La Revue des droits de l'homme
Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

19 | 2021
Revue des droits de l'homme - N°19

Du réalisme juridique à l'intersectionnalité. Une affaire de juristes

Gregory Bligh

Édition électronique
URL : http://journals.openedition.org/revdh/11549
DOI : 10.4000/revdh.11549
ISSN : 2264-119X

Éditeur
Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique
Gregory Bligh, « Du réalisme juridique à l'intersectionnalité. Une affaire de juristes », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 19 | 2021, mis en ligne le 12 mars 2021, consulté le 30 mars 2021. URL : http://journals.openedition.org/revdh/11549 ; DOI : https://doi.org/10.4000/revdh.11549

Ce document a été généré automatiquement le 30 mars 2021.

Tous droits réservés

Du réalisme juridique à l'intersectionnalité. Une affaire de juristes

Gregory Bligh

1 La confusion règne[1]. Le débat fait rage depuis plusieurs mois autour de la place des « thèses intersectionnelles » et de l'« islamo-gauchisme » à l'Université. La question n'est pas nouvelle dans les sciences humaines et sociales où existe depuis un certain temps un désaccord entre, d'une part, les chercheurs insistant sur les catégories de « race » et d'« identité », et, d'autre part, ceux qui font primer celle de « classe »[2]. Aucun de ces universitaires, sans doute, ne nie le caractère opératoire de l'ensemble des critères. Il s'agit de savoir quelle variable joue le rôle structurant primaire dans la production des inégalités, le risque étant qu'une analyse inexacte des ressorts véritables du pouvoir favorisera tantôt le *statu quo* social, tantôt le *statu quo* racial, et divisera, par des catégories abstraites, des communautés d'intérêt réelles[3]. Mais voici que la scène politique se saisit de ces querelles académiques.

2 Au lendemain de l'assassinat de l'enseignant Samuel Paty par un islamiste radicalisé, le ministre de l'Éducation nationale, Jean-Michel Blanquer, déclara le 22 octobre 2020 que les causes profondes de tels phénomènes sociaux se trouveraient dans les « thèses intersectionnelles » d'une mouvance militante « islamo-gauchiste[4] »[5], qui progresserait sous couvert de science, auxquelles le débat ajoutera les études « postcoloniales »[6]. Le ministre suivait en cela les propos du Président de la République Emmanuel Macron qui déclarait en juin 2020 que le monde universitaire avait « cassé la République en deux » par l'« ethnicisation de la question sociale »[7]. Le ministre sera contraint d'admettre le 20 février 2021 que le terme islamo-gauchisme ne correspond « à aucune réalité scientifique », bien qu'il s'agirait, insiste-t-il, « d'un fait social » ou d'une « réalité politique » indubitables[8]. Entre temps, la ministre de l'Enseignement supérieur et de la recherche, Frédérique Vidal, a commandé une enquête sur la dérive islamo-gauchiste à l'Université[9]. Si cela a suscité en quelques jours de vives réactions d'enseignants-chercheurs, tant en France[10] que — chose inhabituelle — dans le monde

anglo-saxon[11], les propos de Jean-Michel Blanquer comme la proposition de Frédérique Vidal ont reçu des soutiens dans le monde universitaire[12]. Les tribunes succèdent ainsi aux tribunes.

3 Bien malin qui pourra dire quel est, précisément, le sujet de la controverse. Nos travaux ne concernent pas ces objets d'étude[13]. Notre motivation porte sur deux points, et nous souhaiterions qu'elle soit claire. D'une part, il nous semble qu'aucune sérénité n'est envisageable tant que les universitaires hors du champ n'en lisent pas les textes fondamentaux afin de déterminer ce qui s'y trouve (comme ce qui ne s'y trouve pas), et l'utilité que cela peut avoir pour eux (ou non). Il en découle, d'autre part, que cet article ne s'adresse pas principalement aux spécialistes, parmi lesquels nous ne comptons pas. Nous proposons quelques éléments de lecture et d'interprétation à des personnes qui souhaiteraient savoir comment ces domaines de recherche peuvent se rapporter à leurs propres objets d'étude juridique. Ainsi, cet article démontrera que la naissance d'une « théorie critique de la race » (*Critical Race Theory*)[14], comme celle de la notion d'intersectionnalité qui en a émergé, est le fait de juristes universitaires états-uniens en dialogue avec le passé de leur institution. Un passé que nous connaissons bien souvent. Nous trouvons là un point de clarification précieux qui permet, avant de prendre position sur ces thèses, de se situer par rapport à celles-ci.

4 Thèse : (i) Les contributions des *Law Schools* états-uniennes à la *Critical Race Theory*, et la critique féministe du droit (*feminist jurisprudence*) sont l'approfondissement final de formes d'investigation qui puisent leurs sources dans l'école du réalisme juridique américain, prolongé dans la deuxième moitié du XXe siècle par les *Critical Legal Studies* (CLS). Il faut prendre conscience de la contribution spécifique de juristes à l'élaboration de concepts et de schèmes de raisonnement qui occupent sans une place plus importante, aujourd'hui, dans d'autres disciplines.

5 (ii) Le réalisme américain imprime donc une structure à l'examen du phénomène juridique que nous retrouvons, à travers différentes transformations, jusque dans la *Critical Race Theory* et la critique féministe. Se détachent tout particulièrement, à nos yeux, la critique de la dynamique des droits subjectifs et la critique de l'imbrication du droit et de l'idéologie. Ce seront là nos deux angles d'analyse tout au long de l'article.

6 (iii) Nous nous concentrerons sur la décennie 1985-1995 qui mérite une attention particulière. En effet, nous voyons émerger de manière autonome pendant cette période, de manière pleinement formée, des corpus de textes et de thèses qui seront ensuite synthétisés avec d'autres courants de pensée. Ainsi, la notion d'« intersectionnalité » apparaît au tournant des années 1990. Si, comme nous le verrons, elle assure l'adaptation à la critique juridique d'idées directrices du *Black Feminism*, elle ne semble pas subir l'influence des débats entourant le multiculturalisme et les politiques de reconnaissance qui ont lieu dans les départements de philosophie au même moment[15].

I Critique des droits et critique de l'idéologie : du réalisme juridique aux *Critical Legal Studies*

7 Les *Critical Legal Studies* (CLS), que nous pourrions traduire par « études critiques sur le droit », sont un ensemble d'études très diverses nées aux États-Unis dans les années 1970, dans le sillage du réalisme juridique américain, qui cherchent à mettre en lumière

les rapports de domination politique dans le droit[16]. Les CLS assurent le lien de continuité entre les réalistes et la *Critical Race Theory*. Non seulement celle-ci conçoit-elle également son analyse du droit en termes de domination, divergeant simplement sur les critères de cette domination, mais elle s'est forgée en dialogue conscient avec les CLS[17]. Il nous faut donc expliciter ce lien avec le réalisme américain sur lequel nous insistons.

1) Une critique du rôle de l'idéologie dans le droit du réalisme juridique américain aux CLS

8 Les réalistes rejettent une vision de l'ordre juridique comme un corps de *règles* doté d'une logique interne — ce que H.L.A. Hart appelle le « scepticisme de la règle »[18]. Le droit n'est rien d'autre, dans cette perspective, que ce que décident les juges dans les litiges concrets. La tâche du juriste compétent est de prédire ces décisions et de les provoquer de manière stratégique[19]. Ce thème est prolongé dans les CLS, dont nombre de membres conçoivent la société elle-même comme lieu de désaccords non seulement profonds, mais inextinguibles, l'institution judiciaire n'étant qu'un lieu parmi d'autres d'articulation de ces conflits qu'elle est, *in fine*, impuissante à résoudre[20]. Pis, elle en devient inévitablement un acteur et non seulement un lieu de mise en scène.

9 Comment l'idéologie vient-elle s'insérer dans cette analyse ? Dès lors que le droit est conçu comme un agrégat de décisions des juges qu'il faut prédire, la question se pose de savoir pourquoi l'ordre juridique n'est pas une simple masse chaotique de décisions individuelles. Ainsi, dès les origines du réalisme, J.C. Gray adapte la distinction, qui demeura structurante par la suite, entre le droit et les sources du droit (la législation, les actes administratifs, les précédents, etc.). L'intégralité, ou presque, de ce que le juriste français appelle le droit positif ne constitue rien de plus qu'un ensemble de limites officielles auxquelles les juges se réfèrent pour justifier les décisions qu'ils prennent[21]. Cela peut vouloir dire deux choses selon que l'on conçoit le droit comme un ensemble de *règles* posées par les juges (Gray), ou que l'on renonce à l'idée même du droit comme ensemble de règles pour le réduire à ce que les juges *font* (Holmes[22]). C'est cette seconde conception que suivront les réalistes les plus radicaux[23]. Holmes lui-même avait insisté sur le rôle des biais politiques dans la décision des juges[24]. Il faut prêter attention au discours des juges (les règles et principes qu'ils invoquent) comme un processus de rationalisation des décisions qu'ils décident de prendre[25]. Or, si le discours juridique est un processus de rationalisation, il faut trouver *en dehors* du droit la motivation des décisions[26]. Tout au plus est-ce l'idéologie professionnelle des juges ou leur éthique personnelle qui les amène à *chercher* à suivre les règles déclarées du système et de refuser de reconnaître le rôle créateur qu'ils jouent. Cela rejoint le rejet d'une vision « mécanique » de l'interprétation et de l'application des règles qui s'avère, à l'examen, inintelligible. Il s'agit non seulement de révéler la marge de liberté radicale dont jouit nécessairement toute personne habilitée à dire le droit, mais de dénoncer, en suivant, l'usage non-réflexif qui est fait de cette liberté[27]. Les sciences sociales doivent non seulement dévoiler cette réalité, mais guider le juge dans ses motivations.

10 C'est dans le prolongement de cette histoire qu'il faut situer la critique de l'idéologie dans les CLS. Duncan Kennedy joue ici un rôle particulier[28]. Il définit une « idéologie » comme l'ensemble des principes et des valeurs qui sous-tendent l'universalisation d'un

intérêt de groupe[29]. Cette définition nous convient. Comme pour ses prédécesseurs[30], un juriste est en mesure de justifier n'importe quelle position par un usage compétent des sources et des concepts juridiques qui ne sont que le langage dans lequel il doit formuler les revendications[31]. Les données juridiques formelles (« legal materials ») ne sont qu'une contrainte technique avec laquelle le juge doit opérer, mais qui n'explique pas sa décision. Pourtant, il n'est pas inintelligible de parler du droit « en vigueur », de la « sécurité juridique », ou de la prédictibilité des décisions des autorités (c'était le problème auquel était confronté Gray)[32]. Ainsi, de nouveau, il faut un élément extérieur au droit pour expliquer la régularité dans le contenu des décisions de justice. Kennedy trouve la solution dans l'idéologie qui structure les discours des juristes, et notamment celle des juges auxquels on n'a accès qu'en acceptant d'interagir avec eux à leurs conditions[33]. Mais il va bien au-delà lorsqu'il se focalise sur le *discours* des juristes. Le droit n'est plus seulement le reflet de conflits entre groupes d'intérêts et de partis pris politiques — comme auraient pu le soutenir les plus cyniques des réalistes. Le débat juridique et judiciaire participe à la *production* des idéologies tout autant qu'il est un enjeu essentiel de contrôle pour le groupe qui parviendra, à une époque donnée, à imposer la sienne dans le contenu du droit positif[34]. Cela contribue à une remise en cause profonde de l'idée même de neutralité de l'institution juridique et de la distinction entre droit et politique[35]. D'une part, une analyse méticuleuse permet de voir les formules abstraites des règles de droit ont toujours vocation à s'appliquer à un ensemble particulier de situations de fait qui ne sont pas expressément visées. D'autre part, plus fondamentalement, c'est l'armature conceptuelle elle-même de la pensée juridique qui véhicule inégalités et domination de manière voilée[36]. Cette idée joue un rôle déterminant dans les critiques de MacKinnon et de Crenshaw.

11 Ainsi, là où les réalistes américains insistent sur l'importance de l'idéologie dans la fonction de juger, les CLS ouvrent l'analyse vers le rôle du droit dans le maintien de l'idéologie au service du pouvoir. Cette dernière idée trouve un prolongement déterminant dans la critique raciale du droit de Derrick Bell, la critique féministe de Catherine MacKinnon et l'étude de l'« intersectionnalité » de Kimberlé Crenshaw que nous étudierons dans notre seconde partie.

2) La critique des droits du réalisme juridique aux CLS

12 Tournons-nous à présent vers la critique des droits qui joue, elle aussi, un rôle central dans les CLS[37]. D'une part, la « rhétorique des droits », élément du discours juridique, présupposerait un système de croyances qui sous-tend la justification idéologique du pouvoir des juges dans la gestion des conflits sociaux. Or, parce que le forum judiciaire est un lieu de perpétuation de l'idéologie du groupe dominant, l'orientation automatique du conflit vers ce lieu de résolution joue en réalité un rôle de maintien du *statu quo*[38]. D'autre part, nous pouvons nous détacher ici quelques instants de la question de l'idéologie, la dynamique des droits, qui exerce un pouvoir d'attraction irrésistible pour les revendications politiques contemporaines, peut avoir des effets contre-productifs, voire pervers, pour les personnes engagées dans les conflits sociaux. C'est cette seconde dimension qui nous intéresse ici.

13 Comme précédemment, revenons au point de départ. Ayant distingué le droit et les sources du droit, Gray précise que les règles, posées par le juge, ont pour objet « la détermination des droits et des devoirs »[39]. Le premier chapitre de son ouvrage est

consacré à l'analyse des droits subjectifs. Nous en retirons les éléments suivants pour les besoins de cette analyse. Premièrement, le droit a pour « objet » (*subject-matter*) les droits et devoirs juridiques des individus, qui constituent le travail quotidien des juridictions[40]. Deuxièmement, un individu ne possède un droit juridique que s'il a un intérêt juridiquement protégé[41] qui est « corrélé » à une obligation pour autrui[42]. Son propos reste évasif sur le premier point. Pourquoi le droit aurait-il pour objet central les droits ? Un pas décisif dans la clarification de cette idée est pris par W. N. Hohfeld[43]. Celui-ci ne s'inscrit pas dans le mouvement réaliste à proprement parler[44]— bien qu'il y soit souvent associé[45]. Inspiré des positions de Gray qu'il a étudiées, Hohfeld reprend à son compte l'idée que le droit tout entier est affaire de droits subjectifs. Or, le langage des « droits » et des « libertés » souffre d'une grande imprécision. Il cherche ainsi à le résoudre en un ensemble de composants élémentaires qui constituent la structure de la pensée juridique. Hohfeld dégage quatre catégories fondamentales (irréductibles) de *relation* juridique et les concepts élémentaires nécessaires pour les exprimer [46]. Premièrement, elles sont structurées par des couples de concepts *corrélés* qui décrivent les perspectives des diverses personnes unies dans la relation juridique : droit (*claim*) & devoir ; privilège & non-droit [47] ; pouvoir & incapacité ; immunité & assujettissement. L'intégralité des positions en droit peut être décrite comme des combinaisons ou des agrégats complexes (« *complex aggregate* ») de relations exprimées par l'articulation de ces huit concepts fondamentaux[48]. Deuxièmement, Hohfeld organise également les notions en couples *d'opposition* (droit / non-droit ; privilège / devoir ; pouvoir / incapacité ; immunité / assujettissement). Cela permet de saisir la situation juridique d'une *même* personne : un privilège correspond à la négation d'un devoir de même contenu, un droit correspond à la négation d'un non-droit de contenu identique (etc.)[49]. Les idées de Hohfeld ont eu un impact important sur son ancien étudiant Karl Llewellyn[50] qui a adapté son propos au programme scientifique du réalisme américain. Les énoncés de « droits » ne sont rien d'autre que des énoncés quant à la forme et la probabilité d'actions en justice[51]. Ainsi compris, un devoir correspond à ce que je dois (*must*) faire pour échapper au juge (le droit apparaît alors en négative du devoir[52]), tandis que le privilège correspond à ce que je puis (*May*) faire sans crainte du juge[53]. Ceci permet à Llewellyn de réfuter la distinction entre droits substantiels (tels le droit de propriété ou la liberté de conscience) et les droits secondaires ou procéduraux (tel le droit à percevoir des dommages-intérêts) qui surviennent lorsque les premiers sont violés. Les droits substantiels ne sont *in fine* que des raisons invoquées par les juges lorsqu'une affaire parvient devant eux, de sorte que l'absence de voie de recours correspond, non à un problème de protection imparfaite, mais à l'inexistence même du droit subjectif[54]. En dernière analyse, un droit est procédural ou n'est pas. Or, un droit est tout aussi indéterminé que chaque autre règle juridique[55]. *Rien* ne découle de l'invocation d'un droit. Le juge tranchera un litige dans un cas donné, et demeure libre de trancher différemment par la suite.

14 Nous l'avons relevé plus haut, la critique des droits dans les CLS est un axe d'étude majeur. Il ne s'agit nullement de remettre en question l'importance de la protection des droits et libertés en droit positif ou de nier leur rôle dans l'histoire juridique américaine, mais de soumettre à la critique le développement d'une « foi en les droits » qui, non seulement alimente le pouvoir du juge, mais permet à une partie de l'intelligentsia de gauche de se réinventer en dehors de toute référence à la représentation populaire ou à la lutte des classes[56]. La revendication des droits est nécessairement solidaire de l'existence d'un intérêt à agir. Il faut un demandeur et un

défendeur identifiés, une demande déterminée, ainsi que la démonstration d'une violation des droits du demandeur par la faute du défendeur. Lorsqu'il s'agit de faire valoir un intérêt auprès du groupe social dans son ensemble, les actions en justice qui en découleront pourront être difficilement prises en charge par le juge. C'est toute la difficulté des revendications de droits abstraits qui, à l'examen, ne sont corrélés à aucun devoir. Cela fait ainsi partie des pathologies du monde contemporain que de reformuler les questions sociales et politiques en termes de droits subjectifs, ce qui a pour conséquence de cantonner les parties au rôle de victime et de recherche de l'agresseur[57]. Les droits subjectifs sont simplement *inadaptés* à l'articulation de certaines des questions politiques et sociales les plus importantes.

15 D'autre part, la reformulation systématique des questions sociales en termes de droits subjectifs a pour effet de démobiliser les acteurs de terrain une fois celles-ci prises en charge par les juristes et les juridictions[58]. Or, le langage des droits, comme tout élément de droit positif, souffre d'indétermination[59]. La reformulation des conflits sociaux et politiques dans le langage des droits et libertés a inévitablement pour effet de confier au juge la tâche de trancher librement ces questions fondamentales[60]. Enfin, elle est également très souvent inefficace pour les promoteurs des droits. La rhétorique des droits engendre automatiquement des contre-revendications qui emploient le même *langage*[61]. C'est sans compter avec le fait qu'une bataille judiciaire difficilement gagnée peut être parfois privée de traduction politique concrète et se voir limitée à des effets symboliques, quand elle n'a pas simplement pour effet de remobiliser le camp adverse[62]. Ainsi, la « foi en les droits » entraîne une utilisation irrationnelle d'énergie et de moyens chez ceux qui cherchent à promouvoir leurs causes politiques par la voie judiciaire.

II Poursuivre sur la lancée : de la *Critical Race Theory* au concept d'intersectionnalité

16 Nous l'avons dit plus haut, c'est dans l'extension des CLS qu'il faut comprendre le développement dans les années 1980 de formes de critiques structurellement très proches, mais appliquées à des objets d'étude plus spécifiques[63]. Ainsi, tant la critique féministe de Catherine MacKinnon que la critique raciale, initiée par Derrick Bell, sont des produits des facultés de droit états-uniennes. Il est important de le comprendre pour mieux percevoir la manière dont ces mouvements sont structurés par la double dimension de critique des droits et de critique du rôle du droit dans le maintien de l'idéologie au service du pouvoir. En d'autres termes, ces mouvements puisent leurs racines dans le réalisme juridique américain du début du XXe siècle. La *feminist jurisprudence* comme les *Critical Race Studies* constituent aujourd'hui des corpus de textes très étendus. Nous nous intéressons à deux figures de proue dont la pensée juridique nous a frappé, tant par leur rigueur que leur radicalité.

1) La critique de Brown v. Board of Education dans la pensée de Derrick Bell

17 Le tournant de la décennie 1980 constitue un tournant charnière, car elle marque la désillusion finale, dans certains cercles, à l'égard de la décision *Brown v. Board of Education of Topeka* (*Brown I*) rendue en 1954 par la Cour suprême des États-Unis[64].

L'arrêt *Brown* est salué dans le camp libéral comme une étape importante du progrès de l'égalité et de la protection des droits aux États-Unis. Cependant, il est soumis à une critique cinglante, dans un article désormais classique de 1980[65], par le juriste Derrick Bell dont il faut resituer le parcours impressionnant[66]. Terminant ses études de droit à l'Université de Pittsburgh en 1957 après son service militaire, il occupe, entre autres, un poste au *Department of Justice* avant de devenir, aux côtés de Thurgood Marshall, l'un des membres de l'équipe des cinq avocats de la *National Association for the Advancement of Colored People* (N.A.A.C.P.), de 1960 à 1966, chargés des dossiers de déségrégation à régler au niveau local dans chaque État. Il devient en 1970 le premier enseignant noir recruté par la faculté de droit d'Harvard, enseignant par la suite dans de nombreuses facultés prestigieuses. Bell cumule une expérience précieuse en tant qu'avocat défenseur des droits civiques durant la période cruciale de l'adoption du *Civil Rights Act* de 1964, et une appétence pour la recherche théorique. Il est largement responsable du développement de l'objet de recherche « *Law & Race* », publiant en 1973 la première édition de son traité *Race, Racism and American Law*[67]. Cet ouvrage est considéré comme un point de départ de la construction de la *Critical Race Theory* qui se structurera finalement à la fin des années 1980[68].

18 Bell ayant écrit sur un grand nombre de questions, nous limitons notre propos à sa critique de l'arrêt *Brown*. Il nous faut avoir à l'esprit l'évolution jurisprudentielle en question. L'arrêt *Brown I* déclare inconstitutionnel, au regard du droit à l'égale protection en vertu des lois prévue par le quatorzième amendement, tout dispositif juridique des États de l'Union qui imposerait une ségrégation des infrastructures scolaires selon des critères exclusivement raciaux. Cela renverse la position de la cour depuis *Plessy v. Ferguson* (1896) d'après laquelle ne constituait pas une violation des droits des citoyens afro-américains le fait de leur réserver des infrastructures séparées dès lors que celles-ci étaient qualitativement « égales » (*separate but equal*)[69]. Le point focal de la critique de Bell est l'articulation entre *Brown I* et la décision *Brown v. Board of Education II* (*Brown II*) rendue l'année suivante[70]. Là où les décisions de la Cour suprême s'accompagnent d'ordinaire de mesures exécutoires, *Brown I* avait posé le principe de l'inconstitutionnalité des dispositifs juridiques de ségrégation sans pour autant préciser les mesures de déségrégation opposables aux autorités étatiques. La question est repoussée à de plus amples débats étant donné « la grande variété des circonstances locales (...) soulevant des problèmes d'une complexité considérable »[71]. Ce sera l'objet de *Brown II*. Or, la Cour refuse dans ce second arrêt d'ordonner des mesures exécutoires à l'échelle fédérale, et s'en remet à l'initiative des autorités éducatives locales responsables de la déségrégation des établissements scolaires, les enjoignant néanmoins à agir « aussi rapidement que possible [72] » (*with all deliberate speed*) sous la supervision des juridictions fédérales de première instance (District Courts) qui jugeront si elles estiment ces efforts suffisants, et accorderont, si nécessaire, un délai supplémentaire. Cela confère, en réalité, une grande liberté aux autorités locales qui, hier encore, organisaient la ségrégation, et confère une compétence discrétionnaire aux juges chargés de superviser la déségrégation des écoles qui subissent également les pressions locales[73]. Le niveau de garantie est donc faible. Près de vingt ans plus tard, la Cour suprême devra, face à la résistance massive des États du sud, déclarer contraire au quatorzième amendement le maintien *de facto* des pratiques de ségrégation en dépit de la mise en conformité formelle sur le plan législatif[74]. *Brown I* & *II* constituent ainsi une victoire en demi-teinte, souvent limitée à sa dimension symbolique, pour les militants des droits civiques[75]. Partant d'une analyse

de ces arrêts, Derrick Bell invite au scepticisme quant à la pérennité du progrès social pour les minorités, non seulement concernant les droits civiques dans l'ère post-*Brown*, mais dans l'absolu.

19 (I) Bell soutient qu'en matière de relations de race (dans le sens états-unien), les élites blanches ne consentiront de progrès des droits des minorités que lorsqu'existe une « convergence des intérêts » des dominants et des dominés[76]. Cela explique, à ses yeux, les ambiguïtés des arrêts *Brown* ainsi que la volatilité des progrès en matière de droits civiques. Bell se situe ici dans la tradition de Llewellyn : les droits sont procéduraux ou ne sont pas[77]. L'absence de mesure exécutoire prévue par *Brown I*, couplée avec la faiblesse du dispositif prévu par *Brown II*, révèle que les arrêts de 1954 et 1955 n'ont pas pour objet véritable la protection des droits des minorités raciales. Bell dégage trois principaux facteurs d'intérêts convergents[78]. Premièrement, *Brown* est une décision de politique étrangère pour renforcer la position des États-Unis, dans leur lutte contre le bloc soviétique, handicapés par l'existence sur leur territoire d'une « sous-classe » de citoyens. Deuxièmement, il était devenu difficile d'opposer des positions de principe à la colère d'Afro-Américains mobilisés massivement dans l'armée américaine dans ses opérations extérieures et discriminés à leur retour. Troisièmement, crucialement, les États du sud ne pouvaient réaliser la transition d'une économie de plantation à une économie industrielle qu'en reposant sur l'évolution du statut de la main-d'œuvre disponible. Ainsi, il s'est trouvé que la protection des intérêts du groupe dominant a été desservie par la reconnaissance des droits d'une minorité. La Cour s'est limitée à cet effet déclaratoire, bien suffisant pour satisfaire cette convergence d'intérêts, sans prescrire les mesures concrètes nécessaires à la protection de ceux dont elle venait de reconnaître les droits. Cela permet à Bell de tirer la conclusion d'après laquelle les membres de groupes dominés ne sont en réalité que les « bénéficiaires accidentels » (*fortuitous beneficiaries*) des politiques raciales qui, à la surface, les concernent au premier chef[79].

20 (II) Comme chez les prédécesseurs de Bell, cette critique de la dynamique des droits est adossée à une critique idéologique du rôle de la rhétorique de la liberté dans l'histoire constitutionnelle américaine. Ainsi, il insiste sur le rôle stabilisateur du racisme dans le fonctionnement du capitalisme américain. Là où les lignes de solidarité socio-économique devraient réunir les blancs de la classe ouvrière et la « sous-classe noire », l'esclavage puis la ségrégation créèrent une solidarité entre blancs pauvres et blancs aisés par la promotion symbolique des premiers au détriment des Afro-Américains[80]. Pourtant, si la Cour suprême accepte dans *Plessy* l'idée d'une « égalité » dans la séparation des citoyens afro-américains pour reconnaître la validité de la ségrégation officielle, elle déclare également inconstitutionnelle la règlementation de la journée de travail au nom de la « liberté contractuelle » des travailleurs dans *Lochner v. New York* (1905)[81]. Elle retient une interprétation restrictive du droit à l'égale protection en vertu des lois en écartant les cas de discrimination dans les établissements privés[82], mais étend dans le même temps la protection du quatorzième amendement aux sociétés commerciales par une interprétation extensive[83]. Ni la classe ouvrière blanche ni la « sous-classe » noire ne bénéficie sur le plan économique des amendements adoptés après la Guerre civile (visant initialement à étendre la protection de la constitution aux esclaves nouvellement libérés), qui profiteront essentiellement à classe économiquement dominante. Or, si les blancs issus des couches populaires avaient pu obtenir la garantie de leurs droits politiques parce que cela ne présentait aucun coût pour une classe aisée dont les besoins économiques étaient satisfaits par une source

alternative de main d'œuvre, ils découvrirent avec l'arrêt *Brown* qu'ils étaient, eux aussi, de simples bénéficiaires *accidentels* de politiques raciales dictées par des élites auxquelles ils s'identifiaient symboliquement sans pour autant partager l'exercice du pouvoir[84]. Bell conclut ainsi que le racisme a un *fondement économique* qui met en échec la dynamique ordinaire de la solidarité et de la lutte des classes[85].

21 Cette idée nous semble d'une très grande profondeur et permet une relecture sur le long terme du droit constitutionnel américain. Nous trouvons également dans sa pensée, cependant, l'ébauche de thèses qu'il soulève sans les explorer plus avant. Bell note ainsi, de manière intéressante, l'existence d'un intérêt protégé à être blanc (*whiteness*) au titre d'un élément de la propriété de l'individu dans une société qui demeure divisée selon des critères raciaux[86]. Cette intuition sera pleinement développée dans une étude impressionnante publiée par la juriste Cheryl Harris[87]. Cependant, l'idée prendra progressivement une forme autonome, libérée du terreau juridique qui lui a donné naissance, dans des travaux comme ceux de la critique culturelle Robin DiAngelo[88]. Nous insisterions ici sur la distinction qu'il faut établir entre l'idée d'un intérêt juridiquement protégé à être catégorisé comme blanc et à s'identifier à cette catégorisation, et une conception de l'identité qui repose sur la mise en œuvre d'un *schème d'interprétation*[89]. Or, voici précisément ce que l'on ne trouve pas chez Derrick Bell : il ne propose pas une théorie de la construction d'une identité noire, mais une analyse de rapports de force qui régissent la société. La domination et l'idéologie ne sont pas des idées englobantes, mais un arrière-plan pour l'analyse d'un matériau empirique bien documenté : l'histoire constitutionnelle américaine.

2) La critique de Roe v. Wade dans la pensée de Catherinne MacKinnon

22 Le recours à la notion d'idéologie et de domination est plus prégnant chez Catherinne MacKinnon, professeur de droit à Harvard et à l'Université du Michigan. Nous estimons nécessaire de passer par ses travaux, car la notion d'intersectionnalité avec laquelle nous terminerons se situe, à bien des égards, au croisement de la *Critical Race Theory* et de la *feminist jurisprudence*. Il nous faut donc comprendre de quoi il retourne. Bien qu'elle ne se réfère pas aux CLS, nous verrons qu'elle en prolonge certaines intuitions. Par ailleurs, des membres éminents de ce mouvement consacrent une attention soutenue à ses travaux[90]. MacKinnon n'a certes pas initié l'analyse féministe (comme Derrick Bell a pu contribuer à fonder les *Critical Race Studies*), mais elle s'illustre tant par sa radicalité que par son influence. Elle a pesé personnellement dans de nombreuses affaires médiatisées[91]. Elle est également la pionnière de la conception actuelle du harcèlement sexuel dans le monde du travail, qu'elle présente, dans son ouvrage de 1979 *Sexual Harassment of Working Women : A Case of Sex Discrimination*[92], non comme des évènements localisés, mais comme un phénomène culturel prégnant qu'elle contribue à reformuler en termes de discrimination sexuelle stratégiquement plus intelligible pour les juridictions qui auront à entendre les litiges. Les questions juridiques dont elle s'est emparée sont par ailleurs nombreuses. Dans un article célèbre qui fera grand bruit, elle se confrontera à l'idée de la pornographie comme forme de liberté d'expression défendue par le premier amendement, à laquelle elle oppose l'idée d'une forme de violence faite aux femmes[93]. Comme nous l'avons fait pour Derrick Bell, nous nous concentrerons sur sa critique d'un arrêt emblématique de la Cour suprême

des États-Unis qui constitue aux yeux de nombreuses personnes une étape décisive dans l'évolution du droit états-unien.

23 L'arrêt *Roe v. Wade* (1973) dépénalise l'interruption volontaire de grossesse au niveau fédéral, déclarant contraire au droit à la vie privée toute loi des États de l'Union qui prohiberait l'avortement[94]. La Cour avait reconnu l'existence d'un droit constitutionnel à la protection du caractère privé du lien marital (*right to marital privacy*) dans l'arrêt *Griswold v. Connecticut* (1965) qui dépénalisait l'usage des moyens de contraception pour les couples mariés[95], avant de reconnaître un droit à la protection de la vie privée de l'individu en matière sexuelle dans *Eisenstadt v. Baird* (1972)[96]. Le cœur de la critique de MacKinnon porte sur l'articulation entre *Wade* et *Harris v. McRae* (1980). Dans ce dernier arrêt, la Cour refuse d'imposer aux États le remboursement des frais médicaux et sociaux liés à l'avortement, soutenant qu'« il ne découle pas de la liberté de choix des femmes qu'elles aient un titre constitutionnel aux ressources financières pour se prévaloir de la pleine gamme des choix [juridiquement] protégés »[97].

24 La position de MacKinnon développe une critique des droits ainsi qu'une critique idéologique. (I) Premièrement, il est simplement inexact de soutenir, à ses yeux, que la Cour suprême a consacré un droit à l'avortement. Il s'agit à proprement parler d'un « privilège privé », qui implique la non-interférence avec un champ d'action déterminé, et non un « droit public » opposable aux autorités débitrices de devoirs corrélatifs[98]. Cette idée porte clairement la marque d'Hohfeld qui, quoique non-cité, occupe une place importante dans la culture juridique américaine. Dans *Wade*, la question de l'avortement n'est pas posée en termes de choix des femmes qu'il faut garantir, mais de délimitation de la sphère privée que les autorités doivent respecter. Cela a deux conséquences. Tout en maintenant le *statu quo* dans la distribution réelle du pouvoir et des ressources au sein de la sphère privée, la position des femmes au sein de la sphère privée est revêtue des oripeaux de la rhétorique des droits et libertés. Ainsi, la « liberté de choix » des femmes correspond simplement aux choix imposés dans la sphère privée, de sorte que toute conduite adoptée *de facto* sera réputée résulter de cette liberté de choix. La dynamique de la sphère privée qui s'impose aux femmes, l'espace privilégié de leur domination par les hommes, devient, partant, inviolable[99]. *Harris* ne fait que confirmer que la protection de l'autonomie des femmes, par la garantie de choix qui leur sont souvent refusés dans la sphère privée, n'est pas l'objet véritable de *Wade*. MacKinnon attaque alors toute la distinction public–privé qui n'est nullement neutre sur le plan de l'égalité homme–femme[100], en se situant ainsi dans le droit prolongement des CLS[101]. Pour reprendre le langage de Derrick Bell, nous pourrions dire que les femmes ne sont que les bénéficiaires accidentelles de la reconnaissance de leur droit à la vie privée dans le cas de l'avortement[102].

25 (II) Comment l'analyse de MacKinnon se fait-elle plus fondamentalement idéologique ? Partant d'une discussion de la théorie marxiste, elle soutient que le droit n'est pas seulement le reflet de la distribution de pouvoir au sein de la société. L'idéal d'objectivité et d'égalité devant le droit est le moyen de renforcement et de dissimulation de la domination[103]. MacKinnon prolonge, ici aussi, un thème important développé par les CLS. Là où la théorie marxiste voit dans les relations de production la structure réelle de la distribution du pouvoir, MacKinnon attribue ce rôle aux relations sexuelles (ou de sexe). La sexualité est, d'une part, le lieu principal de la subordination des femmes, mais elle est également, d'autre part, la matrice de l'ensemble des relations et des significations sociales — une structure de domination, donc[104].

Envisagée sous cet angle, la signification profonde de l'arrêt *Wade* est le contrôle de la sexualité des femmes sous l'apparence de la libération des mœurs. L'accès sexuel des hommes aux femmes est facilité en retirant à celles-ci le dernier argument objectif, le risque de la grossesse, dont elles disposaient pour refuser le rapport intime dans la sphère privée[105]. Or, si la Cour garantit désormais la libre sexualité *avec* les femmes pour les hommes qui voudront bien prendre en charge le coût des avortements, elle refuse résolument dans *Harris* de garantir ce choix pour les femmes dont l'environnement privé ne leur en offre pas l'opportunité[106]. De nouveau, la maîtrise par les femmes de leur *propre* sexualité n'est pas l'objet véritable de ces arrêts.

26 Nous nous sommes concentrés jusqu'ici sur deux juristes, Bell et MacKinnon, qui contribuent de manière radicale à une forme de critique sociale tout en prolongeant une tradition de pensée bien ancrée dans les facultés de droit américaines. Nous dressons chez MacKinnon le même constat : la théorie de la domination que nous trouvons dans ses travaux fait l'économie d'une théorie de la construction de l'identité dans le sens où nous trouvons la question articulée dans le débat public contemporain. Elle n'en demeure pas moins radicale et centrée sur des enjeux de domination.

3) Vers le concept d'intersectionnalité de Kimberle Crenshaw

27 Le dernier auteur sur lequel nous nous concentrons est Kimberlé Crenshaw qui a forgé la notion d'« intersectionnalité ». Ses travaux se situent au carrefour de la critique raciale du droit et de la critique féministe. Au tournant des années 1990, l'époque qui nous intéresse, Crenshaw est professeure de droit à l'Université de Californie à Los Angeles (U.C.L.A.). Elle rejoint la Columbia Law School en 1995. Nous parlons donc, de nouveau, d'une juriste de premier plan[107]. Nous nous intéresserons ici à l'articulation de trois articles fondamentaux parus entre 1988 et 1991. Dans un premier article, Crenshaw se situe dans le prolongement de la pensée de Derrick Bell, et rentre en dialogue ouvert avec la critique des droits développée par les CLS. Partant d'une étude du droit de la lutte contre les discriminations, elle montre que le standard libéral de l'égalité formelle devant la loi a seulement eu pour effet de neutraliser les formes symboliques de la discrimination sans pour autant empêcher la restructuration des rapports de domination raciale sous d'autres jours. L'absence de prise en compte de la force *structurante* du racisme dans la société américaine a pour effet que la défense de l'égalité formelle constitue un attachement au *statu quo*[108]. Ce point réunit la remise en question de la neutralité du droit dans sa conception libérale, commune aux CLS et à MacKinnon, et l'idée centrale de Bell la fonction structurante du racisme dans le capitalisme américain. Crenshaw développe ainsi l'idée de la « conscience de race », point d'articulation véritable de ce rapport de domination tel qu'il est mis en forme par le droit, pour déjouer cette illusoire neutralité[109]. Cependant, bien qu'elle retienne le constat dressé par les CLS de l'indétermination des droits[110], elle ne partage pas leur critique radicale de la rhétorique des droits, et insiste, comme MacKinnon[111], sur l'importance du recours stratégique aux droits et libertés dans les luttes sociales et politiques. S'il convient de ne pas être naïf sur la portée réelle de l'octroi des droits (l'enseignement de Derrick Bell), il ne faut pas sous-estimer la force subversive du simple accès à la rhétorique des droits pour des groupes qui en étaient précédemment exclus[112]. L'article de 1988 est donc un approfondissement de certaines positions essentielles des *Critical Legal Studies*. Il présente le grand intérêt de dialoguer directement avec les autres mouvances des études critiques.

28 Les travaux de Crenshaw prennent une direction nouvelle l'année suivante[113]. Là où elle avait reproché à la critique des droits dans les CLS de ne pas tenir suffisamment compte du rôle structurant du racisme, elle insiste désormais sur l'effet potentiellement déformant des approches théoriques qui se concentrent sur un angle d'analyse unique, tel que le genre ou la race, pour saisir le caractère « multidimensionnel » de l'expérience de certaines personnes, telles que les femmes noires, qui se situe à « l'intersection » de plusieurs angles d'analyse[114]. Il semblerait qu'elle assure ici la réception, dans le domaine de la critique du droit, des idées de certaines figures importantes du courant du *Black Feminism*[115]. Nous pensons notamment aux travaux d'Angela Davis qui invite à une analyse de la situation des femmes de couleur au croisement des questions de race, de genre et de classe[116], et de la sociologue Patricia Hill Collins qui développe une approche fondée sur le point de vue ou le positionnement (*standpoint*) spécifique des femmes de couleur, mieux à même de saisir les diverses formes de domination entrelacées (*interlocking*) dont elles sont l'objet[117]. Ce qui nous intéresse ici est que le propos de Crenshaw est construit à partir de l'étude de cas juridiques. L'article est dense, nous nous concentrons sur les problèmes techniques soulevés par l'introduction des actions en justice. Premièrement, les femmes noires peuvent se voir nier l'intérêt spécifique qui leur permet d'agir en justice. En effet, la reconnaissance des discriminations subies en tant que femmes et en tant que personnes noires s'avère délimitée, pour des raisons de technique juridique, par l'expérience des femmes blanches et des hommes noirs qui constituent des standards de référence dans leurs catégories respectives. Ainsi, la catégorie « femme noire », à la différence de « femme » ou « Noir », est inopérante dans de nombreuses actions en réparation, car elle n'est pas reconnue comme un sous-groupe *distinct* de celui des hommes noirs et des femmes blanches[118]. Or, deuxièmement, Crenshaw relève qu'on nie également aux femmes noires, dans le processus de « certification » au moment de l'introduction d'une action de groupe (*class action*)[119], la possibilité de représenter des groupes d'intérêt qui *incluent* les hommes noirs ou les femmes blanches. Le locus particulier des femmes noires joue donc contre elles de nouveau, car on n'admet leur représentativité ni pour la classe des femmes[120], ni pour celle des personnes noires en général (c'est à elles d'être incluses dans la catégorie de référence des hommes noirs)[121]. Cela impose ainsi des limites réelles à l'accès au prétoire des femmes noires et, partant, à la défense de leurs droits. Cette démarche reste ancrée dans la forme d'analyse entreprise par les CLS : il s'agit de montrer comment la distinction race/genre n'est pas seulement imparfaite pour décrire la réalité sociale, mais produit autant qu'elle reflète, par son action dans le droit qui impose de procéder *ou bien* selon le critère de la race *ou alors* selon celui du genre, des formes spécifiques d'inégalités et de domination.

29 De quoi l'intersectionnalité est-elle alors le nom ? Crenshaw se défend de produire une théorie de *l'identité* de l'individu que la société prendrait imparfaitement en compte[122]. Elle entend montrer qu'il existe des formes spécifiques de discrimination qui sont invisibilisées tant que l'on ne tient pas compte de l'expérience spécifique des personnes qui se situent à *l'intersection* de plusieurs catégories sociales. Crenshaw parvient ainsi à l'idée que les femmes noires peuvent subir des discriminations, de manière séparée ou cumulée, tantôt en tant que femmes, tantôt en tant que personnes noires. Cela va sans doute de soi. Elle soutient par ailleurs qu'elles peuvent également subir des discriminations spécifiques en tant que *femmes noires*[123]. Il s'agit donc à proprement parler d'une théorie de la discrimination et non de l'identité. La situation de certaines personnes est à la *marge* des concepts que nous avons pour rendre compte de la réalité

sociale. Nous voyons ainsi que la question de l'intersectionnalité est non pas primaire, mais tributaire, dans ces travaux, du problème de la « démarginalisation »[124]. Nous pouvons noter ici deux choses. Il s'agissait d'une *problématique* présente dans les travaux immédiatement contemporains des juristes universitaires appliquant la démarche du *Black Feminism* au droit[125]. Nous n'y trouvons pas, cependant, l'emploi de la notion d'« intersectionnalité » introduite pour la première fois par Crenshaw dans « Demarginalizing the Intersection of Race and Sex » en 1989. Or, on assiste à une diffusion rapide du terme à partir de cette date[126].

30 La notion de démarginalisation est développée plus en profondeur par Crenshaw dans son célèbre article de 1991 « Mapping the Margins : Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Colour »[127]. Elle se concentre ici sur le traitement par les institutions du viol et de l'agression physique et sexuelle des femmes noires[128], et montre comment leur situation intersectionnelle empêche les violences qu'elles subissent d'être correctement prises en charge[129]. Le véritable apport de cet article est cependant ailleurs. Si elle ne propose pas une théorie de la construction de l'identité, Crenshaw développe une critique subtile des politiques de l'identité (*identity politics*). Elle montre de manière saisissante la manière dont les mouvements militants antisexistes[130] et antiracistes, contraints de défendre des intérêts de groupes définis sous un angle unique (la race, le genre, etc.), réduisent au silence les femmes noires[131]. Celles-ci ne bénéficient donc pas de la double protection des deux mouvements de libération, mais tombent dans un gouffre aux confins des deux[132]. Certaines catégories de personnes subissent donc de multiples formes de marginalisation — à la fois cumulées et spécifiques. L'article montre que le phénomène n'est pas seulement perpétré par les institutions, mais par des pratiques si ancrées qu'elles sont reproduites par les mouvements politiques pourtant censés prendre en charge la protection des personnes marginalisées.

31 En guise de conclusion, nous rappellerons le constat qui a guidé ces recherches. L'examen des racines historiques des études critiques de la deuxième moitié du XXe siècle, notamment la *Critical Race Theory*, nous ramène vers des formes de pensée que les juristes français ne trouveront pas dépaysantes. En effet, nous avons ainsi tâché de mettre en lumière les sources profondes de ces mouvements dans le réalisme juridique américain. Bien entendu, chacun ne se reconnaîtra pas dans ces idées, mais nous espérons avoir montré qu'elles ne sont pas inintelligibles. Or, voici l'enjeu de cette étude : présenter ces thèses pour ce qu'elles peuvent avoir d'intéressant et non de polémique. C'est la raison pour laquelle nous achevons cette étude avec la décennie 1990. C'est à ce moment que ces concepts et méthodes forgés dans les *Law School* prennent leur envol et connaissent une évolution en dehors de leur milieu d'origine. Mais nous trouvons déjà à ce stade de développement des mouvements *toute* la substance qui, en tant que juriste, nous intéresse dans la réflexion sur notre objet, sans la synthèse à venir avec les apports (sans doute importants) d'autres disciplines. En d'autres termes, nous trouvons déjà à ce stade toute la profondeur critique que nous souhaitons, sans pour autant y trouver une théorie de la construction sociale de l'identité.

32 Certes, les mouvements dont nous esquissons la genèse n'ont pas cessé d'évoluer. Les *Critical Race Studies* ont connu des développements intéressants depuis trente ans qui ont été étudiés ailleurs[133]. À titre indicatif, nous constatons l'effacement progressif des CLS, qui se focalisaient sur une approche théorique et politique, au profit d'un

renouveau de l'approche empirique du droit sous diverses formes — que ce soit le courant *Law & Society* ou le « nouveau réalisme juridique » (*New Legal Realism*)[134]. Cela a suscité l'apparition d'une « critique raciale *empirique* du droit » (*empirical Critical Race Theory*)[135]. Ainsi, l'étude des inégalités qui se focalisait sur la domination et la place de l'idéologie se recentre sur les méthodes des sciences sociales. Cette évolution intervient nul doute en réaction au fait que le prisme de la domination ne pouvait suffire à convaincre un adversaire en simple *désaccord* sur l'explication des phénomènes juridiques. Or, dès lors que l'analyse situait les causes profondes du droit en dehors de lui-même, la recherche de l'objectivité devait amener vers le recours aux données empiriques. Peut-être peut-on voir également dans ce développement le recul relatif de l'influence de la *french theory* dans les facultés américaines[136].

33 Concernant l'intersectionalité, nous soumettons ici l'idée que l'article « Mapping the Margins » ouvre la voie à une acception élargie de la notion qui trouvera sa terre d'élection dans d'autres disciplines universitaires, notamment les sciences sociales[137]. D'un usage technique appliqué à une critique du droit dans l'article de 1989[138], l'usage de l'intersectionnalité se fait moins précis dès 1991 à mesure qu'il devient plus prégnant. Le concept prendra presqu'immédiatement une existence autonome, et tend actuellement à se constituer en un champ spécifique d'études pluridisciplinaires[139]. Cela ne va pas sans critiques internes à la *Critical Race Theory* comme au *Black Feminism*[140]. Dans une conférence de 2016, Crenshaw regrette toutefois que l'on ait réduit le concept à un problème de construction de l'identité et que l'on ait perdu de vue que l'intersectionnalité est tributaire du problème premier de la *démarginalisation*[141]. Cependant, force est de constater qu'elle invite à de telles interprétations lorsqu'elle évoque, non seulement l'« intersectionnalité politique » et « structurelle » (problèmes de démarginalisation), mais les « *identités* intersectionnelles »[142]. Dès lors qu'elle entrera dans la sphère élargie de la critique culturelle, la notion laissera derrière elle le dialogue au long cours avec le réalisme juridique, les CLS et la critique féministe du droit. Elle cessera d'être l'affaire propre des juristes.

NOTES

1. Nous souhaiterions remercier Lionel Zevounou pour les nombreuses conversations qui ont contribué à la genèse des positions développées ici, ainsi que ses commentaires avisés sur la version finale de l'article. Nous avons également une dette de gratitude envers nos collègues de l'Université Paris-Est Créteil pour les remarques critiques qu'ils nous ont adressées sur une version initiale du papier dans le cadre du laboratoire M.I.L. Sans la sociologue Delphine Moraldo, enfin, nous n'aurions pas découvert l'existence de Kimberlé Crenshaw.

2. Sur la première approche, pour ne retenir qu'un thème, nous avons tiré profit en tant que juriste – familiarisé professionnellement avec les questions contemporaines entourant la laïcité – des travaux suivants introduisant les questions de race et de décolonisation : A. BOZZO, « Islam et République : une longue histoire de méfiance », in N. BANCEL *et al.*, *La fracture coloniale*, Paris, La découverte, 2006, p. 76-78 ; D. FASSIN, « Nommer, interpréter. Le sens commun de la question raciale », in D. FASSIN et E. FASSIN (dir.), *De la question sociale à la question raciale ?*, Paris,

La découverte, 2006, p. 32 ; V. AMIRAUX, « De l'Empire à la République : l' islam de France », in N. BANCEL *et al.*, *Ruptures postcoloniales*, Paris, La découverte, 2010, p. 386-389 ; E. DORLIN, « Le grand strip-tease : féminisme, nationalisme et burqa en France », in N. BANCEL *et al.*, *Ruptures postcoloniales*, *op. cit.*, p. 431-437. Sur la deuxième approche centrée sur l'analyse de classe, voir la position critique du socio-historien Gérard NOIRIEL, « "*Color blindness*" et construction des identités dans l'espace public français », in D. FASSIN et E. FASSIN (dir.), *De la question sociale à la question raciale ?*, *op. cit.*, p. 158-174. Voir surtout l'ouvrage récent, débattu dès sa parution : S. BEAUD, G. NOIRIEL, *Race et sciences sociales. Essai sur les usages publics d'une catégorie*, Paris, Agone, 2021.

3. Pour une entrée en matière plus accessible, le lecteur pour consulter en ligne : G. NOIRIEL, « Réflexions sur la "gauche identitaire" », billet, 29 octobre 2018, <https://noiriel.wordpress.com/2018/10/29/reflexions-sur-la-gauche-identitaire/> ; et la réponse : A. HAJJAT, S. LARCHER, *Intersectionnalité*, *Mouvements*, 12 février 2019, <https://mouvements.info/role-des-intellectuel%c2%b7les-minoritaires/>. Voir ég. S. BEAUD et G. NOIRIEL, « Impasses des politiques identitaires », *Le monde diplomatique*, janvier 2021, p. 3 ; et la réponse : J. TALPIN, « La gauche sans les minorités. Réflexions sociologiques et stratégiques à partir de l'article de Stéphane Beaud et Gérard Noiriel », *Mouvements*, 13 janvier 2021, <https://mouvements.info/la-gauche-sans-les-minorites/>.

4. Le terme est un néologisme proposé par Pierre-André Taguieff pour décrire l'alliance de circonstance au tournant des années 2000, entre militants altermondialistes et mouvances islamistes, sur certaines questions politiques liées au Proche-Orient. Si Taguieff est l'un des signataires du « Manifeste des 100 » (*infra*), il dénonce la récupération récente du concept qu'il a contribué à forger : P-A. TAGUIEFF, « Aux sources de "l'islamo-gauchisme" », *Libération*, 26 octobre 2020.

5. S. LE NEVÉ, « Polémique après les propos de Jean-Michel Blanquer sur "l'islamo-gauchisme" à l'université », *Le Monde*, 23 octobre 2020.

6. Voir par exemple : M. WIEVIORKA, « Enquêter sur les sciences sociales à l'université : comment sortir de la polémique sur l' "islamo-gauchisme" ? », *The Conversation*, 1 mars 2021, <https://theconversation.com/enqueter-sur-les-sciences-sociales-a-luniversite-comment-sortir-des-polemiques-sur-l-islamo-gauchisme-156072> ; S. FORT, « La polémique sur l' "islamo-gauchisme" cache l'éléphant intersectionnel », *L'express*, 22 février 2021.

7. C. STROMBONI, « Comment Emmanuel Macron s'est aliéné le monde des sciences sociales », *Le Monde*, 30 juin 2020. Voir les réactions déclenchées par les propos du président dans deux tribunes opposées : « Manifeste pour une République française antiraciste et décolonialisée », *Médiapart*, 3 juillet 2020, <https://blogs.mediapart.fr/les-invites-de-mediapart/blog/030720/pour-une-republique-francaise-antiraciste-et-decolonialisee> ; « La racialisation de la question sociale est une impasse », *Marianne*, 23 juillet 2020, <https://www.marianne.net/agora/tribunes-libres/la-racialisation-de-la-question-sociale-est-une-impasse>.

8. « Pour Jean-Michel Blanquer, l' "islamo-gauchisme" est un "fait social indubitable" », *France info*, 20 février 2021, <https://www.francetvinfo.fr/societe/education/pour-jean-michel-blanquer-l-islamo-gauchisme-est-un-fait-social-indubitable_4304631.html>.

9. S. LE NEVÉ, « Frédérique Vidal lance une enquête sur "l'islamo-gauchisme" à l'université », *Le Monde*, 16 février 2021.

10. Tribune : « "Islamo-gauchisme" : Nous, universitaires et chercheurs, demandons avec force la démission de Frédérique Vidal », *Le Monde*, 20 février 2021, <https://www.lemonde.fr/idees/article/2021/02/20/islamo-gauchisme-nous-universitaires-et-chercheurs-demandons-avec-force-la-demission-de-frederique-vidal_6070663_3232.html>.

11. Tribune : « Islamo-gauchisme : "Nous ne pouvons manquer de souligner la résonance avec les plus sombres moments de l'histoire française" », *Le Monde*, 4 mars 2021, <https://

www.lemonde.fr/idees/article/2021/03/04/islamo-gauchisme-nous-ne-pouvons-manquer-de-souligner-la-resonance-avec-les-plus-sombres-moments-de-l-histoire-francaise_6071892_3232.html>.

12. Tribunes : « Une centaine d'universitaires alertent : "Sur l'islamisme, ce qui nous menace, c'est la persistance du déni" », *Le Monde*, 2 novembre 2020, <https://manifestedes90.wixsite.com/monsite/accueil-1> ; « Le problème n'est pas tant l' "islamo-gauchisme" que le dévoiement militant de l'enseignement et de la recherche », *Le Monde*, 22 février 2021, <https://www.lemonde.fr/idees/article/2021/02/22/universites-le-probleme-n-est-pas-tant-l-islamo-gauchisme-que-le-devoiement-militant-de-l-enseignement-et-de-la-recherche_6070816_3232.html?gclid=Cj0KCQiA7YyCBhD_ARIsALkj54qF214DkIRXcGsXU13SMyPB-euCUeOqVUQL5AqwGeXkdPXgU0ppbwcaAgBgEALw_wcB>.

13. Si ce n'est de manière tangente : Gregory BLIGH, « Crise du standard de l' "homme ordinaire" en *common law* britannique d'après-guerre. Le débat Hart–Devlin et le multiculturalisme naissant », *Droit et société*, 2018, n° 98, p. 159-178.

14. En langue française, voir le recueil : H. BENTOUHAMI, M. MÖSCHEL, *Critical Race Theory : Une introduction aux grands textes fondateurs*, Paris, Dalloz, 2017, coll. « à droit ouvert » ; L. ZÉVOUNOU, « Les *Critical Race Theory*. Aperçu d'un courant », Antoine BASSET (dir.), *Approches critiques du droit*, Paris, Presses universitaires de Sorbonne, à paraître (2021) ; *id.* « La question raciale chez les juristes américains. Autour des *critical race theories* », *La vie des idées*, 27 novembre 2020, <https://laviedesidees.fr/La-question-raciale-chez-les-juristes-americains.html> ; J-F. GAUDREAULT-DESBIENS, « La *Critical Race Theory* ou le droit étatique comme outil utile, mais imparfait, de changement social », *Droit et société*, 2001, n°48, p. 581-612 ; M. BESSONE, « Quelle place pour la critique dans les théories critiques de la race ? », *Revue Philosophique de la France et de l'étranger*, 2017, t. 142, p. 359-376.

15. La question de l'identité et de l'authenticité joue un rôle un crucial dans ces débats. Nous n'observons pas, à ce stade, une grande porosité entre les schèmes de raisonnement développés dans les corpus et les disciplines distincts. Pour une opposition franche de points de vue dans ces débats : d'un côté, W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, Oxford, Clarendon Press, 1995 ; et de l'autre, C. TAYLOR, *Sources of the Self. The Making of the Modern identity*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1989 ; *id.*, « The Politics of Recognition », in A. GUTMAN (dir.), *Multiculturalism*, Princeton, Princeton University Press, 1994, p. 25-74. Voir également : K. A. APPIAH, « Race, Culture, Identity: Misunderstood Connections » (1994), in K. A. APPIAH *et al.*, *Colour Conscious. The Political Morality of Race*, Princeton, Princeton University Press, 1996, p. 30-104.

16. Pour un tour d'horizon clair des *critical legal studies*, leurs racines dans le réalisme américain, et leurs suites dans les courants que nous allons étudier : M. V. TUSHNET, « Critical Legal Theory », in M. P. GOLDING et W. A. EDMUNDSON (dir.), *Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 2005, p. 80-89 ; G. J. POSTEMA, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: the Common Law World*, New York, Springer, 2011, chap. 6 « Critical Jurisprudence and the Rule of Law », p. 213-258.

17. K. W. CRENSHAW *et al.* (dir.), *Critical Race Theory: The Key Writings That Formed the Movement*, New York, The New Free Press, 1995, p. xxii-xxvii.

18. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 3e éd., 2012, p. 136.

19. L'idée est centrale au point de départ du movement : O. W. HOLMES, « The Path of the Law », *Harvard Law Review*, 1897, vol. 10, p. 459 ; J. C. GRAY, *The Nature and Sources of Law*, New York, Columbia University Press, 1909, p. 82 ; et le demeure jusqu'à son parachèvement : K. N. LLEWELLYN, *The Bramble Bush*, Dobbs Ferry, Oceana Publications, 1960 [1930], p. 12 ; J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, Londres, Stevens & Sons, 1949 [1930], p. 46-47, 128.

20. Cela ressort de manière extrêmement claire, par exemple, des travaux de M. V. TUSHNET, « The Critique of Rights », *SMU Law Review*, 1994, vol. 47, p. 24-27. Recourir au forum judiciaire n'est pas

nécessairement le choix politique le plus stratégique à long terme dans la mesure où le juge ne peut répondre qu'aux demandes formulées en termes de *droits* : *id.*, « An Essay on Rights », *Texas Law Review*, 1984, vol. 62, p. 1384-1393. Cela peut, non seulement être inadapté, mais contreproductif.

21. J. C. GRAY, *The Nature and Sources of Law*, *op. cit.*, p. 118-120.

22. O. W. HOLMES, « The Path of the Law », art. cité, p. 460-461 : « *If we take the view of our friend the bad man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to* do in fact. *I am much of his mind. The prophecies of what the courts will* do in fact, *and nothing more pretentious, are what I mean by the law* » (nous soulignons).

23. Voir par ex. : J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, *op. cit.*, p. 124-125 ; K. N. LLEWELLYN, *The Bramble Bush*, *op. cit.*, p. 12-14.

24. Voir par exemple sa célèbre opinion dissidente dans l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Lochner v New York*, 198 U.S. 45 (1905), dénonçant le biais de ses collègues de la majorité, motivés par une théorie du laissez-faire économique, pour déclarer contraire à la constitution (au principe de liberté contractuelle tirée par implication du cinquième amendement) une loi visant à limiter la durée de travail à 60 heures par semaine pour les boulangers.

25. K. N. LLEWELLYN, « Legal Tradition and Social Science Method – a Realist's Critique », *Jurisprudence : Realism in Theory and Practice*, New Brunswick, Transaction Publishers, 2008, p. 97-98 ; *id.*, *The Bramble Bush*, *op. cit.*, p. 14-15 ; J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, *op. cit.*, p. 30-31, 42-47.

26. J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, *op. cit.*, p. 104-106.

27. Pound dénonce cette conception « mécanique » comme une forme de dégénérescence de la rationalité juridique qui prend les moyens du droit pour la finalité de l'ordre juridique. Il s'agit de rejeter l'excès de *traitement* mécanique du droit qui réduit le raisonnement juridique à au seul syllogisme formel, détournant le juge de sa fonction sociale réelle : R. Pound, « Mechanical Jurisprudence », *Columbia Law Review*, 1908, vol. 8, p. 607-608, 620 ; *id.*, « Law in Books and Law in Action », *American Law Review*, 1910, vol. 44, p. 20, 26-27. Cela devient un lieu commun par la suite : J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, *op. cit.*, p. 120-121 ; K. N. LLEWELLYN, *The Bramble Bush*, *op. cit.*, p. 73, 79.

28. D. KENNEDY, *A Critique of Adjudication*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1997, p. 2-4.

29. *Ibid.*, p. 40-42.

30. Par ex. K. N. LLEWELLYN, *The Bramble Bush*, *op. cit.*, p. 69 ; Jerome FRANK, *Law and the Modern Mind*, *op. cit.*, p. 120, 152.

31. D. KENNEDY, « Freedom and Constraint in Adjudication : a Critical Phenomenology », *Journal of Legal Education*, p. 526-528.

32. D. KENNEDY, *A Critique of Adjudication*, *op. cit.*, p. 61-64.

33. *Ibid.*, p. 18-20. H.L.A. Hart observe que la philosophie du droit états-unienne consiste, depuis les travaux de Holmes, en un va-et-vient entre ceux qui entretiennent l'espoir de l'objectivité dans la décision judiciaire (Dworkin, etc.) et ceux qui ont abandonné cet espoir (Llewellyn, etc.) : H.L.A. HART, « American Jurisprudence Through English Eyes : the Nightmare and the Noble Dream » (1977), *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 123 *sq.*

34. D. KENNEDY, *A Critique of Adjudication*, *op. cit.*, chap. 3, spéc. p. 45-48 ; chap. 6, spéc. p. 152.

35. D. KENNEDY, « The Critique of Rights in CLS », in W. BROWN et J. HALLEY (dir.), *Left Legalism/Left Critique*, Durham, Duke University Press, 2002, p. 203-204.

36. Par exemple, les CLS s'attaquent à la distinction public/privé présentée comme une dimension objective de la pensée juridique. Le pouvoir d'intervention de l'État pour corriger les inégalités est étroitement lié à la distinction entre ce qui relève du champ de *l'intervention*

publique et ce qui relève du *domaine* privé, or cette distinction est aussi indéterminée que n'importe quelle autre distinction conceptuelle juridique. Voir : M. V. TUSHNET, « Critical Legal Theory », art. cité, p. 84-85. Non seulement la maîtrise de la limite entre le public et le privé est un enjeu politique majeur, mais accepter l'intelligibilité même de la distinction impose un mode de réflexion qui conduit mécaniquement à se concentrer, non sur les modalités de l'action publique, mais sur les limites à imposer à celles-ci.

37. Pour un exemple qui porte sur le sujet de cette section : A. D. FREEMAN, « Legitimizing Racial Discrimination Through Antidiscrimination Law: a Critical Review of Supreme Court Doctrine », *Minnesota Law Review*, 1978, vol. 62, p. 1049-1119. Voir surtout : M. V. TUSHNET, « An Essay on Rights », art. cité, p. 1363-1403 ; *id.*, « The Critique of Rights », art. cité, p. 23-34 ; *id.*, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999, chap. 6 et 7 ; Duncan KENNEDY, « The Critique of Rights in CLS », art. cité, p. 178-227; *id.*, *A Critique of Adjudication*, *op. cit.*, chap. 12 et 13.

38. M. V. TUSHNET, *Taking the Constitution Away from the Courts*, *op. cit.*, p. 143 ; D. KENNEDY, *A Critique of Adjudication*, *op. cit.*, p. 2, 310 ; *id.*, « The Critique of Rights in CLS », art. cité, p. 190.

39. J. C. GRAY, *The Nature and Sources of Law*, *op. cit.*, p. 82.

40. *Ibid.*, p. 8-9.

41. *Ibid.*, p. 18-19.

42. *Ibid.*, p. 24-25, 13 : « *the rights correlative to those duties which the society will enforce of its own motion are the legal rights of that society* ». Gray tranche fermement en faveur d'une conception des droits comme protection d'un intérêt et non comme protection de la volonté. Il précise cependant qu'il ne faut pas confondre l'intérêt protégé lui-même avec le droit au moyen duquel on le protège, tout comme il ne faut pas perdre de vue que c'est par un acte de volonté que le porteur du droit actionne le devoir corrélatif d'autrui.

43. W. N. HOHFELD, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », *Yale Law Journal*, 1913, vol. 23, p. 30 ; *id.*, « Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », *Yale Law Journal*, 1917, vol. 26, p. 710.

44. D. FRYDRYCH, « Hohfeld vs. the Legal Realists », 2018, vol. 24, p. 291 *sq*.

45. Par ex. : W. W. FISHER III *et al.* (dir.), *American Legal Realism*, Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 45-48 ; G. J. POSTEMA, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: the Common Law World*, *op. cit.*, p. 98.

46. W. N. HOHFELD, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », art. cité, p. 59 : « *If all these legal relations are reduced to their lowest generic terms... (...) The deeper the analysis, the great become one's perception of fundamental unity and harmony in the law* ».

47. Il s'agit ici d'un droit *stricto sensu* pour lequel Hohfeld emploie également le terme « *claim* » (qui n'a pas d'équivalent en français). Il faut distinguer ce droit « hohfeldien » de l'usage générique du terme dans le langage juridique ordinaire (le « droit à/de »). Le privilège hohfeldien se rapproche sans doute de ce que nous entendons souvent par l'usage générique du terme « liberté ». Hohfeld montre que les deux relations peuvent exister simultanément et lier deux mêmes individus dans une situation donnée.

48. G. J. POSTEMA, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*, *op. cit.*, p. 103-104. Concentrons-nous sur les deux premiers couples pour examiner l'exemple simple du « droit de propriété » de A sur un terrain qui lui appartient. La situation s'analyse en réalité en une multitude de relations qui lient A à une infinité potentielle de personnes susceptibles de pénétrer sur son terrain : Wesley Newcomb HOHFELD, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », art. cité, p. 32-33. [i] A possède un *droit* de défendre à B de pénétrer sur son terrain sans sa permission ; B a le *devoir* corrélatif de ne pas y pénétrer sans avoir obtenu cette permission. [ii] A détient également le *privilège* de pouvoir y pénétrer sans l'autorisation d'autrui ; B a le *non-droit* corrélatif de l'en empêcher. Si A emploie B pour peindre

une grange qui se situe sur ledit terrain, [iii] B a le devoir d'y pénétrer (corrélé au droit pour A d'exiger qu'il y pénètre) *ainsi que* [iv] le privilège de pénétrer sur le terrain (corrélé au non-droit de A de l'en empêcher).

49. Ainsi, [ii'] A a le privilège de pénétrer sur son terrain sans la permission d'autrui ; *A* n'a pas le devoir de ne pas le faire. [i'] A détient un droit d'interdire à B de pénétrer sur son terrain ; *A* n'a pas le non-droit de l'interdire. Pourquoi se fatiguer à établir ces distinctions ? Elles permettent de décrire des relations juridiques distinctes, certes, mais surtout de saisir directement la multitude d'*intérêts juridiques* spécifiques qui sont en jeu lorsqu'on parle de « droits » et « libertés », et, ainsi, des formes différentes d'actions en justice qui peuvent naître d'une même situation. W. N. HOHFELD, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », art. cité, p. 19-20.

50. K. N. LLEWELLYN, « Wesley Newcomb Hohfeld – Teacher », *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, *op. cit.*, p. 491-494.

51. K. N. LLEWELLYN, « A Realistic Jurisprudence – the Next Step », *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, *op. cit.*, p. 20-21 ; *id.*, *The Bramble Bush*, *op. cit.*, p. 85-89.

52. K. N. LLEWELLYN, *The Bramble Bush*, *op. cit.*, p. 86: « *Hohfeld would remind you to always look for the duty before you use the term right* ».

53. *Ibid.*, p. 85. Nous nous en tenons ici aux deux couples traités précédemment. Un « pouvoir » correspond à ce que je peux (*can*) faire pour susciter l'intervention du juge. Llewellyn ne reprend pas le dernier couple hohfeldien (immunité / assujettissement).

54. *Ibid.*, p. 83-84.

55. J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, *op. cit.*, p. 58, 129-130.

56. D. KENNEDY, *A Critique of Adjudication*, *op. cit.*, p. 310 ; *id.*, « The Critique of Rights in CLS », art. cité, p. 179-184.

57. A. D. FREEMAN, « Legitimizing Racial Discrimination Through Antidiscrimination law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine », art. cité, p. 1052-1057.

58. M. V. TUSHNET, « The Critique of Rights », p. 30.

59. *Ibid.*, p. 32-33 ; Duncan KENNEDY, « The Critique of Rights in CLS », art. cité, p. 195-196.

60. M. V. TUSHNET, « An Essay on Rights », art. cité, p. 1391-1392. Tushnet discute ainsi de stratégies pour retirer ces questions fondamentales de l'influence des juridictions dans *Taking the Constitution Away from the Courts*, *op. cit.*

61. M. V. TUSHNET, « The Critique of Rights », p. 31. Celles-ci sont fondées sur une interprétation inverse du même droit revendiqué ou sur un autre droit qu'il faut mettre en balance.

62. *Ibid.*, p. 24.

63. G. J. POSTEMA, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: the Common Law World*, *op. cit.*, p. 214 ; Mark V. TUSHNET, « Critical Legal Theory », art. cité, p. 87-88.

64. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>.

65. D. BELL, « *Brown v. Board of Education* and the Interest-Convergence Dilemma », *Harvard Law Review*, 1980, vol. 93, p. 518-533.

66. R. DELGADO et J. STEFANCIC, « Introduction », in R. DELGADO, J. STEFANCIC (dir.), *The Derrick Bell Reader*, New York, New York University Press, 2005, p. 4-5.

67. Derrick BELL, *Race, Racism and American Law*, Boston, Little & Brown Co., 1973, 1076 pages. Sur le rôle fondateur de Bell, voir R. DELGADO, « The Inward Turn in Outside Jurisprudence", *William & Mary Law Review*, 1993, vol. 34, p. 745.

68. Des conférences tenues durant les années 1986-1987 se dégagent tout particulièrement de K. W. CRENSHAW *et al.* (dir.), *Critical Race Theory: The Key Writings That Formed the Movement*, *op. cit.*, p. xxiii-xxiv.

69. *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), spéc. p. 551-552, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/>. La Cour déclara conforme à la constitution une loi de l'État de la Louisiane prévoyant l'existence de wagons séparés pour les citoyens blancs et Afro-Américains.

70. *Brown v. Board of Education II* (1955), 349 U.S. 294, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/349/294/>.

71. *Brown I*, p. 495.

72. *Brown II*, p. 301.

73. Revenant sur son expérience de *civil rights lawyer*, Bell décrit la résistance obstinée, non seulement des autorités scolaires et des juges des États de l'Union, mais de certains juges fédéraux chargés de garantir la mise en œuvre de *Brown* : D. BELL, *Silent Covenants. Brown v. Board of Education and the Unfulfilled Hopes For Racial Reform*, Oxford, Oxford University press, 2004, p. 104-105.

74. *Keyes v. School District No. 1, Denver*, 413 U.S. 189 (1973), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/413/189/>.

75. D. BELL, *Silent Covenants*, *op. cit.*, p. 19.

76. D. BELL, « *Brown v. Board of Education* and the Interest-Convergence Dilemma », art. cité, p. 523.

77. Cette question est déjà en arrière-plan de premiers travaux consacrés à l'intérêt à agir, dans lesquels il notait le décalage entre les intérêts concrets des parties au procès et les intérêts à long terme d'organismes comme la N.A.A.C.P. qui se saisissent d'une affaire pour faire évoluer les positions de la Cour suprême. Bell examine un problème technique soulevé par la « *public interest litigation* », à savoir la sélection attentive du cas-type qui permettra de faire évoluer les positions de la Cour suprême, ou, dans d'autres cas, qui permettra d'introduire une action de groupe (*class action*). Cela crée de potentiels conflits d'intérêt entre les avocats des associations représentatives qui prennent en charge les actions les actions en justice et leurs clients : Derrick BELL, « Serving Two Masters: Integration Ideals and Client Interests in School Desegregation Litigation », *Yale Law Journal*, 1976, vol. 85, p. 470-516, spéc. p. 482-493. D'une part, il existe une tension entre un objectif général de déségrégation (qui intéresse principalement l'association) et celui, plus concret, de l'amélioration des opportunités scolaires disponibles aux enfants des clients. C'est sur ce deuxième front que l'ère post-*Brown* n'a pas toujours rencontré le succès. Or, d'autre part, malgré ce potentiel conflit d'intérêt, il est tout important que ces associations puissent porter ces actions en justice, comme le révèlent les tentatives de résistance acharnée dans les États du sud qui ont cherché à limiter la possibilité pour les avocats de la N.A.A.C.P. de représenter des clients dans leurs États. *Ibid.*, spéc. p. 482-493. Ces mesures sont déclarées inconstitutionnelles dans l'arrêt *N.A.A.C.P. v. Button*, 371 U.S. 415 (1963), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/415/>.

78. D. BELL, « *Brown v. Board of Education* and the Interest-Convergence Dilemma », art. cité, p. 524-525 ; *id.*, *Silent Covenants*, *op. cit.*, p. 59-68, p. 132-134.

79. D. BELL, *Silent Covenants*, *op. cit.*, p. 69-76.

80. D. BELL, « White Superiority in America: Its Legal Legacy, Its Economic Cost », *Villanova Law Review*, 1988, vol. 33, p. 772-777 ; *id.*, *Silent Covenants*, *op. cit.*, p. 30, 80.

81. *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/> ; Derrick BELL, « White Superiority in America: Its Legal Legacy, Its Economic Cost », art. cité, p. 774-775 ; *id.*, *Silent Covenants*, *op. cit.*, p. 84.

82. *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/109/3/> ; Derrick BELL, *Silent Covenants*, *op. cit.*, p. 58.

83. *Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad Co.*, 118 U.S. 394 (1886), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/118/394/> ; Derrick BELL, *Silent Covenants*, *op. cit.*, p. 57.

84. Derrick BELL, *Silent Covenants*, *op. cit.*, p. 72-73. Si *Brown* constitue une convention constitutionnelle implicite fondée sur une *convergence* temporaire des intérêts des élites et des

minorités (*interest-convergence covenant*, p. 49). Les décisions antérieures, de *Dred Scott* à *Plessy*, mettaient en œuvre des conventions fondées sur le *sacrifice* des intérêts des Noirs (*racial-sacrifice covenant*, p. 29) dont les bénéficiaires blancs issus des couches populaires n'étaient nullement les destinataires réels, pas plus que les Noirs n'étaient les destinataires réels de *Brown*.

85. D. BELL, *Silent Covenants*, *op. cit.*, p. 77-86.

86. D. BELL, « Xerces and the Affirmative Action Mystique (A Tribute to Professor Arthur S. Miller », *George Washington Law Review*, 1989, vol. 57, p. 1602, 1608 ; *id.*, « Racism Is Here To Stay: Now What? », *Howard Law Journal*, 1991, vol. 35, p. 85-86.

87. Cheryl L. HARRIS, « Whiteness as Property », *Harvard Law Review*, 1993, vol. 106, p. 1707-1791 ; *id.*, « Reflections on *Whiteness as property* », *Harvard law Review*, 2020, vol. 134, p. 1-10. Que le lecteur adhère ou non au propos de Harris, il est rigoureux, intelligible, et donne matière à discussion.

88. Et non pas sociologue, terme malmené, comme le soutiennent les arguments de vente de l'ouvrage R. DIANGELO, *White Fragility. Why It's So Hard For White People To Talk About Racism*, Londres, Penguin, 2018.

89. La mise en œuvre d'un schème d'interprétation n'est pas une démonstration et ne connait aucune limite logique. Son utilisation doit donc être contrôlée et prudente. C'est là une question complexe de méthodologie des sciences sociales qui mérite une étude à part entière.

90. Voir par exemple D. KENNEDY, « Sexual Abuse, Sexy Dressing, and the Eroticization of Domination », *New England Law Review*, 1992, vol. 26, spéc. p. 1331-1343 [art. réimpr. in *Sexy Dressing, Etc.*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1993].

91. Ainsi, elle a représenté les survivantes du génocide en Bosnie dans le cadre de l'affaire *Kadic v. Karadzic* et *Doe et al. v. Karadzic* (2000), entendue par les juridictions fédérales en vertu de l'*Alien Tort Claim Act* (U.S. Code, T. 28, § 1350) obtenant réparation à hauteur de 745 millions de dollars. Ses opinions ont été également entendues dans un grand nombre d'affaires importantes en tant qu'*amicus curiæ*.

92. C. A. MACKINNON, *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination*, New Haven, Yale University Press, 1979. Pour une discussion, voir : J. HALLEY, « Sexuality Harassment », in W. BROWN, J. HALLEY (dir.), *Left Legalism/Left Critique*, Durham, Duke University Press, 2002, p. 82-92. Il faut ainsi voir que les dispositions législatives françaises actuelles qui consacrent une conception élargie du harcèlement sexuel depuis une décennie (voir : les articles L.1153-1 à L.1153-3 du Code du travail ainsi que l'article 6 Ter de la loi du 13 juillet 1983 portant droit et obligations des fonctionnaires) doivent beaucoup à de telles prises de position qui ont œuvré, il y a plus de quarante ans, pour traduire cette prise de conscience sur un plan juridique.

93. C. A. MACKINNON, « Pornography, Civil Rights, and Speech », *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 1985, vol. 20, spéc. p. 60 ; *id*, « Not a Moral Issue », *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1987, p. 160.

94. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>. Pour être plus précis, la Cour décide que l'enfant non-encore né n'est pas inclus parmi les « personnes » bénéficiant de la protection du quatorzième amendement (p. 158). La Cour distingue trois stades de la grossesse qui permettent des degrés croissants d'interférence des États avec la vie privée de la femme (p. 163-165). Il ne s'agit donc pas d'un droit absolu. Le droit à la vie privé, plus précisément que dans *Griswold*, est tiré du droit à la liberté du quatorzième amendement ainsi que de la clause de réserve du neuvième amendement (p. 153-154).

95. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/>. La Cour considère qu'il découle, par implication, des « pénombres » des premier, troisième, quatrième, cinquième, neuvième et quatorzième amendements (p. 484-485).

96. *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/438/>. La Cour dépénalise ici l'usage de moyens de contraception pour les couples non-

mariés au nom d'un droit à la vie privé en matière sexuelle qui est inhérent à *l'individu*, et non au couple marié comme pouvait le laisser entendre l'arrêt *Griswold* (p. 453). Elle se fonde ainsi sur le droit à l'égale protection en vertu des lois, les juges ne reconnaissant aucune distinction essentielle entre la situation des couples mariés et non-mariés en ce qui concerne l'usage de la contraception (p. 447).

97. *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/448/297/>, p. 316 (nous traduisons). Si le gouvernement fédéral ne couvre pas le financement des avortements, les États n'ont pas l'obligation de prendre le relai (p. 309-310) et demeurent libres de favoriser d'autres options que l'interruption de la grossesse (p. 314-315, comme cela a été décidé dans *Maher v. Roe*, 432 U.S. 464, 1977).

98. Catherine A. MACKINNON, « *Roe v Wade*: A Study in male Ideology », in Jay L. GARFIELD et Patricia HENNESSEY (dir.), *Abortion. Moral and Legal Perspectives*, Amberst, University of Massachusetts Press, 1984, p. 52 ; *id.*, « Privacy v. Equality: Beyond *Roe v. Wade* », *Feminism Unmodified*, *op. cit.*, p. 100 ; *id.*, *Towards A Feminist Theory of the State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1989, p. 192.

99. Catherine A. MACKINNON, « *Roe v Wade*: A Study in male Ideology », art. cité, p. 51-52 ; *id.*, « Privacy v. Equality: Beyond *Roe v. Wade* », art. cité, p. 99-101 ; *id.*, *Towards A Feminist Theory of the State*, *op. cit.*, p. 190-191.

100. Catherine A. MACKINNON, « *Roe v Wade*: A Study in male Ideology », art. cité, p. 53-54 ; *id.*, « Privacy v. Equality: Beyond *Roe v. Wade* », art. cité, p. 102 ; *id.*, *Towards A Feminist Theory of the State*, *op. cit.*, p. 194.

101. La critique de la distinction public–privé est un thème majeur des CLS dans la remise en question de l'idée de liberté de choix dans le sphère économique au profit d'une prise en compte des facteurs structurels capables de rendre compte des contraintes réelles qui pèsent sur les individus : M. V. TUSHNET, « Critical Legal Theory », art. cité, p. 84-85.

102. MacKinnon demande ainsi : « Pourquoi avoir même imaginé que les femmes puissent avoir un droit tel que celui au respect de la vie privée ? » (nous traduisons) On trouve au cœur du nexus *Wade–Harris*, répond-t-elle, une convergence des intérêts des hommes avec une conception neutralisée de l'égalité homme–femme qui permet de limiter les choix des femmes à ceux dont elles disposent dans la sphère privée : C. A. MACKINNON, « *Roe v Wade*: A Study in male Ideology », art. cité, p. 49 ; *id.*, « Privacy v. Equality: Beyond *Roe v. Wade* », art. cité, p. 97 ; *id.*, *Towards A Feminist Theory of the State*, *op. cit.*, p. 188.

103. C. A. MACKINNON, « Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence », *Signs*, 1983, vol. 8, p. 645 ; *id.*, *Towards A Feminist Theory of the State*, *op. cit.*, p. 163. Ainsi, le standard « neutre » auquel il faut satisfaire pour prétendre à un traitement *égal* est une norme de comportement et de performance spécifiquement masculine : *id.*, « Difference and Dominance: On Sex Discrimination », *Feminism Unmodified*, *op. cit.*, p. 34-37.

104. Catherine A. MACKINNON, *Towards A Feminist Theory of the State*, *op. cit.*, p. 3-4 : « *Sexuality is to feminism what work is to marxism: that which is most one's own, yet most taken away. (...) Implicit in feminist theory is a parallel argument: the molding, direction, and expression of sexuality organizes society into two sexes: women and men. This division underlies the totality of social relations. (...) As work is to marxism, sexuality to feminism is socially constructed yet constructing, universal as activity yet historically specific, jointly comprised of matter and mind. (...) Both are theories of power, its social derivations and its maldistribution. (...) To be deprived of control over work relations in marxism, over sexual relations in feminism, defines each theory's conception of lack of power per se.* »

105. C. A. MACKINNON, « *Roe v Wade*: A Study in male Ideology », art. cité, p. 51 ; *id.*, « Privacy v. Equality: Beyond *Roe v. Wade* », art. cité, p. 99 ; *id.*, *Towards A Feminist Theory of the State*, *op. cit.*, p. 190.

106. Ce problème est indissociable de la signification sociale attribuée à l'usage des moyens de contraception qui réduit drastiquement les chances de succès, à l'époque où écrit MacKinnon, en

cas d'accusation de viol. C. A. MACKINNON, « *Roe v Wade*: A Study in male Ideology », art. cité, p. 47 ; *id.*, « Privacy v. Equality: Beyond *Roe v. Wade* », art. cité, p. 94-95 ; *id.*, *Towards A Feminist Theory of the State*, *op. cit.*, p. 185. Il existe donc de fortes incitations à ne pas recourir à des moyens de contraception, renforçant ainsi les possibilités de grossesses non désirées. Or, précisément, le droit ne garantit pas aux femmes le droit d'avorter mais confère seulement un privilège privé. C'est qu'elles ne sont pas, soutient MacKinnon, les bénéficiaires véritables de l'évolution *Griswold–Wade*.

107. Nous pouvons noter *passim* qu'elle a fait partie de l'équipe juridique d'Anita Hill au moment de son audition au Sénat en 1991 dans le cadre du processus de nomination du juge Clarence Thomas à la Cour suprême des États-Unis.

108. K. W. CRENSHAW, « Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law », *Harvard Law Review*, 1988, vol. 101, p. 1345, p. 1376-1384.

109. *Ibid.*, p. 1385-1386. Ce thème est développé plus avant par G. PELLER, « Race Consciousness », *Duke Law Journal*, 1990, p. 758-847.

110. *Ibid.*, p. 1341-1344.

111. Comme le note Janet Halley, bien que MacKinnon repose sur une théorie de l'État comme véhicule de la domination sexuelle qui informe la conscience des individus (tout comme les conditions de production matérielles précèdent la conscience de l'individu dans la théorie marxiste), elle investit lourdement *dans* l'État par les stratégies judiciaires qu'elle contribue à élaborer : J. HALLEY, « Varieties of Governance Feminism », in J. HALLEY *et al.* (dir.), *Governance Feminism. An introduction*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2018, p. 32-33. Si la solution qu'elle prescrit est une coupure radicale avec les structures qui mettent en forme notre conscience du monde, mais sa stratégie politique n'est pas révolutionnaire pour autant.

112. K. W. CRENSHAW, « Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law », art. cité, p. p. 1356-1365, 1385. Pour un *mea culpa* intéressant qui retrace l'histoire de la discussion : Duncan KENNEDY, *A Critique of Adjudication*, *op. cit.*, p. 303 *sq.*

113. K. W. CRENSHAW, « Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist Politics », *University of Chicago Legal Forum*, 1989, p. 139-167.

114. *Ibid.*, p. 139-140. Elle parle également d' « expérience intersectionnelle ».

115. Le titre même de son article indique qu'il s'agit d'une « *Black Feminist Critique* ».

116. Voir par exemple la relecture de l'histoire de la lutte pour les droits des femmes du point de vue de l'implication des femmes noires : A. Y. DAVIS, *Women, Race, and Class*, New York, Vintage Books, 2011 (1981), spéc. chap. 13.

117. Patricia HILL COLLINS, « The Social Construction of Black Feminist Thought », *Signs*, 1989, vol. 14, p. 746-751 ; *id.*, « Learning From the Outsider Within: The Sociological Significance of Black Feminist Thought », *Social Problems*, 1986, vol. 33, p. 519-510, p. 526-529.

118. Cela a des effets pervers. Dans l'affaire *DeGraffenreid v. General Motors*, 413 F. Supp. 412 (E.D. Mo. 1976), <https://www.casemine.com/judgement/us/5914954fadd7b049345cc4f2>, cinq femmes Afro-Américaines licenciées en 1970 invoquaient la discrimination subie en tant que femmes Noires parce qu'elles étaient systématiquement désavantagées par le système d'ancienneté retenu par l'employeur pour la mise en œuvre d'un plan de licenciement. Or, celui-ci n'embauchait aucune femme Noire avant 1964. Un tribunal fédéral de district du Missouri retient, premièrement, qu'elles ne subissent pas de discrimination *sexuelle* systématique parce que des femmes en général sont embauchées avant 1964. Il invite les parties en demande à se joindre à l'action en réparation pour discrimination *raciale* formée par des hommes Noirs de la même entreprise. Or, cela vide leur demande de substance car ces hommes n'ont pas subi ce problème particulier. K. W. CRENSHAW, « Demarginalizing the Intersection of Race and Sex », art. cité, p. 141-143.

119. Il est nécessaire de démontrer que le cas qui servira de référence pour juger de l'existence d'une pratique générale de discrimination est représentatif d'une classe suffisamment à la fois large et spécifique de membres. Voir : *Federal Civil procedure Rules*, Title IV, Rule 23 et *U.S. Code*, Title 28, § 1711.

120. *Moore v. Hughes Helicopters Inc.*, 708 F2d. 475 (1983), <https://www.casemine.com/judgement/us/59149012add7b04934570586>.

121. *Payne v. Travenol*, 416 F. Supp. 248 (1976), <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/416/248/1500534/>. Sur ces deux décisions, K. W. CRENSHAW, « Demarginalizing the Intersection of Race and Sex », art. cité, p. 143-148.

122. K. W. CRENSHAW, « Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color », *Stanford Law Review*, 1991, vol. 43, p. 1244, 1298.

123. K. W. CRENSHAW, « Demarginalizing the Intersection of Race and Sex », art. cité, p. 149.

124. Ainsi, la notion de « marge » ou de « démarginalisation » apparaît dans les titres des deux articles-clé. Crenshaw se situe ici dans le prolongement de la dialectique de la marge et du centre déployée par : Bell Hooks, *Feminist Theory: From Margin to Center*, Londres, Routledge, 2015 (1984), p. 163.

125. Voir : R. AUSTIN, « Saphire Bound! », *Wisconsin Law Review*, 1989, p. 539-578 ; A. P. HARRIS, « Race and Essentialism in Feminist Legal Theory », *Stanford Law Review*, 1990, vol. 42, p. 581-616, spec. p. 608-615. Fait intéressant, ces articles « classiques » ne se réfèrent pas à Crenshaw. Nous trouvons en revanche des références à Angela Davis, Bell Hooks et Patricia Hill Collins.

126. P. M. CALDWELL, « A Hair Piece: Perspectives on the Intersection of Race and Gender », *Duke Law Journal*, 1991, p. 365-396, spéc. p. 371-381, p. 385-387.

127. K. W. CRENSHAW, « Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color », art. cité, p. 1241-1299 ; « Cartographies des marges : intersectionnalité, politique de l'identité et violences contre les femmes de couleur », trad. fr. Oristelle BONIS, *Cahiers du genre*, 2005, n° 39, p. 51-82.

128. Thème qu'elle avait auparavant soulevé dans « Demarginalizing the Intersection of Race and Sex », art. cité, p. 157-160.

129. Elles sont sexualisées par des stéréotypes raciaux historiques dégagés pour justifier le besoin de protéger les femmes blanches à l'égard de la menace noire, et associées par les autorités à leurs agresseurs masculins. Elles peinent ainsi à obtenir gain de cause parce que les agressions sont présupposées consenties car leur situation est perçue à l'aune d'une distinction entre femme « bonne » et « mauvaise » qui reprendrait implicitement la distinction « blanc » / « non-blanc » : K. W. CRENSHAW, « Mapping the Margins », art. cité, p. 1271. À d'autres moments, ces formes de violences faites aux femmes sont relativisées lorsqu'elles sont reléguées à un phénomène communautaire : *Ibid.*, p. 1260. Enfin, lorsqu'elles cherchent refuge dans des structures d'accueil, celles-ci sont parfois impuissantes à répondre à leurs besoins concrets parce que les moyens à leur disposition sont déterminés par ceux de la femme blanche de classe moyenne supposée être bénéficiaire de ces structures : *Ibid.*, p. 1246-1250. Cette dernière idée, surprenante, reçoit un traitement détaillé saisissant.

130. Pour une critique similaire des travaux de MacKinnon du point de vue du *Black Feminism* : A. P. HARRIS, « Race and Essentialism in Feminist Legal Theory », art. cité, p. 590-601.

131. Les exemples de violences sexistes commises au sein des communautés Afro-Américaines ne sont pas dénoncées par les associations antiracistes pour éviter de renforcer les préjugés raciaux : *Ibid.*, p. 1253-1257. Par ailleurs, les associations féministes ont le plus grand mal à formuler des revendications qui peuvent refléter les conditions sociales réelles et les parcours militants spécifiques de celles qui ne proviennent pas de quartiers « blancs » ou qui ne sortent pas des universités : *Ibid.*, p. 1258-1265.

132. *Ibid.*, p. 1282.

133. Voir Lionel ZÉVOUNOU, « Les *Critical Race Theory*. Aperçu d'un courant », art. cité ; *id.* « La question raciale chez les juristes américains. Autour des *critical race theories* », art. cité.

134. Pour un aperçu complet, M. C. SUCHMAN, E. MERTZ, « Toward a New Legal Empiricism: Empirical Legal Studies and New Legal Realism », *Annual Review of Law and Social Science*, 2010, vol. 6, p. 555-579 ; « Vers un nouvel empirisme juridique : les Études Juridiques Empiriques et le Nouveau réalisme Juridique », trad. fr. Y. GANNE, *Clio@Themis*, 2017, n° 12, <https://www.cliothemis.com/Vers-un-nouvel-empirisme-juridique>. En langue française sur cette question, on se réfèrera au travail de référence de Yannick GANNE, *L'ouverture du droit aux sciences sociales. Contribution à l'étude du droit savant américain contemporain*, Thèse Univ. Strasbourg, 2019, p. 25-27 ; *id.*, « La sociologie dans les doctrines contemporaines du droit aux États-Unis : entre héritage et renouveau », in O. JOUANJAN, E. ZOLLER, *Le « moment 1900 ». Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2015, coll. « Colloques », p. 273-308.

135. Pour un point d'entrée utile : D. W. CARBADO et D. ROITHMAYER, « Critical Race Theory Meets Social Science », *Annual Review of Law and Social Science*, 2014, vol. 10, p. 149-167 ; M. L. BARNES, « Empirical Methods and Critical Race Theory: A Discourse on Possibilities for a Hybrid Methodology », *Wisconsin Law Review*, 2016, p. 443-476.

136. L'approche « post-moderne » de la race est critiquée au sein même de la *Critical Race Theory* par certains juristes qui invitent à rejeter une approche « idéaliste » du racisme au profit d'une approche « matérialiste » capable de lier celui-ci à des questions plus générales d'inégalités sociales. Voir par exemple : R. DELGADO, « Two Ways to Think About Race: Reflections on the Id, the Ego, and the Other Reformist Theories of Equal Protection », *Georgetown Law Journal*, 2001, vol. 89, p. 2289-2294, 2296 ; *id.*, « Crossroads and Blind Alleys: A Critical Examination of Recent Writing About Race », *Texas Law Review*, 2003, vol. 82, p. 123-125, p. 150-151.

137. Voir l'excellent chapitre de L. BERENI *et al.*, *Introduction aux études sur le genre*, Louvain-la-Neuve, De Boeck Supérieur, 2020, coll. « Ouvertures politiques », p. 337-371. Pour une histoire intellectuelle et institutionnelle de l'intersectionnalité : J. C. NASH, *Black Feminism Reimagined After Intersectionnality*, Durham, Duke University Press, 2019, p. 6-18. Voir également le dossier consacré à l'intersectionnalité dans la revue *Mouvements*, février 2019, accessible en ligne, <https://mouvements.info/category/intersectionnalite/>.

138. Celui que nous trouvons encore employé, par exemple, chez P. M. CALDWELL, « A Hair Piece: Perspectives on the Intersection of Race and Gender » (1991), art. cité.

139. S. CHO, K. W. CRENSHAW, L. MCCALL, « Towards a Field of Intersectionality Studies: Theory, Applications, and Praxis », *Signs*, 2013, vol. 38, p. 785-810.

140. Jennifer Nash soutient ainsi que la diffusion de l'intersectionnalité comme domaine d'étude est dû en partie au fait que le *terme* est aujourd'hui pris pour synonyme d'« inclusion » et de « diversité » : J. C. NASH, *Black Feminism Reimagined After Intersectionnality*, *op. cit.*, p. 22-26. Or, ce serait évider le *concept* que de le détacher de l'expérience vécue de la marginalisation des femmes de couleur pour lesquelles la notion a été forgée : *Ibid.*, p. 33 *sq*. Richard Delgado (*supra*) considère quant à lui que la notion d'intersectionnalité participe d'une conception « idéaliste » de la production du racisme et non d'une théorie capable de saisir ses causes matérielles complexes liées à d'autres formes d'inégalités sociales : R. DELGADO, « Two Ways to Think About Race: Reflections on the Id, the Ego, and the Other Reformist Theories of Equal Protection », art. cité, p. 2282 n. 36 ; *id.*, « Crossroads and Blind Alleys: A Critical Examination of Recent Writing About Race », art. cité, p. 123.

141. Elle soutient ainsi que « ceux qui n'ont pas suivi la démarginalisation depuis ses débuts » trouvent seulement dans la notion d'intersectionnalité « une conception d'identités multiples » : K. W. CRENSHAW, « On Intersectionality », festival *Women of the World*, Southbank Center, Londres, 14 mars 2016, <https://www.youtube.com/watch?v=-DW4HLgYPlA>, 6'25-7'10.

142. K. W. CRENSHAW, « Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color », art. cité, p. 1243, 1299.

RÉSUMÉS

Cet article cherche à retracer les origines historiques de la *Critical Race Theory* et du thème de l'« intersectionnalité » qui en est issu. L'auteur soutient qu'elle puise ses racines premières dans le mouvement du réalisme américain, plus connu du public français, et qu'il existe donc une contribution spécifique des juristes à ces formes nouvelles de critique sociale. La décennie 1985-1995 mérite une attention particulière car elle voit émerger des corpus de textes et des thèses, dans les *law schools* états-uniennes, de manière autonome par rapport aux travaux de la même époque dans d'autres disciplines sur le multiculturalisme et la construction sociale de l'identité. En revenant aux sources de ces idées, l'auteur entend ainsi apporter quelques éléments de clarté à la controverse actuelle en France sur la place de l'« islamo-gauchisme » à l'Université.

This article retraces the historical origins of *Critical Race Theory* (out of which emerged the concept of « intersectionality ») back to American Legal Realism. This is, the author argues, a specific contribution made by lawyers to the forms of social critique that emerged at the end of the twentieth century. The decade running from 1985 to 1995 is crucial to this narrative because it is during this period that appear, fully formed, theses and corpuses that, for a time, remained autonomous from the debates on multiculturalism and plural identities which were going on in other faculties. Going back to the roots of these ideas, it is hoped, will bring some clarity to the contemporary debate surrounding the place of "islamo-leftism" in French universities.

INDEX

Mots-clés : intersectionnalité, Kimberlé Crenshaw, réalisme juridique américain, Hohfeld, critical legal theory, Derrick Bell, Catherinne MacKinnon
Keywords : intersectionality, Kimberlé Crenshaw, american legal realism, Hohfeld, Critical Legal Theory, Derrick Bell, Catherinne MacKinnon

AUTEUR

GREGORY BLIGH

Gregory Bligh est maître de conférences à l'Université Paris-Est Créteil, Laboratoire M.I.L. (EA 7382). Spécialiste de philosophie du droit anglo-saxonne, il a publié, notamment, *Les bases philosophiques du positivisme juridique de H.L.A. Hart*, Paris, Varenne-LGDJ, 2017. Il a traduit et présenté l'ouvrage : H.L.A. Hart, *Le droit, la liberté et la morale – suivi de La moralité du droit pénal*, Paris, Classiques Garnier, coll. « Bibliothèque de la pensée juridique », à paraître (2021).