



HAL
open science

Sexy scholar. Les charmes de la pensée critique nord-américaine

Sébastien Pimont

► **To cite this version:**

Sébastien Pimont. Sexy scholar. Les charmes de la pensée critique nord-américaine. *Jurisprudence. revue critique*, 2010, pp.329 - 338. hal-03461737

HAL Id: hal-03461737

<https://sciencespo.hal.science/hal-03461737v1>

Submitted on 1 Dec 2021

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.

SEXY SCHOLAR

LES CHARMES DE LA PENSÉE CRITIQUE NORD-AMÉRICAINE

À PROPOS DE *SEXY DRESSING, VIOLENCES SEXUELLES ET ÉROTISATION DE LA DOMINATION*,
DUNCAN KENNEDY, AVANT-PROPOS M. XIFARAS, « CHAMPS ESSAIS », FLAMARION, 2008*

PAR SÉBASTIEN PIMONT**

Cet article porte sur un important ouvrage de Duncan Kennedy. À partir de celui-ci, il présente certaines différences existantes entre les milieux académiques américain et français; il évoque aussi les « charmes » de la pensée juridique critique nord-américaine pour un juriste français.

This article, based on an important book written by Duncan Kennedy, introduces differences between both french and american academics' circles. For a French jurist, it also calls to mind the "charms" of the American critical legal studies.

* Texte original: « *Sexual abuse, sexy dressing and erotization of domination* » in *Sexy Dressing, etc. Essays on the Power and Politics of cultural identity*, Harvard University press, 1993.

** Maître de conférences, Université de Savoie (sebastien.pimont@univ-savoie.fr).

«*Sexy dressing*» est un livre écrit par un juriste nord-américain – et quel juriste: Duncan Kennedy est titulaire de la chaire *Carter of general jurisprudence* de l'Université de Harvard; un ouvrage qui fait partie d'une production académique reconnue outre-atlantique et qui, pourtant, semblera, pour de multiples raisons, bien extravagant au lecteur français. Le sujet tout d'abord déroutera. Pas totalement d'ailleurs: analyser le droit applicable aux «violences sexuelles» (p. 70 s.) n'est pas si exotique que cela. Non, ce qui paraîtra incongru est de lier cette question à une réflexion sur l'habillement des femmes et à une interrogation sur «l'érotisme de la domination». La forme surprendra aussi, comme la nature des arguments, qui ne sont pas purement dogmatiques, qui empruntent à d'autres disciplines, de l'économie à la sociologie ou l'anthropologie et la psychologie en passant par la théorie littéraire. Enfin, la méthode utilisée pour écrire a très peu de chose à voir avec les canons académiques français – tout du moins avec ceux pratiqués dans les facultés de droit.

La traduction d'un tel ouvrage, sa publication dans une collection largement diffusée, témoignent de l'intérêt grandissant qu'éveille en France la pensée des juristes nord-américains – après Dworkin. Le paradoxe est que ce n'est pas vraiment le cas de celle des juristes français¹. Le crédit des juristes universitaires américains s'explique – comme en creux se comprend la déconsidération de leurs collègues français. Une première raison tient à l'importance accordée au droit par les Nord-Américains; comme dans tous les pays ayant le *common law* en partage, ils le prennent au sérieux; sa «prééminence» plutôt que celle de la politique ou de l'État est l'une des bases de «la morale politique et d'un ordre social juste»².

Une autre raison tient au prestige de certaines universités d'outre-atlantique et à l'autorité de ceux qui y enseignent, même – et surtout – s'il s'agit de sciences sociales. Une dernière explication réside vraisemblablement dans la pluralité des discours sur le droit produits dans les *law schools*; une diversité qui conduit parfois à l'émission d'idées audibles hors l'étroit cercle des professeurs spécialisés. Un autre monde donc...

Y prendre pied, l'entrevoir, en découvrir une partie, très subversive, résolument critique, tel est l'un des intérêts de la lecture de «*Sexy dressing*». L'ouvrage est en effet un produit des «*critical legal studies*» dont Duncan Kennedy est l'un des représentants, l'un des fondateurs³. Était-ce, pour faire découvrir ce courant ou, au moins, l'œuvre de D. Kennedy, le meilleur texte à publier? Peut-être pas. On pouvait espérer – et on espère toujours – la traduction d'un (ou de plusieurs) autre(s) texte(s), comme par exemple «*Three globalizations of law and legal thought: 1850-2000*»⁴ ou «*A Critique of Adjudication [fin de siècle]*»⁵ Des textes peut-être plus représentatifs des travaux de leur auteur. Évidemment, le thème de l'ouvrage – le sexe – fait espérer à l'éditeur de gros fruits. Mais même s'il sent le souffre, «*Sexy dressing*» est un livre important; l'une des publications les plus excitantes de ces derniers mois, qui donne à voir et permettra de comprendre le travail d'un grand professeur de droit nord-américain. Cela d'autant que l'ouvrage est précédé d'un instructif avant-propos composé de quelques remarques liminaires et d'un riche entretien avec l'auteur mené par Mikhaïl Xifaras (professeur des universités agrégé de droit public à l'I.E.P. de Paris). De tels préliminaires sont plutôt bienvenus. Pour le néophyte gaulois, les entrelacs de la pensée juridique américaine en

1 Sauf s'ils ont conseillé le gouvernement, comme Carbonnier ou mieux, s'ils ont été ministres, comme Foyer ou le président Badinter.

2 Telles sont les idées de John Rawls – sur cette question voyez E. ZOLLER, *Introduction au droit public*, Dalloz, 2006, n° 93 sq., sp. note n° 4.

3 Et même le chef de cette école, «bien que dans cet énoncé» comme l'écrit Mikhaïl Xifaras «tout soit faux» (p. 11).

4 In *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, David Trubek and Alvaro Santos, eds., Cambridge, 2006.

5 Harvard University Press, 1997.

général et les « *critical legal studies* » en particulier sont en effet difficilement pénétrables.

Préliminaires

Grâce à l'avant-propos, le lecteur français dispose d'un tableau saisissant de l'état de la pensée juridique américaine contemporaine⁶; un tableau brossé par Duncan Kennedy lui-même.

« La théorie juridique américaine aujourd'hui est souvent décrite comme balkanisée. Je préfère dire que c'est une réponse, que Max Weber aurait parfaitement pu prédire, à la crise de la foi juridique qui caractérise les juristes américains (en analogie avec la foi religieuse). Cette réponse, c'est la désintégration de l'église universelle dans ce que l'on peut appeler des sectes. Ainsi nous avons des constitutionnalistes libéraux, des libertariens, des dworkiniens, des communautariens, des pragmatistes, des partisans de la sociologie du droit, des positivistes « inclusifs », des jusnaturalistes, des partisans de l'analyse économique du droit, des féministes libérales, des féministes radicales et ainsi de suite. Ces sectes combinent une attitude politique, une pratique orientée vers un intérêt déterminé (exemple: le droit des femmes, le droit des sociétés ou des libertés publiques, etc.) et une attitude théorique (plus ou moins formaliste, plus ou moins ouverte à d'autres disciplines, comme l'économie, la sociologie, la littérature etc., plus ou moins orientée vers l'étude des valeurs, des faits, des normes, etc.), de manière à former un

ensemble qui permet de distinguer cette secte des autres sectes » (p. 49).

On est frappé par cette description. Et par l'écart qu'elle suggère avec la pensée juridique française, beaucoup plus homogène. Bien sûr, en France, les études critiques du droit, l'analyse économique du droit, les doctrines de droit naturel, la sociologie du droit, l'anthropologie du droit existent. Mais l'application de telles méthodes ne peut avoir la prétention de concurrencer celle de la dogmatique juridique, *pratique majoritaire de la pensée juridique*⁷. Comment expliquer une telle différence? On sait que le *common law*, plus pragmatique, n'est pas le droit romano-germanique, assez constructiviste; on sait aussi que les universitaires n'ont pas la même place en France et au Royaume-Uni ou aux États-Unis. Mais la lecture de l'avant-propos laisse deviner d'autres explications: la structure du système d'enseignement et les conséquences du triomphe du réalisme concourent à « la crise de la foi juridique », « à la désintégration de l'église universelle dans ce que l'on peut appeler des sectes ».

Les sectes du droit

L'économie de l'enseignement du droit aux États-Unis semble contribuer à l'éclatement des doctrines juridiques américaines. Comme le note D. K., « il y a environ six mille professeurs de droit » et il n'existe « aucun standard uniforme de qualification professionnelle autre que la licence en droit pour accéder au milieu académique (et donc pas d'agrégation comme c'est le cas en France) ». Par ailleurs, « il existe deux cents facultés de droit (*schools of law*), parmi lesquelles les trois quarts sont privés, chacune ayant sa propre revue juridique, éditée par les étudiants de dernière année (!) »; étant précisé que ces « facultés jouissent d'une autonomie quasi complète pour ce qui est du recrutement et ne sont soumises à aucun système

6 Un tableau qui complétera les textes dont dispose déjà le lecteur français – voyez notamment Ph. JESTAZ et Ch. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 265 sq.; F. MICHAUT, *États-Unis, Grands courants de la pensée juridique américaine contemporaine*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, (dir.) D. Alland et S. Rials, Quadrige, Lamy, PUF, 2003; – plus spécialement en droit des contrats voyez L. GRYNBAUM, *Doctrine américaine contemporaine: le droit des contrats partagé entre l'empire de l'économie et l'aspiration à la justice sociale*, R.D.C. 2008. / 4, p. 1383 sq. – adde *L'américanisation du droit*, A.P.D., tome 45, Dalloz, 2001.

7 Voyez Ph. JESTAZ et Ch. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 172 sq.

de supervision national efficace» (p. 50). On est aux antipodes du système français d'enseignement du droit, marqué, rappelons-le⁸, par la centralisation des modes de recrutement (identiques pour tout le territoire de la République), l'homogénéité des statuts des enseignants (majoritairement fonctionnaires)⁹ et l'uniformité des institutions donnant des cours et délivrant des diplômes de droit (les universités d'État pour l'essentiel)¹⁰.

Résultat : ce qu'on appelle « *la doctrine* » n'existe pas aux États-Unis : « il n'y a pas, mais vraiment pas, quelque chose qui puisse y faire penser » (p. 50). Précisons. Il n'y existe pas non plus d'incitation institutionnelle à pratiquer la dogmatique, qui est, justement, la pensée majoritaire constitutive de l'activité doctrinale française. Or une telle incitation existe en France. La dogmatique est ce qu'il faut maîtriser pour réussir l'un des concours nationaux permettant d'entrer dans la fonction publique de l'enseignement supérieur, pour devenir un agent de l'État¹¹.

8 Les réformes en cours (et notamment la loi du 10 août 2007) ne semblent pas, à court terme, devoir modifier l'économie du système – surtout pour les juristes dont les professeurs sont en majorité recrutés par un concours totalement national. À moyen terme, on peut imaginer cependant que les universités utiliseront le pouvoir de recruter des professeurs par voie contractuelle au lieu de recourir à la voie statutaire. Ce qui pourrait avoir pour conséquence la création d'un mode de recrutement fondé sur le marché qui doublerait celui qui repose sur des concours administratifs.

9 Le décret n° 84-431 du 6 juin 1984 fixe les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants-chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des universités et du corps des maîtres de conférences et porte diverses dispositions relatives aux enseignants-chercheurs.

10 Sur la question de la liberté de l'enseignement voyez E. LABOULAYE, *Le parti libéral, son programme et son avenir suivi de la liberté de l'enseignement et les projets de lois de M. Jules Ferry*, textes présentés par M. Leter, Bibliothèque classique de la liberté, Les belles lettres, 2007.

11 Ainsi deux professeurs de droit français peuvent affirmer que les professeurs de droit appartiennent à un « grand corps de commis de l'État » – voyez A. BÉNABENT et M. GRIMALDI, *École – Palais : chacun chez soi?*, D. 2007, p. 382.

D'un système à l'autre, la place de l'État et, en négatif, celle du marché, de la concurrence entre les facultés, appelle une remarque. Lorsque l'État impose *un* mode de recrutement exclusif et *une* structure d'enseignement unitaire, il dispose aussi du pouvoir imperceptible de façonner le savoir des juristes, c'est-à-dire de favoriser certaines représentations du droit et, par suite, d'influer sur l'évolution du droit lui-même (celui que les ex-étudiants des facultés de droit appliqueront). À l'inverse, un système de mosaïque, « balkanisé », sans « standard de recrutement » national, semble avoir pour vertu d'affranchir le savoir des juristes de la gangue de l'État. Il « valorise l'innovation » et encourage la critique. Mais la médaille a son revers : un tel système, comme le remarque D. K., favorise aussi « l'amour de la paroisse et l'esprit sectaire ». Quoi qu'il en soit, à sa façon, assez peu formel, il encourage certainement la liberté de l'enseignement.

« *Le moment post-réaliste* »

Aux États-Unis, la concurrence entre les facultés de droit a conduit à ce que, parmi plusieurs approches du droit, le réalisme triomphe du formalisme dans les années 1930¹². Or comme l'explique D.K., « toutes les sectes américaines ont conscience de vivre à un moment historique – qu'on appelle le plus souvent « post-réalisme ». Un moment qui, tel qu'il est décrit par l'auteur, inquiétera le lecteur français : le succès du réalisme a été tel que l'idée que l'on se fait de la pensée juridique ressemble à un champ de ruines ; le droit apparaît lui-même comme un ensemble confus dont « les sources (*lato sensu*) se contredisent » ; dont il est impossible de produire « une image cohérente et rationnelle » (p. 51). Dans ces circonstances, la majorité des auteurs veulent « reconstruire » une « rationalité juridique », comme les partisans de *law & economics*. Alors que d'autres, « hors du cadre

12 Voyez Ph. JESTAZ et Ch. JAMIN, *La doctrine, op. cit.*, p. 278 : « si le modèle de Langdell s'intensifie à Harvard, le centre de gravité du réalisme se situe successivement à Columbia puis à Yale ».

d'un projet de la reconstruction de la vérité du droit» veulent «entreprendre une critique contemporaine du droit» (p. 50), une «critique interne de la raison juridique»¹³; ils pensent édifier une «théorie du droit» en poursuivant un projet politique de gauche (p. 45). Tel est le cas des *crits* – c'est-à-dire de ceux qui s'adonnent aux *criticals legal studies*.

Un tel tableau donne le vertige. Somme toute, en dépit de son monolithisme, la pensée juridique française présente quelques avantages, dont celui d'avoir été préservée d'un tel chaos. Demeurant majoritairement dogmatique, elle n'a pas totalement sacrifié sa croyance en la «vérité du droit» – on dirait aussi en sa «positivité». Le droit existe, il a sa propre rationalité et il est ainsi possible, en utilisant ses principes et ses concepts, de déterminer la solution juridiquement exacte, celle «dont le système général des sources du droit dicte l'application» (p. 46). Pour cette raison, le syllogisme, c'est-à-dire l'instrument dialectique permettant de découvrir la vérité, est à la base du raisonnement des juristes. Or précisément, dans cet ouvrage, conformément à son programme, D. K. entend «mettre entre parenthèses la question de la vérité du droit» (p. 47); il ne veut pas «se laisser obséder» par cette question (p. 45). On pourra bien sûr penser qu'une telle attitude n'est pas propre à la pensée juridique américaine. La vérité du droit n'obsède ainsi pas forcément tous les juristes français. Il n'empêche que dans la pensée juridique américaine, aux âges du post-réalisme, la contestation ou plus justement la mise entre parenthèses de la vérité du droit n'est pas simplement affaire de conception personnelle, c'est aussi un corps de doctrine respectable qui repose sur de puissants arguments. Le premier tient, comme nous l'avons dit, à la critique du formalisme juridique, à l'avènement du réalisme dans les années 1930 (1); le second, propre au C.L.S., tient à la réception par

certains juristes américains «de penseurs français de l'après-guerre et des années 1960, de Sartre à Derrida, en passant par Althusser, Lévi-Strauss, Deleuze, Barthes ou encore Foucault, ce qu'on désigne parfois par l'expression '*french theory*'» (p. 49) (2).

1. En point de départ, se trouve l'analyse réaliste du droit. Pour ses inspirateurs, comme l'explique Elisabeth Zoller, il s'agissait de mettre fin à une «image d'Épinal du juge»: «organe prétendument apolitique, simple courroie de transmission soi-disant neutre entre, d'une part, les principes juridiques éternels de la nature et de la raison, et, d'autre part, la diversité et la contingence des affaires à juger»¹⁴. Selon Françoise Michaut, le juge est alors plutôt «considéré comme ayant et devant avoir un rôle créateur et la théorie du droit se voit assigner pour tâche de rendre compte du cheminement de ce travail créateur et éventuellement de le guider»¹⁵. Cheminement qui ne s'appuie par forcément sur des règles ou sur un raisonnement formel – sur la dogmatique. Pour Holmes (1841-1935), que l'on présente parfois comme annonçant le réalisme¹⁶, «les nécessités pressantes du moment, les théories politiques et morales alors dominantes, l'intuition avouée ou inconsciente de la politique jurisprudentielle à suivre, voire les préjugés que les juges partagent avec leurs collègues, ont toujours joué un rôle bien plus important que le syllogisme pour déterminer les règles selon lesquelles les hommes doivent être gouvernés»¹⁷. En conséquence, selon Pound (1870-1964), autre auteur précédant le réalisme, «l'idée de science comme système

13 Voyez Duncan KENNEDY, *Critical legal studies*, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, (dir. A. J. Arnaud) 2^e éd., L.G.D.J., 1993.

14 Voyez E. ZOLLER, *La Cour suprême des États-Unis entre création et destruction du droit*, in *La création du droit par le juge*, A.P.D., tome 50, Dalloz, 2007, p. 277 sq., sp. p. 280.

15 *Op. cit.*, eod. loc.

16 Voyez sur cette question S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Holmes*, in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, (dir.) O. Cayla et J.-L. Halpérin, Dalloz, 2008.

17 O. W. HOLMES, *The common law*, reprint, Boston, Black Bay Books, 1963, p. 5 sq. – cité par E. Zoller, préc., note n° 9.

de déduction est devenu obsolète»¹⁸. Toutefois, ce dernier, que l'on rattache comme Holmes à la théorie de la «*sociological jurisprudence*» n'est pas exactement réaliste. En effet, il n'abdique pas, contrairement à K. Llewellyn, authentique tenant du réalisme, une recherche du devoir-être; il ne consent pas au divorce entre *is* et *ought*.¹⁹ Par comparaison, le réalisme ne s'entend que d'un «enregistrement correct des choses comme elles sont, par opposition à comme elles devraient être»; «réalisme signifie que l'adhésion aux réalités de l'ordre juridique est la base de la science du droit»²⁰.

La différence avec la pensée juridique hexagonale apparaît alors clairement. La doctrine française a majoritairement refusé ce que les universitaires américains ont admis: le tournant réaliste. Après avoir pourtant eux aussi critiqué le formalisme, celui des méthodes de l'exégèse, les auteurs français des années 1920 ont choisi d'appliquer aux décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'État un dogmatisme naguère réservé à la loi – et honni. La peur du pouvoir du juge, de son «gouvernement», le mot est de Lambert qui, précisément, parle de la Cour suprême américaine²¹; la crainte d'affirmer l'indétermination du droit et d'aboutir, tout à la fois, à un désordre social et à l'acceptation d'un insupportable nihilisme ont mis fin au «moment réaliste de la pensée juridique française»²². Le paradoxe, que relève D. K.

(p. 54), est que certains auteurs américains ont utilisé des ouvrages de la doctrine française d'alors pour asseoir leur critique du formalisme, des ouvrages qui, comme les *Notions fondamentales du droit privé* de Demogue (1911), ne sont plus vraiment lus en France. Ajoutons qu'aux États-Unis, compte tenu de l'importance traditionnelle accordée aux juges, les théories françaises du «moment 1900» ont acquis une force impossible à concevoir en terre légaliste.

2. Le mouvement CLS s'appuie sur le réalisme, il le prolonge, il est donc redevable à la doctrine française du «moment 1900», à des auteurs comme Geny ou Demogue que D.K. connaît très bien²³. Mais ce n'est pas tout. Pour «mettre la vérité du droit entre parenthèses», D. K. utilise d'autres références. Ce qui surprendra un juriste français. Dans leur pratique de la pensée sur le droit, les *crits* sollicitent «la sémiotique, le structuralisme, le post-structuralisme et la déconstruction». Autrement dit, ils organisent la réception en droit des idées de penseurs comme Derrida ou Foucault, de ce que l'on nomme aux États-Unis la «*french theory*»²⁴. On peut y voir une forme d'intellectualisme, qui éloigne les juristes de leur pratique, de leur savoir propre; un risque aussi, celui de ne pas maîtriser les concepts et les notions utilisés. Mais on peut aussi se laisser convaincre de l'intérêt d'une telle réception. Comme l'explique D.K., «je ne crois pas qu'il soit possible de faire comme si nos formes de représentation pouvaient avoir été bouleversées de fond en comble dans le domaine de l'art, de la philosophie ou de la

18 R. POUND, *Mechanical jurisprudence*, *Columbia law review*, 1908, vol. 8, p. 605 sq., sp. p. 608 – cité par S. HENNETTE-VAUCHEZ, Pound, in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, (dir.) O. Cayla et J.-L. Halpérin, Dalloz, 2008.

19 S. HENNETTE-VAUCHEZ, Pound, in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, (dir.) O. Cayla et J.-L. Halpérin, Dalloz, 2008, sp. p. 465.

20 Voyez R. POUND, *The call for a realist jurisprudence*, *Harvard Law Review* 1931, n° 44, p. 697 sq. – cité par S. HENNETTE-VAUCHEZ, Pound, in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, (dir.) O. Cayla et J.-L. Halpérin, Dalloz, 2008

21 *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation nationale aux États-Unis*, rééd. (Giard, 1921) préface F. Moderne, Dalloz 2005.

22 Ph. JESTAZ et Ch. JAMIN, *op. cit.*, p. 297.

23 Voyez D. KENNEDY et M.-C. BELLEAU, *François Geny aux États-Unis*, in C. Thomasset, J. Vanderlinden et Ph. Jestaz (dir.), *François Geny, mythes et réalités*, Yvon Blais, Dalloz et Bruylant, 2005, p. 200, p. 295 sq.; D. KENNEDY et M.-C. BELLEAU, *La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine*, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2006, n° 56, p. 163 sq.

24 Sur l'influence de certains penseurs français en général aux États-Unis voyez F. CUSSET, *French theory, Foucault, Derrida, Deleuze & C^o et les mutations de la vie intellectuelle aux États-Unis*, La découverte, 2005.

morale sans qu'il soit nécessaire, ou même simplement utile, d'en tirer la moindre conséquence dans le domaine du droit» (p. 48).

Par ailleurs, une telle méthode, les CLS en général, sont au service de projets politiques «d'orientations gauchistes» – en un sens nord-américain. *Sexy dressing* promeut notamment le projet féministe *Queer* que D. K. nomme «le féminisme pro-sexe postmoderne». Au-delà de la question du féminisme, une telle polarisation politique du discours juridique pourra surprendre. La dogmatique, pratique majoritaire de la pensée juridique française, est en effet souvent considérée comme politiquement neutre et par conséquent, le discours doctrinal est lui-même habituellement perçu comme a-politique. Tout du moins, les opinions politiques n'y apparaissent généralement pas de façon explicite. Or précisément, l'analyse critique a pour ambition de démontrer qu'une telle posture est une illusion; en témoigne le brocard célèbre: «*law is politics*». Comme l'écrit D.K. au *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* en 1993: «l'aspiration de la critique consiste à déceler le sens politique de la pratique quotidienne des juges et des juristes, qui construisent le droit tout en se présentant comme de simples instruments du droit, interprètes passifs, neutres et transparents d'un droit abstrait qu'ils ont pour charge de concrétiser».

On le comprend, le propos politique du texte ainsi que «le style pluridisciplinaire de l'analyse» (p. 16) font de *Sexy dressing* un ouvrage très original: un ovni dans la littérature juridique publiée en France. De sorte que, pour jouir de ses charmes, en plus des préliminaires, quelques précautions peuvent être prises.

Précautions

«*Sexy dressing, violences sexuelles et érotisation de la domination*» est la traduction française d'un article écrit dans les années 1980, alors que la guerre des sexes faisait

rage aux États-Unis. C'est la contribution d'un professeur de droit américain à une question aujourd'hui datée et localisée. Il ne faut pas s'en effrayer. Au contraire. L'ouvrage donne à voir une pratique singulière de la pensée juridique: hyper-américaine en quelque sorte; et c'est ce qui en fait l'intérêt. Les questions juridiques «de régulation des comportements sexuels» servent de point de départ. Un prétexte pour présenter «une réflexion sur la culture sexuelle américaine qui emprunte à l'économie, à la sociologie, à l'anthropologie, à la psychologie et à la théorie littéraire» (p. 16).

L'exotisme de l'ouvrage

«Guerre des sexes», «féminisme radical», «théorie *Queer*», «analyse économique du droit», «*french theory*», il n'y a pas de doute, nous ne sommes plus dans le champ des références habituelles des juristes français; comme l'écrit M. Xifaras les thèses de D. K. sont «délibérément et massivement américaines» (p. 10), ce qui colore l'ouvrage d'un exotisme certain. Il faut néanmoins se défier d'une telle impression. Bien sûr, certaines situations sont typiquement américaines, comme le point de vue de l'auteur. Mais les théories utilisées n'ont pas forcément à être ignorées en France, même et surtout des juristes. L'observation vaut évidemment pour l'analyse économique du droit, sollicitée par l'auteur. Mais aussi, mais surtout, pour les analyses féministes du droit, qui sont au cœur de l'ouvrage (théorie radicale et théorie *queer*). Ces dernières théories, nombreuses, diverses, d'origine majoritairement anglo-saxonnes, reposent sur l'idée selon laquelle «le statut des femmes se caractérise par leur position d'infériorité politique, sociale et économique par rapport à celle des hommes»²⁵. Les causes du peu d'appétence des juristes français pour de telles réflexions mériteraient d'être explorées. «Est-ce» comme l'écrit Marie Claire

25 Voyez M.-C. BELLEAU, *Les théories féministes: droit et différences sexuelles*, R.T.D.civ. 2001, p. 1 sq.

Belleau «encore et toujours la place prépondérante du positivisme formaliste civiliste qui éclipse sa propre perspective politique, écartant ainsi toute autre idéologie qui diffère et remet en cause la sienne» ?

Le point de vue de l'auteur

Dépaysant, le point de vue adopté par l'auteur l'est aussi. Au rebours des canons adoptés dans les facultés de droit françaises, il est délibérément subjectif. On peut y voir une sorte *d'éthique de l'argumentation* : une posture qui, à condition de ne pas dissimuler un refus d'analyse, donne aux lecteurs les moyens de situer, de relativiser et, finalement, de déconstruire un discours²⁶. « Je me définirais » affirme ainsi D. K. « plutôt moi-même comme un bourgeois ; blanc ; hétérosexuel, de gauche qui tente de trouver un accommodement avec le défi que le féminisme radical représente pour la culture sexuelle qui a façonné mon identité » (p. 60). Or d'après le féminisme radical, le sexe et la manière de s'habiller « sont des formes de participation au régime du patriarcat » qui, en lui-même, est porteur d'une violence à l'encontre des femmes. « La question est donc de savoir si les hommes et les femmes hétérosexuels sont en mesure d'avoir une vie sexuelle, de faire l'expérience du plaisir à travers un tel régime, sans se faire complice de l'oppression » (p. 60). C'est pour répondre à cette question, personnelle, très générale, située en dehors du droit, que D.K. présente le régime juridique qui s'applique aux violences sexuelles.

26 Voyez parmi d'autres exemples p. 111 *sq.* – où l'auteur critique l'une des thèses du féminisme radical en faisant référence à certaines critiques adressées au marxisme dans les années 1920-1930 : « je ne sais pas bien » écrit l'auteur « ce qu'il convient de faire de ce parallèle, mais il implique que ma critique de (ma propre vision) de la thèse de McKinnon et Dworkin (auteures féministes) suit, à de nombreux égards, le débat qui a eu lieu au sein du marxisme et à son propos ; il est donc possible qu'elle soit faussée par cette expérience antérieure ».

Une étude aux marges du droit

De ce régime juridique, l'auteur retient surtout les limites ; ce qui l'intéresse sont les marges du droit : les violences qu'il tolère, celles qui, « clairement illégales », échappent à la sanction de l'État. En un sens, son propos porte sur un non-droit plutôt que sur du droit. Dans cette zone indécise, ignorée souvent, l'absence de règle juridique ne vaut pas défaut de norme. Au contraire, « le résidu de violence toléré oblige les femmes à se conformer à des règles de bon comportement ». Comme le note l'auteur, « à la maison, sur le lieu de travail et dans la rue, le risque d'être victime de la violence croît considérablement si la femme enfreint un ensemble de règles coutumières du comportement féminin » (p. 101). Une telle violence, qui est une « déviance », est aussi « disciplinaire » (p. 102) ; elle sanctionne une autre déviance, comme le non-respect d'un code vestimentaire. À l'appui de cette opinion, les travaux du féminisme radical sont convoqués. « Une des thèses fondatrice défendue dans ces travaux est » en effet « qu'il est dans l'intérêt des hommes que les femmes aient des identités traditionnelles, et que la violence est l'un des mécanismes par lequel les hommes imposent ces identités » (p. 107).

L'existence d'un tel phénomène normatif, hors le droit (en dessous ? à côté ?), peut être interprété différemment. L'auteur l'envisage aussi du « point de vue conventionnel », c'est-à-dire selon « le discours dominant ou central dans la culture traditionnelle américaine ». Le comportement d'une femme qui s'habille d'une façon provocante est alors jugé sévèrement. Une telle conduite est même parfois présentée comme la cause des violences. D'après certains psychiatres, « un lien entre vêtements provocants et harcèlement ou crimes sexuels » existerait (p. 139). Et corrélativement, certaines entreprises affirment que « les employés ont la responsabilité de faire en sorte que leur apparence personnelle – surtout sur leur lieu de travail – ne constitue pas un encouragement indirect au harcèlement sexuel » (p. 139). Par là, les violences,

pourtant injustifiables, trouvent une raison; elles s'objectivent: on passe d'un phénomène de régulation extrajuridique (violence-sanction) à une loi quasi-scientifique (violence-effet), une causalité. Le droit n'est plus très loin. Un tel discours, poussé à l'extrême, suggère en effet que le non-respect d'un code vestimentaire, par ailleurs très relatif, peut être qualifié en une faute de la victime des violences sexuelles. Et pour peu qu'un juge accepte une telle analyse, ce qui est arrivé²⁷, le régime disciplinaire mis en lumière par le féminisme radical s'arrime au régime juridique, celui-ci confortant celui-là. Pour le pire, un non-droit se rapproche du droit, s'imbrique avec lui, formant un corps internormatif injuste, dévoilant un ordre inique.

Évidemment, heureusement, la réaction du droit peut être inverse et consister en une sanction vigoureuse de toute violence sexuelle. Pour les féministes radicaux, un tel recul du «résidu de violence tolérée» serait un bienfait. Mais il ne protège pas les femmes contre toutes les violences (p. 158 s.). Au contraire, il peut entraîner une «augmentation concomitante de l'habillement sexy» (p. 159 s.). Ce qui est perçu comme la transformation des femmes en objet, qui manifeste la domination des femmes par les hommes, qui représente une sorte d'état conditionné de la personne opprimée. Le vêtement sexy est «une pratique reflétant et reproduisant l'érotisation de la domination en général, et la violence sexuelle en particulier» (p. 170). En résultat: les féministes radicales prescrivent de bannir la sexualité des lieux de travail. De sorte qu'elles imposent à leur tour une norme sexuelle, une sorte de «d'identité sexuelle idéale» (p. 41). On ne sort pas des normes; une violence lèsera toujours l'individu. Ce qui appelle des réserves de la part de l'auteur. Plus largement, sans entrer plus dans l'analyse de ce dernier, «la réglementation juridique» apparaît «comme constitutive

de la sexualité»: elle peut chasser la sexualité des lieux de travail et imposer une «sexualité guimauve»; elle pourrait aussi promouvoir «un jeu sexuel à la fois visible et consciemment assumé» (p. 42), tout en ne renonçant pas à réprimer les violences sexuelles.

L'originalité de la méthode

L'affirmation est provocante; la méthode utilisée aussi. En effet, conformément au programme des CLS, D. K. utilise – détourne – plusieurs disciplines, ici l'analyse économique et, comme nous l'avons dit, le féminisme radical sont sollicitées pour présenter la question des violences sexuelles.

«Ce qui a choqué, c'est d'abord que je traite les rapports homme/femme comme un objet économique, en posant dès le départ la centralité de la violence et en analysant ces rapports en termes d'intérêts matériels et psychiques et de marchandage autour de ces intérêts. Je faisais appel à deux méthodes d'analyse de la théorie sociale, généralement comprises aux États-Unis comme parfaitement antithétiques, l'une étant «de gauche» et l'autre «de droite». Il s'agit du féminisme radical et de l'analyse économique du droit (*law and economics*) et je dois dire que j'ai pris pas mal de plaisir à célébrer leur union...» (p. 17).

Il est vrai que l'étude des réponses du droit aux violences sexuelles en termes de «bilan coûts / avantages», pour ne retenir ici que l'analyse économique, occulte absolument l'aspect moral de la question; celle-ci se réduit en une pesée des «utilités» et des «contre-utilités». Amorale, l'analyse permet néanmoins de percevoir le conflit d'intérêts entre hommes et femmes (par ex. p. 99). Elle permet aussi de démontrer qu'il existe des intérêts, «souvent non-reconnus, qui sont d'ordre matériel, érotique, ou esthétique, à vouloir réduire ou faire cesser les violences sexuelles».

Grâce à quoi, pour l'auteur, il est possible de contrer l'aspect «monolithique» du féminisme radical qui conçoit et oppose l'intérêt de l'homme (abstrait) et

27 Tel fut la position de la Cour suprême des États-Unis: *De vincent vs Merior National Savaings Bank* 106 S. CT. 2399 (1986) – cité p. 25.

celui de l'identité féminine (tout aussi abstraite). On peut admettre que chaque individu opère à l'intérieur des contraintes fixées par le régime des genres. Mais le comportement des hommes et des femmes ne découle pas que « d'un système imposé par les hommes, à l'intérieur duquel les femmes n'auraient pas d'autre choix que d'être ce que les hommes veulent qu'elles soient ». Le régime disciplinaire des genres ne constitue pas « une totalité cohérente qui parviendrait à intégrer chacun des êtres humains ». « Malgré la très grande puissance de cette approche, elle finit par comporter un trop grand nombre d'épicycles ou un trop grand nombre de sinuosités dans l'argumentation pour être crédible » (p. 122). Elle repose en effet sur des « conceptions stéréotypées – quoique résolument anti-essentialiste – qu'elle véhicule à propos de ce que les hommes sont et par conséquent ce que doivent être leurs intérêts » (p. 122).

Au final, parmi d'autres conclusions moins provocantes, l'auteur affirme que « les hommes ont un intérêt érotique à la réduction des violences faites aux femmes ». En effet, « la violence sexuelle nuit aux femmes en tant qu'être sexué et c'est une mauvaise chose pour les hommes ». Elle décourage les femmes de prendre des risques. « Lutter contre les violences sexuelles, ce n'est donc pas seulement pour les hommes, une question de droits de la personne humaine, d'empathie, de protection de 'nos' femmes, ni même une affaire de paternalisme romantique ou de correction politique, quelle que soit par ailleurs la validité et l'importance de chacun de ses objectifs » (p. 210).

Critique des raisons du droit

Au fond, la charge est féroce. Elle met en cause la rationalité et, par suite, la légitimité du droit ; elle insinue un doute sur sa justification politique. On imagine qu'il tend au respect de l'égalité civile, à celui des droits fondamentaux des individus et, cruellement, D. K. démontre que la défense des droits des femmes, simple régulation

des violences sexuelles, peut aussi trouver une explication dans le plaisir éventuellement pervers des hommes (p. 63). D. K. met en avant les intérêts très concrets d'individus eux-mêmes très concrets ; sa position s'appuie sur la différence sexuelle. « Il est possible » dit-il « de prendre position en faveur du renforcement de la protection des femmes par la loi non pas seulement du point de vue 'universaliste' ignorant la différence sexuelle, mais en se fondant sur l'analyse du désir intime des hommes et des femmes, particulièrement en ce qui concerne les rapports de domination et de soumission qui sont en jeu dans les pratiques vestimentaires » (p. 26). Une perspective banale au juriste d'aujourd'hui est renversée : pour un peu, la défense des droits humains apparaîtrait presque comme susceptible de faire violence aux intérêts d'un groupe particulier d'individus, comme celui « des hommes qui aiment les habits sexy et des femmes qui aiment s'habiller sexy ». Évidemment, le relativisme l'emporte ; ce qui pourra inquiéter et même peut-être inspirer une critique facile où antiaméricanisme et humanisme se mélangeront en un cocktail typiquement français. Toutefois, la lecture de *Sexy dressing* n'est pas simplement dépayante ou choquante – même si parfois elle n'est que cela – ; elle ouvre aussi une porte par laquelle il est possible d'échapper à la pratique majoritaire de la pensée juridique française. La pensée critique nord-américaine est un antidote contre le dogmatisme²⁸. Ceux qu'elle charme ont une chance d'en être libérés.

28 Voyez à propos des sciences sociales J. CARBONNIER, *L'esprit sociologique dans les facultés de droit*, in *Écrits, Textes rassemblés par R. Verdier*, PUF, 2008, p. 946 sq., sp. p. 950 où l'auteur parle du droit comparé, de l'histoire du droit, de la sociologie juridique comme des « sciences antidotes du droit dogmatique ».