

# UNE ALTERNATIVE PHÉNOMÉNOLOGIQUE DE GAUCHE À LA THÉORIE DE L'INTERPRÉTATION JURIDIQUE HART/KELSEN

PAR DUNCAN KENNEDY\*

*A LEFT PHENOMENOLOGICAL ALTERNATIVE TO THE HART/KELSEN THEORY OF LEGAL  
INTERPRETATION\*\*, LEGAL REASONING, COLLECTED ESSAYS, THE DAVIES BOOK PUBLISHERS,  
AURORA CO, 2008*

TRADUCTION PAR VINCENT FORRAY ET ALEXANDRE GUIGUE\*\*\*

Dans ce texte inédit en français, l'auteur élabore une phénoménologie de l'interprétation juridique à partir d'une discussion des théories de Hart et Kelsen. Il entend ainsi répondre à certaines critiques formulées à l'encontre des Critical Legal Studies (CLS) en précisant la position de l'approche dite « phénoménologique de gauche ».

*In this paper, which had yet never been translated into french, the author develops a phenomenology of legal interpretation by questioning the Hart/Kelsen theories. He thus means to respond to certain critics aimed at the Critical Legal Studies (CLS) by clarifying the position of the « left phenomenological » approach.*

\* Carter Professor of General Jurisprudence, Harvard Law School.

\*\* La première version de ce texte a été présentée pour une conférence à l'UNAM, *Problemas Contemporaneos de la Filosofia del Derecho* et publiée sous le titre *A left Phenomenological Critique of the Hart / Kelsen Theory of Legal Interpretation* dans les actes de cette conférence, Caceres et al., eds., *Problemas Contemporaneos de la Filosofia del Derecho* (Mexico City, 2005). Cette première version a été traduite en hollandais et publiée sous le titre *Een linkse fenomenologische kritiek op de rechtsvindingstheorie van Hart en Kelsen* in *3 Nederlands tijdschrift voor Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 242 (2004). La version présente, substantiellement corrigée, a d'abord été publiée en anglais dans *40 Kritische Justiz* 296 (2007) puis comme chapitre du livre *Legal Reasoning, Collected Essays* (The Davies Book Publishers, Aurora CO, 2008). Merci à Imer Flores et Brian Bix pour leurs précieux commentaires. Les erreurs ne sont imputables qu'à moi seul.

\*\*\* Merci à Duncan Kennedy du travail qu'il a consacré à cette traduction, du temps passé à préciser et enrichir le texte. Merci à Mikhaïl Xifaras pour son aide très précieuse. Merci à Sébastien Pimont pour ses relectures.



Cet article comprend trois parties. La première résume quelques points qui sont communs aux théories de l'interprétation juridique de HLA Hart et Hans Kelsen. La deuxième résume ce que pourrait être une alternative de gauche au positivisme juridique, telle qu'elle est développée par le courant phénoménologique de gauche, au sein des *Critical Legal Studies* (CLS). La troisième entend préciser en quoi consiste cette alternative, en réfutant l'un des nombreux contresens habituellement faits par le *mainstream* positiviste et post-positiviste de la théorie du droit étaisunienne à propos des positions défendues par CLS.

### I.

Cette première partie porte sur une idée qui se trouve aussi bien dans les textes brefs et canoniques de Hart que dans ceux de Kelsen sur l'interprétation juridique<sup>1</sup>. La norme qu'il s'agit d'interpréter se présente comme une zone, ou comme une aire, comportant deux parties. Chez Hart, on distingue un «noyau de certitude» et une «pénombre d'incertitude», encore appelée «frange d'imprécision» ou «aire de texture ouverte»<sup>2</sup>. Chez Kelsen, on distingue un «cadre ouvert à plusieurs possibilités d'application»<sup>3</sup>. Dans le noyau hartien, la norme constraint (ou «détermine») la décision de l'interprète. Dans la pénombre, tout est question d'appréciation discrétionnaire, ou de mise en balance de considérations conflictuelles, ou de préférences législatives du juge

(*judicial legislation*), ou de création de normes nouvelles. À l'extérieur du cadre kelsenien, la norme détermine la décision de l'interprète. Mais à l'intérieur du cadre, la norme est susceptible de diverses interprétations alternatives possibles, parmi lesquelles le juge est obligé de choisir, exerçant un pouvoir discrétionnaire, balançant des intérêts, ou créant des normes nouvelles. La norme ne détermine pas la décision de l'interprète.

La qualité propre qu'a une norme de déterminer la solution du cas auquel elle s'applique (parce qu'elle impose son unique signification possible aux interprètes qui ont la charge de l'appliquer), son caractère «déterminant» ou encore «contraignant» [*determinacy*] est, selon Kelsen et Hart, affaire de degré. Pour Kelsen, les normes constitutionnelles définissant l'exercice du pouvoir législatif sont relativement peu contraignantes pour ce qui est des lois que le législateur devrait adopter, mais sont relativement plus contraignantes pour ce qui est du contenu des décisions de justice qui sont réputées appliquer ces lois. De la même manière, chez Hart, les normes ont des zones de pénombre plus ou moins étendues, bien que même les standards juridiques (par exemple le «juste prix») comportent un noyau de certitude.

Il me semble que les positivistes devraient attacher la plus haute importance au fait que Hart, aussi bien que Kelsen, affirment l'existence inévitable d'une zone dans laquelle la signification de chaque norme singulière est indéterminée, mais que ni l'un ni l'autre ne sont en mesure de nous expliquer clairement pourquoi cette zone existe. En outre, chez l'un comme chez l'autre, l'utilisation de la métaphore spatiale est un obstacle majeur à la compréhension de ce qu'ils veulent dire<sup>4</sup>. Cela étant, rien dans la discussion qui va suivre ne me semble dépendre de l'interprétation de leur position sur ce point.

1 HLA HART, *Le concept de droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. par M. van de Kerchove, Facultés universitaires Saint Louis, 2005, désormais cité: Hart. Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory* (B. Paulson & S. Paulson, trans. Oxford, 1992 [1934], désormais cité: Kelsen (il s'agit de la traduction américaine de la première édition de la *Théorie pure du droit*; le lecteur francophone se reporterà donc à la traduction française de la deuxième édition par Charles Eisenmann, Dalloz, 1962, Bruylant L.G.D.J., 1999)).

2 HART, par ex., 119-20, 123-26, 128, 131, 135, 143, 150.

3 KELSEN, 77-81.

4 Cf. pour d'utiles discussions Letizia GIANFORMAGGIO & Stanley PAULSON, *Cognition and Interpretation of Law* (Torino, 1995).

## UNE ALTERNATIVE PHÉNOMÉNOLOGIQUE DE GAUCHE AUX THÉORIES DE HART ET KELSEN

Dans le même ordre d'idées, il est étonnant que chacun de ces deux auteurs fasse un usage aussi confus du terme «caractère déterminant» [*determinacy*]. Parfois, le terme veut dire seulement qu'on peut prédire avec un haut degré de certitude ce que ferait l'interprète si tel ou tel cas lui était soumis<sup>5</sup>. Parfois, le terme indique que l'opération d'interprétation de la norme est «cognitive», au sens où elle est considérée comme une opération de reconnaissance de la signification que revêt la norme dans le contexte factuel du cas d'espèce, cette signification étant comprise comme indépendante de l'observateur, en sorte qu'elle peut être conçue comme la «vérité en la matière», quand bien même les interprètes seraient probablement en désaccord sur ce qu'est cette vérité<sup>6</sup>. Encore une fois, tout ceci ne sera pas discuté dans ce qui suit.

Ce qui sera souligné dans l'analyse qui va suivre, c'est que pour les cas situés dans l'aire de certitude, Hart et Kelsen font comme si la reconnaissance de la signification univoque de la norme, ou du très haut degré de certitude de ce que fera l'interprète chargé de son application, était une opération automatique, qui ne requiert aucun effort, dès lors qu'elle est accomplie de bonne foi. Kelsen semble n'avoir aucune conscience du problème, il présuppose toujours que la position du cas en cause, à l'intérieur ou à l'extérieur du cadre est connue par avance.

5 Hart, par exemple: «Le cas évident, où les termes généraux ne semblent pas exiger d'interprétation et où la reconnaissance des instances semble ne pas poser de problème ou être «automatique» sont seulement les cas ordinaires, qui se reposent toujours de la même manière dans des contextes similaires, pour lesquels existe un accord général sur la règle applicable et la qualification», p. 123. Pour d'utiles discussions, cf. Brian BIX, *Law, Language and Legal Determinacy* (New York, 1993).

6 Hart évoque «des exemples évidents, indiscutables de ce qui satisfait ou pas les standards généraux», p. 128. La référence à un «accord général» a ici disparu. Lorsque Kelsen traite de la prise en compte de considérations extra-juridiques dans la création du droit au sein du cadre, il évoque «un espace pour des actes de connaissance qui se situent au-delà de la découverte du cadre à l'intérieur duquel l'acte d'application de la norme est inscrit», p. 83.

Décider dans quelle situation se trouve le cas est pour lui un «acte de connaissance»<sup>7</sup>. Hart est plus nuancé dans sa description des cas où l'application de la norme est indéterminée. Pour lui, il se trouve que des «incertitudes» peuvent «surgir dans certains cas concrets particuliers», que de telles incertitudes sont «continuellement charriées par la nature ou l'invention humaine»<sup>8</sup>. Et pourtant, tel cas d'espèce donné est toujours simplement supposé être déjà *situé* dans l'un ou l'autre de ces deux espaces métaphoriques (noyau ou pénombre).

C'est peut-être la raison pour laquelle chacun de ces auteurs est parfois qualifié de «formaliste». Lorsqu'ils affirment que, dans une situation particulière, il n'y a qu'une seule bonne réponse (*right answer*) à une question d'interprétation, leur lecture est littéraliste, quelle que soit par ailleurs l'insistance avec laquelle ils soulignent la nature discrétionnaire des interprétations faites dans la pénombre ou dans le cadre. Il est pourtant très clair que chacun de ces auteurs se percevait lui-même comme un ennemi déterminé du mode de raisonnement juridique qui était à leur époque appelé «formalisme», nommément la jurisprudence des concepts.

La jurisprudence des concepts accepte qu'il puisse y avoir des situations dans lesquelles il y a plus d'une norme valide (sections du code ou précédents jurisprudentiels) applicable au cas, chacune de ces normes valides, considérées isolément, étant susceptible de s'appliquer aux faits de la cause, et accepte aussi que l'application de l'une ou l'autre de ces normes puisse produire des résultats très différents. Les tenants de la jurisprudence des concepts (et leurs critiques cf. Gény dans *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*<sup>9</sup>) sont également disposés à penser que des cas «nouveaux» se présentent, au sens où il n'y a pas de norme juridique

7 Cf. KELSEN, cf. note 6 *supra*.

8 HART, 123, 132.

9 François GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, 2e éd. (Paris, L.G.D.J., 1919).

qui aurait été spécialement posée par le législateur pour traiter ces cas.

La méthode de la jurisprudence des concepts attend du juge qu'il traite la question des conflits et des lacunes de la manière suivante: il doit d'abord présupposer la cohérence du «système» considéré comme un tout, et ensuite choisir parmi les normes en conflit applicables au cas, ou parmi les nouvelles normes susceptibles de l'être, celle qui «s'accorde» le mieux avec les normes voisines dans le système. Si la solution n'apparaît pas clairement, le juge passe au niveau des normes plus abstraites qui sont impliquées explicitement ou implicitement par «le système» d'où les normes particulières sont censées procéder (Savigny<sup>10</sup>). À nouveau, le juge choisit une norme ou en conçoit une nouvelle, mais sans avoir eu à exercer un pouvoir discrétionnaire, ni à balancer les intérêts en cause, ni à s'ériger en «juge législateur».

Du point de vue de H/K, l'opération de «construction» par laquelle le juriste conceptuel se dépêtre des conflits de norme et des lacunes est un pouvoir discrétionnaire du «juge législateur». Ils estiment que les tenants de la jurisprudence des concepts surestiment le caractère contraignant de l'ordre juridique, que ce soit des normes prises isolément ou du «système» considéré comme un tout. Une des vertus majeures du positivisme, tel qu'ils le conçoivent, est de reconnaître et même de souligner le pouvoir du juge législateur que la jurisprudence des concepts occulte.

Outre l'interprétation littérale et la jurisprudence des concepts, on trouve, dans la tradition juridique occidentale, une troisième méthode d'interprétation des normes: l'analyse en termes de politique juridictionnelle [*policy analysis*], ou encore la méthode de la balance des intérêts, ou proportionnalité. Ici, l'interprète se considère lui-même comme ayant à choisir entre des normes, ou

des formulations de la norme, choix qui s'opère en faisant appel à diverses considérations antagoniques, dont il estime qu'elles sous-tendent le système juridique considéré comme un tout.

On trouve de très nombreuses variantes de cette méthode d'analyse en termes de politique juridictionnelle [*policy analysis*]. Dans la balance, on peut placer des droits, des pouvoirs, des principes ou des finalités instrumentales qu'on présume d'intérêt général, ou encore des intérêts de bonne administration du droit (par exemple sécurité juridique *versus* souplesse de l'équité), ou des intérêts liés à la conservation de l'architecture du système (par exemple: subsidiarité, séparation des pouvoirs). Ou tout ça à la fois<sup>11</sup>.

Hart voit dans ce type de mise en balance la méthode appropriée pour résoudre les cas situés dans la pénombre, ou dans l'aire de texture ouverte<sup>12</sup>. Kelsen ajoute simplement qu'elle ne résout pas le problème du caractère discrétionnaire des interprétations, parce qu'elle «ne fournit pas l'étonnant objectif à l'aide duquel on pourrait comparer les uns aux autres des intérêts opposés»<sup>13</sup>.

Pour CLS, il est essentiel de souligner que l'antiformalisme de H/K *présuppose* un schéma dans lequel chaque cas est déjà situé *ou bien* dans l'aire de certitude, *ou bien* dans la pénombre (ou dans le cadre). Ce qui compte, dans la discussion qui suit ce n'est pas que H/K reconnaissent que l'analyse de politique juridictionnelle [*policy analysis*] est fréquemment et légitimement

11 Cf. de manière générale, Duncan KENNEDY, «*From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's Consideration and Form*», 100 Colum. L. Rev. 94 (2000); Duncan KENNEDY, «*The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought*», 55 Hastings L. J. 1031 (2004); Duncan KENNEDY & Marie-Claire BELLEAU, «*La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine*», Revue interdisciplinaire d'études juridiques, vol. 56, p. 163 (2006).

12 HART, par exemple 126-30.

13 KELSEN, 82.

10 Friedrich von SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. Ch. Guenoux, Paris, F. Didot frères, 1855-1860.

mobilisée par les acteurs, mais qu'ils passent sous silence les raisons qui font que le cas sera (ou ne sera pas) situé dans la pénombre ou dans le cadre, et qu'on en concluera qu'aucune «bonne réponse» (*right answer*) n'est disponible pour le résoudre.

En d'autres termes, avant même que ne commence l'analyse de politique juridictionnelle [*policy analysis*], et quelque que soit son contenu, l'interprète a explicitement ou implicitement classé le cas dans la catégorie des cas qui impliquent un conflit de normes, ou une lacune, ce qui le délie de l'obligation élémentaire d'appliquer une norme dès lors que celle-ci est claire et qu'elle s'applique clairement aux faits de l'espèce. H/K ressemblent aux conceptualistes et aux inventeurs de la balance des intérêts en ceci qu'ils ne théorisent pas ce classement préalable.

## II.

Cette deuxième partie propose, d'abord une étude de l'opération par laquelle les interprètes classent les cas dans une des deux catégories suivantes : soit la seule chose qui requiert la résolution de ce cas est l'application automatique d'une norme, soit, parce que nous sommes dans la pénombre ou dans le cadre kelsénien, ou encore parce qu'il y a un conflit ou une lacune, la résolution du cas exige quelque chose de plus que la simple application automatique d'une norme (ce «quelque chose de plus» pouvant être un choix entre plusieurs interprétations plausibles, fondé sur l'intention du législateur, une analyse de la cohérence du système, une analyse téléologique, une analyse de politique juridictionnelle ou tout ce qu'on voudra). Ensuite, cette deuxième partie propose une étude du rôle de «l'idéologie» dans l'opération de classement puis de résolution des cas, lorsque ces derniers impliquent des enjeux significatifs. En troisième lieu, les résultats obtenus seront mobilisés pour comprendre le

rôle que joue l'idéologie dans l'évolution et la stabilité du droit<sup>14</sup>.

### A.

Dans le schéma Hart/Kelsen, que partagent la jurisprudence des concepts et l'analyse des politiques juridictionnelles [*policy analysis*], aucune place n'est laissée pour une activité que je placerais pour ma part au centre d'une phénoménologie des noyaux, cadres, lacunes et conflits, une phénoménologie qui pourrait rendre compte du caractère déterminé ou indéterminé de l'application des normes aux cas. Cette activité est le «travail juridique», compris comme la transformation d'une appréhension initiale (Husserl<sup>15</sup>) de la solution au cas d'espèce que commande l'ensemble du matériau juridique que fournit le système (Cette notion de travail s'inspire de Marx, *Economic and Philosophical Manuscripts of 1844 – 1845*<sup>16</sup>).

Le travail juridique, dans le sens où j'utilise le terme, qu'il soit relatif aux noyaux, cadres, pénombres, conflits ou lacunes, est «stratégiquement» engagé. Le travailleur souhaite substituer à l'appréhension initiale de la norme applicable au cas d'espèce (telle que l'impose le matériau juridique que fournit le système), une appréhension nouvelle de ce matériau juridique, selon laquelle une solution différente, plus conforme à ses propres préférences extra-juridiques, sera donnée au cas.

Le travail juridique intervient après l'appréhension initiale des faits dans leur contexte et la prise de

14 Cette section est pour l'essentiel un résumé de l'approche proposée dans «Freedom and Constraint in Adjudication», in Duncan KENNEDY, *A Critique of Adjudication* (fin de siècle) (Cambridge, Mass., 1997), Parties 1 & 3.

15 Edmund HUSSERL, «The Natural Attitude an its Exclusion» (1913) in Edmund Husserl, *The Essential Husserl: Basic Writings in Transcendental Phenomenology* (Donn Welton, ed., 1999) 60.

16 Karl MARX, «Economic and Philosophical Manuscripts» in *Writings of the Young Marx on Philosophy and Society* (L. Easton & K. Guddat, eds. & trans. New York, 1967 (1844)).



conscience pré-reflexive de la norme qui leur est applicable. L'interprète «saisit» la situation comme un tout auquel s'applique une norme donnée (c'est un processus de *mise en forme* (*Gestalt*), comme dans la *Gestalt Psychology*<sup>17</sup> [*Psychologie de la forme*] de Kohler), et la question qui se pose à lui est celle de savoir si les faits dont l'existence aura été prouvée suffiront ou pas à déclencher l'application de cette norme. Quelqu'un est mort. La cour se demande, en premier lieu, si l'accusé a tué la personne et, ensuite, si l'acte peut être qualifié d'homicide, ce qui «dépend des faits». Souvent, une fois ces faits prouvés, il ne viendra à l'idée de personne d'entreprendre un travail juridique orienté vers une autre interprétation de la norme qui définit et punit l'homicide. Les faits seront compris comme établissant «d'eux-mêmes» la culpabilité ou l'innocence, la norme sera comprise comme «s'appliquant d'elle-même» en apparence sans aucun façonnage de l'interprète.

Il est courant que les faits adviennent à l'existence juridique à travers le travail des enquêteurs, de sorte que les faits présentés dépendent des stratégies conduites et des efforts consentis par les autorités de poursuites et par les parties. Il est aussi courant que les avocats et le juge, et à un niveau plus abstrait, les juristes en général travaillent parfois à transformer l'appréhension initiale de la norme qui régit les faits de l'espèce et les conditions de son application. J'ai décrit ailleurs, sans doute de manière un peu trop détaillée, les divers moyens employés pour y arriver. Ces moyens, considérés ensemble, permettent «une conduite stratégique du travail d'interprétation».

Voici trois types de conduite stratégique du travail d'interprétation :

- Premièrement, essayer de trouver des arguments de droit qui créeront la nécessité juridique d'appliquer une «règle-impliquée-par-les-faits-donnés», règle qui ne sera précisément pas celle qui avait initialement semblé s'imposer avec la force de l'évidence. Par exemple, en essayant de faire apparaître une exception nécessaire à la règle évidente censée trancher le litige, ou bien en affirmant que le «vrai sens» de cette règle évidente n'est pas celui qu'on lui attribuait à première vue.

- Deuxièmement, faire en sorte que le cas qui semblait appeler nécessairement une décision discrétionnaire du juge (un cas qui se situe donc dans la pénombre ou dans le cadre) apparaisse comme étant finalement, contrairement à l'intuition première, régi par une «règle-impliquée-par-les-faits-donnés» que le matériau juridique en cause impose de toute évidence (i.e. le cas d'espèce se trouve en fait dans le noyau; hors du cadre kelsenien).

- Troisièmement, essayer de contrer une solution qui se présentait initialement comme allant de soi, en proposant une perception de la situation juridique qui permette désormais au juge de choisir parmi plusieurs solutions alternatives possibles, toutes également acceptables juridiquement (i.e. réinterpréter le cas pour le déplacer du noyau vers la pénombre; de l'extérieur à l'intérieur du cadre où s'exerce le pouvoir discrétionnaire du juge).

Quelle que soit l'option choisie, l'interprète travaille à créer ou à défaire l'apparente évidence qu'une solution donnée s'appliquerait nécessairement au cas, plutôt que de se contenter d'enregistrer cette norme ou de la ressentir comme un donné qui procède des faits de l'espèce.

Le travail presuppose la médiation d'un matériau que le travailleur «façonne». Dans ce cas du travail juridique, le matériau est l'ensemble des éléments juridiques

<sup>17</sup> Wolfgang KÖHLER, *Psychologie de la forme: introduction à de nouveaux concepts en psychologie*, trad. par Serge Bricianer, présentation par Jean-Maurice Monnoyer, nouvelle éd. Gallimard, 2000.



qui sont considérés comme pertinent pour établir la signification de la norme en sorte qu'elle soit applicable aux faits de l'espèce. Ce matériau comprendra certainement le dictionnaire et ses définitions, le dictionnaire juridique et d'autres définitions, passablement différentes des premières, le commentaire doctrinal, le corps complet des règles de droit valides, peut être quelques principes plus généraux et quelques droits [*rights*] plus fondamentaux, éventuellement les débats parlementaires, éventuellement encore la jurisprudence. De notre point de vue, la question n'est pas de savoir quelles sont officiellement les «sources du droit» mais de déterminer quels éléments sont effectivement recherchés et déployés dans le travail de défense des positions des parties et de justification des décisions.

Le travailleur utilise les divers éléments qui composent le matériau juridique pour convaincre un auditoire quelconque (et lui-même par la même occasion) que l'appréhension initiale (la sienne ou celle d'un tiers) du matériau juridique comme déterminant ou pas la solution du cas d'espèce n'était en fait pas correcte. Mais rien ne garantit que cette entreprise soit couronnée de succès. Le travail juridique n'est ni un acte de connaissance de ce que les normes imposent nécessairement ni le pouvoir discrétionnaire de définir le droit au gré de ses principes législatifs préférés. Il se trouve quelque part entre les deux. Le matériau juridique contraint le travail juridique, mais à la manière dont le médium qu'il façonne constraint l'activité de n'importe quel travailleur. Il ne constraint que l'effort qui vise à lui attribuer telle ou telle signification particulière.

Dire que l'interprétation de la règle était finalement «déterminée» revient simplement à dire qu'à la fin du processus de travail, l'interprète n'a pas été capable d'accomplir la ré-interprétation stratégique de la signification de la norme-appliquable-aux-faits qui se présentait initialement comme allant de soi. En d'autres termes, les *Critical Legal Studies*, telles que je les conçois, acceptent

entièrement l'idée positiviste selon laquelle le droit est parfois déterminé et parfois indéterminé. CLS rejette à la fois l'idée d'une indétermination globale et l'idée selon laquelle il y aurait toujours une interprétation correcte unique, quelle que soit la difficulté ou l'opacité du chemin qui y mène. Mais CLS rejette aussi l'idée que le caractère contraignant ou pas d'une norme serait une «qualité» ou un «attribut» inhérents à cette dernière, indépendants du travail de l'interprète.

Le succès d'un travail juridique visant la transformation de l'appréhension initiale selon laquelle s'impose nécessairement (ou pas) une norme-appliquable-aux-faits est affaire de temps, de stratégie, de talent, et des attributs «intrinsèques» ou essentiels, ou «objectifs» ou «réels» de la norme qu'on s'essaye à changer, tels que ces attributs apparaissent dans le contexte des faits de l'espèce.

La question qu'on pourrait appeler «ontologique» est celle de savoir s'il est pertinent d'affirmer que si, à la fin du délai imparti pour le travail sur la norme-appliquable-aux-faits, son application se présente comme déterminée, c'est-à-dire d'affirmer que si la norme se présente comme absolument contraignante ou «valide», ce caractère d'être contraignante doit alors être considéré comme un attribut qui lui est propre, une qualité qui lui serait inhérente. On peut considérer au contraire que le caractère d'être déterminé ou indéterminé de l'application de la norme-appliquable-aux-faits ne peut être comprise que comme un «effet», l'«effet de la nécessité» ou l'«effet de la contrainte», produit de manière contingente par l'interaction entre d'un côté le temps, la stratégie, le talent de l'interprète et de l'autre cette *inconnaisable* «chose en soi» ou «essence» de la norme-appliquable-aux-faits de l'espèce et leur contexte.

Le juriste au travail opère une réduction phénoménologique classique ou «mise entre parenthèses» [*epoché*] (Husserl)<sup>18</sup> de la question de savoir si la résis-

18 HUSSERL, *op. cit.* p. 65.



tance de la règle à la réinterprétation est un produit de ce qu'elle est «vraiment» ou si c'est simplement un problème de temps, de stratégie et de talent. Le travailleur procède en essayant de changer les choses, sans engagement ontologique préalable. Pour l'interprète stratégique, adopter un engagement ontologique fort à propos de l'essence de la norme ne servirait à rien. La position phénoménologique de gauche au sein de CLS adopte la même attitude que lui.

*B.*

L'ampleur du travail à fournir dépend des enjeux en cause. La distinction de Max Weber entre enjeux matériels et idéaux est ici utile<sup>19</sup>. Les parties peuvent avoir des motivations d'ordre matériel, de même que les juges d'ailleurs, mais il semblerait que les juges et les juristes en général ne soient le plus souvent conscients que de leurs motivations idéales. Ces juristes choisissent une stratégie de travail donnée parce qu'ils comprennent l'entreprise dans laquelle ils sont engagés comme ayant à voir avec «la justice», en un sens qui ne se confond pas avec la simple application du droit en vigueur.

Ils comprennent aussi leur devoir de réaliser la justice comme étant «subordonné» au droit. La réalisation de ce devoir ne peut donc être entreprise qu'une fois l'état du droit positif en vigueur établi. La définition courante de l'activité juridictionnelle (ou plus généralement juridique) ne dit rien du travail juridique que requiert l'établissement du droit positif parce que le modèle standard (positiviste) ne reconnaît que deux catégories d'actes, les actes de connaissance et les actes de volonté discrétionnaires, ce qui ne laisse aucune place pour concevoir un tel travail.

Ceux qui comprennent l'interprétation comme étant soit un acte de connaissance, soit un acte de volonté discrétionnaire sont enclins à considérer comme illégi-

time le travail juridique qui s'efforce de modifier la signification à première vue évidente d'une norme, dans un but stratégique, autrement dit extra-juridique. Mon avis est que cet argument de l'illégitimité ne tient pas.

D'abord, la plupart des gens accordent que les juges sont obligés de travailler aux interprétations qu'ils produisent, et doivent pour ce faire orienter leur travail. De fait, la plupart des juristes considéreraient que le juge manquerait à ses devoirs s'il se contentait d'enregistrer la signification de la norme qui semble aller de soi à première vue, quelle que soit cette signification, et quand bien même aurait été pointée la possibilité d'une interprétation alternative. On comprend pourquoi: le juge sait que son travail est susceptible de changer ce qui apparaissait initialement comme la signification de la norme-applicable-aux-faits. Il ne peut pas la considérer comme «vraie» simplement parce que cette signification se présentait au départ comme allant de soi.

Faisant face à la nécessité de travailler dans une direction ou une autre, les juges, et plus généralement les juristes, orientent souvent ce travail dans le but de traduire leurs inclinations extra-juridiques ou leurs préférences en matière de justice-selon-les-règles [*justice-in-rule-choice*] dans les décisions de justice. Dans le dialecte étasunien, on les appelle «activistes». Dans la conscience juridique contemporaine les juges qui travaillent de cette manière s'exposent au reproche de faire leur travail «idéologiquement».

Dans le discours juridique contemporain, une idéologie est un «projet d'universalisation» (Habermas<sup>20</sup>), qui engage l'affirmation de conceptions controversées de la justice, considérées par les détracteurs de l'idéologie comme de simples rationalisations d'intérêts partisans, et par les convaincus comme exprimant *non seulement* des intérêts

19 H. H. GERTH & C. Wright MILLS, «Introduction» à *From Max Weber: Essays in Sociology* 61-65 (New York, 1946).

20 Jurgen HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel, I Rationalité de l'agir et rationalisation de la société* trad. par J.-M. Ferry, Fayard, 1987, 16-19.

## UNE ALTERNATIVE PHÉNOMÉNOLOGIQUE DE GAUCHE AUX THÉORIES DE HART ET KELSEN

communs à tous (Mannheim<sup>21</sup>), mais aussi les intérêts particuliers que les détracteurs qualifient de partisans.

Poursuivre un projet juridique ouvertement idéologique est un problème pour les juges, et plus généralement pour les juristes, parce que même si nous reconnaissions que les juges sont contraints par leur office de travailler à la production d'un droit positif qui corresponde à la justice, la théorie démocratique et libérale de la séparation des pouvoirs repose sur la prémissse que l'idéologie est acceptable dans l'enceinte d'une assemblée démocratiquement élue, mais pas chez le juge (ou chez le juriste en général).

Les juges répondent souvent à ce dilemme en prétendant faire leur travail et en essayant effectivement de le faire, à l'abri des influences idéologiques – en mettant entre parenthèses leurs principes législatifs préférés lorsqu'ils décident dans quelle direction ils vont chercher à déplacer les noyaux et les cadres. Mais ce faisant, ils doivent composer avec le fait que leur public, et eux-mêmes, lisent les diverses interprétations qui s'offrent à leur choix, lorsque les enjeux sont importants, comme étant le reflet d'idéologies distinctes.

En présence de ce dilemme, les juges (et les juristes en général) adoptent très fréquemment soit une posture « bipolaire » [bipolarity], soit celle de « couper la poire en deux » [difference splitting]. Dans la première, le juge établit, pour lui et pour les autres, qu'il est idéologiquement « neutre » parce qu'au fil de ses décisions, il alterne de manière imprévisible des solutions qui engagent chacune des idéologies antagoniques. Dans la seconde, le juge établit sa neutralité en adoptant une position « centriste », dans laquelle il choisit à chaque fois une solution où les deux parties se voient accorder partiellement ce qu'elles revendentiquent, sans qu'aucune ne voit jamais satisfait l'ensemble de ses demandes. Ces deux postures sont de mau-

vaise foi, au sens que Sartre donne à ce terme dans *l'Être et le néant*<sup>22</sup>, parce qu'elles évitent un conflit de rôle par le déni (au sens que lui donnent Freud<sup>23</sup> et Anna Freud<sup>24</sup>).

La posture du juge « activiste » qui défend ses engagements idéologiques consciemment ou inconsciemment (au lieu d'affirmer sa neutralité en étant soit imprévisible soit centriste) me semble être un comportement éthiquement plus convainquant. Le juge sait que son travail peut conduire ou ne pas conduire à une décision qui se rapproche de ses principes législatifs préférés. Supposons qu'il soit convaincu d'être tenu d'appliquer la règle de droit, s'il ne parvient pas à la déstabiliser au moyen des méthodes habituelles de l'activité juridictionnelle, c'est-à-dire en procédant à l'examen du matériau juridique permettant sa réinterprétation, en accord avec les canons reçus du raisonnement juridique.

Pourquoi ne devrait-il pas consacrer son travail, son temps, sa stratégie et ses compétences, à dégager l'argument qui fera correspondre le droit à la justice selon sa conception ? Il me paraît clair que c'est en s'abstenant de le faire qu'il agirait de manière illégitime, c'est-à-dire en échouant à essayer de refaçonner le droit positif pour le faire correspondre à son idée de la justice. Le rôle du juge et plus généralement du juriste exige la fidélité au « droit », dans un sens complexe qui associe un élément positif et un élément idéal.

Cette position, parce qu'elle légitime l'effort fait pour infléchir le droit dans le sens de l'orientation idéologique préférée du juge (ou plus généralement du juriste) est, bien sûr, « anarchiste » (ou à tout le moins « pluraliste ») si on la compare au point de vue « jacobin » selon lequel la légitimité du droit se situe dans la seule volonté

22 Jean-Paul SARTRE, *L'Être et le néant: essai d'ontologie phénoménologique*, 1943, Gallimard, 1980.

23 Sigmund Freud, *Sexuality and the Psychology of Love* (New York, 1963).

24 Anna FREUD, *Le moi et les mécanismes de défense*, trad. par A. Berman, 14<sup>e</sup> éd., PUF, 1996.

21 Karl MANNHEIM, *Ideology and Utopia: An Introduction to the Sociology of Knowledge* (New York, 1936).

du peuple. Surtout, elle pose un problème de régression à l'infini quant à savoir si le juge a en fait déstabilisé la norme en utilisant seulement ce que je viens de décrire comme des « méthodes habituelles de l'activité juridictionnelle ». Mais les théories alternatives qui condamnent le travail juridique *a priori* sont encore moins satisfaisantes parce qu'elles ne sont pas cohérentes avec la compréhension que notre société se fait des devoirs associés à l'office du juge.

### C.

Reconnaitre que les juges peuvent travailler et travaillent effectivement à modifier les noyaux et les cadres (que ce travail soit ou non jugé légitime) sape une idée fondamentale de Hart/Kelsen. C'est ce que Kelsen appelle la « conception dynamique »<sup>25</sup>, selon laquelle la création de normes va de l'abstrait au concret, ou au particulier. Chez Hart, c'est l'idée que l'activité juridictionnelle « complète » la pénombre, comme l'a fort bien exprimé MacCormick dans la citation suivante :

« La thèse selon laquelle même les lois et les lignes les mieux dessinées laissent subsister une certaine pénombre de doute, qui appelle l'exercice de pouvoirs partiellement discrétionnaires pour lever ce doute, n'est pas particulièrement nouvelle, elle est même monnaie courante dans le positivisme juridique moderne. »

Un point essentiel, cependant, est qu'on ne devrait pas omettre ou sous-estimer l'importance de l'activité de tracer des lignes ou de la *determinatio*, dont il a déjà été question. Le droit peut résoudre et résout réellement des problèmes de primauté entre principes en fixant des règles, et même lorsque des questions d'interprétation de ces règles se posent, elles portent sur des points plus précisément définis que si les problèmes de primauté se posaient plus largement, au niveau des principes purs. Fixer des règles ne peut être fait que par la législation et la jurisprudence, et plus fréquemment,

dans un système moderne, par une combinaison des deux. C'est un des dons que le droit fait à la civilisation que de pouvoir soumettre des questions pratiques à des formes argumentatives plus précisément définies que celles qui s'offrent à la raison pratique lorsqu'elle s'exerce sans restriction »<sup>26</sup>.

Si le travail juridique stratégiquement orienté peut perturber les appréhensions initiales des noyaux ou des cadres, alors l'affirmation sur le « don du droit à la civilisation » est beaucoup trop optimiste. Lorsque j'ai traité de cette question de manière plus approfondie<sup>27</sup>, je suggérais que les « petites » questions pouvaient engager des enjeux idéologiques majeurs. J'ai aussi défendu l'idée, à rebours de MacCormick, que les arguments de principes réapparaissent à chacun des différents niveaux d'abstraction, de sorte que résoudre des problèmes « tout en bas » de la pyramide impliquait l'usage, à chaque niveau, d'arguments qui n'étaient pas moins controversés que ceux qui s'appliquaient à son sommet. C'est l'argument tiré du phénomène de « l'entrecroisement » [*nesting*]<sup>28</sup>.

26 Neil MACCORMICK, « Reconstruction after Deconstruction : A Response to CLS », 10 *Oxford J. Leg. Stud.* 539, 553-54 (1990).

27 *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, 172-173.

28 <sup>29</sup> « Nesting », qu'on peut traduire par « entrecroisement », est le nom que donne Duncan Kennedy à la réapparition, au sein de la solution offerte à un problème de droit, du conflit que cette solution était censée résoudre. Lorsqu'un couple de catégories contraires est mobilisé dans un argument, le phénomène de l'« entrecroisement » correspond au redoublement de la contradiction, sous la forme d'un chiasme, au sein de chacun des deux termes initiaux de la contradiction. Par exemple, pour décider d'une question donnée de compétence, il est fait appel à la distinction droit public/droit privé. On croit avoir offert une solution en affirmant que le problème relève du droit privé, mais l'opposition droit public / droit privé réapparaît au sein du « droit privé », le droit de la responsabilité civile pouvant être désigné comme la partie « publique » du droit des obligations, et le droit des contrats comme sa partie « privée », et ainsi de suite. [Note des Traducteurs]. Cf. « A Semiotics of Legal Argument » in *3 Collected Courses of the Academy of European Law*, Book 2, 309-365 (Kluwer Academic Publishers, Netherlands 1994), particulièrement chapitre VI, p. 344 à 349 et p. 357 *sq.*

## UNE ALTERNATIVE PHÉNOMÉNOLOGIQUE DE GAUCHE AUX THÉORIES DE HART ET KELSEN

Pour notre propos ici, un autre point doit être souligné: même lorsqu'une interprétation a été fixée, le travail peut la déstabiliser. Cela signifie que le travail peut «infléchir» ou «déplacer» les noyaux et les cadres. Il y a dès lors une dynamique «de bas en haut» qui contrebalance plus ou moins la dynamique de haut en bas, de l'abstrait au concret chère à Hart et Kelsen. Au lieu de focaliser progressivement le terrain de la controverse dont parle MacCormick, le travailleur peut espérer fendre les noyaux, ou les dissoudre.

Ainsi, le travail fait plus que compléter dynamiquement le cadre, ou la pénombre, par des choix normatifs stratégiquement orientés. L'idéologie infléchit le travail juridique qui infléchit les noyaux et les cadres, qui à leur tour offrent, selon le point de vue de la cohérence les moyens de déstabiliser plus avant d'autres noyaux et d'autres cadres.

Dans cette perspective, le corps du droit positif en vigueur, c'est-à-dire le droit tel que les travailleurs juridiques le perçoivent au cours de la rencontre initiale avec le matériau juridique compris comme cadres ou comme noyaux, apparaît en premier lieu comme le produit d'un travail historique de production que réalisent les avocats, les juges, et les juristes en général, lorsqu'ils poursuivent (parfois consciemment, parfois inconsciemment) des projets idéologiques antagoniques projets qui peuvent être centristes au sens que j'ai donné à ce terme. Le droit positif apparaît en second lieu comme toujours soumis à de possibles et imprévisibles déstabilisations par de futurs travaux stratégiques idéologiquement orientés.

### III.

Afin de comprendre la position exposée dans cet article – probablement la position devenue dominante vers 1985 au sein des *Critical Legal Studies*, et en tout cas, la seule position explicitement CLS qui soit encore défendue aujourd'hui – il n'est pas inutile de la contraster

avec un contresens que commet classiquement le *mainstream* de la philosophie du droit anglo-américaine, ici représenté par mon ami Brian Bix:

«En particulier, les théoriciens CLS ont affirmé la radicale indétermination du droit: c'est l'argument selon lequel le matériau juridique ne détermine jamais la solution d'un cas particulier. Les théoriciens CLS acceptent généralement que les solutions, dans la majeure partie des cas, sont prévisibles; mais cela ne tient pas, affirment-ils, au caractère déterminant du droit mais plutôt à ce que les juges ont des préjugés connus ou prévisibles. Ils considèrent le matériau juridique, pris en lui-même, comme indéterminé parce que le langage est indéterminé, ou parce que les règles juridiques ont tendance à véhiculer des principes antagoniques qui autorisent les juges à justifier n'importe quel résultat. (Kelman, 1987). Les critiques de CLS ont généralement été considérées comme exagérées (Solum 1987); quoiqu'il soit parfaitement possible que dans certains cas le matériau juridique ne puisse produire un résultat clair, ou en tout cas pas un résultat qui puisse être immédiatement admis par tous, ce qui en tout état de cause, n'infirme ni la possibilité de résoudre facilement la vaste majorité des litiges potentiels, ni même celle de parvenir à trouver la bonne solution (right answer) même dans les cas les plus difficiles.»<sup>29</sup>

1. La tendance CLS phénoménologique de gauche (probablement la tendance dominante au sein de CLS) affirme que le matériau juridique contraint ou ne contraint pas la solution des cas d'espèce, selon le rapport que ce matériau entretient avec les stratégies argumentatives de juristes qui poursuivent leurs propres buts, dans un temps et des ressources limités. Le matériau juridique

29 Brian BIX, «Law as an Autonomous Discipline», in *The Oxford Handbook of Legal Studies* 983 (Peter Cane and Mark Tushnet, eds. New York: Oxford Univ. Press, 2003). La référence à Kelman renvoie à Mark KELMAN, *A Guide to Critical Legal Studies* (Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1987). La référence à Solum renvoie à Lawrence SOLUM, «On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma», 54 *U. Chi. L. Rev.* 462 (1987).



est un facteur déterminant, mais seulement en tant qu'il est combiné au travail d'interprétation, qui n'est pas une activité de connaissance, mais plutôt, consciemment ou inconsciemment, une activité stratégique. La position «le matériau juridique ne détermine pas la solution des cas particuliers» n'est pas et n'a jamais été la position de cette tendance au sein de CLS. Sa position, c'est bien plutôt que l'influence du matériau juridique est médiate, et que son caractère «intrinsèquement» ou «essentiellement» déterminant ou non déterminant est inconnaisable.

Le matériau juridique «ne détermine pas» la solution du cas uniquement dans le sens où il est parfois possible de déstabiliser les appréhensions initiales à travers le travail juridique, mais «intrinsèquement» ou «essentiellement» le matériau juridique ne détermine pas plus la solution qu'il ne la détermine pas. À la vérité, nous commençons souvent par appréhender ce matériau comme déterminant la solution du cas particulier qui nous est donné, ou, au contraire, comme ne déterminant aucune solution (parce que le cas relève de la pénombre ou du cadre). Lorsque la solution du cas apparaît d'emblée comme déterminée par le matériau juridique, il nous est possible de prédire le résultat *parce que nous anticipons que personne ne fera le travail juridique requis pour déstabiliser l'appréhension initiale*. Et il sera souvent possible de prédire que personne ne fera ce travail, parce que les projets idéologiques qui sont effectivement poursuivis par les juges sont en accord avec l'appréhension initiale, ou en accord avec l'idée que le résultat prévisible ne vaut pas la peine d'être déstabilisé. On peut penser qu'il en irait autrement si les juges ou les juristes influents étaient plus souvent des acteurs portant des projets idéologiques radicaux ou atypiques.

Il existe un second type de cas dans lequel le matériau juridique apparaît d'emblée comme contraignant la solution du cas particulier. Quand le temps et les ressources disponibles pour le travail juridique sont sur le point d'être épuisés, l'observateur qui cherche à prédire

la solution se reconnaîtra peut-être lui-même (ou elle-même) dans l'incapacité de déstabiliser l'appréhension initiale selon laquelle une norme-applicable-aux-faits-donnés s'impose évidemment comme celle qui va trancher le cas en faveur de l'une ou l'autre des parties. Il (ou elle) prédira le résultat *parce qu'il/elle anticipe que le travail fait pour essayer de déstabiliser la norme va échouer*. La prédiction d'un résultat qui procède de l'interaction entre les faits-tels-qu'ils-sont-donnés, le travail d'interprétation et «l'essence» inconnaisable du matériau juridique s'appuie sur la conviction que celui qui prendra la décision ne sera pas capable de trouver un bon argument pour produire un résultat différent. Encore une fois, les idéologies centristes que partagent juges et juristes dans les pays capitalistes sont un facteur qui joue un rôle important dans ce genre de prédictions.

Les auteurs CLS ont essayé depuis le début, et encore aujourd'hui, d'éclairer la manière dont l'application des règles de droit produit massivement des injustices sur les groupes opprimés, particulièrement les règles relatives à la propriété et au contrat, qui semblent pouvoir résister à tous les efforts de transformation par l'interprétation, même les plus soutenus, étant donné les préférences idéologiques de gauche et de droite modérées que partagent à peu près tous les juges dans tous les pays capitalistes. C'est la contribution de CLS à la sociologie du droit et à l'approche de gauche de l'analyse économique du droit.

2. L'idée selon laquelle l'indétermination du langage pourrait expliquer l'indétermination du droit a eu une certaine influence au sein des CLS, particulièrement sur les premiers travaux de Unger<sup>30</sup>, et sur des auteurs comme Boyle<sup>31</sup> qui ont prétendu s'exprimer au nom de tout CLS. Dès le début, le courant le plus influent affir-

<sup>30</sup> Roberto UNGER, *Knowledge and Politics* 88 (New York, 1977).

<sup>31</sup> James BOYLE, «The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought», 133 *U. Pa. L. Rev.* 685, 710-11 (1985).

mait que les règles de droit se distinguent les unes des autres selon qu'elles sont plus ou moins «réalisables» [*formal realizability*] ou «faciles à appliquer» [*administrability*]. Par conséquent la simple critique linguistique est souvent triviale, comme le sont d'ailleurs les arguments en faveur d'une indétermination «globale» du droit<sup>32</sup>.

Il est déroutant que Bix ait attribué à CLS l'idée que «les règles juridiques ont tendance à véhiculer des principes contradictoires». L'affirmation de CLS était, à la Dworkin<sup>33</sup>, que les principes, les politiques juridictionnelles (*policies*), les droits (*rights*), et bien sûr les visions du monde, font partie intégrante des sources du droit couramment mobilisées, mais, contre Dworkin, qu'ils sont irréductiblement en conflit, entre nous, mais aussi au sein de chacun d'entre nous. Leur coexistence antagonique se reflète plus concrètement «dans les normes valides du système», que CLS, à la suite du réalisme juridique, comprend comme étant *toujours* le fruit de compromis complexes entre ces principes<sup>34</sup>. Parce que les règles sont moins le produit cohérent de la dérivation d'un quelconque super-principe qu'elles ne sont des compromis, elles sont beaucoup plus exposées aux entreprises variées de déstabilisation que ne le reconnaissent ceux qui théorisent leur cohérence.

3. Les «préjugés» des juges, et des juristes en général, sont un élément important parce qu'ils orientent dans une direction donnée leur travail juridique de transformation de l'appréhension initiale de ce que commande le matériau juridique. Cette direction est suggérée par les intérêts matériels des juristes et leurs idéaux (au sens faible, leur idéologie). On ne peut pas savoir à

l'avance si les juristes vont parvenir à rendre le matériau juridique conforme à leurs motivations stratégiques extra-juridiques, matérielles ou idéologiques (même si, comme pour tout événement futur incertain, on peut parier). Rien n'est plus commun pour un juriste que d'avoir à accepter comme juridiquement correcte une interprétation qui contredit son idée de ce que devrait être le droit en vigueur, du point de vue de ses préférences morales ou politiques.

Surtout, les «préjugés», ou l'idéologie, ne déterminent pas plus les stratégies qui orientent le travail des juristes que le matériau juridique ne détermine les solutions données aux cas. Les idéologies sont aussi indéterminées que ne l'est le matériau. Il y a un cercle herméneutique à l'œuvre dans cette affaire, dans lequel les indéterminations de chaque niveau sont résolues en faisant appel à un niveau plus profond qui contient ses propres indéterminations, et ainsi de suite, jusqu'au point de départ, qui est que l'idéologie influence le droit autant que le droit influence l'idéologie<sup>35</sup>.

4. Les critiques des CLS ont été jugées exagérées (ou témoignant de l'incompétence, ou de la folie de leurs auteurs) par le *mainstream*, sur la base de contresens qui sont à peu près les mêmes que ceux que fait Brian Bix dans le passage précité. Ces critiques sont aussi souvent mésinterprétées d'une autre manière, comme affirmant la «détermination en dernière instance» par la base matérielle, ou comme une thèse de la vulgate marxiste selon laquelle les juges sont «le comité exécutif de la classe dirigeante» défendant cas après cas «les intérêts du capital». Ces mésinterprétations viennent pour une part de l'ignorance à peu près complète de la phénoménologie et de théorie sociale critique dans laquelle se trouve le courant qui domine la philosophie du droit étasuniennes, pour une part à cause du peu de ressources que ce courant dominant consacre à discuter les courants plus mar-

32 Duncan KENNEDY, «Legal Formality», 2 J. Leg. Stud. 351 (1973); Duncan Kennedy, «Form and Substance in Private Law Adjudication», 89 *Harv. L. Rev.* 1985 (1976).

33 Ronald DWORKIN, «Le modèle des règles», in *Prendre les droits au sérieux*, trad. M.-J. Rossignol et F. Limare, traduction révisée et présentée par F. Michaut, préf. P. Bouretz, PUF, 1995.

34 «From the Will Theory», *supra*; «The Disenchantment», *supra*.

35 *A Critique of Adjudication*, *supra*, 187-91.

ginaux (la familiarité que Bix entretient avec la littérature CLS est exceptionnelle), et enfin pour une part des efforts habituels que les courants dominants consacrent au maintien des courants marginaux dans la marginalité.

5. Chacun sait que «dans certains cas le matériau juridique ne [peut] produire un résultat clair». Et qu'il y a des cas dans lesquels le résultat «ne [peut] pas être immédiatement admis par tous». Mais c'est encore tout autre chose que de faire porter à aux critiques de type CLS la charge de «nier» la «possibilité de résoudre facilement la vaste majorité des litiges potentiels». Cette affirmation quantitative occupe une place importante dans le schéma positiviste, au moins dans sa version hartienne. Elle sert à nous rassurer en posant que la reconnaissance d'une zone de pénombre ne vient pas menacer les valeurs libérales de l'état de droit. Selon Hart le «sceptique quant aux règles [rule sceptic] est le bienvenu, aussi longtemps qu'il n'oublie pas qu'il n'est bienvenu qu'à la marge; et qu'il ne nous fait pas perdre de vue que ce qui rend possible les étonnantes développements que les Cours donnent aux règles les plus fondamentales sont, dans une large mesure, fondées sur le prestige qu'elles ont accumulé grâce aux décisions qui procèdent d'indiscutables applications des règles dans les vastes aires centrales du droit»<sup>36</sup>.

La thèse des CLS est que la question de savoir dans quelle proportion les litiges réels ou possibles admettent des résultats déterminés par le matériau juridique donné ne peut être tranchée qu'en prenant en charge la possibilité que le travail juridique vienne déstabiliser l'appréhension initiale de ce que commande ce matériau. Le caractère déterminé des résultats dépend du degré de précision des énoncés des normes valides qui intéressent le cas, du contenu des autres sources, *mais aussi* de leur interaction avec les ressources et les stratégies de quiconque a le pouvoir de les interpréter, et encore de la «facticité» du maté-

riau juridique et des faits tels qu'ils sont donnés dans le cas d'espèce. Une fois que tout ceci est pris en compte, les affirmations relatives à la «vaste majorité des litiges» ou aux «vastes aires centrales du droit» n'ont tout simplement plus aucun sens.

6. D'après Bix, l'absence de résultat clair dans certains cas n'«infirme [pas] la possibilité de parvenir à trouver la bonne solution (*right answer*) même dans les cas les plus difficiles». Du point de vue de l'approche phénoménologique ici proposée, la seule signification intelligible d'une «bonne réponse» (*right answer*) à un cas, facile ou difficile, c'est qu'ayant travaillé avec le temps et les ressources disponibles selon une stratégie donnée, l'interprète ne soit pas parvenu à trouver une alternative à une appréhension particulière de la norme applicable et ce que commande son application. En d'autres termes, après avoir réalisé la réduction phénoménologique, la «bonne réponse» est celle qui est produite par un argument ayant «l'effet de la nécessité». Quant à savoir s'il y a une bonne réponse au sens d'une réponse vraie et connaissable comme telle, CLS adopte la position de Kant sur la «chose en soi».

36 HART, p. 150. Cf. aussi p. 149, 141-42, 132.

## CHARTE ÉDITORIALE

*Jurisprudence – Revue critique* invite tous les auteurs, juristes ou pas, à proposer un texte pour la partie *Varia* ou la Chronique des idées. Les textes peuvent être écrits en langue française ou en langue anglaise.

Les manuscrits peuvent être envoyés à tout moment par voie électronique ou par voie postale. Ils doivent être adressés à l'équipe de Coordination / Direction qui accueille réception et se charge d'assurer l'anonymat de l'auteur.

*Jurisprudence – Revue Critique*  
Faculté de droit et d'économie  
Domaine Universitaire de Jacob-Bellecombette  
B.P. 1104  
73011 Chambéry Cedex

[jurisprudence.revuecritique@gmail.com](mailto:jurisprudence.revuecritique@gmail.com)

Chaque manuscrit envoyé à la revue est évalué, de façon anonyme, selon un processus en deux étapes. La première se déroule sous la responsabilité de l'équipe de rédaction, la deuxième est conduite par deux experts spécialistes du domaine de l'étude. Il est entendu que la personne à qui le manuscrit a été adressé ne participe pas à l'évaluation.

Les références utilisées par l'auteur sont toutes vérifiées. À cette fin, il peut lui être demandé des précisions sur tel ou tel élément bibliographique.

À l'issue du processus d'évaluation, les suggestions peuvent être proposées à l'auteur aux fins de publication.