 'mpm' va au-delà d'une simple déconstruction. Son travail,

---

<sup>144</sup> Voir *supra* p.59.

orienté à gauche, et culturellement moderniste / postmoderniste porte sur l'hypothèse que les choses qui semblent mauvaises dans le monde social sont celles qui sont contraires aux aspirations profondes du peuple de justice et de dignité humaine. Les systèmes de croyance [*belief systems*] de chaque individu sont en chacun d'entre nous de manière incompatible avec nos propres désirs et empêchent nos efforts de réaliser la justice en faisant croire de manière erronée qu'ils ne peuvent pas être réalisés. L'idée de KENNEDY est de participer avec d'autres à la production de représentations incompatibles avec ces systèmes de croyance « légitimes mais aussi constitutifs ». Ainsi, selon la théorie du professeur, l'individu a un profond désir de justice et d'une vie remplie, mais son système de croyance qui le constitue annihile ce désir. Les systèmes de croyance présentent l'image erronée que ce désir est irréalisable ou qu'il a déjà été réalisé. KENNEDY veut saper et délégitimer ces systèmes constitutifs. Une façon d'y parvenir est de déconstruire le raisonnement judiciaire en montrant que le discours judiciaire renforce et légitime le pouvoir de l'Etat mais dissimule également et déforme le fait que la vie publique et privée sont structurées de manière hiérarchisée avec pour objectif d'habiliter certains groupes au détriment des autres. Un autre aspect de cet effort déconstructiviste est de montrer que les juges utilisent l'idéologie, consciemment, à demi consciemment ou inconsciemment afin de perpétuer ces hiérarchies chaque fois qu'ils décèlent des lacunes ou des ambiguïtés dans le droit.

En dépit de la pertinence des théories de GABEL et de KENNEDY, la proposition la plus complète, acceptée par la plupart des *CLS* américains reste celle du professeur UNGER. Son projet radical qu'il nomme la doctrine « déviationniste » [*deviationist doctrine*]<sup>145</sup> consiste en une théorie de reconstruction institutionnelle. Dans son essai sur le Mouvement des *CLS*<sup>146</sup>, qui tient le rôle du « manifeste » du mouvement critique, UNGER offre une description détaillée des caractéristiques de la doctrine déviationniste. Contrairement aux théories juridiques critiques nihilistes, UNGER prend au sérieux le droit existant et accepte ses prétentions vis-à-vis l'autorité normative. Ainsi, à la place de la doctrine juridique traditionnelle, UNGER plaide pour un système de doctrine juridique « déviationniste » qui va

---

<sup>145</sup> UNGER R.M., *The Critical Legal Studies Movement. Another Time, A Greater Task*, Verso, Brooklyn, London, 2015[1986], p.127.

<sup>146</sup> *Ibid.*

incarner la controverse sur la structure juste et faisable de la société. La doctrine déviationniste parviendra à le faire par le biais du développement et la valorisation « des disharmonies » intrinsèques du droit, à savoir par le développement du conflit existant entre les principes et les contre-principes susceptibles d'être trouvés dans toute filière juridique. UNGER nous encourage à réaliser que ces principes et ces contre-principes représentent des visions rivales de la nature humaine ; par exemple dans le droit des contrats UNGER identifie un principe dominant de la liberté contractuelle et un principe contraire selon lequel la liberté de contrat ne sera pas autorisée à subvertir les aspects communs de la vie sociale. Considérant que le principe de la liberté contractuelle représente une politique individualiste, le contre-principe repose sur des valeurs plus communautaires ou altruistes selon l'expression kennédienne. Ainsi, par exemple, la nullité juridique des contrats *contra bonos mores* aide à protéger les éléments de la morale commune. En effet, en faisant prévaloir les contre-principes au lieu des principes qui entraînent une nouvelle vision du droit et de la société, la doctrine déviationniste cherche à reconstruire le droit. Il est clair que la doctrine déviationniste peut être considérée comme l'expression positive de la méthode de la déconstruction, car elle utilise les valeurs traditionnellement défavorisées par le droit et fait valoir que ces valeurs plutôt que celles favorisées pourraient constituer une nouvelle compréhension d'un domaine juridique particulier.

Un exemple pertinent de la doctrine déviationniste peut être trouvé dans « Le droit du contrat » de COLLINS<sup>147</sup> une œuvre que UNGER cite explicitement comme sa source d'inspiration : COLLINS attaque les manuels du droit des contrats pour leurs valeurs favorisant la liberté, la régulation minimale du marché, et la distinction entre les transactions économiques privés et le contrôle public de l'ordre social, au détriment des valeurs sociales d'équité, de confiance et de coopération qui infusent le contenu du droit contractuel. COLLINS fait valoir que ces textes ont dissimulé leur préférence à la primauté des valeurs précédemment présentées en exposant un raisonnement formel et technique, qui fait apparaître dans le droit contractuel « d'un mode de réalisation anhistorique de la raison naturelle<sup>148</sup> ». Ainsi, le but reconstructif de COLLINS est de reformuler le droit des contrats selon les idéaux de la justice sociale. Ces idéaux incarnent, pour le professeur des valeurs « communautaires », à

---

<sup>147</sup> COLLINS H., *The Law of Contract*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

<sup>148</sup> *Ibid.*

savoir l'aide aux faibles et aux personnes handicapées, l'équité dans la répartition des richesses, et une préoccupation « altruiste » pour les intérêts des autres qui ont donné naissance à l'Etat-providence.

Selon le professeur UNGER, un domaine distinct de la reconstruction institutionnelle est le domaine des droits. Dans son livre *La Politique*, le juriste brésilien propose une théorie des droits alternatifs classés en quatre groupes. Contrairement à la notion libérale des droits généralement formulée comme négative et revendiquant des interdictions contre l'ingérence de l'Etat, UNGER propose une nouvelle conception des droits fondée sur des revendications positives pour un bénéfice social. Le but de la doctrine juridique déviationniste serait d'apporter un contenu à ces droits et ainsi permettre une transformation de la société. Plus encore, le professeur affiche son opposition à l'hostilité des théories du radicalisme sociologique ainsi qu'à celles du radicalisme existentialiste, se déclarant contre la présence des droits subjectifs, soit parce qu'ils servent un ordre institutionnel historiquement particulier/précis – à savoir le système capitaliste – soit parce que le rôle des droits est de fonder chaque ordre institutionnel ; trouvant telles conceptions conservatrices il soutient que si on veut effectuer une transformation de la société actuelle, il faut suivre le projet du renforcement de la démocratie [*empowered democracy*] en vue duquel les droits alternatifs qui vont favoriser les personnes dominées sont indispensables.

Il est clair que la stratégie de la doctrine déviationniste est considérée par UNGER comme un moyen d'atteindre l'idéal de la transformation sociale. L'idéal d'une société transformée ungerienne, enracinée dans la théorie de l'émancipation, est fondée sur la conviction que l'affaiblissement des divisions sociales révélerait des identités individuelles et collectives plus profondes et libérerait les pouvoirs productifs et créatifs. Recourant à la stratégie de la doctrine déviationniste, UNGER soutient le système des droits générés par l'individualisme libéral.

Plus précisément, dans *La Politique*<sup>149</sup>, UNGER a proposé un programme réformateur du système libéral contemporain, un « super-libéralisme » en quatre points de la réforme gouvernementale recourant aux principes du libéralisme économique et social à leurs conclusions logiques. Le premier point du projet de

---

<sup>149</sup> *Ibid.*

l'institution des droits alternatifs comprendrait la mise en place d'un fonds de capital de rotation, ce qui rend le capital temporairement à la disposition des équipes de travailleurs dans des conditions établies par le gouvernement, et la création d'un système de droits qui aura pour objectif de protéger la « sécurité individuelle sans immuniser de vastes zones de la pratique sociale contre les luttes de la démocratie ».

Le premier groupe des droits comporte les « droits du marché » [*market rights*]; ce sont les droits utilisés pour les transformations économiques dans le secteur commercial de la société. « Les droits du marché » donneraient une créance conditionnelle à des parties divisibles du capital social. Produit d'une reconstruction de l'économie libérale, les droits du marché permettent aux équipes de travailleurs, aux techniciens et aux entrepreneurs d'avoir un accès conditionnel et temporaire à des parties du capital social résultant ainsi à la fois de la décentralisation de l'économie et l'étendue d'une plasticité économique.

Le deuxième groupe des droits alternatifs proposés par UNGER sont « les droits de l'immunité » [*immunity rights*]<sup>150</sup>. Ce sont des droits dont le but est de protéger l'individu contre l'oppression par la concentration du pouvoir public ou privé, contre l'exclusion des décisions collectives importantes qui influent sur sa vie et contre les conséquences extrêmes de la privation économique et culturelle. Ils offrent à l'individu la confiance nécessaire de ne pas être fondamentalement menacé par les conflits d'une démocratie élargie qui va l'encourager à participer courageusement et activement à la prise de décisions collectives sur la question de l'organisation de la société. Selon le professeur, la liberté de participation aux affaires publiques, un but vers lequel tend cette transformation institutionnelle proposée, suppose une liberté de l'humanité. Ainsi, les droits de l'immunité consistent en des droits sociaux : la garantie de l'accès aux ressources matérielles et culturelles nécessaires, la fourniture de nourriture, de logement, de soins de santé et de l'éducation. Les droits de l'immunité l'humanité donneront aux individus le pouvoir de résister à l'ingérence et à la domination.

Dans le troisième groupe de cet agenda politique se trouvent « les droits de la déstabilisation<sup>151</sup> » [*destabilization rights*]. UNGER par ce terme décrit les droits

---

<sup>150</sup> RUSSEL P., « Roberto Unger and The Critical Legal Studies Movement : An Examination and Evaluation », in *William Mitchell Law Review*, vol.13, n°4, 1987, p.671.

<sup>151</sup> *Ibid.*

octroyés aux individus d'empêcher l'interruption des institutions sociales existantes ; les droits de déstabilisation protègent l'intérêt du citoyen à former des organisations sociales ou des domaines de la pratique sociale répandus qui restent proches des effets déstabilisateurs des conflits ordinaires et, soutiennent les hiérarchies isolées du pouvoir et du profit. Le projet de la déstabilisation, combiné avec les droits de l'immunité engage l'intérêt collectif en veillant au fait que toutes les institutions et les pratiques sociales peuvent être critiquées et révisées en fonction de l'intérêt individuel à éviter la corruption et l'oppression. La théorie des droits de déstabilisation repose sur l'hypothèse empirique que l'isolation est une condition nécessaire à l'enracinement des structures de domination et de dépendance. Le but de ce groupe des droits n'est pas de créer une zone d'action discrétionnaire, dans laquelle un titulaire particulier peut faire ce qu'il veut, mais au contraire d'empêcher les relations institutionnalisées récurrentes créées entre des groupes sociaux et d'éliminer la corruption. Les derniers droits unghériens sont les « droits de solidarité<sup>152</sup> » qui donnent une forme juridique aux relations sociales de la confiance. Selon UNGER, en favorisant la confiance mutuelle, la loyauté et la responsabilité collective, ces droits permettent aux gens d'adopter une version plus défendable de l'idée du communisme que toute autre version actuellement disponible.

Ce système réformateur s'inscrit sous le nom de « la structure de la non structure<sup>153</sup> » et représente l'idéal d'un « super-libéralisme<sup>154</sup> », une démocratie renforcée/élargie<sup>155</sup> où tous les citoyens sont menés par l'ambition la plus noble : la construction d'un monde social émancipé et non aliéné. Il est à noter sur ce point, que tout comme COLLINS croit que la suppression du droit des contrats permettra de créer un ordre social dans lequel le droit régit le fonctionnement du marché selon les idéaux de justice sociale, UNGER estime aussi que la doctrine déviationniste peut aboutir à une société transformée.

---

<sup>152</sup> RUSSEL P., « Roberto Unger and The Critical Legal Studies Movement : An Examination and Evaluation », in *William Mitchell Law Review*, vol.13, n°4, 1987, p.672.

<sup>153</sup> JABBARI D., « From Criticism to Construction in Modern Critical Legal Theory », in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol.12, n°4, 1992, p.533.

<sup>154</sup> UNGER R.M., *Politics. A Work in Constructive Social Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997.

<sup>155</sup> *Ibid.*

Enfin, après avoir présenté les plus importantes théories au sein des *CLS*, il faut noter qu'il existe d'autres théoriciens critiques beaucoup plus méfiants par rapport aux grandes propositions structurelles sur les arrangements institutionnels et les formes de l'argumentation juridique. Ils suggèrent le recours à des individus, des sensibilités éthiques et responsabilités existentielles afin de résister à des rôles, des règles et des pratiques institutionnelles qui protègent de l'oppression et de l'injustice de la contestation.

### III. Une théorie critique contestée

Après avoir étudié en détail la théorie reconstructive des *CLS*, il faut, je pense, consacrer ce dernier chapitre à une critique de la théorie critique. Il est vrai que leur objectif reconstructif peut être accompli seulement si un obstacle complexe est surmonté : celui du nihilisme juridique. Si la théorie des *CLS* parvient à surmonter cette difficulté théorique, on pourra dire que le droit possède en effet un potentiel transformatif. Ensuite, même s'il est possible de prétendre que le droit est susceptible d'être un champ de transformation sociale, il faut pouvoir aussi surmonter le deuxième obstacle, celui de la circularité, à savoir de la défense contre les arguments utilisés par *CLS* pour réfuter la théorie juridique libérale. Ainsi, et après avoir défini ce que nous entendons par l'obstacle du nihilisme juridique (A), nous allons examiner si la théorie *CLS* est capable de surmonter cet obstacle théorique (B).

#### A) Définition du Nihilisme juridique<sup>156</sup>

Le problème du nihilisme juridique peut prendre deux formes. Tout d'abord, il se manifeste par une perte d'espoir dans la possibilité d'aller au-delà des critiques du droit à la création d'une nouvelle conception du droit. Deuxièmement, il est représenté par le scepticisme sur la question du potentiel du droit d'apporter des changements à la société. Les théories critiques précédentes de celles des *CLS* ont succombé au nihilisme juridique du premier sens, n'offrant aucune indication sur la façon dont le droit existant peut être reconstitué pour la rendre moins sujet aux

---

<sup>156</sup> SINGER J.W., « The Player and The Cards : Nihilism and Legal Theory », in *The Yale Law Journal*, vol.94, n°1, November 1984, p.47.

critiques. Les critiques exprimées par les réalistes juridiques, par exemple, ne se limitent pas à l'application des règles juridiques existantes, mais se réfèrent à toutes les applications possibles des règles juridiques. D'autres théories critiques ont succombé au second sens du nihilisme. C'est le cas des théories marxistes du droit. Le célèbre juriste PASHUKANIS a suggéré un système de « régulation technique<sup>157</sup> » en soulignant l'opposition des intérêts qui lui semblaient caractériser le droit. Il a nié que le droit pouvait avoir un rôle dans la réalisation de l'émancipation et du changement social. La conséquence de cette attitude nihiliste du droit comme moyen de changement social est que les propositions de transformation de la société ne peuvent pas être suivies par les modes classiques de contestation judiciaire, et sont donc subordonnées à la survenance d'un changement fondamental préalable de l'économie de la société. En l'absence de ce changement extra-juridique, de telles théories sont caractérisées par une attitude empreinte de vanité à traiter le droit existant comme une méthode sérieuse de réformation du champ social et conduisent à l'exclusion des théoriciens exprimant un intérêt dans cette direction dans la doctrine juridique.

Ainsi le plus grand souci des *CLS* à la fois américains et anglais, se porte sur la recherche du moyen d'éviter une telle exclusion du droit et par conséquent de surmonter l'impasse du nihilisme juridique de leurs prédécesseurs. Sous la réserve des autres obstacles théoriques que nous allons étudier dans cette partie, à savoir le problème de l'efficacité du projet transformatif et celui de la circularité, si les *CLS* modernes peuvent surmonter une attitude nihiliste face au droit comme moyen de changement social, ils auront automatiquement dépassé le nihilisme à reconstruire le droit. Depuis, en montrant que les programmes de transformation sociale peuvent être

---

<sup>157</sup> Fidèle à la pensée marxienne telle que présentée dans *La question juive* et des intuitions dispersées dans *le Capital*, PASHUKANIS soutient que la forme juridique trouve ses conditions dans l'échange marchand. Pour que ce dernier ait lieu, « [les gardiens des marchandises] doivent [...] se reconnaître réciproquement comme propriétaires privés. Ce rapport juridique, qui a pour forme le contrat, [...] n'est que le rapport des volontés dans lequel se reflète le rapport économique ». Par conséquent, chaque détenteur de marchandises doit reconnaître en l'autre un égal, dans un sens formel et abstrait. Mais comme tout échange abrite la possibilité d'un différend, une forme de **régulation** est requise : c'est là que le droit entre en jeu. Pour PASHUKANIS, la forme juridique permet de régler les différends entre des individus abstraits, formellement égaux. Comme l'échange de marchandise, le droit précède donc le capitalisme, bien qu'il existe alors au sein d'*espaces* spécifiques de la vie sociale, entremêlés aux coutumes et aux statuts, à la religion et aux privilèges ; Voir PASHUKANIS E., *Théorie Générale du droit et Marxisme*, EDI, Paris, 1969[1926].

provoqués par le droit, il est possible d'indiquer et de proposer une nouvelle conception du droit.

## **B) L'obstacle du nihilisme juridique : un obstacle surmonté ?**

Ainsi qu'étudié dans le chapitre précédent, l'argumentation réformatrice des *CLS* s'effectue à un triple niveau : via la déconstruction ils critiquent la théorie libérale du droit en créant un vide pour une nouvelle approche juridique ; via la théorie constructive ils se situent sur la question de la relation entre le droit et la société en faisant valoir que le droit constitue de même qu'il est constitué par la société. Ils concluent en proposant des réformes institutionnelles alternatives. Dans ce temps, nous allons étudier cette argumentation afin de voir si en vérité, les *CLS* ont pu démontrer que le droit est susceptible d'apporter un changement social et si par conséquent ils ont réussi, grâce à leurs théories, à surmonter l'obstacle du nihilisme juridique, présenté ci-dessus.

En premier lieu, la méthode déconstructiviste pratiquée par les *CLS* américains révèle l'incohérence d'une théorie ou d'une branche du droit en mettant l'accent sur les valeurs défavorisées susceptibles d'être trouvées dans tous les domaines du droit. Comme méthode, elle présuppose l'existence des dualismes conceptuels dans la doctrine juridique, sans fournir d'explications détaillées sur leur genèse, la déconstruction implique que les problèmes rencontrés au niveau de la doctrine juridique ne soient pas un produit de facteurs économiques et sociaux. Ce faisant, la théorie de la déconstruction implique la conviction que la doctrine juridique possède sa propre logique évolutive. La méthode déconstructiviste indique ainsi la base de la transformation du droit en soi/de l'intérieur et proclame la capacité de l'existence d'un potentiel de transformation du droit. À titre d'illustration, UNGER allègue que le droit des contrats peut être compris comme l'opération d'un principe privilégié, celui de la liberté de contracter et d'un contre-principe défavorisé, que cette liberté ne sera pas autorisée à renverser les modèles traditionnels ou communautaires de l'existence. Le fonctionnement du principe explique l'invalidité juridique de tous les contrats qui portent atteinte à la moralité publique, tels que les contrats d'exécution d'un crime ou contrats contraires aux *bonnes moeurs*. Il explique également la réticence du marché à entrer dans certaines « sphères privées » telles que la relation conjugale. Le nœud du problème est de savoir dans quelle mesure la réticence du droit pour renverser la vie

commune, ou de faire intrusion dans la sphère privée de la vie sociale, est le résultat de la fantaisie de la doctrine juridique ou des pressions exercées par le système économique. Par exemple, les théories juridiques marxistes orthodoxes, fidèles à leur conception de la détermination du droit par l'économie comme partie de la superstructure, expliqueraient cet échec du droit visant à réglementer ces domaines du fait de la nécessité du système économique de se fonder sur certains codes non légalisés afin d'en assurer l'efficacité globale. Ainsi, ils feraient valoir que la nature non-contractuelle du mariage permet aux hommes d'exercer une autorité sur les femmes, assurant ainsi la stabilité de la vie familiale traditionnelle. Or, la méthode *CLS* de la déconstruction implique que les problèmes rencontrés au niveau de la doctrine juridique ne sont pas un produit de facteurs économiques et sociaux. Ce faisant, la déconstruction implique également que la doctrine juridique possède sa propre logique évolutive, réduisant ainsi le potentiel du droit d'influencer la société.

D'un autre côté, la théorie constitutive soutient que le droit, de par sa nature indéterminée mais aussi en raison des principes et valeurs contradictoires qu'il contient, n'est pas susceptible d'être utilisé comme un, simple instrument d'oppression aux mains de la classe dominante. Cependant, le droit forme une partie de l'ensemble complexe de la totalité sociale dans laquelle il forme la société mais est aussi formé par elle. Ainsi, les *CLS* ont placé l'économie et le droit dans le même ensemble social – sans qu'aucun ne prime sur l'autre, par opposition de la tradition instrumentaliste –, un ensemble qui semble être tant nébuleux est général qu'il est pratiquement indéterminé. Les résultats des travaux élaborés par une telle théorie laisseraient un réformateur avec un sentiment d'impuissance à modifier un quelconque aspect de cette totalité sociale. Et cela parce que la théorie constitutive du droit ne peut pas expliquer les détails de la relation entre l'économie et le droit, entre la société et le droit. Ainsi comme la relation droit / société –chacun étant une partie du même ensemble nébuleux – est floue, aucune indication sur le rôle du droit dans le changement social ne peut être fournie et donc le potentiel de transformation du droit n'est pas établi. Lorsque la théorie constitutive rend presque impossibles les déclarations sur la façon précise dont le droit peut influencer la société, on pourrait penser que son orientation est inévitablement tournée vers le domaine de la théorie juridique et non de l'action sociale.

Dans la même logique, le même problème semble apparaître dans le développement de la doctrine juridique alternative et précisément dans le projet déviationniste fondé sur la croyance d'UNGER qu'un changement au niveau juridique peut apporter des changements dans les relations sociales *lato sensu*. Le problème ici se transforme en problème d'efficacité : si la théorie constitutive n'a pas réussi à établir le potentiel transformatif du droit parce qu'il ne donne pas de réponses spécifiques sur la relation du droit et de la société, alors une tentative réformatrice comme la doctrine déviationniste ne reste-t-elle pas un simple remplacement des valeurs juridiques existantes par des nouvelles ? Comment le projet réformateur de UNGER, même si on admet qu'il conduit vers une démocratie renforcée, va-t-il conduire à l'émancipation et la démystification de la réalité que les *CLS* critiquent sévèrement ? La doctrine juridique déviationniste n'est-elle pas, dans ce sens, un exercice académique dans l'interprétation ? Une proposition alternative d'interprétation du droit comme l'a fait la doctrine juridique réaliste dans le passé ?

Si le premier obstacle à surmonter par la théorie réformatrice des *CLS* – qui, ainsi que précédemment exposé, n'a pas totalement réussi à le faire – est celui du nihilisme juridique, le second est celui de la circularité des arguments. Le terme circularité met en exergue un problème méthodologique, admis par le professeur UNGER, et qu'il a intitulé « le problème du langage<sup>158</sup> » : il consiste à soutenir que lorsque la méthodologie, le langage et l'argumentation juridiques utilisés par la théorie libérale font partie d'une théorie critiquée, un problème surgit sur la question de la forme que doit revêtir la critique de cette théorie libérale. Plus particulièrement, lorsque l'objectif de la majorité de la théorie *CLS* est de démontrer que les conceptions classiques du droit reposent sur un ensemble très restrictif de valeurs, il est clair que les juristes critiques ne peuvent pas démontrer une conception du droit idéologiquement chargée – même si elle a un différent but idéologique – en remplacement de l'ancienne comme par exemple l'idée que le droit du contrat repose – ou doit reposer – sur l'altruisme plutôt que l'individualisme. Et cela parce que si les critiques continuent de reposer sur des valeurs afin de fonder leur propre théorie – même si ces valeurs ont pour objectif une répartition du pouvoir – elles ne peuvent pas offrir une solution à la question du pouvoir tel qu'exercé par le droit et qui

---

<sup>158</sup> UNGER R.M., *Knowledge and Politics*, New York Free Press, vol.12, 1975, p.80-100.

renforce finalement les relations aliénées. Ce problème, qui depuis toujours tourmentait la théorie critique sociale, ne semble pas être résolu par la doctrine transformatrice *CLS*. En d'autres termes, la théorie *CLS*, n'a pas semblé être capable de se former sans être sujette à sa propre critique contre la théorie libérale.

## Conclusion

Nous avons eu l'opportunité dans cette étude d'examiner en détail tant la théorie critique développée par le mouvement américain de *Critical Legal Studies*, une doctrine non homogène critiquant à plusieurs niveaux la théorie libérale et positiviste du droit, que leur doctrine transformative. Il est vrai que les *CLS*, se basant sur la tradition réaliste, ont pu créer une théorie globale et reposant sur trois principes qui, à l'aide de la méthode de la déconstruction, est capable de proposer une critique pertinente du droit libéral et des principes de la théorie juridique positiviste. Les *CLS* ont alors prouvé que le droit, indéterminé et contradictoire, ne peut pas constituer un système autonome comme le positivisme juridique le proclame. Le droit est formé d'un nombre de principes et de contre-principes antagonistes les uns avec les autres. Celui qui applique le droit l'interprète en choisissant ceux qui sont le mieux assortis à sa situation personnelle. Cette partie de la théorie critique est en fait très utile afin de comprendre et d'analyser la jurisprudence et la situation juridique d'aujourd'hui des pays capitalistes de l'Ouest.

En prenant l'exemple de la jurisprudence constitutionnelle en Grèce, et en général des pays touchés par la crise économique et financière ces dernières années, la théorie critique des *CLS* forme un outil méthodologique très utile pour analyser l'actualité juridique. Plus précisément, par une première étude de la jurisprudence constitutionnelle grecque, on peut facilement voir que l'actualité juridique de la Grèce durant la crise économique est caractérisée par le phénomène des « virages jurisprudentiels », à savoir des espèces où sont rendues des décisions judiciaires contradictoires par rapport à la jurisprudence précédente de la même juridiction. La question de l'appartenance de l'intérêt de trésorerie de l'Etat dans le champ conceptuel de l'intérêt public<sup>159</sup> ainsi que la question de la constitutionnalité des

---

<sup>159</sup> Voir Conseil d'Etat grec, décision du 2 mai 2011 n° 1620/2011 [ΣΤΕ 1620/2011 543652] ; Conseil d'Etat grec, décision du 10 octobre 2008 n° 1663/2009 [ΟΛΣΤΕ 1663/2009, 487002]. Cour Spéciale Supérieure grecque, décision du 23 mai 2012 n° 25/2012 [ΑΕΔ 25/2012, 586284]. Conseil d'Etat grec, décision du 15 février 2013 n° 2114/2014 [ΟΛΣΤΕ 2114/2014, 28228].

---

réductions des salaires et des pensions des fonctionnaires<sup>160</sup> et la fluctuation de la jurisprudence sur ce sujet, sont seulement deux illustrations parmi d'autres aussi pertinentes. Le caractère contradictoire du raisonnement du juge grec de la constitutionnalité se fondant sur le changement de l'interprétation d'un concept juridique avant et après la crise économique grecque peut nous amener à l'hypothèse conforme à la conception *CLS* du caractère du droit libéral : le juge grec de la constitutionnalité durant la crise économique, s'appuie pour développer son raisonnement juridique sur des critères politiques et moraux, en ajustant son interprétation au contexte politique et économique de l'actualité. Ces deux exemples jurisprudentiels grecs ainsi que plusieurs autres susceptibles de faire l'objet d'une recherche ultérieure, toujours à l'aide de la nouvelle vision de la critique initiée par le mouvement *CLS*, ont la perspective de bâtir une théorie critique du droit achevée et bien justifiée en démontrant les points faibles de la théorie libérale et positiviste du droit.

Toutefois, selon notre opinion, le problème apparaît à la seconde partie de la théorie *CLS*, à savoir la partie transformatrice où les représentants du mouvement de gauche s'activent en proposant une transformation du droit existant. En effet, avant de développer leurs propositions réformatrices, qui, ainsi que vu précédemment, diffèrent sensiblement l'une de l'autre vu le caractère non homogène du mouvement, tous les théoriciens *CLS* qui poursuivent une vision réformatrice du droit libéral sont préalablement d'accord sur le potentiel du droit d'opérer un changement social ainsi que sur le fait que le droit constitue réellement un champ de lutte, et comme tel l'intérêt sur le droit peut être vu comme *praxis* en sens marxien. C'est sur ce point justement que s'exprime notre opposition. Il suffit, pensons-nous, de revenir en arrière dans l'histoire bien que le contexte historique et politique de l'époque soit évidemment très différent de l'actuel. Avec la constitution de l'URSS, la question du rôle du droit dans l'Etat socialiste est apparue de façon très vive sur la scène; le juriste PASHUKANIS, se situant dans le débat à ce sujet, identifie le maintien du droit avec celui des relations capitalistes de production et de formes sociales. Cela signifie que, contrairement à l'objectif du projet communiste, lorsque le droit existe

---

<sup>160</sup> Voir Conseil d'Etat grec, décision du 23 novembre 2010 n° 668/2012 [ΟλΣτΕ 668/2012 564750] ; Cour Spéciale grecque, décision du 14 mai 2013 n° 88/2013 [Ειδ.Δικ. υπ'αρθ. 88 Σ 88/2013 613290].

dans l'ordre public sa suppression volontaire ne peut exister, dans la mesure où existe toujours la reproduction des rapports sociaux qui définissent son apparence. Ainsi, l'abolition du droit civil « bourgeois » ne peut pas entraîner son remplacement par un droit « prolétarien », le maintien du droit s'identifiant avec le maintien de la reproduction des relations capitalistes. Une telle thèse, qui signifie que la transition par le socialisme au capitalisme ne peut être réalisée dans un Etat fort – même un Etat prolétarien – et par conséquent sous un droit – même un droit prolétarien – place PASUKANIS en conflit avec d'autres théoriciens soviétiques comme VYSHINSKY, dont l'opinion sur le renforcement de l'Etat et du droit prolétariens a dominé. Ainsi, le remplacement du droit bourgeois par un droit plus « juste », un droit populiste n'est pas parvenu – en lien bien entendu avec d'autres facteurs, ainsi que l'a montré l'histoire – à apporter le changement social souhaité, et au contraire a conduit vers des structures de pouvoir autoritaires. Ce fait historique nous montre que la thèse de PASUKANIS – à savoir la conviction que certes le droit possède une autonomie relative par rapport à l'aspect économique et à la base du schéma marxien, mais il consiste en une forme d'organisation sociale historique, liée à la société capitaliste, qui ne peut pas exister sous une forme alternative d'organisation de la société – semble être valide. La théorie sur le potentiel du droit de transformer la société adoptée par les *CLS* ne parvient pas à résoudre les problèmes alors mis en exergue par PASUKANIS mais également qui se répètent sans cesse depuis lors.

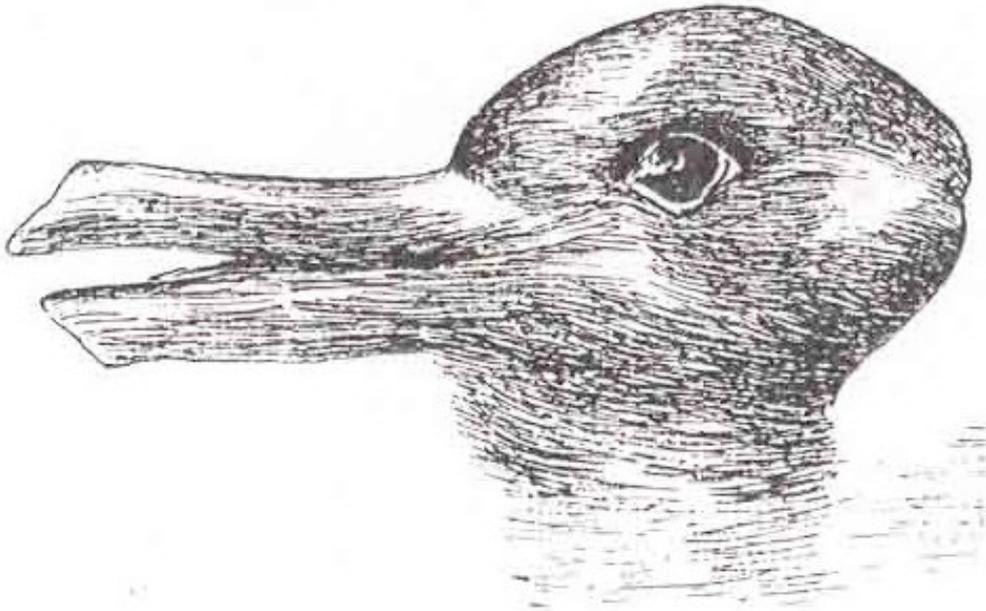
Ainsi qu'exposé dans la seconde partie de cette étude, certains théoriciens critiques font des efforts constructifs pour utiliser le droit en vue d'une politique progressiste. Roberto UNGER appelle à la « doctrine déviationniste », qui peut impliquer le transfert d'arguments et des pratiques familières et acceptées dans un contexte vers un autre contexte où ils pourraient entraîner un changement dramatique. L'idée de la « démocratie renforcée » a un rôle équivalent ; le vaste appel aux normes et aux pratiques juridiques s'inscrit dans le sens de la répartition du pouvoir, vers une vision plutôt « altruiste » qu'« individualiste » du droit et vers une augmentation de la participation du peuple à des associations juridiques. Toutefois, il suffit de se rappeler les mots d'Hebert Marcuse « la liberté de choix des patrons n'abolit ni les maîtres ni les esclaves<sup>161</sup> ». Beaucoup plus, un système juridique plus « altruiste »,

---

<sup>161</sup> MARCUSE H., *One Dimensional Man*. Studies in the Ideology of Advances Industrial Society, Routledge Classics, London and New York, 2007[1964], p.10.

plus proche aux besoins du peuple, ne cesse d'être un système juridique qui préserve et reproduit les intérêts des propriétaires et le pouvoir de l'homme blanc et mâle de la société capitaliste.

## Annexe n°1



### L'illusion optique Canard-Lapin<sup>162</sup>

*Selon son regard, on peut voir dans les deux bandes à gauche le bec du canard ou les oreilles du lapin*

---

<sup>162</sup> WITTGENSTEIN L., *Recherches Philosophiques*, Gallimard, Paris, 2005.



## Bibliographie

### Manuels

- ALTMAN A., *Critical Legal Studies : A Liberal Critique*, Studies in Moral, Political and Legal Philosophy, Third Edition, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1993[1990].
- ARNAUD A. J., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris-Bruxelles, L.G.D.J., Story Scientia, 1998.
- BECCARIA C., *On Crimes And Punishments*, USA, Hackett Classics, 1986[1764].
- BIX B., *Jurisprudence : Theory and Context*, UK, Sweet and Maxwell, 2003.
- COLLINS H., *Marxism and Law*, Oxford, Clarendon Press, 1982.
- COLLINS H., *The Law of Contract*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- CORNELL D., *The Philosophy of The Limit*, Routledge, New York, London, 1992.
- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 4<sup>e</sup> édition, Paris, PUF, 2003[1987].
- DERRIDA J., *De la grammatologie*, Les Editions de Minuit, Paris, 1967.
- DORE I., *The Epistemological Foundations of Law*, North Carolina, Carolina Academic Press, 2007.
- DWORKIN R., *Law's Empire*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1986.
- DWORKIN R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1977.
- FRANK J., *Law and the Modern Mind*, U.S.A. and London, Transaction Publishers, 1963.
- FULLER L.L., *Anatomy of the Law*, Westport, Greenwood Press, 1976.
- FULLER L.L., *The Morality of Law*, Connecticut, Yale University Press, 1977.

- HART H.L.A., *Le concept de droit*, 2<sup>e</sup> éd. augmentée d'une postface, trad. par VAN DE KERCHOVE M., Bruxelles, Facultés universitaires de Saint Louis, 2005.
- HOLMES O., *The Common Law*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1943.
- HOROWITZ M., *The Transformation of American Law*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1977.
- HUTCHINSON A., *Critical Legal Studies*, New Jersey, Rowman and Littlefield Publishers Inc, 1989.
- KAIRYS D., *The Polemics of Law : A Progressive Critique*, 3d edition, New York, Basic Books, 1982.
- KELMAN M., *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1987.
- KENNEDY D., *A Critique Of Adjudication [fin de siècle]*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1997.
- KENNEDY D., *Legal Reasoning. Collected Essays*, Aurora, The Davies Group, 2008.
- LEITER B., *Objectivity in Law and Morals*, London and New York, Cambridge University Press, 2007[2001].
- LUKACS G., *Histoire et Conscience de classe : Essai de Dialectique Marxiste*, trad. par AXELOS K., BOIS J., Paris, Les Editions de Minuit, [1960] 1974.
- MARCUSE H., *One Dimensional Man. Studies in the Ideology of Advances Industrial Society*, Routledge Classics, London and New York, 2007[1964].
- PASHUKANIS E., *Théorie Générale du droit et Marxisme*, Paris, EDI, 1969[1926].
- RAWLS J., *A Theory of Justice*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1971.
- SEBOK A., *Legal Positivism in American Jurisprudence*, London and New York, Cambridge University Press, 1998.
- TAMANAHA B., *Beyond the Formalist-Realist Divide : The Role of Politics in Judging*, Princeton, Princeton University Press, 2010.

- TUSHNET M., *Red, White, and Blue. A Critical Analysis of Constitutional Law*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1998.
- TUSHNET M., *The American Law of Slavery*, Princeton, Princeton University Press, 1981.
- UNGER R. M., *Law in Modern Society. Towards a Criticism of Social Theory*, New York and London, The Free Press, 1976.
- UNGER R. M., *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1986[1983].
- UNGER R.M., *Knowledge and Politics*, New York, The Free Press, 1975.
- UNGER R.M., *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*, New York, The Free Press, 1977.
- UNGER R.M., *Politics. A Work in Constructive Social Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.
- UNGER R.M., *Politics. Theory Against Fate*, London, New York, Verso, 1997.
- UNGER R.M., *The Critical Legal Studies Movement. Another Time, a Greater Task*, London and New York, Verso, 2015[1986].
- WACKS R., *Understanding Jurisprudence. An Introduction to Legal Theory*, Third Edition, New York, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- WARD I., *Introduction to Critical Legal Theory*, New York, Cavendish Publishing, 2004 [1998].
- WARD I., *Kantianism, Postmodernism and Critical Legal Thought*, Law and Philosophy Library, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1997.
- WITTGENSTEIN L., *Philosophical Investigations*, London And New York, Arrington and Glock, 1991[1953].

## Articles

- ALTMAN A., « Legal Realism, Critical Legal Studies And Dworkin », in *Philosophy and Public Affairs*, vol.15, n°3, 1986.
- BALKIN J. M., « Critical Legal Theory Today », in *Philosophy In American Law*, Oxford University Press, 2008.

- BINGHAM J.W., « My Philosophy of Law », in *My Philosophy of Law : Credos of Sixteen American Scholars*, Columbia Law Review, vol.42, n° 5, 1941.
- BOYLE J., « The politics of reason : Critical Legal Theory and Local Social Thought », in *Pennsylvania Law Review*, vol.133, n°4, 1985.
- COHEN F.S., « Transcendental Nonsense and the Functional Approach », in *Columbia Law Review*, vol.35, 1935.
- DALTON C., « An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine », in *Yale Law Journal*, vol.94, n° 5, 1985.
- DEWEY J., « Logical Method and Law », in *Cornell Law Review*, vol.10, n°17, 1924.
- DWORKIN R., « No Right Answer ? », in *PMS Hacker and J. Raz (ed) Law, Morality and Society : Essays in Honor of HLA Hart*, Oxford Clarendon Press, 1977.
- DWORKIN R., « The Model of Rules », in *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, 1967.
- ENDICOTT T.A.O., « Linguistic Indeterminacy », in *Oxford Legal Studies*, vol.16, n°4, 1996.
- EWALD W., « Unger's Philosophy : A Critical Legal Study », in *Pennsylvania Law Review : Legal Scholarship Repository*, n°1284, 1988.
- FINNIS, « On the Critical Legal Studies Movement », in *American Journal of Jurisprudence*, vol.30, n°1, 1985.
- FRASER A., « The Legal Theory We Need Now », in *Socialist Review*, Portland, n°40-41, July-October 1978.
- FREEMAN A.D., « Truth and Mystification in Legal Scholarship », in *The Yale Law Journal*, vol. 90, n° 5, 1981.
- FRUG G., « The City as A Legal Concept », in *Harvard Law Review*, vol. 93, 1980.
- FRUG G., « The ideology of Bureaucracy in American Law » in *Harvard Law Review*, vol.97, n°6, 1984.
- FULLER L., « Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart », in *Harvard Law Review*, vol.71, n°4, 1958.

- GABEL P., « Critical Legal Studies et la pratique juridique : la conception de la culture juridique et la pratique du droit comme interventions culturelles », in *Droit et Société*, n° 36-37, 1997.
- GABEL P., « The Phenomenology of Rights – Consciousness and The Pact of Withdrawn Selves », in *Texas Law Review*, vol.62, 1984.
- GABEL P., « The Phenomenology of Rights Consciousness and the Pact of the Withdrawn Selves », in *Texas Law Review*, vol.62, 1984.
- GABEL P., KENNEDY D., « Roll over Beethoven », in *Stanford Law Review*, vol. 36, 1984.
- GALANTER M., « Why the ‘Haves’ Come Out Ahead. Speculations on The Limits Of Legal Change », in *Law and Society Review*, vol. 9, n°1, 1974.
- GORDON R.W., « Critical Legal Histories », in *Stanford Law Review*, vol. 57, 1984.
- GORDON R.W., « New Developments in Legal Theory », in KAIRYS D., « Legal Reasoning », in *The Politics of Law*, n° 13, 1982.
- GORDON R.W., « Unfreezing Legal Reality : Critical Approaches to Law », in *Yale Law School Faculty Scholarship*, vol.15, n° 195, 1987.
- HELLER, « Structuralism and Critique », in *Stanford Law Review*, vol.36, n°1/2, 1984.
- HUNT A., « The Big Fear : Law Confronts Post-Modernism », in *McGill Law Journal*, vol.35, n°7, 1990.
- HUNT A., « The Theory of Critical Legal Studies », in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol.6, n°1, 1986.
- HUTCHINSON A., MONAGHAN P., « Law, Politics, and the Critical Legal Scholars : The Unfolding Drama of American Legal Thought », in *Stanford Law Review*, vol. 36, 1984.
- HUTCHINSON, « From Cultural Construction to Historical Deconstruction » (Book Review), in *Yale Law Journal*, vol.94, 1984.
- JABBARI D., « From Criticism to Construction in Modern Critical Legal Theory », in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol.12, n°4, 1992.
- JABBARI D., « Reviewed Work : *A Guide to Critical Legal Studies* by Mark Kelman », in *Journal of Law and Society*, vol.16, n°4, 1989.

- JOHNSON P., « Do you Sincerely Want To Be A Radical ? », in *Stanford Law Review*, vol.36, 1984.
- KAIRYS D., « Legal Reasoning », in *The Politics of Law*, n° 13, 1982.
- KENNEDY D., « Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems : A Critique », in *Stanford Law Review*, vol.33, n°387, 1981.
- KENNEDY D., « *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power* », in *Maryland Law Review*, vol.41, n°4, 1982.
- KENNEDY D., « Form and Substance in Private Law Adjudication », in *Harvard Law Review*, vol. 89, n° 8, 1976.
- KENNEDY D., « Legal Education as Training for Hierarchy » in KAIRYS D., « Legal Reasoning », in *The Politics of Law*, n° 13, 1982.
- KENNEDY D., « Legal Formalism » in *Encyclopedia of Social and Behavioral Sciences*, Stanford, CA, USA, Elsevier, 2001.
- KENNEDY D., « Legal Formality », in *Journal of Legal Studies*, vol.2, n°2, 1973.
- KENNEDY D., « Psycho-Social CLS : A Comment on the Cardozo Symposium », in *Cardozo Law Review*, vol.6, 1985.
- KENNEDY D., « The Structure of Blackstone's Commentaries », in *BuffaloLaw Review*, 1979.
- KENNEDY D., « Une Alternative Phénoménologique de Gauche à la Théorie de l'interprétation juridique HART/KELSEN », trad. Par FORRAY V. et GUIGUE A., *Legal Reasoning, Collected Essays*, The Davies Book Publishers, Aurora CO, 2008.
- KENNEDY D., KLARE K., « A Bibliography of Critical Legal Studies », in *Yale Law Journal*, vol. 94, 1984.
- KENNEDY D., *Legal Education And The Reproduction of Hierarchy : A Polemic Against The System*, NYP, Critical America, 2004.
- KLARE K., « Labor Law as ideology : toward a new historiography of collective bargaining law », in *Berkley Journal of Employment and Labor Law*, vol.4, 1981.
- KLARE K., « Law-making as Form of Praxis », in *Telos Press Publishing*, vol.40, n°5, 1979.

- KLARE K., « The Oquest for Industrial Democracy and the Struggle Against Racism », in *Oregon Law âReview*, vol.61, n° 157, 1982.
- KRESS K., « Legal Indeterminacy », in *California Law Review*, vol.77, 1989.
- LEITER B., « Legal Formalism and Legal Realism. What is the Issue ? », in *Public Law and Legal Theory Working Papers*, University of Chicago Law School, vol.16, 2010.
- LEITER B., « Positivism, Formalism, Realism », in *Columbia Law Review*, vol.99, 1999.
- LEITER B., « Rethinking Legal Realism. Toward a Naturalized Jurisprudence », in *Texas Law Review*, vol.76, n° 267, 1997.
- LLEWELLYN K., « Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound », in *Harvard Law Review*, vol.44, 1931.
- LLEWELLYN K.N, « A Realistic Jurisprudence - The Next Step », in *Columbia Law Review*, vol.30, n° 431, 1930.
- MACAULAY S., « Non Constructual Relations in Buisness : A Preliminary Study », in *American Sociological Review*, vol. 28, n°1, 1963.
- MATHESON C., « Weber and the Classification of Forms of Legitimacy », in *The British Journal of Sociology*, vol.38, n°2, June 1987.
- MATSUDA M., « Pragmatism Modified and the Faise Consciousness Problem », in *California Law Review*, vol.63, n°3, 1990.
- MENKEL-MEADOW C., « Feminist legal Theory, Critical legal Studies, and Legal Education. The Fem-Crits Go to Law School », in *Journal of Legal Education*, vol.38, n° 61, 1988.
- MEYERSON D., « Fundemental Contradicitons in Critical Legal Studies », in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 11, n°3, 1991.
- MICHELMAN F.I., « Politics as Medicine : On Misdiagnosing Legal Scholarship », in *Yale Law Journal*, vol. 90, 1981.
- QUEVEDO S., « Formalist and Instrumentalist Legal Reasoning and Legal Theory », in *California Law Review*, vol.73, n° 1, 1985.
- RUSSEL P., « Roberto Unger and The Critical Legal Studies Movement : An Examination and Evaluation », in *William Mitchell Law Review*, vol.13, n°4, 1987.

- SCHLEGEL J.H., « Notes Toward an Intimate, Opinionated and Affectionate History of the Conference on Critical Legal Studies », in *Stanford Law Review*, vol.36, n°1/2, janvier 1994.
- SINGER J.W., « The Player and The Cards : Nihilism and Legal Theory », in *The Yale Law Journal*, vol.94, n°1, November 1984.
- SOLUM L.B., « On The Indeterminacy Crisis : Critiquing Critical Dogma », in *The University Of Chicago Law Review*, vol.54, n°2, 1987.
- SPANN G., « Deconstructing The Legislative Veto », in *Minnesota Law Review Foundation*, vol.68, n°473, 1984.
- STANDEN A.J., « Critical Legal Studies as An Anti-Positivist Phenomenon », in *Virginia Law Review*, vol. 72, n° 5, 1986.
- TRUBEK D., « Where the Action Is : Critical Legal Studies and Empiricism », in *Stanford Law Review*, vol.36, n°1/2, 1984.
- TUSHNET M., « Marxism as Metaphor : Review of Collins "Marxism and the Law" », in *Cornell Law Review*, vol.68, n°1/2, 1983.
- TUSHNET M., « A note on the Revival of Textualism », in *Southern California Law Review*, vol.58, 1985.
- TUSHNET M., « Anti-Formalism in Recent Constitutional Theory », in *Michigan Law Review*, vol.83, n°6, 1985.
- TUSHNET M., « Critical Legal Studies : A Political History », in *Yale Law Journal*, vol. 100, 1991.
- TUSHNET M., « Defending the Indeterminacy Thesis », in *Quinnipiac Law Review*, vol.16, n° 339, 1996.
- TUSHNET M., « Deviant Science in Constitutional Law », in *Texas Law Review*, vol.59, 1981.
- TUSHNET M., « How different are the Core Cases for and against judicial review ? », in *Harvard Public Law Working Paper*, vol.30, n°49, 2009.
- TUSHNET M., « Post-Realist Legal Scholarship », in *Journal of The Society of Public Teachers of Law*, vol.15, 1980.
- UNGER R. M., « The Universal History Of Legal Thought, » in *robertounger.com*
- UNGER R.M., « The Critical Legal Studies Movement », in *Harvard Law Review*, vol.96, 1983.

- YABLON C.M., « The Indeterminacy Of Law. Critical Legal Studies and the problem of Legal Explanation », in *Cardozo Law Review*, vol.6, 1985.

## **Jurisprudence**

- Conseil d'Etat grec, décision du 10 octobre 2008 n° 1663/2009 [ΟλΣτε 1663/2009, 487002].
- Conseil d'Etat grec, décision du 15 février 2013 n° 2114/2014 [ΟλΣτε 2114/2014, 28228].
- Conseil d'Etat grec, décision du 2 mai 2011 n° 1620/2011 [Στε 1620/2011 543652].
- Conseil d'Etat grec, décision du 23 novembre 2010 n° 668/2012 [ΟλΣτε 668/2012 564750].
- Cour Spéciale grecque, décision du 14 mai 2013 n° 88/2013 [Ειδ.Δικ. υπ'αρθ. 88 Σ 88/2013 613290].
- Cour Spéciale Supérieure grecque, décision du 23 mai 2012 n° 25/2012 [ΑΕΔ 25/2012, 586284].

## Table des matières

<b>Sommaire</b> .....	5
<b>Introduction</b> .....	7
<b>I. CLS : L'histoire du mouvement</b> .....	7
<b>II. La lignée intellectuelle des CLS</b> .....	12
A) Premières influences : CLS et réalisme juridique .....	12
B) Influences Modernes et Postmodernes : CLS, structuralisme et poststructuralisme .....	15
<b>Partie Première : Théorie Critique du droit, une critique condamnant la doctrine juridique libérale</b> .....	18
<b>I. Le principe d'anti-formalisme : un anti-objectivisme juridique</b> .....	18
A) Définition du formalisme juridique .....	19
a) La définition du formalisme juridique par des réalistes juridiques .....	20
b) La définition du formalisme juridique par les CLS .....	22
B) La critique du formalisme juridique par les CLS .....	26
a) La critique de l'existence des critères externes dans la théorie <i>substantielle</i> formaliste .....	27
b) La critique de l'objectivité des critères dans la théorie <i>procédurale</i> du formalisme .....	29
c) La critique du neutralisme supposé .....	32
<b>II. Le principe de l'indétermination juridique</b> .....	34
A) Définition du concept d'indétermination juridique .....	35
B) Les deux types de scepticisme dans les CLS .....	37
C) Indétermination et légitimité .....	39
D) La distinction d'autres thèses sur l'indétermination juridique .....	42
<b>III. Le principe de la contradiction juridique</b> .....	46
A) La contradiction dans la théorie de l'État de droit .....	47
B) La contradiction dans le droit libéral .....	51
a) La thèse du « patchwork » .....	52
b) La théorie du « canard-lapin » .....	53
c) La théorie de la troncature .....	55
<b>Partie Seconde : Le droit comme <i>praxis</i></b> .....	58
<b>I. CLS : un mouvement critique. De la critique à la construction</b> .....	59
<b>II. De la déconstruction à une doctrine transformatrice via la théorie constitutive du droit</b> .....	62
A) Déconstruction : une nouvelle conception du droit .....	62
B) La « théorie constitutive du droit » .....	64
a) Le problème de l'autonomie du droit .....	64
b) La solution des CLS au problème de l'autonomie du droit .....	66
C) Une doctrine alternative : La stratégie des CLS pour la reconstruction du droit .....	69
<b>III. Une théorie critique contestée</b> .....	76

A) Définition du Nihilisme juridique.....	76
B) L'obstacle du nihilisme juridique : un obstacle surmonté ?.....	78
<b>Conclusion.....</b>	<b>82</b>
<b>Annexe n°1 .....</b>	<b>86</b>
<b>Bibliographie .....</b>	<b>88</b>
<b>Table des matières.....</b>	<b>97</b>