



HAL
open science

La ruse de l'insuffisance

Éric Millard

► **To cite this version:**

Éric Millard. La ruse de l'insuffisance. J.-A. Fontoura Costa, J.-M. Arruda de Andrade et A. Mery Hansen Matsuo. *Direito : Teoria e Experiência, Estudos em Homenagem a Eros Roberto Grau*, Malheiros Editores, pp.1082-1096, 2013. halshs-00935703

HAL Id: halshs-00935703

<https://shs.hal.science/halshs-00935703>

Submitted on 23 Jan 2014

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

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

La ruse de l'insuffisance

1 - Un des points communs des théories du droit que l'on dit critiques, par-delà une évidente hétérogénéité liée à des contextes sociaux, politiques et culturels différents, est de s'inscrire dans une continuité, elle-même critique, des philosophies sociales progressistes. Cela est vrai pour le mouvement *Critical legal studies*, sans doute le plus connu de cette myriade éclatée.¹ Cela est également vrai, et de manière peut-être plus marquée, pour le Mouvement *Critique du droit* français actif durant la seconde moitié des années 70 du dernier siècle², ou pour le mouvement brésilien, dont le dédicataire de cet ouvrage fut et demeure un infatigable animateur.

2 - Une inspiration critique de la critique ; en quel sens ? L'avant-propos de *Pour une critique du droit*,³ qui est aussi le manifeste de la collection éponyme, permet de se faire une première idée. « La science du droit traditionnelle, après avoir servi la construction de l'Etat libéral et avoir été honorée en conséquence, est tombée en déshérence. Dans les [ex-] facultés, l'approche du droit reste, à ce jour, très empreinte de formalisme et d'idéalisme. Un enseignement prétendument objectif se satisfait de reconnaître un Etat-de-fait, ne révélant ni les fondements ni les fonctions véritables de l'Etat et du droit. L'enseignement comme la recherche reposent sur des distinctions arbitraires et préjudiciables à l'investigation scientifique : distinction science juridique/science politique, droit public/droit privé. En outre, cet enseignement repose trop souvent sur des synthèses qui, prétendant enclore leur sujet, occultent le caractère mouvant et contradictoire de la réalité sociale, alors que l'hypothèse fondamentale de la collection [critique du droit] est que la science du juridique relève d'une science du politique. ». Soutenir une critique du droit, c'est en ce sens vouloir faire et de la science (juridique) et de la politique (sociale).

Mais il y a maintes manières de vouloir conjuguer ces deux approches que l'on dit inconciliables, en rendant à chacune ce qu'on lui doit. Si la science est une activité somme toute d'abord conventionnelle (une acceptation partagée au sein d'une communauté de méthodes et de critères de vérité), la politique est une activité concurrentielle qui suppose d'abord des décisions sur ce que l'on veut, et des actions pour les réaliser. Les critiques du droit ont tous eu dans ce sens une relation sinon ambiguë, du moins tendue, au marxisme. Bien entendu, les éléments biographiques ici prennent une

1 Voir par exemple Duncan Kennedy, Antonio Gramsci and the legal system, 6 *ALSA Forum*, No. 1, p. 32 (1982); Duncan Kennedy, A Left Phenomenological Alternative to the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation, in Duncan Kennedy, *Legal Reasoning, Collected Essays* (The Davies Book Publishers, Aurora CO, 2008).

2 Voir M. Miaïlle, Une introduction critique au droit, Maspero, Paris, 1976 ; M. Bourjol, Ph. Dujardin, J.-J. Gleizal, A. Jeammaud. M. Jeantin, M. Miaïlle, J. Michel, *Pour une critique du droit*, Maspero, Paris, 1978.

3 M. Bourjol, Ph. Dujardin, J.-J. Gleizal, A. Jeammaud. M. Jeantin, M. Miaïlle, J. Michel, *Pour une critique du droit*, Maspero, Paris, 1978.

place essentielle : certains étaient proches du parti communiste, encartés ou non (et la signification de cette proximité ne revêt évidemment pas la même situation dans une démocratie ou une dictature, pour ne se concentrer que sur la comparaison entre la France giscardienne et le Brésil des militaires) ; d'autres n'entretenaient avec le marxisme qu'une proximité intellectuelle qui n'impliquait pas une acceptation des thèses du parti ; d'autres enfin s'inscrivaient dans une tradition gauchiste ou communiste libertaire, qui s'opposait directement à l'idée d'un communisme autoritaire. La critique de la critique ne signifie alors rien de plus, mais rien de moins, que l'interrogation de la position marxiste orthodoxe sur le droit : l'interrogation de la critique marxiste du droit, à partir d'une position politique révolutionnaire qui est proche de celle du marxisme, et d'une position épistémologique qui s'en éloigne. Même si seule la vérité est révolutionnaire, la vulgate scientiste du marxisme, et l'insuffisance apparemment de sa théorie juridique, font question.

3 - Il est probable que retracer ainsi ces postures revient à parler d'un temps que les moins de vingt ans ne peuvent pas connaître. L'échec stalinien et post-stalinien, tant historique avec la chute du Mur de Berlin, que politique (et il n'a pas fallu attendre cet échec historique pour que ce dernier soit dénoncé, dès Cronstadt, ou dès le rapport d'Ángel Lash devant la CNT espagnole au retour du premier voyage en Russie soviétique – cruelle annonce des affrontements de la Telefónica en mai 1937 à Barcelone, qui sonnèrent le glas d'un espoir de Révolution dans l'Espagne en guerre), ont déconsidéré l'idée même du mouvement révolutionnaire au profit d'une pensée unique de la démocratie libérale, qui s'incarne et se développe dans la mondialisation. La crise actuelle, qui en est un des résultats et qui frappe actuellement le vieux monde, ressuscite le sentiment épidermique de révolte et de réaction : mouvement des indignés, fronts de gauche, qui sont aussi sympathiques qu'ambigus... sans pour autant fonder et renouveler une philosophie révolutionnaire exsangue. La philosophie de la Praxis peine à être une pratique, sans même de philosophie.

Il n'y a pas en la matière de théorie prête à l'emploi, et c'est en cela que le mouvement critique du droit a une importance. La caricature marxiste de la dogmatisation de l'opposition entre infrastructure et superstructure, tout comme la distinction anarchiste du droit (Etat) et de la Justice ne sont pas nécessairement des points de départ erronés. Mais ils sont des points de départ insuffisants, qui doivent être travaillés dans la pratique et c'est ce travail que les mouvements critiques du droit ont prétendu mener. Les raisons de leur relatif échec sont bien connues. En première analyse, elles sont contextuelles : arrivée au pouvoir de la gauche en France en 1981, démocratisation en Amérique latine, qui ont divisé les mouvements, changé les objectifs pratiques, remplacé les pensées de référence. Mais les problèmes demeurent, tant pratiques que théoriques, face à un monde qui a énormément changé sans pour autant trouver de solution (à supposer, ce que je ne crois pas, que ces solutions soient cherchées par cette évolution, ou qu'elles soient possibles dans cette évolution) à la question sociale.

Plus que jamais, nous avons besoin d'une pensée juridique critique, comme élément d'une philosophie sociale.

4 - J'étais étudiant quand en France ce mouvement était au climax de sa courte vie. Je n'ai donc en rien participé à cette réflexion, même si nous avons créé un très informel groupe critique du droit avec quelques étudiants, hélas perdus de vue depuis (de ce que je sais, l'un est devenu juge, une autre travaille dans une administration publique, une autre encore est professeur d'histoire...), avec l'ambition de politiser une faculté de droit bien conservatrice, et l'agit-prop comme moyen d'action : placardage de *dàzibào* sur la porte des amphis pour inviter à d'autres lectures du contenu des cours, etc. Mais sans doute la connaissance qu'une critique du droit de gauche était possible ne m'a pas fait renoncer à des études pour le moins ennuyeuses, et que je considérais (et considère encore pour l'essentiel) dogmatiques et idéologiquement endoctrinées. Plus tard, j'ai effectué (ou plus exactement non effectué) une partie de mon travail de recherche doctorale au sein du Centre de Recherches Critiques du Droit, reconnaissance institutionnelle de la branche stéphanoise du mouvement critique du droit où, avec Antoine Jemmaud et Evelyne Serverin notamment se poursuivait une partie du programme d'investigation critique, la partie scientifique. Ce fut incontestablement un hasard et une inestimable opportunité pour moi d'être par ce biais associé au mouvement critique du droit. Pour autant, l'époque avait changé, et l'analyse sociologique et linguistique si elles n'avaient pas fait disparaître l'interrogation sociale (sur les usages du droit notamment) l'avait marginalisée. Et c'est aussi vers quoi mes recherches m'ont ensuite conduit, dans une approche toutefois différente : une insistance sur les conditions de possibilité d'une science du droit, qui ne laissent à la philosophie politique que sa possibilité une fois le droit déconstruit, privé de sa gangue idéologique.

L'implicite succède à l'explicite dans le développement de la pensée critique, et le positivisme (au sens épistémologique) devient le dernier bastion d'une possibilité critique que nombre de critiques eux-mêmes ont abandonné en adoptant une pensée éthique cognitiviste. Pour ce qui me concerne, j'y vois deux raisons. La première tient à l'idée même qui fut à l'origine d'un mouvement critique du droit, comme mouvement d'universitaires : fonder l'enseignement et la recherche juridiques sur le terrain scientifique, qui me paraît être la seule posture possible. La seconde tient à une sympathie politique constante pour des philosophies qui recherchent l'émancipation des individus, leur libération en tant qu'êtres autonomes, libres de leurs choix, lucides, critiques et responsables, et son pendant, l'égalité sociale, économique et politique de tous les individus ; une revendication anarchiste qui ne saurait se concilier ni avec le capitalisme et ses formes autoritaires ou libérales d'organisation du pouvoir, ni avec le marxisme autoritaire. L'implicite est le fruit de la déconstruction par l'analyse scientifique du droit : la mise au jour du politique ; mais l'explicite est doublement problématique. Problématique d'abord car la séparation du vrai et du souhaitable, du connaissable et de l'action, de la science et du politique, définissent la limitation de deux sphères où l'argument de l'autorité et le statut liés à l'autorité sont

impossibles pour la science, détestables pour l'action. Problématique ensuite car la philosophie de l'action n'est elle-même peut-être pas pensable comme pensée critique en reconstruction.

5 - L'extrême faiblesse de la conception du droit dans les pensées révolutionnaires, à laquelle le mouvement critique du droit voulait aussi répondre (la critique de la critique), n'est peut-être pas simplement le fruit d'une pensée insuffisante, d'un insuffisant développement conceptuel, d'une insuffisante prise en compte de ce qu'est le droit en action dans nos sociétés, ou de ce qu'il pourrait être dans des sociétés post-révolutionnaires. Elle est peut-être simplement le produit d'une impossibilité conceptuelle à penser le droit non pas de manière critique, mais de manière originale, aussi bien dans les pensées de l'immédiateté (anarchisme) que dans les pensées messianiques (marxisme).

6 - Les philosophies politiques de l'anarchisme déclinent fréquemment deux lieux communs, légèrement contradictoires.⁴ D'une part, le droit est assimilé à un phénomène étatique et en cela, il s'agit de la reprise de l'idée dominante du juridisme qui correspond à la désappropriation bureaucratique de la démocratie. D'autre part, les principes fondateurs de toute approche anarchiste (dont les droits et libertés inaliénables de l'individu) sont renvoyés à une idée de droit naturel, sans toujours préciser s'il s'agit d'une version rationaliste (les droits que l'homme peut découvrir à raison de sa nature d'homme libre et pensant) ou purement naturaliste (un corpus de principes existant en soi indépendamment et antérieurement à toute organisation humaine, que celle-ci devrait respecter) : la justice chez Godwin,⁵ la loi de solidarité de Bakounine⁶ ou l'entraide chez Kropotkine⁷, les principes fédéraliste de Proudhon,⁸ etc. Le recours à ces deux conceptions paraissent problématiques pour deux raisons. La première est politique et porte sur le projet anarchiste lui-même ; la seconde est analytique et conceptuelle.

D'abord, l'idée même d'existence d'un droit naturel, qui quelle qu'en soit la justification, joue comme un *a priori*, une règle de conduite de la décision humaine : ce qu'elle devrait être, ne peut apparaître que comme une limitation des choix, lucides, critiques et responsables d'être autonomes. Ce que nous appellerions Justice n'est rien d'autres que le choix libre, dans ces conditions de choix (lucide, critique, responsable), de ces êtres autonomes. Nous pouvons retenir l'idée que quelque chose pourrait s'appeler justice, mais en déterminer le contenu *a priori*, en présupposant un type de rationalité (même limitée à ce qui devrait être le résultat de choix lucides, critiques et responsables d'êtres autonomes) est une limitation de ce choix ; et en naturaliser l'existence rien d'autre qu'une déification, un relent de

4 Pour une vision complète des conceptions de l'anarchisme théorique, voir le numéro 6 de la revue Réfractations, *De quel droit ? Droit et anarchie*, 2000.

5 W. Godwin, *An Inquiry concerning Political Justice, and its influence on General Virtue and Happiness*, 1793.

6 M. Bakounine, *Etatisme et anarchie*, 1873.

7 P. Kropotkine, *L'entraide, un facteur de l'évolution*, 1906.

8 P.-J. Proudhon, *De la justice dans la révolution et dans l'Église*, 1858.

religiosité. C'est l'escroquerie de la Déclaration des droits de l'homme dénoncée par Bentham⁹ : la limitation de toute éternité au nom d'une règle du champ des possibles qui échappent aux êtres autonomes. Bien sûr, le recours à l'idée de Justice, et plutôt même au sentiment d'injustice, le recours à la raison, et plutôt même à la critique par la raison, sont des éléments d'une prise de conscience de la nécessité d'une révolution globale (au sens exact de rupture avec l'existant), d'un rejet d'une forme d'organisation sociale réelle dont les effets se font sentir : prise de conscience individuelle ou rhétorique d'un discours de conviction. Mais si l'on peut considérer comme possible qu'une société humaine qui serait issue de cette pensée révolutionnaire dans laquelle les êtres libres veulent organiser leurs relations sur les principes du projet anarchiste devrait se doter de quelque chose qui s'apparente à des règles, il est impossible que dans la cohérence de ce projet ces règles puissent être immanentes pour incarner un principe figé de justice, et devoir être autre chose qu'un principe d'organisation toujours en discussion. Quelque chose donc dont on ne peut parler, dont on ne peut faire la théorie *a priori*, sinon pour en réserver l'idée de possibilité, parce que sa théorie ne peut être que la théorie d'une action pratique par ses acteurs en situation. Implicite nécessairement.

Ensuite, le recours au même concept, au moins au même mot, de droit, pour désigner tant une partie normative d'une forme sociale historique avérée qu'une autre partie d'une autre forme sociale non historiquement venue est trompeur. Ce sont deux choses différentes, dont l'une au moins n'est même pas conceptualisable autrement que comme description utopique (et l'utopie n'est pas la révolution). Si le droit est la forme d'organisation du pouvoir politique des Etats, désigner par droit les principes d'organisation d'une société non étatique n'a pas de sens. Et si l'on considère que le changement historique peut permettre d'avoir deux formes différentes de droit dans deux formes d'organisation sociale différentes, le droit étatique, le droit non étatique, nous supposons malgré tout une parenté entre les deux (les règles ? La norme?) qui ne seraient que deux types d'une espèce plus vaste : le droit. Nous supposerions donc une forme d'ontologie du droit, indépendamment des expériences historiques, ce qui serait doublement difficile : en naturalisant encore le droit, ce qui paraît scientifiquement impossible (quel objet naturel?) ; et en admettant une parenté entre le mauvais droit et le bon droit, entre les règles de l'Etat et les règles que se donnerait une société d'êtres autonomes. Pour désigner ce point commun, nous avons déjà les concepts de règles, de normes, d'organisation. Confondre deux phénomènes sous le même vocable, soutenir l'idée qu'une conceptualisation commune est possible, c'est déjà ce que l'on reprochait à Proudhon dont le fédéralisme ne serait plus de l'anarchisme.

9 J. Bentham, L'absurdité sur des échasses, ou la boîte de Pandore ouverte, ou la Déclaration française des droits en préambule de la Constitution de 1791 soumise à la critique et à l'exposition avec une esquisse comparative de ce qui a été fait sur le même sujet dans la Constitution de 1795, et un échantillon du citoyen Sieyès (nouvelle édition des *Sophismes anarchiques*), in Bertrand Binoche et Jean-Pierre Cléro « Bentham contre les droits de l'homme », PUF- Quadrige Manuels, 2007, p. 89

Ce que nous montre l'aporie de la pensée anarchiste, dans sa diversité, sur le droit, c'est l'impossibilité de penser du point de vue anarchiste l'organisation issue de la révolution ; et la facilité de penser cette organisation comme droit sur le même registre que le droit (de l'Etat), ne peut parvenir à cacher qu'il y a deux questions : ce que nous savons (et nous savons des choses sur le phénomène étatique, et la place du droit dans celui-ci) et ce que nous voulons. Mais nous ne pouvons réellement vouloir ce qui s'imposerait à nous. La philosophie anarchiste n'est rien d'autre qu'une réductionnisme humaniste. La seule valeur qu'elle propose est celle de la volonté des êtres autonomes libres de leurs choix, et c'est par cette seule valeur qu'elle se recommande. Elle n'a nul besoin de dire ce que ces êtres autonomes feront de leurs choix : la cohérence de l'adoption de cette valeur est la confiance absolue dans les choix. Il n'y a pas de vision paradisiaque, messianique ici qui devrait nous convaincre de l'intérêt ou de la rationalité de l'adhésion à cette seule valeur : la structure de la pensée religieuse ne peut être compatible avec ce projet. La question n'est pas de savoir ce que serait une société fondée sur les préceptes anarchistes, et notamment la place des règles, de l'organisation, du droit ; la question est seulement celle de l'adhésion à une valeur de liberté et d'acceptation de toutes les conséquences qui en découlent. On peut adhérer à cette valeur, ou non ; on peut, même en y adhérant, vouloir faire le pari de ses conséquences, ou non ; on peut surtout se demander comment réaliser les conditions de possibilité d'une autonomie des êtres humains (et c'est bien sûr la seule grande question pratique). Mais pour tous ces choix nul besoin d'une description utopique des résultats : une théorie révolutionnaire humaniste n'a pas besoin d'une théorie de l'organisation communiste post-révolutionnaire.

7 - Evidemment, tel n'est pas le cas de la philosophie marxiste. Structurellement, la pensée de Marx (même de Marx, pas seulement de ses héritiers) se présente comme un évolutionnisme qui décrit par anticipation les différentes étapes de l'évolution sociale. Il peut y avoir des lectures mécanistes, d'autres volontaristes. Mais il y a dans tous les cas une promesse du futur.

Pour autant, il a toujours été souligné à juste titre qu'il n'y avait pas chez Marx de théorie du droit : les analyses sont partielles, éparées, et semblent disparaître avec la complexification de sa pensée. Et si l'on excepte quelques noms (Pachukanis notamment, et pour l'étape de la dictature du prolétariat¹⁰), il n'en va pas mieux de la pensée marxiste classique en général : pas de conception du droit de la société communiste, ce paradis promis ; et une vision finalement quasi-positiviste du droit des sociétés étatiques capitalistes ou socialistes.

Curieusement alors, cette faiblesse peut être vue de deux manières : une ruse de l'insuffisance ou une insuffisance de la ruse. Insuffisance de la ruse si l'on considère la cohérence seule de la structure de la pensée marxiste qui, annonçant la société communiste future sur un fondement somme toute presque mécaniste et évolutionniste, ne peut faire l'impasse sur la description, dans la société communiste sans Etat, des modalités de résolution des conflits (la criminalité, la sanction) ; ruse de

10 E. Pachukanis, *La Théorie générale du droit et le marxisme*, 1924 ; EDI, Paris, 1970.

l'insuffisance si l'on considère qu'il s'agit de refuser de parler du droit en soi – et de tomber dans les difficultés de cette éventuelle ontologie -, ou dans tous les cas. Il ne m'intéresse guère ici d'essayer de dire ce que la pensée marxiste n'a pas pu, su ou voulu dire : l'insuffisance de la ruse ne me gêne finalement pas, et au contraire j'en vois la cohérence avec la pensée anarchiste. Je la trouve finalement plus utile si je la comprends comme une ruse de l'insuffisance, dans une perspective réelle de révolte et d'action, que la vision naturaliste à laquelle la pensée anarchiste cède : appréhender le droit comme le produit d'une situation sociale historiquement donnée (la société étatiste-capitaliste) énonce que le droit en toute hypothèse ne vaut pas mieux que cette situation sociale, mais que dans cette situation sociale il constitue un outil dont on peut se servir. Naturaliser le droit serait à la fois manquer le cynisme ou l'opportunisme de l'outil, et détacher le droit de la situation sociale donnée, et de la fonction qu'il remplit dans cette situation sociale, qui n'est jamais une fonction autonome mais qui n'est pourtant non plus jamais une fonction unilatéralement déterminée.

Une lecture positiviste critique de Marx est possible, qui réduit le droit aux mécanismes posés par l'Etat (mieux, constitutifs de l'Etat comme instrument juridique d'oppression et de reproduction des conditions de la domination), et qui analyse le droit comme revêtu des mêmes caractères oppresseurs que l'Etat. Que ce soit le droit des sociétés capitalistes ou le droit des dictatures socialistes. Si l'on développerait alors une analyse juridique à partir de ces bribes marxistes, elle serait critique, elle serait compréhensive du déterminisme social et économique ; en bref, elle ne déifierait en rien le droit et le prendrait pour ce qu'il est : le droit positif, droit d'oppression d'une classe dirigeante, y compris prolétarienne, instrument de reproduction des conditions de production et de pouvoir. Et parce qu'elle serait critique, une telle conception serait une conception pour l'action *dans* les sociétés étatiques.

Une telle lecture positiviste de Marx, ou si l'on préfère une reconstruction des éléments de la pensée marxiste sur le droit sur des fondements positivistes a bien sûr ses limites. Sans doute je tire trop ces bribes dans le sens qui me convient mieux, d'un anarchisme qui n'assume pourtant pas ce positivisme dans sa théorisation. De plus, le socialisme d'un Kelsen¹¹ n'est pas non plus le socialisme de Marx, mais bien une théorie politique et juridique de l'Etat social-démocrate ; de l'Etat donc. Pour autant, les textes de Marx antérieurs à la fameuse coupure épistémologique de 1845, dont Althusser disait qu'ils n'étaient en rien marxistes, peuvent accréditer cette possibilité ; peut-être justement, mais je ne veux pas discuter ce point ici, parce qu'ils sont hétérodoxes de la théorie marxiste elle-même.¹² Ce positivisme n'est pas un légalisme (et l'analyse de la loi de la Diète est un réel exercice de critique du droit), mais le positivisme de Kelsen ne l'est pas davantage. Et ce positivisme n'est pas non plus un historicisme figé. Ce qui est saisi immédiatement au cœur du droit, au travers du langage du droit, c'est la dialectique des intérêts de classes, dans le processus de détermination du droit, et de substitution de

11 H. Kelsen, Autobiografía, Université Externado de Colombie, 2008.

12 K. Marx : La loi sur les vols de bois, in P. Lascournes et H. Zander, *Marx, du vol de bois à la critique du droit*, Paris, P.U.F., 1984.

la source étatique à la source coutumière : deux légitimités qui ne sont que des légitimés d'oppression mais qui en pratique ne sont pas de mêmes conséquences. Et ce n'est pas dans cette lutte de classes la source qui fait la différence, mais les conséquences, élément qui n'est pas nécessaire mais contingent. Le projet politique critique, et c'est sans doute la face la plus intéressante de la démarche marxienne ici, s'attache à ce qui est. Il prend le droit pour ce qui est et déconstruit le discours légitimant du droit lui-même, sans sombrer dans le fantasme du droit comme justification. D'un autre côté, la connaissance du droit tel qu'il est sert évidemment le travail révolutionnaire, en fournissant une arme qui peut être utilisée contre la classe dominante, notamment en jouant sur les contradictions et les contraintes inhérentes à un droit comme système où la norme n'est pas qu'imposée mais aussi idéologique ; contre la classe dominante mais dans le système de domination, non contre lui.

Il me semble que ce qui se trame ici est exactement ce qu'ont voulu faire les mouvements critiques du droit : non pas chercher une philosophie du bon droit, tel qu'il devrait être dans une société bourgeoise (en négligeant le déterminisme) ou dans des sociétés post-révolutionnaires (en négligeant l'étatisme de la société socialiste ou l'utopisme de la société communiste) ; mais chercher une compréhension du droit, nécessairement du droit qui est, dans les sociétés bourgeoises, et dans les mises au jour de ses contradictions immédiates. Une approche positiviste critique, qui n'impose pas une adhésion à un projet politique déterminé (marxisme, anarchisme ou autre) mais qui est la condition nécessaire à toute adhésion, et à l'action que cette adhésion suppose. Insuffisance sans doute car c'est la marque de l'impossibilité d'une pensée spécifiquement marxiste du droit comme objet isolé : pas de métaphysique pure, pas de méthodologie pure ; mais ruse car c'est aussi la seule condition de possibilité d'une analyse critique et d'une action politique.

8 – Le droit est une arme et une ressource. Non pas une arme et une ressource réversibles, neutres. Mais une arme et une ressource stratégique, avec ses déterminations et sa mobilisation dans un système social marqué par ses contradictions, qui sont aussi ses contraintes.

Une philosophie du droit critique est d'abord une philosophie de la connaissance. Là où la théorie marxiste classique s'en tient à une conceptualisation générale des rapports de détermination du droit, ce que l'approche critique du très jeune Marx autorise et réclame, même si encore une fois elle n'est pas la seule à le faire, c'est un décryptage du rapport droit/Etat/domination. Et ce décryptage passe par une analyse critique du langage du droit comme modalité spécifique de la domination : l'absence d'apriorisme dans les concepts juridiques ; la fonction pratico-morale, idéologique, du discours juridique ; le fonctionnement de l'outillage, de la machine juridique, dans ce qu'elle a de plus concret (le procès, les flux contentieux que la dogmatique occulte derrière la connaissance des principes). A cet égard, le positivisme critique ne peut pas être simplement, s'il s'inscrit dans une philosophie de la rupture sociale, fondé sur le pari kelsénien de la légitimité des sources des organes de la démocratie représentative ; il doit investir le champ des réalités sociologiques du droit, du droit en action. C'est ce

que pour une bonne part ont tenté les *Critical Legal Studies*, traquant dans l'argumentation judiciaire les contradictions ou mieux les tensions du constitutionnalisme affirmatif des libertés formelles et de la démocratie libérale, autour par exemple des questions de la domination de genre. Et c'est aussi ce que le mouvement français *Critique du droit* effectue dans la prise en compte, dans l'objet droit, des discours savants prenant le droit pour objet : une analyse critique des discours sur le droit, à la scientificité douteuse, comme production idéologique entraînant des effets de représentation et de légitimation. La recherche d'une posture critique en retour permet de réinvestir la signification en faisant apparaître l'enjeu d'un travail doctrinal politiquement assumé sur le droit, c'est-à-dire ouvrant la possibilité de pratiques.

La compréhension de cette détermination politique du droit, d'un point de vue critique, permet ainsi une utilisation du droit dans les luttes : elle permet d'investir le champ juridique par l'action et dans l'action, en dévoilant les enjeux, les conditions et les limites des ressources que le droit de la domination, par ses contradictions, laisse aux dominés. Un des apports essentiels des mouvements critiques du droit a été de renforcer cette prise de conscience des possibilités d'action notamment auprès des acteurs sociaux : le légalisme n'épuise pas l'action politique contre la domination, mais il serait aberrant de ne pas s'en servir lorsqu'il peut permettre de servir les luttes sociales. A cet égard, l'utilisation de l'arsenal juridique ne revêt pas la même signification contre l'Etat que les stratégies électoralistes : là où cette dernière participe de la légitimation du processus de séparation du politique et du social dans la construction d'une prétendue sphère publique de domination exclusive acceptée, cette première conserve le caractère politique des luttes sociales entre dominants et dominés. Les droits formels ne sont pas des droits réels, pour autant que ce concept ait une quelconque signification ; mais l'affirmation de droits formels dans cette forme particulière de la domination bourgeoise qu'est la démocratie libérale n'a pas quant à elle dépourvue d'effets pratiques : non pas par la participation institutionnelle, mais par les contradictions que le modèle même de la démocratie libérale constitutionnelle institue en son sein dans les conditions de la domination.

9 – Les mouvements critiques du droit, à l'exception peut-être de *Critical legal studies* dont la singularité dans le contexte américain doit être soulignée, ont perdu de leur dynamisme et de leur relative homogénéité à un moment spécifique des dernières décennies. Là encore il y a sans doute des raisons liées à la biographie des auteurs, et au contexte, déjà soulignées : arrivée de la gauche au pouvoir en France, retour à des formes d'Etats démocratiques constitutionnels en Amérique latine. Derrière ces éléments en apparence empiriques, je me demande s'il n'y a pas aussi de profondes divergences théoriques et conceptuelles, que ces faits historiques n'auraient fait que rendre visibles. C'est une évidence toujours bonne à rappeler : même si nous rangeons d'un point de vue de théorie politique sous le même genre de domination toutes les formes de domination bourgeoises étatiques, à mon sens à juste titre, toutes ces formes ne sont pas strictement équivalentes d'un point de vue pratique ; la

démocratie libérale n'est pas la même chose en pratique qu'une forme dictatoriale, et ce serait mépriser ceux qui ont dû supporter les exactions de cette dernière que de prétendre le contraire.

Deux pièges nous guettent alors : la confusion et la séparation. La confusion, qu'une partie du discours politique révolutionnaire a soutenu, fait fi des conditions pratiques de la domination, et des possibilités liées à ces contradictions ; la séparation occulte qu'il s'agit de formes différentes d'une même domination.

Or une partie du mouvement critique a pu voir dans l'arrivée de la gauche parlementaire au pouvoir, ou dans le retour à la démocratie, l'émergence non pas d'une forme différente de domination, mais sinon d'une absence de domination, au moins d'un moyen de sortir de la domination. C'est l'illusion social-démocrate de l'utilisation des formes juridiques, de l'Etat, contre la domination, oubliant que la nature même de l'Etat et du droit dans une société capitaliste (pour autant que l'on accepte qu'il puisse y avoir une autre conception du droit que dans ces sociétés stato-capitalistes) est de permettre la domination sociale. Cette illusion n'est possible qu'au prix d'une jusnaturalisation de la théorie juridique, un oubli de la ruse de l'insuffisance.

Dans la philosophie du droit sud-américaine d'inspiration critique, cette jusnaturalisation s'est parfois développée autour de la sacralisation du bon juge (constitutionnel), ou de l'activisme judiciaire, et de la théorie du néoconstitutionnalisme. Habituellement, le néoconstitutionnalisme estime que la constitution est un document vivant, et que les juges doivent, grâce à l'usage de la raison, décider ce que sont les normes constitutionnelles. Cette conception est clairement une conception prescriptive, non positiviste, parce qu'elle substitue aux sources du droit prévues par la constitution la rationalité du juge ; une rationalité doublement supposée car bien évidemment, tout d'abord, savoir si un juge est, ou peut-être, rationnel dépend des éléments propres à sa personnalité comme individu, et non à son statut de juge, et car ensuite l'existence même de cette rationalité suppose un apriorisme difficilement démontrable, qui ne peut être que d'adhésion. D'un autre côté, elle peut apparaître comme une conception de l'action que parce qu'elle semble commander de la part d'un juge qui serait sincèrement engagé du côté de la rupture sociale un usage de son pouvoir constitutionnel dans le sens de la réalisation d'une politique (par le droit) de rupture. Au jusnaturalisme messianique des philosophies révolutionnaires (le droit dans la société sans Etat), et au jusnaturalisme revendicatif des luttes sociales (l'utilisation de l'argument de droit naturel comme rhétorique de persuasion) se rajoute un troisième jusnaturalisme, celui de l'action concrète du juge révolutionnaire dans un organisme de l'Etat constitutionnel bourgeois. Et il ne peut se rajouter qu'au prix de l'abandon du positivisme critique comme méthode d'analyse et d'action juridiques.

Rien dans cela n'est incohérent à première vue dans une approche critique s'il s'agit par là de désigner une nouvelle ruse : dépolitiser le rôle du juge pour rendre son action politique acceptable contre la domination. Mais cela suppose malgré tout une réversibilité du droit, une neutralité instrumentale si l'on préfère, qui est justement ce que les mouvements critiques dénoncent comme un

leur idéologique. Si le droit est une ressource utilisable dans une situation contingente, ce n'est pas un instrument neutre, ontologiquement neutre.

Il est banal de constater que de nombreux théoriciens du droit, critiques sur cet objet, lorsqu'ils ont eu à exercer des fonctions de juges, n'ont pas exercé ces fonctions comme des théoriciens. Un théoricien critique propose une compréhension de l'objet droit dans un contexte donné, d'un point de vue externe, alors qu'un juge agit *dans* ce contexte, d'un point de vue interne. Un juge même critique agit donc dans le réseau de contraintes, en jouant des contradictions que ce même théoricien critique a mis en évidence. Il peut bien sûr essayer d'agir contre les contraintes, mais en se plaçant seulement lui-même en dehors de celles-ci : non plus comme juge, mais comme activiste révolutionnaire, dans un sens large. C'est un choix politique, qui dépend de la conception de chacun, et des possibilités pratiques. Je n'ai rien contre l'illégalisme, mais je lui demande pour le moins de ne pas être contre-productif. Il y a dans la conception critique du néoconstitutionnalisme une idéalisation du grand homme, qui a lui seul, du fait de la position que lui confère un système de domination qu'il combat, pourrait changer la domination, voire la supprimer. Encore un relent de la pensée religieuse, aux antipodes de la pensée critique. Si le néoconstitutionnalisme compris comme activisme judiciaire est à l'évidence un rejet de la démocratie libérale, ce rejet n'est pas du même ordre que celui que recherche la pensée critique de la rupture sociale. Dans la hiérarchisation qui en résulte, il ne s'agit pas de réfuter la démocratie libérale par l'émancipation des individus, leur libération en tant qu'êtres autonomes, libres de leurs choix, lucides, critiques et responsables, et son pendant, l'égalité sociale, économique et politique de tous les individus. Il s'agit de réfuter la démocratie libérale par l'activisme du grand homme, parce que les individus ne sont pas émancipés, parce qu'ils ne sont pas libres en tant qu'être autonomes. Pour qu'ils soient libres donc ? en quoi cet activisme d'un seul serait libérateur, la grande et seule question pratique ? On peut avoir de sérieux doutes théoriques et politiques sur la démocratie libérale : j'en ai. Mais ces doutes ne seront pas dissipés par l'activisme d'un seul, ou d'une petite collectivité car ce n'est pas cet activisme qui est émancipateur. Et même en ayant de forts doutes sur la démocratie libérale, on peut ne pas négliger qu'en pratique, c'est-à-dire comme forme de la domination dans un contexte historique, politique, économique, culturel et social donné, elle n'est pas simplement identique à toute forme de domination. On ne sort pas de l'insuffisance de la ruse, à laquelle est confrontée toute théorie critique du droit, et toute théorie de la rupture sociale, en oubliant la ruse de l'insuffisance.

Eric Millard

Professeur à l'Université

Paris Ouest Nanterre La Défense

