

Pour une critique radicale du droit

par Andreas Fischer-Lescano

La critique sociale radicale a toujours eu un rapport compliqué au droit puisque celui-ci est intimement lié au malheur, à la servitude et à l'oppression¹. Le droit comme forme élevée de la rationalité capitaliste dissimulerait les rapports de force existants au sein de la société, il donnerait à la violence l'apparence de la rationalité. La fameuse « prééminence du droit » se révélerait être trop souvent la prééminence de la violence du droit (*Rechtsgewalt*)², la prééminence de la violence.

Heiner Müller formule l'essentiel de cette critique de la violence du droit dans son poème « Ajax », par exemple ; poème qui se réfère à une tragédie de Sophocle sur laquelle je reviendrai plus en détail ultérieurement. Ajax, auquel Heiner Müller s'identifie, est une victime de la violence du droit moderne. Le dramaturge accuse le droit d'avoir dupé les êtres humains grâce à un mélange de violence et d'oubli :

Dans un hôtel de Berlin capitale irréelle
Par la fenêtre mon regard tombe
Sur l'étoile Mercedes qui tourne
Mélancolique dans le ciel nocturne
Au-dessus de l'or dentaire d'Auschwitz et autres filiales
De la Deutsche Bank sur l'Europacenter³.

La violence du droit ne proviendrait pas que du peuple, comme l'indiquent de manière pseudo-rationaliste certaines constitutions modernes, mais aussi de l'argent. Le droit serait partie de ces violences politico-économiques. Le capitalisme serait impossible sans violence : pas de moyens de production sans droit de propriété, pas de forces productives sans contrat de travail, pas d'interventions militaro-policières sans que ce soit couvert par le droit et l'oubli. La question centrale est la suivante : est-ce qu'un droit démocratique est possible après Auschwitz ?

Comment élaborer une responsabilité sociale des entreprises transnationales sans penser à la ligne qui mène du colonialisme à l'impérialisme, au néocolonialisme et à la transnationalité ? Le poème de Müller divulgue la fumisterie du système. Comment une Deutsche Bank peut-elle se vanter, dans ses rapports d'activité, de faire respecter les principes des droits humains du Global Compact et, en même temps, œuvrer partout dans le monde à l'injustice, spéculer de manière irresponsable sur des denrées alimentaires, faire flamber les prix de ces denrées et ruiner les gens, tout cela pour provoquer une crise globale des marchés financiers qui pousse les êtres humains au désespoir ? Si le droit ne peut pas reconnaître qu'en pratique les droits de l'homme ne sont plus qu'un simple instrument de merchandising, ce droit ne peut alors que provoquer la répulsion, une répulsion contre lui-même.

Je voudrais ci-dessous partir de ces critiques concernant l'intrication du droit avec la violence, pour étudier la possibilité d'une « troisième voie » du droit, au-delà de la pseudo-rationalité et de la violence. Cette troisième voie réfute à la fois les hypothèses dichotomiques classiques, qui ne font osciller le droit qu'entre apologie de la violence et utopie de la raison, et la possibilité de négliger cette force de loi, qui se trouve au-delà de la violence du droit et de la raison du droit. La puissance se trouve au centre des réflexions menées dans la présente contribution. On n'a pas encore exploité, dans le cadre d'une théorie et d'une pratique émancipatrice du droit, toute la réflexion esthétique du droit dans ses rapports à la puissance. Une théorie critique du droit thématissant la puissance permet de lier les critiques de la violence et de la raison au droit et fonde l'espoir émancipateur sur cette force de loi qui pourrait se retourner contre l'oppression.

J'aimerais esquisser ce programme normatif dans les pages qui suivent en prenant pour référence les auteurs de la première génération de la théorie critique, et tout particulièrement Theodor Adorno et Walter Benjamin. Les théories normatives du droit – du moins depuis les travaux de Jürgen Habermas et Ingeborg Maus – jouent un rôle central dans l'école de Francfort. Dans la troisième génération de la théorie critique de l'école de Francfort, la théorie du droit déborde le domaine juridique pour se constituer en un domaine central de recherche. Cela s'aperçoit dans la philosophie hégélienne du droit d'Axel Honneth, chez Rainer Forst, de manière prépondérante dans le théorème de la justification imprégné par le libéralisme à la John Rawls, le travail de Hauke Brunkhorst sur les théories du système et du discours du droit, la théorie du droit d'inspiration matérialiste de Sonja Buckel et la théorie esthétique du droit de Christoph Menke. Toutes ces approches intègrent les travaux de la première génération de la théorie critique de l'école de Frankfort de manière plus ou moins évidente. Et la critique poststructuraliste du droit de

Jacques Derrida développe aussi sa puissance subversive en se nouant à la *Critique de la violence* de Walter Benjamin.

Je voudrais essayer de démontrer toute la richesse de ces critiques de la théorie critique de la première génération dans le cadre d'une théorie normative du droit de la société mondiale allant au-delà de la violence du droit et de la raison du droit, et je voudrais esquisser à cette fin les quatre étapes fondamentales pour une critique radicale du droit.

Première étape : dissociation de la violence du droit et de la violence d'État

Le droit doit être plus qu'une critique de l'État. Il est conçu classiquement, surtout dans la théorie politique, comme produit de communautés politiques. Organisé par l'État, il prend part à la violence politique. Pour Otto Kirchheimer, le droit garantit la survie d'un système étatique en tant que structure de domination. Cela dissimule, pour Franz Neumann, la domination de la bourgeoisie dans l'État, « parce que l'invocation du pouvoir de la loi rend superflu de désigner directement les véritables dominants dans la société »⁴. Et pour Eugen Paschukanis, l'unité du droit et de l'État produit « le champ d'application et l'objet de la violence »⁵. Les approches critiques, qui vont du néokantisme de Marburg d'un Hermann Cohen jusqu'à Franz Rosenzweig, y ont ajouté la synthèse fonctionnelle de l'État et du droit et ont critiqué la violence du droit en tant que violence d'État. Dans cette perspective, la « suppression de l'État » devient une option. Le cercle de la violence du droit peut être rompu en renonçant à mettre en place des mesures de force pour appliquer le droit. Un droit qui renonce à l'État, un système sans État, peut très bien fonder, dans ce cadre théorique, une époque sans violence du droit.

Dans la lignée des contributions critiques sur l'identification du droit et de l'État, des approches plus récentes insistent sur le fait que la globalisation du droit produit de nouvelles opportunités d'instaurer un droit « social » par-delà l'État, dont la puissance créatrice serait à disposer au sein même de la société mondiale. Pour Jacques Derrida, par exemple, la responsabilité de l'engagement intellectuel consiste à « tout faire pour transformer l'état existant du droit ». Derrida pense cette exigence de manière « transnationale et non seulement cosmopolitique » : car « le cosmopolitique suppose encore l'instance de l'État et du citoyen, fût-il citoyen du monde »⁶. C'est pourquoi Derrida conçoit le déchaînement du mode opératoire subversif de la force de loi comme expression de la solidarité et de l'humanité. Le discours juridique transnational doit aménager et donner une base juridique aux « villes-refuges ». Ces « villes-refuges » sont pour Derrida les moyens pouvant faire advenir une nouvelle forme

de solidarité sociale et le droit de participation des non-défendus et des indéfendables. Des dynamiques sociales locales se connectent globalement à une nouvelle « hospitalité des villes » qui doit faire émerger un droit global de résidence ; celui-ci pourrait représenter l'embryon d'une liberté de mouvement globale dépassant le droit d'hospitalité kantien conçu comme droit de visite, ou au moins « une réponse directe au crime, à la violence et aux persécutions ». En rêvant « d'un statut original pour la ville »⁷, Derrida espère l'établissement d'un droit de mobilité internationale. Cela peut ouvrir un espace « que le droit inter-état-national a échoué à ouvrir »⁸. L'émergence de ce droit subversif à la mobilité globale serait « l'expérimentation d'un droit et d'une démocratie à venir »⁹. Ce serait à venir, dans une marche chaotique – « et cette marche chaotique est indissociable de la turbulence dont sont affectés, dans le temps long d'un processus, les axiomes de notre droit international »¹⁰.

Le potentiel subversif de ce processus transnational de légitimation « par le bas » qu'évoque Derrida n'a pas encore été exploité. Mais ce mouvement contre-hégémonique qui dissocie droit et politique pour établir un droit de la société mondiale par le bas n'est lui-même pas dépourvu de tout potentiel de violence. La société civile – Antonio Gramsci l'a désignée comme l'État au sens large – est elle-même organisée en une forme de pouvoir, elle contient de la violence. Même les formes de protestation comme l'expression publique d'une opinion (pensons à l'escrache, cette manifestation ciblée sur un abus de pouvoir précis) ou d'autres peuvent être violentes. Il ne suffit pas de remplacer un paradigme juridique international par un paradigme juridique transnational pour réduire la violence du droit. Car le potentiel de violence du droit transnational ne doit pas être sous-estimé. Le droit transnational est lui aussi intriqué dans les violences sociales.

On ne fait pas fi de la violence du droit en distinguant le droit de l'efficacité de la répression étatique (*nationalstaatliche Zwangsbewährtheit*). Le potentiel de violence inclus dans le droit est bien plus fondamental, plus vaste : le droit fonde, distribue, délimite les compétences politiques, les biens économiques, les compétences techniques, etc. Le droit formule des violences privées et publiques. Le droit et ses instruments coercitifs stabilisent de nombreux rapports de violence au sein même de la société. Les lignes de domination dans la société mondiale ne s'inscrivent pas seulement entre les États. Elles sont intersectionnelles, se chevauchent et produisent directement, en se renforçant mutuellement, des situations d'exclusion radicales. On ne peut imputer qu'au droit toutes ces formes de violence qu'il exprime et stabilise. La violence du droit ne se résume pas à la violence étatique. Le droit produit de la violence en dehors de l'État.

C'est seulement en détachant la notion du droit de celle de la violence étatique qu'on peut comprendre ces phénomènes mondiaux de violence

qui ne se laissent pas appréhender par les catégories de l'unité politique, de l'efficacité répressive (*zwangsbewährter Durchsetzbarkeit*), ou encore de la collectivité citoyenne. Car le polythéisme de notre société décrit par Max Weber et comprenant les dieux de l'économie, de la politique, du droit, de la religion et de la science, constitue aussi le fondement prégnant de la violence. Ces violences sociales s'inscrivent dans le droit. Le droit est la continuation de la violence politique, économique, technique, militaire, etc., avec des moyens juridiques (le langage, le code, les programmes du droit). Le droit est autonome dans ses relations avec ces violences. Bien que lié à elles, il constitue lui-même une violence sociale : c'est aussi le droit qui produit les lignes d'inclusion et d'exclusion de la nationalité, qui pousse les êtres humains dans l'illégalité et dans la mort au large de la Méditerranée. C'est aussi le droit qui permet au sport roi d'ériger son temple au Qatar grâce au travail de véritables esclaves. C'est la politique d'austérité consacrée juridiquement qui a mené, en Grèce, au triplement du nombre de suicides depuis le début de la crise (d'après les estimations de l'organisation humanitaire Klimaka, plus de 2 000 Grecs se sont en effet suicidés depuis le début de l'année 2010). Le droit est profondément impliqué dans toutes ces tragédies.

Les rapports de coévolution du droit et du sport, du droit et de l'économie, du droit et de la politique, du droit et de la santé, etc., produisent à chaque fois des atteintes spécifiques à la liberté humaine. La violence ne se concentre pas uniquement entre les mains des organismes publics. Les entreprises transnationales causent aussi un grand nombre d'atteintes aux droits humains : citons à titre d'exemple la pollution de l'environnement par Shell dans le delta du Niger, le marché mondial inondé de produits fabriqués par des enfants, les entreprises militaires privées comme Blackwater. Les formes privatisées de l'usage de la force sont omniprésentes. La multiplication d'engagements en faveur des droits humains dans le secteur privé est une réaction à ces nouvelles formes de violence. La « communauté internationale », cette organisation politique recourant à la force de manière décentralisée, mais aussi partiellement centralisée *via* la charte des Nations unies, ne peut servir de cadre à tous les problèmes et phénomènes juridiques transnationaux. Le processus de décentralisation de la violence dans la conjoncture transnationale exige ici une nouvelle conception du droit qui vient à bout du réductionnisme étatique et réagit aux nouveaux phénomènes de violence. De nouvelles rationalités partielles apparaissent dans le droit. Les entreprises transnationales se déplacent sur les marchés globaux grâce à des contrats couvrant le monde entier. Elles ont développé des techniques subtiles pour mettre le droit à leur service et créer un monde à leur image : d'immenses cabinets d'avocats fournissent le savoir-faire juridique pour arriver à faire imposer leurs intérêts. On installe des forums judiciaires à l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et à la Banque mondiale qui imposent

judiciairement le droit au libre-échange et les droits des investisseurs privés. La tendance globale à la judiciarisation, qui a permis la création de plus de cent nouvelles institutions judiciaires à travers le monde, est distordue : les institutions du droit transnational sont surtout astreintes à protéger les droits de propriété, les droits des investisseurs et le droit du commerce mondial. Il existe un processus de judiciarisation à plusieurs vitesses dans certains secteurs de l'économie mondiale, et cela se voit : les droits sociaux et écologiques sont dotés de dispositifs judiciaires de contrôle insuffisants. Ils accusent donc un retard structurel. C'est là que des forces contre-hégémoniques agissent pour transformer cette situation socio-structurelle. Certains revendiquent par exemple des « droits sociaux globaux » et se battent pour une politique législative transnationale qui examine et mette au premier plan les aspects de justice sociale et écologique, la manière d'utiliser les potentiels de la société mondiale, afin d'imposer des alternatives aux rapports socio-économiques dominants. Mais ces forces contre-hégémoniques ont du mal à trouver des angles d'attaque.

Il ne faut pas être naïf : le pluralisme juridique de la société mondiale s'accompagne d'une percée violente du droit transnational. L'activité législative de la société mondiale reste aussi engluée dans le schéma de la violence. Le processus de transnationalisation du droit ne mène pas par lui-même à un régime non violent.

Deuxième étape : commémoration de la violence du droit

Pour enrayer la violence du droit, une autre étape s'impose : la commémoration de la violence du droit. La critique du droit doit arrêter de proférer des mensonges. Le droit n'est pas la forme élevée de la rationalité mais, pour le dire avec Adorno, il a toujours en lui-même un potentiel de violence en tant que phénomène originel de la rationalité irrationnelle.

Pour que le droit devienne moins coupable, la puissance du droit doit être amenée à se réfléchir elle-même. Adorno parle de provoquer le potentiel « expiatoire » d'une telle réflexion de la violence. Il se réfère là à la critique de la morale de Nietzsche. Nietzsche s'est certes trompé en critiquant si sévèrement la morale des esclaves, qui est en fait la morale des hommes, « à savoir celle imposée aux opprimés par la force ». On détecte dans les brutalités de la philosophie morale de Nietzsche un discernement tout à fait brillant. Ainsi, pour Adorno :

Dans une société, qui est fondée essentiellement sur la violence et l'exploitation, elle est cette violence se confessant et se regardant en face et, si vous voulez, en quelque sorte « expiatoire », une violence toujours moins coupable que celle qui se rationalise comme le bien²¹.

La faute, c'est ainsi qu'on peut lire Adorno ici, ne deviendra jamais non-faute, seulement moins coupable. Il est impossible de dissoudre les moments de violence du système capitaliste, toutefois un travail de réflexion peut atténuer la culpabilité. Mais il faut alors en finir avec l'hypocrisie. Le droit doit analyser son refoulement pathologique de la violence et de l'a-rationnel, qui engendre la violence au sein de la rationalité juridique. Il doit lui-même reconnaître sa propre tragédie.

La tragique ironie de la pratique juridique consiste en ce que la rationalité juridique, qui se doit de fonctionner, produit par elle-même, donc inévitablement, ses échecs, sa violence du droit, la malchance. C'est pour cela que Walter Benjamin demande aussi que le droit reconnaisse sa propre violence. Lorsque le droit s'aperçoit et se conçoit en tant que tragédie, l'expiation est possible. Pour cela, le droit doit atteindre le niveau de réflexion de la tragédie. Car – pour Benjamin – « ce ne fut pas dans le droit, mais dans la tragédie que le génie dressa pour la première fois la tête au-dessus des nuées de la faute, car c'est là qu'est brisée la fatalité démoniaque »¹². Si le droit reconnaît sa situation tragique, quelque chose de nouveau peut apparaître, l'émancipation devient pensable.

Présentons au droit sa propre tragédie : convoquons pour l'occasion l'Ajax de Sophocle. Sophocle nous relate le destin d'Ajax, qui était un proche compagnon d'armes d'Achille, mort durant la guerre de Troie. Ajax prend une décision juridique qui l'amènera à se suicider. La tragédie de Sophocle rend visible la potentialité de la violence du droit. Elle visualise l'invisible, montre crûment la souffrance engendrée par le droit. Ajax personnifie cette souffrance. Il devient la victime d'un jugement erroné qui le déshonore, car il ne reçoit pas les armes d'Achille pour aller combattre Troie. La folie d'Ajax est conséquence de ce jugement erroné. Le « jugement », comme Deleuze dépeint la scène, « fait irruption dans le monde, sous la forme du jugement faux qui va jusqu'au délire, à la folie, [...] quand la forme impose un autre lot »¹³. Sophocle – Nietzsche relève cela clairement – ne conçoit pas la tragédie comme une pièce sur la culpabilité et l'innocence. Il dépeint « l'aventure de vivre [...] d'une époque agitée et forte qu'enivre et étourdit à demi sa surabondance de sang et d'énergie »¹⁴. Ce n'est pas tant l'examen juridique de la question de la culpabilité, que la folie du droit et par le droit qui tarabuste Sophocle. La « collision entre la loi mythique et la subjectivité »¹⁵, mentionnée par Adorno dans sa *Théorie esthétique*, est fatale à Ajax.

Le jugement erroné se fonde sur un conflit au sein même du droit, une collision entre divers mondes juridiques plutôt que sur un conflit entre le pouvoir et le droit ou entre les dieux. Hegel écrit cela dans la *Phénoménologie*, en se référant à l'Orestie : les parties en conflit ont « droit égal » et « tort égal »¹⁶. L'indécision n'a pas d'issue. Sophocle nous donne en fait une réflexion tragique sur la force de loi dont la puissance ne peut s'expliquer uniquement par l'opposition entre le droit (positif) et le droit

(naturel). La situation est bien plus dramatique pour le droit : « le logos de l'ensemble du droit devient problématique dans la tragédie »¹⁷. Le discours de la tragédie, qui est un discours esthétique, suspend le discours du droit. Le droit démonique affaiblit le suicide tragique d'Ajax, ainsi que le discours d'adieu dans lequel Ajax accepte son destin. La mort d'Ajax n'est rien d'autre que l'acte qui permet au droit d'échapper à la folie. Dans son *Trauerspiel*, Benjamin décrit ce moment comme étant une crise mortelle :

La mort tragique a une double signification : affaiblir la loi ancienne des Olympiens et vouer le héros au dieu inconnu, comme prémices d'une moisson humaine nouvelle. [...] La mort y devient alors un salut : une crise mortelle¹⁸.

Par le suicide, Ajax échappe aux conséquences injustes du droit. Son acte confronte le droit à sa violence. Ce n'est que lorsque le droit reflète cette violence que l'expiation est possible. La tragédie du droit provient du fait que ce dernier n'est jamais pure rationalité, que son échec est part du succès, car l'irrationnel est inscrit dans la forme même du droit. Le droit a, toujours et de manière irrévocable, un potentiel de violence. Il mène les humains à la mort, dans le découragement et le désespoir. Ce n'est que lorsque le droit se définit comme rationalité irrationnelle et reconnaît cette potentialité de violence qu'il peut être moins coupable.

Troisième étape : transformation de la violence du droit

La critique du droit ne peut s'arrêter à la dissociation et à une commémoration de la violence. Une troisième étape de la critique radicale du droit est nécessaire : la critique du droit doit faire parler la force – cet autre de la rationalité – dans la forme du droit pour pouvoir faire danser les rapports sociaux.

Le droit a toujours gardé tabou sa propre imposition (*Durch-Setzung*) par la force. Comme Jacques Derrida le formule dans sa critique du structuralisme, cela a fait « taire la force sous la forme »¹⁹ et a réduit le droit à un transmetteur de sens. Le droit se comprend à partir du sujet, comme la philosophie morale classique. Dans l'interaction de la raison et de la sensation, il évolue uniquement du côté de la raison et de la rationalité des rapports sociaux. Il ne s'intéresse pas à l'autre de la raison. Il n'a aucune relation particulière avec les formes d'apparition de la force, avec les sentiments, les énergies, les agissements et toutes les formes d'indigence de la vie humaine. Le droit refuse toute émotivité. Il s'est toujours défini comme l'incarnation de la rationalité, de la raison, de l'objectivité.

C'est méconnaître la liaison entre le pouvoir et le droit. Le droit, ce n'est pas uniquement des interactions non violentes entre sujets de droit

qui se reconnaissent eux-mêmes comme égaux. Le droit constitue les sujets de droit qui eux-mêmes constituent le droit. Il existe une tautologie originelle : « La signature invente le signataire »²⁰, le sujet de droit invente le droit. Cet acte fondateur mythique est le résultat d'un déploiement de force. Un déploiement réalisé par des êtres de chair et de sang, pas par des sujets de droit. Un déploiement qui se manifeste par des interactions, qui sont des actions conscientes, mais aussi inconscientes. Le droit doit développer un sensorium pour le cri qui exprime la douleur, « les pleurs dans la salle d'audience »²¹ qui diffusent la souffrance. L'arationalité en tant qu'énergie, émotion, instinct, est partie du droit. La force (individuelle) se transforme en droit par une abstraction réelle, tout comme la marchandise (sociale) incorpore la force de travail (individuelle). La normativité du droit ne naît pas d'une adhésion rationnelle au droit, mais de la simultanéité de la rationalité et de l'arationalité du droit. La force ne s'exprime pas dans le consensus de la raison mais dans le dissensus des cœurs. Seule la prise en compte de l'arationnel donne un aperçu des « formes d'interaction, qui se déploient contre le consensus social provenant de l'inconscient »²². S'il veut devenir juste, le droit ne peut pas se réduire à un cadre de relations intersubjectives. Le droit est une rationalité arationnelle et une arationalité rationnelle.

La force n'est pas étrangère au droit. Elle le contamine. Jadis, le *Digeste* reconnaissait déjà les interactions entre le droit et la force. *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem* : « Connaître les lois, ce n'est pas en posséder les mots, mais en connaître les effets et les virtualités²³. » Et, faisant suite à Benjamin, l'interrogation déconstructiviste de Derrida cherche à séparer la force de loi de la violence du droit. Dans *Force de loi*, il écrit :

Comment distinguer [...] cette force de la loi [...] et la violence qu'on juge toujours injuste ? Quelle différence y a-t-il entre d'une part la force qui peut être juste, en tout cas jugée légitime, non seulement l'instrument au service du droit mais l'exercice et l'accomplissement même, l'essence du droit, et d'autre part la violence qu'on trouve toujours injuste ? Qu'est-ce qu'une force juste ou une force non violente²⁴ ?

Derrida recherche une « force de loi non violente » sans par la suite affiner la notion de force. Il ne lie son concept de force de loi ni avec des analyses de rapports de forces sociaux ni avec une esthétique de la force humaine comme proposée par Menke. Mais c'est pourtant ici qu'il existe, dans la combinaison de forces sociales et humaines, un potentiel tout à fait inexploité pour une théorie critique du droit. Une telle théorie critique devrait développer un sensorium pour les forces humaines et sociales. Le droit doit « sentir » quand la force de loi dégénère en violence, quand le droit terrasse les forces humaines et gêne leurs expansions par la force. « Le droit », dénonce ainsi Frederick Schiller dans *Les Brigands*,

« est le domaine du conquérant, et nos lois ne sont que les limites de notre force »²⁵. Pour reconnaître la contribution de la forme juridique à la victoire violente de cette force, le droit doit prendre en compte le lien entre la force de loi et la force humaine. C'est seulement ainsi que le droit peut s'opposer aux violences, qui au nom du droit ont « tout gâté en mettant au pas de la limace ce qui aurait volé comme l'aigle »²⁶.

Le droit se doit d'être réceptif à la force pour pouvoir comprendre et modifier le mécanisme avec lequel il la contient. Ce n'est que lorsque le droit libère les forces normatives et les appréhende, que la force de loi reçoit une réelle chance. La force de loi ne peut exister que dans un droit qui ne terrasse pas la force mais rend possible son déploiement.

Adorno a bien saisi l'enjeu contenu dans cette combinaison de l'irrationalité et de la rationalité et les a combinées dans le concept de mimésis, qui permet à des formes sociales autonomes d'accéder à la force. C'était très clair dans ses écrits de théorie musicale. Dans son travail sur Alban Berg, il suggère qu'on devrait « redonner un droit humain à l'envie bannie et diffamée »²⁷ et, à propos du mélodrame d'Arnold Schönberg, *Un survivant de Varsovie* contenant une menace antisémite tangible sous la forme musicale, Adorno écrit :

L'évolution de la fonction de l'expression musicale est le moment vraiment révolutionnaire chez lui. Ce ne sont plus les passions qui sont simulées, mais les pulsions réelles non dissimulées de l'inconscient, du choc, du traumatisme, qui sont enregistrées dans le médium de la musique. Elles attaquent les tabous de la forme, car de telles pulsions asservissent leurs censeurs, elles rationalisent [...]. La souffrance effective les a abandonnées (les traces de sang) dans l'œuvre d'art pour montrer qu'elle ne reconnaît plus son autonomie²⁸.

Cela provoque les apparences de l'autonomie, qui se contentent généralement de bien peu. Dans la tension entre la mimésis et la rationalité, Adorno cherche à ouvrir un processus où la mimésis devient un « corrélat correctif »²⁹ de la rationalité. La mimésis émancipatrice prend le primat sur la rationalité téléologique et établit une tension dans le système³⁰. « L'impulsion [...], la peur physique pure [...], et le sentiment de solidarité avec, suivant l'expression de Brecht, les corps torturables »³¹ s'opposent au système en soi inhumain : pour Adorno, si l'image de la liberté survit face à la société « à l'âge de la répression sociale universelle, c'est seulement sous les traits de l'individu massacré et écrasé [...]. Où la liberté se réfugie à chaque étape de l'histoire, on ne peut le dire une fois pour toutes. La liberté devient concrète à partir des formes changeantes de la répression : en s'opposant à elles »³².

Quelles sont les propriétés de cette mimésis ? Pour Adorno, la mimésis n'est pas un simple « retour à la nature »³³, mais un processus historique de luttes concrètes pour la liberté. Une mimésis archaïque qui promet l'identité harmonieuse du non-identique dans l'imitation de faits

pseudo-naturels n'est pas une réponse opportune aux défis de la société différenciée. Un réel système naturel n'a pas de privilège face à son « double » mimétique. Le modèle et la représentation se confondent dans le simulacre³⁴. Dès que « l'artefact » social tente d'éveiller « l'illusion du naturel », il « échoue ». Cet échec de la naturalité naïve est la raison pour laquelle Adorno a insisté sur le caractère monadologique de l'œuvre d'art dans sa *Théorie esthétique*, qui est « à la fois centre de forces et chose ». La mimésis émancipatrice se caractérise bien plus par un processus d'ouverture (*Offenheit*) fermée de formes sociales autonomes, que par une essentialisation de la force. Pour Adorno, il s'agit de l'établissement « d'un processus immanent, cristallisé et figé en soi »³⁵. La mimésis émancipatrice vise l'établissement d'un processus subversif, dans lequel s'ouvre la possibilité « de la vie réconciliée que mèneraient des hommes libres »³⁶. Pour Adorno, « toutes les forces motrices – telle la souffrance d'autrui – qui apparaissent de manière éruptive et se rebellent contre l'horreur » ont cette force pour créer un vivre ensemble humain³⁷. Il suppose que l'établissement d'un ordre social décent « ne soit possible que lorsque les instincts des hommes ne sont plus réprimés, mais accomplis et libérés »³⁸. La signification de la mimésis émancipatrice ne réside pas dans l'établissement d'une doctrine théologique du « salut » qui nivelle les différences. Au contraire, il s'agit précisément de la libération et de la radicalisation de la différence, de la libération de forces divergentes.

Emmanuel Kant avait déjà vu – et de manière assez semblable – la tâche principale de la démocratie dans le fait de « tourner les unes vers les autres les forces des hommes d'une manière telle que l'une, soit entrave l'effet destructeur des autres, soit le supprime »³⁹. Kant recherche des formes d'organisations démocratiques qui poussent les êtres humains eux-mêmes à « l'antagonisme de leurs intentions hostiles » et « produisent ainsi l'état de paix où les lois disposent d'une force »⁴⁰. Cela permet de libérer la rationalité en se focalisant sur l'arationnel qui se trouve dans les institutions sociales.

Les formes sociales prennent part à un processus humain de déploiement de force et de pulsion. Le droit peut rendre une certaine efficacité sociale à l'idée de liberté humaine et sociale si et seulement il acquiert une certaine autoréflexivité. C'est ainsi que le droit rencontre l'exigence marxienne d'émancipation :

Toute émancipation n'est que la réduction, du monde humain, des rapports, à l'homme lui-même. L'émancipation politique, c'est la réduction de l'homme, d'une part, au membre de la société bourgeoise, à l'individu égoïste et indépendant, et d'autre part, au citoyen, à la personne morale. L'émancipation humaine n'est réalisée que lorsque l'homme a reconnu et organisé ses forces propres comme forces sociales et ne sépare donc plus de lui la force sociale sous la forme de la force politique⁴¹.

L'espoir serait – pour reprendre la formule de Marx dans sa critique de la philosophie du droit d'Hegel – que le droit parvienne à faire « réfléchir » la violence en lui, « et ces conditions sociales pétrifiées, il faut les forcer à danser, en leur faisant entendre leur propre mélodie ! »⁴².

Quatrième étape : transcendance de la violence du droit

Pour confronter le droit à son propre récita, la critique radicale du droit doit franchir une dernière étape : elle doit viser la transcendance du droit. Seule la force de loi transcende la violence du droit. C'est une exigence paradoxale : pour dissoudre la violence du droit, l'élan de la justice réclame l'autre droit, ce droit rationnel/arationnel qui s'oppose directement à lui sans être pour autant nihiliste d'un point de vue juridique.

Walter Benjamin a vu ce paradoxe. Il ne réduit pas la critique du droit à cette compréhension erronée et nihiliste d'un point de vue juridique qui attaque le droit sans bien l'appréhender, mais cherche à faire le procès du droit avec les moyens du droit. Benjamin observe exactement cela chez Karl Kraus :

Vénération l'image de la justice divine en tant que langue – au cœur même de la langue allemande –, tel est le saut périlleux authentiquement juif au moyen duquel il tente d'échapper à l'emprise du démon. Car le dernier acte judiciaire de ce zélé est de mettre en accusation l'ordre juridique lui-même. Non pas par une révolte petite-bourgeoise contre l'asservissement de « l'individu libre » aux « formules abstraites ». Encore moins par l'attitude de ces radicaux qui attaquent les paragraphes sans jamais s'être rendu compte un seul instant de ce qu'est la justice. C'est la substance du droit, non ses effets, que Kraus met en accusation. Il accuse le droit de haute trahison vis-à-vis de la justice⁴³.

Le procès pour haute trahison qu'intente Benjamin au nom de la justice et contre le droit est teinté de messianico-marxisme. L'auteur exige une nouvelle légalité qui ne peut se réaliser qu'en tant que négation de l'ancienne légalité. Cette nouvelle légalité instaurera un nouvel ordre, une ère postdémonique qui abandonnera la violence capitaliste. L'Ange de l'Histoire suivra ses ruines du regard.

Benjamin, se référant à Sorel, donne une indication de la façon avec laquelle cette nouvelle légalité pourrait émerger : il distingue la grève générale politique d'avec la grève générale prolétarienne. Il considère que la grève générale politique sert de symbole codé pour un camp, donne lieu à du marchandage stratégique, produit des instruments politico-juridiques et doit accepter un cadre politico-juridique pour avoir un quelconque succès. En revanche, la grève générale prolétarienne, expression de la violence existante, est la rupture du cercle de la violence, des

supputations, de la réussite, du compromis, des concessions, du combat, etc. Elle est dépourvue de forme et anticipe le communisme. Benjamin insiste ici sur le fait que le droit n'est pas anéanti par l'appropriation prolétarienne du droit. C'est bien plutôt l'appropriation sociale des institutions qui doit laisser transparaître la transcendance du droit.

Quand, dans *Historisch-kritisches Wörterbuch des Marxismus*, Étienne Balibar traite le rapport entre la politique et la violence décrit comme tragique⁴⁴, et exprime la nécessité que le processus de « civilisation (*Zivilisierung*) de la politique » s'accompagne du processus de « civilisation de la révolution »⁴⁵, il formule aussi l'idée que le cycle de la violence et de la contre-violence doit être rompu. Toutefois, cela accouche *in fine* d'un plaidoyer pour une politique de la non-violence à la Mahatma Gandhi. Balibar prône une civilisation de la politique grâce à une autocivilisation de la société civile. L'approche de Benjamin est ici bien plus radicale car, en misant le droit contre le droit, elle s'applique autant à la rue qu'à l'intérieur des systèmes qui posent problème. On doit, pour le dire avec Rudolf Wiethölter, « faire le procès du droit », pour pacifier le système de l'intérieur, pour réaménager les ressources du droit de manière émancipatrice. En fin de compte, cela transcende le système lui-même. La sphère froide de la rationalité juridique moderne est confrontée à son autre : la justice « pure »⁴⁶. Gunther Teubner, reprenant Derrida, souligne que l'exigence de justice à l'intérieur d'un discours sécularisé libère des énergies utopiques, comme le don dans une économie orientée vers le profit, l'amitié dans la politique de la force et le pardon dans le discours moral⁴⁷.

Il est tentant de rejeter tout cela comme étant pure « rêverie messianique ». Mais ce faisant, on n'apprécierait pas la complexité de la pensée de Benjamin à sa juste valeur. Lui qui, en voulant abolir le droit démonique – droit capitaliste –, s'inscrit tout à fait dans la tradition de l'école de Francfort. Benjamin et Adorno voulaient tous deux vaincre l'ordre démonique, le système capitaliste. Les deux disent que la transcendance devient possible dans l'immanence de cet ordre à partir du moment où l'on prend au mot les fausses promesses de l'ordre démonique. Mais alors que Benjamin aimerait faire le procès du droit, Adorno exige plutôt le respect des promesses de justice commutative (*Tauschgerechtigkeit*) pour rompre avec les mensonges :

Qu'on annule simplement la catégorie de comparabilité, catégorie de mesure, et, à la place de la rationalité qui, bien que de façon idéologique, habite pourtant le principe d'échange comme une promesse, il apparaîtrait alors : appropriation immédiate, violence, de nos jours le privilège brut des monopoles et des cliques. La critique du principe d'échange [...] veut la réalisation de l'idéal de l'échange libre et juste qui jusqu'à nos jours n'a été qu'un pur prétexte. C'est là seulement ce qui transcenderait l'échange⁴⁸.

Cette formulation d'Adorno trouve son pendant dans l'idée benjaminienne de saper la violence du système de l'intérieur.

En conclusion, la critique des violences du droit doit prendre au mot la violence du droit et sa promesse de justice pour l'utiliser contre elle. Seule la réalisation (impossible) du droit juste peut transcender le droit. Ce n'est pas une rêverie messianique mais une utopie réaliste de l'émancipation sociale. La société n'est pas délivrée, elle se libère d'elle-même. La tâche de la critique du droit, en tant que critique des violences du droit, est de contribuer à préserver les possibilités de cette émancipation humaine et sociale et de veiller à ce que l'éradication des futures violences du droit s'opère aussi dans un contexte transnational.

Notes

- 1 Conférence tenue le 5 décembre 2013 au congrès de la nouvelle génération « Praktiken der Kritik » au sein du centre d'excellence francfortois « Die Herausbildung normativer Ordnungen ». J'ai largement conservé le style du discours. Le texte émet des arguments provenant de l'essai « Postmoderne Rechtstheorie als Kritische Theorie » (*Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 2013, n° 61, p. 179-196) et du livre *Rechtskraft* (Berlin, August Verlag, 2013). J'ai juste spécifié les citations littérales dans les notes de bas de page. Pour des informations approfondies, notamment sur les travaux de Christoph Menke, je renvoie aux différentes listes des ouvrages sélectionnés dans les textes mentionnés.
- 2 Le terme *Rechtsgewalt* est particulièrement difficile à traduire puisqu'il recouvre les mots « violence », mais aussi, dans le cas présent, « pouvoir légitime », « force publique », « autorité », etc. Voir J. Derrida, « Force de loi », *Cardozo Law Review*, 1990, n° 11, p. 926.
- 3 Par exemple, H. Müller, « Ajax », dans *Poèmes, 1949-1995*, Paris, C. Bourgeois, 1996, p. 135.
- 4 F. Neumann, *Die Herrschaft des Gesetzes* (1936), Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1980, p. 300 (notre traduction).
- 5 N. Poulantzas, *Staatstheorie* [1978], Hamburg, VSA-Verl., 2002, p. 104 (notre traduction).
- 6 J. Derrida, « Non pas l'utopie, l'impossible », dans *Papier Machine*, Paris, Galilée, 2001, p. 352.
- 7 J. Derrida, *Cosmopolites de tous les pays, encore un effort !*, Paris, Galilée, 1997, p. 12.
- 8 *Ibid.*, p. 22.
- 9 *Ibid.*, p. 58.
- 10 *Ibid.*, p. 23.
- 11 T. W. Adorno, *Probleme der Moralphilosophie*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 2010, p. 258.
- 12 W. Benjamin, *Origine du drame baroque allemand*, Paris, Flammarion, 1985, p. 148.
- 13 G. Deleuze, « Pour en finir avec le jugement », dans *Critique et clinique*, Paris, Éditions de Minuit, 1993, p. 161.
- 14 « Autant il aurait été facile dans les cas précédents de faire de la faute le levier du drame, autant, justement, ils ont pris soin de l'éviter », F. W. Nietzsche, *Aurore*, Paris, Gallimard (coll. « Folio essais »), 1970, § 240, p. 179.

- 15 T. W. Adorno, *Théorie esthétique*, Paris, Klincksieck, 1995, p. 321.
- 16 G. W. F. Hegel, *Phénoménologie de l'esprit*, Paris, Gallimard (coll. « Folio essais »), 1993, t. II, p. 866.
- 17 H.-T. Lehmann, *Theater und Mythos*, Stuttgart, Metzler, 1991, p. 161 (notre traduction).
- 18 W. Benjamin, *Origine du drame baroque allemand*, *op. cit.*, p. 144.
- 19 J. Derrida, « Force et signification », dans *L'écriture et la différence*, Paris, Seuil, 1967, p. 44.
- 20 J. Derrida, *Otobiographies*, Paris, Galilée, 1984, p. 22.
- 21 « Si les corps et la nature matérielle restent invisibles au droit, on peut tout de même entendre leur son. Chez Gunther Teubner notamment, lorsqu'il évoque le « cri » dans le droit, et chez Christoph Menke, quand il renvoie à Philoctète pleurant. Benjamin entend la plainte de la nature. Luhmann l'évoque lorsqu'il reconnaît les protestations turbulentes dans la périphérie du droit. C'est aussi le cas pour les pleurs dans la salle d'audience. Désormais, il n'est plus possible de l'ignorer », I. Hensel, « Klangpotentiale. Eine Annäherung an das Rauschen im Recht », dans C. Joerges et al. (eds.), *Politische Rechtstheorie Revisited : Rudolf Wiethölter als Lehrer, Anstifter, Freund*, Bremen, Zerp-DP, 2013, p. 73 et suiv. (notre traduction).
- 22 A. Lorenzer, *Die Sprache, der Sinn, das Unbewußte*, Stuttgart, Klett-Cotta Verlag, 2002, p. 157 (notre traduction).
- 23 « *Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem* » (D. 1.3.17 – Celsus).
- 24 J. Derrida, *Force de loi. Le « fondement mystique de l'autorité »*, Paris, Galilée, 1994, p. 926.
- 25 F. von Schiller, *Les Brigands*, Paris, Éditions Mouton, 1942, acte I, scène I, p. 93.
- 26 *Ibid.*, acte I, scène II, p. 99-101.
- 27 T. W. Adorno, « Berg. Der Meister des kleinsten Übergangs », dans *Œuvres complètes*, éd. de R. Tiedemann, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1970-1980, t. XIII, p. 321 et suiv. (notre traduction).
- 28 T. W. Adorno, « Philosophie der neuen Musik », dans *Œuvres complètes*, t. XII, *op. cit.*, p. 7 et suiv. (notre traduction).
- 29 J. Früchtl, *Mimesis. Konstellation eines Zentralbegriffs bei Adorno*, Würzburg, Königshausen-Neumann, 1986, p. 35.
- 30 Voir N. Zimmermann, *Der ästhetische Augenblick*, Francfort-sur-le-Main, Peter Lang, 1989, p. 28.
- 31 T. W. Adorno, *Dialectique négative*, Paris, Payot-Rivages, 2003, p. 345.
- 32 *Ibid.*
- 33 Il écrit au contraire « Allons vers la nature ! », T. W. Adorno, « Der dialektische Komponist », dans *Œuvres complètes*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1982, t. XVII, p. 198 et s. (notre traduction).
- 34 Voir M. Jay, « Mimesis und Mimetologie », dans G. Koch (ed.), *Auge und Affekt*, Francfort-sur-le-Main, S. Fischer Verlag, 1995, p. 175 et suiv.
- 35 T. W. Adorno, *Théorie esthétique*, *op. cit.*, p. 251.
- 36 T. W. Adorno, *Dialectique négative*, *op. cit.*, p. 332.
- 37 Voir M. Wischke, « Eine negativ gewendete Ethik des richtigen Lebens? », dans G. Schweppenhäuser et al. (eds.), *Impuls und Negativität*, Hamburg, Argument-Verlag, 1995, p. 29 et suiv.
- 38 T. W. Adorno, *Erziehung zur Mündigkeit*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1971, p. 102 (notre traduction).
- 39 E. Kant, *Projet de paix perpétuelle*, annexe I, « De la garantie de la paix perpétuelle », Paris, GF-Flammarion, 1991, p. 104.

- 40 *Ibid.*, p. 105.
- 41 K. Marx, *La question juive*, Paris, 10-18, 1968, p. 44-45.
- 42 K. Marx, *Contribution à la critique de « La philosophie du droit de Hegel »*, trad. fr. de Jules Molitor, Paris, Allia, 1998, disponible sur <http://www.marxists.org/francais/marx/works/1843/00/km18430000.pdf>.
- 43 W. Benjamin, « Karl Kraus », dans *Œuvres*, Paris, Gallimard, coll. « Folio essais », 2000, t. II, p. 249.
- 44 « Le paradoxe dans la relation du marxisme à la question de la violence réside dans le fait que même si le marxisme a produit une contribution essentielle et indispensable à la compréhension du “rôle de la violence dans l’Histoire”, [...] il n’en a pas moins été fondamentalement incapable de penser le lien tragique qui, [...] de l’intérieur, associe politique et violence dans une unité de contraires elle-même extrêmement “violente” », E. Balibar, « Gewalt », dans W. F. Haug (ed.), *Historisch-kritisches Wörterbuch des Marxismus*, Band 5 : « Gegenöffentlichkeit bis Hegemonieapparat », Hamburg, Argument Verlag, 2001, colonne 694 (notre traduction).
- 45 *Ibid.*, colonnes 696 et 1306.
- 46 Cet excès de références dans les auto-descriptions du système n’est pas seulement une anagogie séculaire, dans laquelle la doctrine du salut chrétien occidental se révélerait, comme le conçoit Anton Schütz (A. Schütz, « Die Sinnfigur der Anagogie und die Kraft der kritischen Rechtstheorie », 2014, i. E.). Pour une opinion contraire : le « messianisme sans Messie » (J. Derrida, *Spectres de Marx*, Paris, Galilée, 1993) mise sur des énergies utopiques dans des discours fragmentés, qui ne peuvent pas être englobés par une doctrine du salut chrétien unitarien.
- 47 G. Teubner, « Selbstsubversive Gerechtigkeit : Kontingenz- oder Transzendenzformel des Rechts? », dans M. Amstutz et al. (eds.), *Kritische Systemtheorie*, Bielefeld, Transcript, 2013, p. 323 et suiv.
- 48 T. W. Adorno, *Dialectique négative*, op. cit., p. 181.