

AVANT-PROPOS

Le présent livre n'est peut-être pas le plus représentatif des travaux de Duncan Kennedy, mais sans doute pas le moins important. Commençons par avertir le lecteur qu'il aurait tort de penser que l'ouvrage ne lui apprend rien de l'œuvre, comme de croire qu'il en dit assez pour le dispenser de lire le reste, qu'on espère voir traduit au plus vite. L'inventaire de cette œuvre, qui comprend d'ailleurs quelques articles directement écrits en français, est une étonnante *bigarrure* d'études juridiques, d'histoire de la pensée, d'essais politiques, de critique sociale et de bien d'autres choses, parmi lesquelles le présent texte, qui occupe dans l'ensemble une place singulière à de nombreux égards. Cette singularité en redouble une autre, celle de la place éminente et paradoxale de l'auteur dans le paysage académique américain. Tout ceci justifiait amplement aux yeux de l'éditeur que le lecteur français fût gratifié de quelques pages de présentation liminaire. Il a été laissé à Duncan Kennedy le soin de se présenter lui-même, sous la forme d'un entretien, précédé des trois remarques que voici.

Première remarque. Duncan Kennedy est professeur de droit, il est titulaire de la prestigieuse chaire Carter of General Jurisprudence de l'université de Harvard.

Aux États-Unis, comme en France, l'expression « professeurs de droit » s'entend de plusieurs façons. Elle peut désigner des bureaucrates, des prêtres, des hommes d'affaires, des techniciens, et parfois aussi des savants qui s'appliquent à lire des livres, à les faire lire à leurs étudiants, et à en écrire à leur tour – des *scholars*. Parmi ces derniers, certains ont le privilège d'être déjà considérés comme des classiques par leurs contemporains. C'est le cas de Duncan Kennedy.

Précisons immédiatement cette qualification : Duncan Kennedy est un *scholar* du genre *subversif*. Son projet est critique, et cette critique fait feu de tout bois, au point que le juriste français pourrait ne pas y reconnaître sa discipline. La philosophie, l'histoire, la théorie sociale et même la littérature se trouvent mobilisées (dans le respect de la technicité et de l'esprit qui leur est propre), au service d'une démarche qui refuse d'accorder la primauté à un point de vue disciplinaire quelconque. S'agit-il encore de science juridique ? Est-ce plutôt de la philosophie politique ou de la théorie sociale ? La question est peut-être assez vaine pour que l'on se contente d'une définition nominale : les travaux de Duncan Kennedy ressortissent de la *General Jurisprudence* (Théorie générale du Droit), comme l'indique l'intitulé de la chaire qu'il occupe. Quant à savoir en quoi consiste cette théorie générale du droit, c'est certainement, entre autres acceptions possibles, ce qu'en fait Duncan Kennedy.

Subversion des disciplines donc, accusées de ne pouvoir rendre compte des régimes disciplinaires dont elles sont un élément constitutif. Subversion du raisonnement juridique, accusé d'être trop indéterminé pour garantir la rationalité des décisions des acteurs du droit. Subversion des idéaux moraux justifiant ces décisions, accusés de ne

dévoiler leur véritable signification qu'une fois éclairés par les intérêts qui les mobilisent. Subversion des droits eux-mêmes, ou plus exactement de la croyance implicite dans leur universalité hâtivement présumée. Subversion enfin de la critique elle-même, dès lors qu'elle se veut reconstructive ou totalisante. On a parlé, à charge, de nihilisme. L'accusation fait long feu, parce qu'elle sous-estime ce que la recherche de la vérité doit à la récusation opiniâtre des vérités toutes faites, des arguments paresseux, des idoles de toutes sortes et parce qu'elle ne fait pas justice à la fécondité de la démarche critique, aux erreurs qu'elle corrige, aux dévoilements qu'elle opère, aux voies de recherche qu'elle ouvre, aux objets inédits qu'elle rend concevables. La démarche de Duncan Kennedy n'est pas nihiliste, on y lira plutôt une forme stylisée d'héroïsme académique, le refus, parfois inquiet et parfois réjoui, mais toujours systématique et déterminé, d'une pensée assise. Il n'est pas interdit de trouver cette démarche plus suggestive et intéressante que celle qui consiste à vouloir empiler quelques « vérités » de plus dans les interminables rayons de la dogmatique occidentale.

Seconde remarque. Duncan Kennedy est américain, ce qui, à n'en pas douter, peut produire des effets très exotiques sur le lecteur français. Ses références sont le plus souvent tirées du droit et de la vie quotidienne aux États-Unis. Surtout, comme son œuvre ne se propose pas de déterminer positivement les principes de légitimité de toute législation positive (ni même une relecture constructive et/ou une description rationnelle de la Constitution américaine, du droit international ou encore de l'analyse économique du droit) il n'a aucune raison d'être embarrassé par le fait d'être américain. John

Rawls découvre tardivement que l'exportation de sa *Théorie de la justice* hors du contexte conceptuel et institutionnel très spécifique qui lui avait donné naissance soulevait des difficultés assez sérieuses pour qu'il limite son champ de validité aux seules sociétés dotées d'institutions libérales. Il en va souvent ainsi des universalismes supposés, au moins de ceux qui ont le courage de se poser franchement la question. Duncan Kennedy n'a jamais rencontré ce genre de problèmes ; il entre dès le départ dans son projet théorique d'afficher le lieu d'énonciation de ses théories et d'en assumer la singularité. Ses thèses sont géographiquement et historiquement situées, délibérément et massivement américaines. Ce qui n'interdit pas, bien au contraire, qu'elles soient discutées dans le monde entier.

Duncan Kennedy est donc américain, mais comme c'est un américain subversif, il s'applique consciencieusement à jouer à être étranger dans son propre pays. Par exemple, il joue (avec un certain bonheur) à être français, lecteur attentif de juristes du « tournant 1900 » comme Gény ou Demogue ou des philosophes de la seconde moitié du XX^e siècle, de Sartre à Derrida. Ce n'est pas un des moindres intérêts de ses travaux que d'indiquer au lecteur français, et particulièrement au juriste français, un devenir possible – transatlantique – de ces traditions continentales.

En outre, ce détour par d'autres lieux et d'autres positions, ce décentrement à la fois idéologique et théorique a accouché (à moins que ce ne soit l'inverse) d'un étonnant rejeton : *la perte de la foi*. Il est peu fréquent, c'est une litote, de croiser des professeurs de droit américains qui ne croient pas en l'excellence comme en la vérité de la Constitution, des institutions, des valeurs et des droits du

peuple américain. Il est encore moins fréquent d'en trouver qui s'autorisent à faire publiquement état de leur expérience de *perte de la foi*. Dans ce sens, Duncan Kennedy est si l'on ose dire, un Américain *Régence*, ou mieux, pour reprendre ses propres termes – *fin de siècle*.

Troisième remarque. Duncan Kennedy est un chef d'école, les *Critical Legal Studies*, bien que dans cet énoncé, tout soit faux. Les CLS ne sont en effet pas une école, et Duncan Kennedy refuserait certainement d'en être considéré comme le chef.

La première erreur est inévitable, elle est constitutive de la démarche théorique des CLS, terme qui recouvre un mouvement à la fois politique et académique, dont une des activités principales consiste à s'interroger sur son identité. La diversité réelle, les divisions affichées, le refus de toute démarche programmatique générale caractérise ce mouvement et rend le terme « école » particulièrement inapproprié pour le décrire. Il reste que par-delà leur diversité et leur attachement à une rhétorique du « mouvement » ou de la « constellation », les CLS sont un groupe clairement identifiable par la proximité des préoccupations et des partis pris, la communauté des méthodes et des intérêts matériels dans le monde académique. C'est assez pour pouvoir parler des CLS en général et faire fonctionner un réseau, parallèle et concurrent à d'autres réseaux académiques, comme les *Law and Economics*, les constitutionnalistes libéraux, etc.

Quant à savoir si ce réseau a un « chef », l'indiscipline et le refus de la hiérarchie y étant élevés au rang d'art de vivre par ses membres, la question même n'a aucun sens. On notera toutefois qu'à défaut de *chefs*, le mouvement

a des *canons*, parmi lesquels on trouve en bonne place, souvent la première, les travaux de Duncan Kennedy.

Pourtant, malgré ou à cause de son statut de Grand Ancien du réseau, Duncan Kennedy est de ceux qui affichent ostensiblement son acte de décès, reconnaissent volontiers son incapacité à avoir jamais élaboré un programme scientifique ou une doctrine politique, ni su exercer une influence notable hors du monde académique, « dans la vraie vie du droit ». Faut-il conclure pour autant, avec nombre de ses détracteurs, au dandysme politique ? Quand bien même il serait exact qu'à force de divisions internes et d'indiscipline, les CLS ne soient parvenues, en trente ans d'existence, qu'à ouvrir l'enseignement des Facultés de droit à la pensée critique, cela suffirait à les créditer d'avoir contribué à produire la figure, désormais incontournable et tellement stratégique de « l'activiste politique expert en droit ». On peut évidemment trouver cette figure calamiteuse, son existence même et son rôle croissant dans l'évolution du droit suffisent à disculper Duncan Kennedy de l'accusation de dandysme.

Mikhaïl XIFARAS