Les deux corps du droit. La nature et le rôle du droit dans la pensée de Claude Lefort

Augustin Simard

Volume 34, Number 1, 2015

Claude Lefort : une pensée du politique

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1030101ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1030101ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de science politique

ISSN

1203-9438 (print)

1703-8480 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Simard, A. (2015). Les deux corps du droit. La nature et le rôle du droit dans la pensée de Claude Lefort. *Politique et Sociétés*, 34(1), 61–83.
<https://doi.org/10.7202/1030101ar>

Article abstract

Political theorists often attribute to Claude Lefort a unique concept of democracy, relying on a re-interpretation of law that rejects both liberal individualism and Marxism's anti-legalism. Although this reflection has had an audience in the 1980s, it was largely ignored by subsequent efforts to expose the "co-originary" (Habermas) of democratic politics and fundamental rights. As this article will argue, this was partly due to the peculiar political and intellectual context then prevailing in France, but also and above all to an intrinsic difficulty in the way Lefort approaches the very nature of "law." He tries to combine two perspectives on law (law as a medium and law as institution) that are not wholly congruent, although both imbue his concept of democracy. As a result, his ideas on law are always wavering between an agonistic register, inspired by Machiavellian politics, and a "liberal" register, focusing on law's formalism and "disincorporatedness." It is precisely on this point that Lefort's thought seems somewhat incomplete and ambiguous.

Les deux corps du droit. La nature et le rôle du droit dans la pensée de Claude Lefort¹

Augustin Simard

Université de Montréal

augustin.simard@umontreal.ca

On rend souvent hommage à Claude Lefort pour avoir avancé une compréhension originale de la démocratie, qui met en son centre une réflexion sur le droit en rupture avec l'individualisme libéral et l'anti-juridisme marxiste. Même si cette réflexion a connu un certain écho dans les années 1980, elle a été largement ignorée par les efforts subséquents pour renouveler la théorie politique sur la base d'une relation «co-originaire» (Habermas) entre démocratie et droits fondamentaux. Comme cet article cherche à le montrer, ce fait tient pour une part à la singularité du contexte politico-intellectuel français, mais aussi et surtout à une difficulté fondamentale quant à la manière d'approcher l'objet «droit». La réflexion de Lefort s'efforce en effet de combiner deux compréhensions du droit (comme médium et comme institution) qui ne sont pas parfaitement congruentes, même si elles informent toutes deux sa conception de la démocratie. Il en résulte un va-et-vient constant entre un registre agonistique, inspiré par l'œuvre de Machiavel, et un registre «libéral», insistant sur le caractère formel et «désincorporé» du droit. C'est sur ce dernier point que les propos de Lefort conservent quelque chose d'ambigu et d'inachevé.

Political theorists often attribute to Claude Lefort a unique concept of democracy, relying on a re-interpretation of law that rejects both liberal individualism and Marxism's anti-legalism. Although this reflection has had an audience in the 1980s, it was largely ignored by subsequent efforts to expose the "co-originary" (Habermas) of democratic politics and fundamental rights. As this article will argue, this was partly due to the peculiar political and intellectual context then prevailing in France, but also and above all to an intrinsic difficulty in the way Lefort approaches the very nature of "law." He tries to combine two perspectives on law (law as a medium and law as institution) that are not wholly congruent, although both imbue his concept of democracy. As a result, his ideas on law

1. Outre Gilles Labelle qui m'a invité à revenir (une fois de plus!) à l'œuvre de Lefort, je souhaite remercier les deux évaluateurs anonymes pour la justesse de leurs critiques et la pertinence de leurs remarques.

are always wavering between an agonistic register, inspired by Machiavellian politics, and a “liberal” register, focusing on law’s formalism and “disincorporatedness.” It is precisely on this point that Lefort’s thought seems somewhat incomplete and ambiguous.

L’œuvre de Claude Lefort occupe une place assez singulière dans le domaine de la théorie politique contemporaine. Ceux qui l’abordent ont l’habitude de souligner son isolement ou de déplorer qu’elle soit largement méconnue (Caillé, 1993). Pourtant, à la suite du décès de Lefort en 2010, les témoignages et les éloges venus d’un peu partout² ont révélé une réception plus importante et, surtout, plus étendue que ne le laissait suggérer l’image du penseur solitaire, à l’écart de tous les courants. Si la position de Lefort demeure singulière, c’est peut-être justement parce que, en dépit de la circulation de ses idées et des références récurrentes qui y sont faites, elles sont rarement mises en dialogue avec celles d’autres auteurs marquants, issus d’horizons et de courants théoriques différents. Que l’œuvre de Lefort ait nourri les travaux de multiples protagonistes de la théorie politique contemporaine ne fait aucun doute. Mais les choses en restent souvent au niveau d’une inspiration diffuse et des affinités électives; il est très rare qu’on aille jusqu’à soumettre l’œuvre de Lefort à l’épreuve, pourtant nécessaire, de la discussion et de la confrontation.

La réflexion de Lefort sur le droit est emblématique de cette situation paradoxale. Personne ne songerait à nier son importance dans la résurgence du droit comme objet légitime de la pensée politique au cours des années 1980. Justine Lacroix va même jusqu’à parler d’un « moment Lefort » (2013 : 677) pour désigner ce déplacement des préoccupations autour desquelles s’organisaient les débats français d’alors. Il n’empêche que, pour fécondes que furent ses thèses, Lefort a été étrangement absent de toutes les discussions entourant l’articulation entre démocratie et droits – discussions qui ont pourtant occupé une part croissante du champ de la théorie politique depuis la fin des années 1980³ –, alors que les points de contact avec des penseurs

2. Voir par exemple le programme du colloque-hommage organisé à la New School for Social Research le 30 octobre 2010.

3. Les seules discussions véritables sont venues des cercles intellectuels dans lesquels Lefort évoluait déjà ou qu’il avait marqués de son empreinte. C’est le cas, par exemple, de la critique formulée par Gauchet dans son texte « Les droits de l’homme ne sont pas une politiques » publié en 1980 (repris dans Gauchet, 2002). Dans ce texte, comme dans plusieurs autres à sa suite, Gauchet s’inquiète de ce que la référence aux droits humains fasse le lit d’un individualisme délétère. Indissociables de la démocratie moderne, les droits humains menacent pourtant de rendre impossible l’exercice du pouvoir démocratique lorsqu’ils sont envisagés comme la propriété exclusive des individus particularisés. « Sur le terrain du mécanisme politique [...], la promesse de pouvoir en commun inscrite dans les droits de l’homme se ren-

comme Jeremy Waldron ou Jürgen Habermas (Weymans et Hetzel, 2012) semblent manifestes. Cet isolement tient sans doute au fait que, contrairement à la plupart des participants à ces discussions, Lefort n'a jamais fait du droit *per se* l'objet de sa réflexion. Au sein de son œuvre vaste et éclatée, la question du droit surgit le plus souvent au détour d'un commentaire sur le « temps présent », en plus d'être indissociable d'une figure assez singulière : celle des droits humains ou, dans le vocabulaire politique français, des « droits de l'Homme »⁴. Du coup, l'objet « droit » reste difficile à cerner et à extraire – et cette difficulté n'est bien sûr pas étrangère à la compréhension de la démocratie comme régime de « l'indétermination », que Lefort avance. En tant que pièce essentielle de ce régime de l'indétermination, le droit est forcément entraîné dans un processus d'interrogation infini, de sorte qu'il semble impossible d'en préciser la substance.

Doit-on pour autant en rester là ? Concevoir la démocratie comme indétermination condamne-t-il à tenir des propos allusifs sur le rôle et la nature du droit ? Dans cet article, je tenterai au contraire de dessiner de manière plus précise les contours de cette théorisation du droit. Plus spécifiquement, j'aimerais montrer que cette théorisation – qui apparaît de manière impromptue autour de 1977-1979⁵ – se formule à l'intersection de deux problématiques distinctes : d'une part, une nouvelle appréciation du conflit politique dans le sillage d'une relecture de l'œuvre de Machiavel et, d'autre part, une interrogation sur le statut de la Loi sous le totalitarisme soviétique. Cette double origine fait que le propos de Lefort oscille sans cesse entre deux conceptions du droit. Deux conceptions qu'il n'est pas facile d'articuler de manière entièrement satisfaisante⁶, mais que l'expérience démocratique, telle que Lefort la comprend du moins, nous interdit de séparer complètement. Après avoir précisé le contexte intellectuel et politique dans lequel elles

verse pour finir en dépossession, sous l'effet de la libération des particularités en laquelle elle se traduit » (2002 : 381). C'est le leitmotiv de « la démocratie contre elle-même », que Gauchet va inlassablement décliner dans la suite de son œuvre. Sur les perplexités que les analyses de Lefort ont soulevées parmi les protagonistes du renouveau tocquevillien des années 1970-1980 (Louis Dumont, Marcel Gauchet, François Furet), voir Moyn (2012). On trouve par ailleurs une tentative d'élargir la discussion chez Leydet (1993).

4. Lefort s'est dit réticent face à la notion de « droits humains » (*human rights*) employée pour soutenir le discours juridique cosmopolitique des organisations non gouvernementales comme *Amnesty International* (conversation avec l'auteur, novembre 2000). Il est d'ailleurs notable que Lefort fasse peu référence à la Déclaration de 1948 (2007, 1030-1032), et que la dénomination de « droits de l'homme » soit surtout employée dans une perspective stato-centrique sans doute un peu démodée. Pour une généalogie critique du discours cosmopolitique des *humans rights* et de son hégémonie depuis les années 1970, voir Moyn (2010).

5. On n'en trouve aucune trace, par exemple, dans le texte programmatique de 1966, « Pour une sociologie de la démocratie » (Lefort, 1979).

6. Dans une voie similaire, Ingram (2006) insiste sur l'ambiguïté qui caractérise la conception du politique chez Lefort, entre la *politics-as-regime* et la *politics-as-conflict*. La présente réflexion recoupe très largement cette lecture. Pour une tout autre perspective, lire Geenens (2008).

prennent forme, j'identifierai brièvement ces deux approches. J'examinerai ensuite plus en détail la manière dont chacune s'inscrit dans la pensée de la démocratie développée par Lefort au cours des années 1980-1990. Enfin, je mettrai en relief une difficulté, ou à tout le moins une incertitude qui demeure quant à la forme concrète que prend, chez Lefort, la « désintrinsication de la loi et du pouvoir », contrepartie de la perversion de la loi dans l'univers totalitaire. C'est sur ce point précis, comme j'espère le montrer en traçant un parallèle avec la défense inopinée de la *rule of law* par Edward P. Thompson (1975), que la perspective ouverte par Lefort s'avère la moins éclairante et la plus ambiguë. Contrairement à Thompson, Lefort n'attache en effet aucune dénomination précise à son idéal d'un « droit désincorporé », de sorte que le lecteur demeure à bon droit perplexe.

Les habits neufs du droit : dissidence et justice constitutionnelle

Parmi les interventions qui composent l'œuvre de Lefort, le texte « Droits de l'homme et politique » (repris dans Lefort, 1981) est peut-être celui qui eut, en son temps, le plus de répercussions dans l'espace médiatico-intellectuel. Il faut dire que Lefort y attaquait de front la critique marxiste du formalisme juridique, en remontant au jeune Karl Marx. Il montrait en effet comment Marx lui-même, prenant pour argent comptant l'individualisme de la Déclaration de 1789 et méconnaissant le type de rapports sociaux qu'elle rendait possible, était demeuré prisonnier de « l'idéologie bourgeoise des droits de l'homme » (Lefort, 1981 : 60). L'assaut mené par Lefort était aussi élégant qu'imparable : en renvoyant dos à dos la critique marxiste des droits de l'homme et leur interprétation libérale, sur la base d'une représentation partagée du sujet juridique comme individu monadique, il invitait à regarder par-delà cette fausse alternative, à revenir à l'ambiguïté inhérente à la formulation de tels droits (*ibid.* : 56) et à scruter leurs effets sur la mise en forme de la coexistence humaine (ou du régime). Il devenait alors évident que pour mesurer la portée politique des droits de l'homme, on ne pouvait s'en tenir à l'affirmation souveraine d'un sujet individuel *contre* le pouvoir du collectif – ce que d'autres appelleraient la liberté négative –, mais que l'on devait tenir compte, avant toute chose, de la façon dont ces droits structurent l'espace du collectif : un espace d'interactions, d'échanges et de conflits, dont les contours et les clivages sont mouvants.

Pour autant, l'intervention de Lefort aurait sans doute suscité un intérêt bien moindre si elle n'avait pris appui sur deux discours qui, de manière très contrastée, ont contribué à remettre le thème des droits de l'homme au centre des débats politiques français dans les années 1970. Le premier de ces discours, celui relayant l'action des dissidents soviétiques (Martchenko, Soljenitsyne, Sakharov) et est-européens, est explicitement mentionné dans les textes de Lefort. Il connaît, dans le contexte français de l'époque, une

remarquable fortune, jusqu'à devenir le motif de retentissantes conversions chez les intellectuels de gauche qui, en l'espace de quelques années, abjurent leur foi révolutionnaire et abandonnent le marxisme (Christofferson, 2004: 158-178). Si l'accueil réservé aux témoignages des dissidents permet à Lefort de réactualiser la critique du totalitarisme qu'il exposait déjà au milieu des années 1950 dans les pages de *Socialisme ou Barbarie*⁷, il l'amène aussi à interroger le rôle du droit en raison de la place considérable que celui-ci occupe dans les revendications venues de l'Est. Nombre de celles-ci se cristallisent en effet autour du fameux article 7 des Accords d'Helsinki, par lequel les États signataires (y compris les pays du bloc soviétique) s'engagent à respecter « les droits humains et les libertés fondamentales ». Pour les dissidents, l'article 7 donne l'occasion de mettre en contradiction le régime des démocraties populaires, ou du moins de rendre visible, en la perturbant momentanément, l'entreprise de dénégation de la division sociale à laquelle l'idéologie communiste doit sans cesse se livrer. L'efficacité des droits tient ici moins à leur contenu normatif *stricto sensu* qu'à leur puissance démonstrative, c'est-à-dire à ce qu'ils révèlent sur la constitution de la société totalitaire.

L'usage par les dissidents de la référence aux droits frappe Lefort et l'invite à prendre acte de leur dimension symbolique qu'une analyse en termes stratégiques ou matérialistes se doit, au contraire, d'ignorer⁸. Loin d'être un luxe superflu ou un « supplément d'âme », la garantie de ces droits est indissociable, conclut Lefort, d'un certain « régime », d'une certaine mise en forme de la coexistence humaine, dont le système totalitaire soviétique représente la négation en acte. Celui-ci est incapable, non de protéger, mais de seulement reconnaître de façon formelle des droits de cette nature, car cela supposerait d'admettre tacitement l'écart irréductible entre la société et le pouvoir censé la réaliser et la rendre sensible à elle-même. Or, comme le rappelle Lefort, « la logique du système [totalitaire] lui interdit d'accueillir quelque opinion qui se fasse le signe d'une extériorité de la vie sociale par rapport au pouvoir, ou d'une altérité dans le social » (1981: 60). Dans ce

7. Cette reprise correspond à ce que, suivant la périodisation proposée par Abensour (1993), il faut qualifier de seconde interprétation du totalitarisme chez Lefort.

8. Notons que cette reconnaissance du droit comme ressource décisive dans la lutte contre le totalitarisme survient dans le sillage des controverses autour de l'Union de la gauche (l'accord sur un programme de gouvernement commun conclu entre le Parti socialiste [PS] et le Parti communiste français [PCF] en 1972). À partir de 1975, l'Union est régulièrement critiquée dans des périodiques comme *Esprit* (par Jean-Marie Domenach, Paul Thibaud et Daniel Mothé) et dans *Le Nouvel Observateur* (par Daniel Jean) en raison du flou qu'elle permet au PCF d'entretenir quant à la sincérité de son attachement au pluralisme démocratique et aux libertés publiques (voir Christofferson, 2004: 122-129). D'où les inquiétudes exprimées par plusieurs intellectuels de gauche, dont Lefort, devant l'éventualité d'une participation des communistes à un futur gouvernement de coalition. Ces inquiétudes ont servi de catalyseur dans la revalorisation du droit. Ce n'est sans doute pas un hasard si le thème du droit apparaît pour la première fois chez Lefort (en 1977) dans un texte consacré à la critique de l'Union de la gauche (1981: 149).

contexte, les droits de l'homme ne se trouvent pas érigés en norme morale, abstraite et universelle, à l'aune de laquelle il faut juger les princes de ce monde; c'est plutôt l'*indice* d'un mode singulier d'être-social, « une manière d'être en société » (*ibid.*: 69), qui s'avère *hic et nunc* incompatible avec la logique du système totalitaire.

Ces données sont bien connues: c'est le leitmotiv du fameux texte « Droits de l'homme et politique » et de quelques autres interventions de la fin des années 1970. Moins connu, en revanche, m'apparaît un second discours qui, pour toucher un cercle beaucoup plus restreint (*grosso modo* ceux que Max Weber appelait les « intéressés aux droits »), a eu néanmoins un impact décisif sur le retour en force du droit au sein de la pensée politique française. Plus discret que l'émoi suscité par l'action des dissidents, ce discours accompagne le mouvement de « constitutionnalisation » des libertés fondamentales, survenu au cours des années 1970, et la remise à l'honneur des « droits de l'homme » comme normes juridiques opposables aux pouvoirs publics. On peut en situer le point de départ dans la décision « Liberté d'association » rendue par le Conseil constitutionnel en juillet 1971 (71-44 DC). À plusieurs égards, cette décision marque le dernier épisode des événements de mai 1968, la dernière grande passe d'armes entre le « gauchisme » et les « forces de l'ordre » gaullistes (Lindseth, 1996). Elle survient à la demande d'une faction dissidente de la majorité au Sénat, qui conteste la validité d'une loi proposée par le ministre de l'Intérieur Raymond Marcellin, amendement la *Loi sur les associations* de 1901. Au moyen de cet amendement, il s'agissait d'introduire une forme de contrôle administratif préventif (qui rappelle le régime de « l'autorisation préalable » mis en place sous le Consulat) sur la formation des associations de citoyens. L'objectif était de donner le pouvoir au préfet de refuser l'enregistrement d'une association dont les buts lui paraîtraient « illicites » (c'est-à-dire révolutionnaires). Contre toute attente, le Conseil censure dans sa décision du 16 juillet 1971 la proposition du ministre et donne raison à la faction gaulliste dissidente.

Si cette décision a pu sensibiliser les militants de gauche à l'importance des garanties juridiques, c'est surtout la façon dont le Conseil évoque soudain la Déclaration de 1789 et les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » qui va marquer durablement le débat politique. Le Conseil reconnaît en effet une forme juridique à ce qui n'avait auparavant que valeur symbolique. Non seulement la référence aux droits de l'homme quitte l'orbite des débats strictement académiques pour devenir un objet légitime (quoiqu'encore marginal) de la doctrine constitutionnelle et du discours des juristes, mais l'introduction d'une nouvelle norme de contrôle au contenu indéterminé (le fameux bloc de constitutionnalité) modifie la fonction du Conseil pour en faire une juridiction constitutionnelle de plein droit. À l'instar des tribunaux civils ou administratifs, sa jurisprudence peut désor-

mais faire l'objet d'un commentaire savant et d'une mise en forme logique, fournissant ainsi l'assise d'une « science » systématique. On tient là le motif derrière la renaissance du droit constitutionnel au sein de l'Université française, un droit qui se voit reconnaître dans les années 1980 le statut de « vrai droit », doté de sa dogmatique propre, et non plus comme un bricolage fait de considérations politiques et d'histoire des institutions (style Maurice Duverger et Georges Burdeau).

En conséquence, les constitutionnalistes peuvent dorénavant se présenter de façon convaincante comme les gardiens des libertés fondamentales, rôle qui était auparavant reconnu aux administrativistes (par exemple, Marcel Waline). En ce sens, il est à peine exagéré de dire que le discours des droits de l'homme devient, au cours des années 1970-1980, en France, une pièce majeure de l'idéologie d'une nouvelle génération de juristes qui envahit les facultés de droit. La diffusion de ce discours et l'ascendant qu'il a pris sont indissociables du processus de « constitutionnalisation de branches du droit », dont les effets sont aussi innombrables que durables (Jouanjan, 2009 ; Stone, 1992).

Le droit comme médium et comme institution

On mesure donc la *Zeitmäßigkeit* (la « dépendance contextuelle », si l'on veut) de la préoccupation de Lefort pour le droit dès lors que l'on prend en compte ces deux éléments de contexte : d'une part, le « choc du goulag », la critique du totalitarisme, à partir des prises de position de quelques dissidents célèbres et de leur capacité à manier efficacement la référence aux droits de l'homme ; d'autre part, la naissance d'une *judicial politics* à la française et la conscience de plus en plus nette du droit tant comme enjeu mobilisateur que comme ressource pour l'action collective.

Au risque d'un certain schématisme, il est possible de lier chacun de ces éléments à l'une des deux perspectives que Lefort adopte tour à tour face à l'objet « droit » (au singulier et au pluriel). Selon la première, les droits (au pluriel) sont envisagés comme un *médium* qui permet d'articuler des revendications et qui, partant de là, assure aux conflits civils (le conflit des humeurs au sein de la cité) accès à la parole et à la signification. En d'autres termes, le langage des droits permet au dissensus de se *nommer comme* conflit *de* droit (Lefort, 1981 : 152) – conflit légitime, par le fait même – et comme conflit *entre* des droits concurrents, à l'occasion duquel les protagonistes se reconnaissent mutuellement, quoique de manière le plus souvent tacite, comme « ayant part ». C'est donc la relation entre droit et *agon* qui est mise au jour ici. Non seulement le droit ouvre des espaces de rencontre dans lesquels se réfléchissent les conflits qui traversent les rapports sociaux (au moyen de droits subjectifs qui protègent les différentes positions

antagonistes), mais il fournit aussi le carburant, la matière première, dont se nourrit la dynamique conflictuelle. Il faut donc entendre ici que les droits ne se réduisent pas à leur fonction de *cadre* et de *garantie*, même si celle-ci est indispensable, puisqu'ils font eux-mêmes l'objet d'une thématization politique et de revendications d'inclusion, comme le montrent les mouvements de lutte pour le droit depuis la Seconde Guerre mondiale (tels le *Civil Rights Movement* ou les nouveaux mouvements sociaux). Cette compréhension des droits ne manque pas d'être déroutante. D'un côté, leur validité spécifique ne relève pas d'une capacité de contrainte ou de sanction, comme l'affirment les positivistes depuis John Austin⁹. De l'autre, ils ne renvoient pas pour autant à un ordre normatif rationnel en soi – selon l'image platonicienne de la justice distributive comme principe d'harmonie des parts de la *polis* –, mais à l'inverse à la multiplication de points de vue unilatéraux et conflictuels¹⁰, multiplication par laquelle s'éprouvent la densité et l'hétérogénéité du social.

À côté de cette première perspective sur les droits comme médium, Lefort en adopte une seconde qui s'attache au droit (au singulier) : il envisage alors le droit comme un *principe* abstrait, dans sa différenciation ou, à mieux dire, dans sa dissociation d'avec le pouvoir et le savoir. Suivant cette seconde perspective, le droit renvoie, comme l'écrit Lefort avec une allusion à Jacques Lacan¹¹, à « la dimension de la Loi », c'est-à-dire à ce qui excède l'institution symbolique du social et exprime la part d'indisponibilité et d'altérité – ou mieux la part d'*irréductibilité* – des rapports sociaux. Plutôt que de projeter cet irréductible dans la représentation d'une volonté extérieure (celle du Grand Autre, les ancêtres, le démiurge) ou d'un ordre transcendant (celui de la Nature ou de la Raison), le droit l'accueille dans son instance même, en raison de sa rationalité et de son caractère abstrait, formel et non instrumental. En ce sens, il permet l'*intérieurisation* de la division sociale : ni résorption de la division dans la présence à soi de la communauté politique, ni sacralisation de son fondement comme événement historique, ordre naturel ou fondation rationnelle, mais au contraire réflexion de la division comme indétermination. Ce que Lefort cherche ici à souligner, c'est donc l'articulation entre droit et négativité – ce qui dans le droit représenterait, selon les termes de Hegel dans les *Principes de la philosophie du droit*, une figure immédiate de la négativité, de ce qui ne peut jamais être pleinement réalisé (1998 : § 34). Le droit fait ici office de cet élément différentiel qui préserve la

9. Voir par exemple l'énoncé classique de cette compréhension du droit comme « *Zwang-norm* » dans Kelsen (2008 : § 12).

10. On trouve une perspective assez semblable dans le travail de Waldron (1999 : 211 et suiv.).

11. Pour une exploration systématique du rapport Lefort/Lacan, voir la contribution de Pauline Colonna d'Istria au présent dossier. Pour une lecture lacanienne des droits humains, voir Douzinas (2000 : 301-318).

nature symbolique des rapports sociaux et évite qu'ils ne déchoient dans la pleine positivité.

Si la réflexion de Lefort sur les droits de l'Homme possède la puissance d'évocation qu'on lui connaît, c'est qu'elle marque un point d'intersection entre ces deux perspectives. Par-delà le sens normatif desdits droits, elle invite à porter attention à la *rhétorique* qu'ils mettent en œuvre et au *formalisme* de leurs exigences. En un sens, que Lefort délaisse le contenu des droits proprement dit (son analyse est en effet très sélective, voir lacunaire) doit être souligné. C'est qu'il lui importe surtout de mettre l'accent sur le travail performatif de la déclaration comme telle.

Le droit et le conflit des « humeurs »

On peut s'étonner du fait que Lefort ne s'intéresse guère à la genèse sinueuse des articles de 1789, ou au rapport complexe qu'ils entretiennent avec le précédent américain (comme, jadis, Georg Jellinek et Émile Boutmy dans leur célèbre polémique) : l'investigation s'en tient, pour ainsi dire, à la surface de son objet. Elle ne s'attache qu'à la formulation de la Déclaration de 1789, pour mieux souligner le caractère explicitement circulaire de son énonciation. Il vaut la peine de citer Lefort ici : par la Déclaration, « l'homme apparaît comme celui dont l'essence est d'énoncer ses droits. Impossible de détacher l'énoncé de l'énonciation, dès lors que nul ne saurait occuper la place, à distance de tous, d'où il aurait autorité pour octroyer ou ratifier des droits. Ainsi, les droits ne font pas simplement l'objet d'une déclaration, il est de leur essence de se déclarer. » (1981 : 65-66) On comprend donc que, prise dans cette circularité fondamentale, la Déclaration des droits ne peut connaître d'achèvement et qu'elle est suspendue à une exigence infinie de réitération et de reformulation. Inutile, en somme, d'assigner des limites aux droits fondamentaux, de les hiérarchiser et de trier le bon grain de l'ivraie – en distinguant entre droits-libertés et droits-créances, entre droits de première, de deuxième et de troisième générations, entre droits authentiquement libéraux et droits sociaux – puisque, comme l'écrit Lefort, « les droits acquis sont nécessairement appelés à soutenir des droits nouveaux » (1986b : 50). Par le caractère autoréférentiel de l'acte de déclarer, les droits qui sont énoncés invitent à leur propre dépassement.

Il y aurait évidemment beaucoup à dire sur cette articulation entre droits (au pluriel) et dissensus civil. Je me borne simplement à souligner ici sa filiation machiavélique – ou du moins sa convergence avec le portrait de Rome comme « société historique » (Lefort, 1972 : 467 et suiv.) que Lefort dégage du premier livre des *Discours sur la première décade de Tite-Live*.

Ayant montré par quelle logique implacable les cités doivent s'accroître et, par conséquent, sacrifier la tranquillité et accueillir le conflit des humeurs

en leur sein¹², Machiavel distingue les régimes qui acceptent cette nécessité, et qui aménagent leurs institutions en conséquence, de ceux qui s’y refusent et qui mettent tout en œuvre pour préserver leur bon ordre interne. À suivre l’argument des chapitres 7 à 10 des *Discours*, Nicolas Machiavel nous apprend en effet que ce qui discrimine les bons régimes des pernicieux, c’est la présence de certains *ordini* susceptibles de canaliser et de donner carrière aux antagonismes entre citoyens, et surtout entre les puissants (les «grands») et la masse (le «peuple»). Certains régimes possèdent en effet des «dispositions» offrant un débouché aux humeurs antagonistes¹³ qui animent toute cité, alors que d’autres régimes, effrayés par le bruit des tumultes¹⁴, s’attachent au contraire à l’image de la concorde et de l’harmonie, fût-elle trempée dans la discipline militaire, comme à Sparte, ou achetée par la corruption, comme à Florence.

Au nombre de ces dispositions, Machiavel fait grand cas de l’accusation publique et ne manque pas de la mettre en contraste avec les calomnies et les dénonciations anonymes qui pullulent à Florence. Accessible aux citoyens petits et grands, l’accusation fournit un cadre minimalement réglé où le conflit est reconnu, vu, entendu et aménagé (Lefort, 1972 : 482-483). À défaut d’une telle disposition – et malgré les excès et les outrages qu’elle va forcément entraîner –, les ressorts véritables de la vie civique demeurent méconnus et la cité rapporte en vain le dissensus à une source extérieure ou à une volonté maléfique. Et Machiavel de réinterpréter à son compte l’histoire bien connue du patricien Coriolan et de ses efforts pour mater la plèbe à la suite de la grande sécession de 495-494 av. J.-C. Sans ce mécanisme de l’accusation publique, Coriolan, soupçonné de comploter contre le peuple en vue de l’affamer et de le faire renoncer à ses droits, aurait été mis à mort sans procès par la foule, ce qui, ajoute aussitôt Machiavel, aurait été périlleux pour la république romaine. Car le conflit ne pouvant accéder à la visibilité, «les humeurs n’ont pas de quoi s’épancher de façon ordinaire», elles se répandent et dégènèrent en «attaques entre particuliers». De là l’enchaînement causal en cascade, procédé auquel Machiavel nous a habitués : «ces attaques engendrent la peur; la peur entraîne une défense; pour la défense on se procure des partisans; les partisans donnent naissance aux factions dans les cités; les factions causent leur ruine» (2004 : 85). C’est, encore une fois, l’image de république de Florence que Machiavel invoque au paragraphe suivant, afin

12. S’il est sans doute plus raisonnable d’opter pour la tranquillité et l’autarcie plutôt que pour l’expansion et la conquête, ce choix s’avère néanmoins mauvais car, enchaîne Machiavel, «la nécessité vous entraîne à beaucoup de choses auxquelles la raison ne vous entraîne pas». La logique expansive est la loi vitale des cités (2004 : 79-83).

13. Machiavel parle d’«une voie où s’épancher». Sur l’emploi du vocabulaire médical par ce dernier, voir Gaille-Nikodimov (2004).

14. «Je dis que ceux qui condamnent les tumultes entre les nobles et la plèbe me semblent [...] accorder plus d’importance aux rumeurs et aux cris que ces tumultes faisaient naître qu’aux bons effets qu’ils engendraient» (Machiavel, 2004 : 69).

d'illustrer cette possibilité néfaste – celle d'une cité, obsédée par le modèle du bon régime, qui hésite à reconnaître publiquement le conflit et s'avère par conséquent impuissante à l'aménager.

En trouvant dans la Déclaration des droits de l'Homme à la fois la scène et le moteur d'un conflit permanent, Lefort en fait le bon *ordine* par excellence, celui propre plus que tout autre « à ouvrir dans la société un espace public – non pas celui des places et des portiques, simples lieux de rencontre, où la parole circule entre quelqu'un et quelque autre –, mais l'espace anonyme de l'institution » (1972 : 485). Espace anonyme en ce sens que tout homogène et uniforme qu'il soit (puisque tous les occupants sont disposés à égale distance de son centre), il s'avère pourtant foncièrement irréprésentable et sans contours définis : sachant que *tous* y prennent place, on ne peut en effet plus savoir *qui*, en réalité, en fait partie. Ramenant le droit à la pure généralité humaine, la déclaration tient donc en échec tout effort pour se *représenter* l'unité de la société. L'inclusion de tous dans le corps social n'est possible, rappelle Lefort, que par « l'ignorance acceptée de l'autre » (1986b : 216), autrement dit par la perte de substance de ce même corps, l'échec de sa circonscription et la reconnaissance, au moins tacite, de son infinitude. L'homogénéisation et l'unification de l'espace juridique ont donc comme conséquence paradoxale le fractionnement et la différenciation de ce même espace, traduisant sur un autre registre la multiplication interminable des formes de socialisation. Ainsi, à l'inverse de l'intention avouée de ses rédacteurs, l'universalité au principe de la déclaration ouvre sur un universel « sauvage » (pourrait-on dire, en empruntant à Lefort un terme qu'il emprunte lui-même à Maurice Merleau-Ponty¹⁵), puisqu'elle ne consacre ni limite, ni partage (au sens du *nomos*), mais seulement une exigence réitérée d'inclusion : de fait, comme Lefort le rappelle, « c'est l'universalité du principe qui ramène le droit à l'interrogation du droit » (1986b : 51).

Que l'espace juridique s'ouvre et se déploie sous l'effet d'une interrogation sans cesse relancée ne tient pas seulement à la nature des droits, mais aussi à la manière dont ils sont déclarés. C'est là, à suivre Lefort, l'effet performatif de cette « autodéclaration » (*ibid.* : 51) sur lequel il faut insister, effet d'une déclaration prise dans la circularité de son propre fondement, c'est-à-dire « l'Homme ». Il s'agit d'« une déclaration dans laquelle les hommes, à travers leurs représentants, s'avéraient être simultanément les sujets et les objets de l'énonciation, dans laquelle, tout à la fois, ils nommaient l'homme

15. Ce que Lefort désigne comme le caractère « sauvage » de la démocratie est le fait que celle-ci trouve « son ressort le plus efficace » « dans la contestation ou dans la revendication de ceux qui sont exclus des bénéfices » (2007 : 390 ; à noter que Lefort avait utilisé ce terme encore plus tôt : 1998 : 57). Cette idée d'un régime qui ne vit que par une interrogation incessante qui en déplace les limites institutionnelles et qui réarticule à nouveaux frais son dedans et son dehors doit évidemment beaucoup à l'ontologie de l'être sauvage développée par Merleau-Ponty.

en chacun, ils 'se parlaient' eux-mêmes » (*ibid.* : 51). En raison de cette circularité, il devient rigoureusement impossible, poursuit Lefort, « de détacher l'énoncé de l'énonciation » (1981 : 65), le droit offrant prise à sa propre contestation, l'énoncé à son propre dépassement. Mieux, cette contestation et ce dépassement sont appelés par la fondation interne des droits. Ainsi, plutôt que de prendre la forme d'une déduction logique, l'énonciation des droits invite à reconnaître la profondeur insondable de l'expérience sociale, en s'assurant que demeure ouverte « la question que fait au social son origine » (Lefort et Gauchet, 1971 : 8). Loin de fixer de manière définitive les termes de l'association civile « afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous »¹⁶, la Déclaration, « en ramenant la source du droit à l'énonciation humaine du droit, fait de l'homme *et* du droit une énigme » (Lefort, 1986b : 51).

Le droit comme institution et l'épreuve de la désincorporation

Si cette compréhension des droits comme médium jette dans la perplexité celui qui partage la lecture libérale de la Déclaration de 1789¹⁷, on ne peut guère mettre en doute sa cohérence avec la conception lefortienne de la démocratie comme régime de l'indétermination. La chose est cependant moins évidente sitôt que l'on se tourne vers la compréhension du droit comme principe abstrait, que Lefort formule dans le sillage de sa critique du totalitarisme. L'insistance est mise ici sur l'autonomie de la *forme* juridique comme telle (ou sur « l'idée du droit »), sur le fait que le droit ne se laisse pas résorber dans le pouvoir ou dans toute autre sphère de pratiques sociales. Comme Hegel le soulignait, l'essence du droit est négative avant toute chose : elle renvoie les individus à l'inachèvement de leur être-social, à l'excès du possible sur l'effectif – ou, si l'on veut, à l'écart du symbolique par rapport au réel. Puisque cet écart se trouve au fondement de « l'institution du social », comme le rappelle Lefort, il en découle que le principe formel du droit ne peut s'effacer sans qu'atteinte ne soit portée au « mode de constitution de la société » (1981 : 59). C'est pourquoi, poursuit Lefort en se référant aux auteurs libéraux du dix-neuvième siècle, le droit est certes « dit par des hommes », mais il « ne se réduit pas à un artifice humain » (1986b : 54). Autrement dit, son objectivité n'est pas réductible à celle d'un fait social. La forme du droit dénote, à même la facticité sociale, une « absence qui compte »¹⁸ – la dimension de la Loi –, qui tient en échec la possibilité d'une expérience pleine de la société.

16. Préambule à la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* du 26 août 1789.

17. D'où la réponse de Lefort à Pierre Manent (1986b : 45-50). Sur l'opposition entre la lecture libérale et celle de Lefort (et de Balibar), voir Colliot-Thélène (2009).

18. « On ne saurait circonscrire [les droits] dans la société, comme si leurs effets étaient localisables et contrôlables » (Lefort, 1981 : 67).

C'est évidemment sur ce point que la critique que Lefort adresse au marxisme se fait la plus incisive : rabattant le droit sur les rapports de production, le marxisme est accusé d'effacer cette dimension de la Loi (1981 : 61). À quoi une analyse marxiste rigoureuse (ou une perspective du type *critical legal studies*) pourrait rétorquer que la position de Lefort procède d'une fétichisation du droit : elle prend pour argent comptant les représentations que les juristes entretiennent de leurs propres pratiques, tout en ignorant la fonction de ces représentations dans la reproduction des modes de propriété et des rapports de domination. Toute décisive qu'elle fût pour le renouveau de la pensée politique en France, la polémique engagée ici par Lefort tournerait à vide : au matérialisme des forces, certes réducteur et unilatéral, elle opposerait un idéalisme des formes tout aussi unilatéral et réducteur¹⁹.

Si le vocabulaire emphatique peut nourrir les soupçons du sociologue critique, il n'empêche que la compréhension du formalisme proposée ici entend justement dépasser cette dichotomie. L'autonomie de la forme juridique ne relève pas d'un quelconque *a priori* conceptuel ou normatif : elle reflète, dit Lefort, une « désintringement du principe de la loi et du principe du pouvoir », ou encore une « désincorporation du droit » (Lefort, 1981 : 64), aussi réelle et effective que puisse l'être l'ordre symbolique. Il y aurait, en somme, un « réalisme des formes » opérant à même la constitution symbolique des rapports sociaux.

Il n'empêche que Lefort a beau multiplier les images fortes et suggestives, son propos demeure désespérément allusif. À s'en tenir aux textes des années 1980, difficile de savoir quelle figure concrète donner à cette mystérieuse « désincorporation ». Avec un peu d'imagination cependant, on devine que cette expression désigne ici deux choses : d'une part, la reconnaissance d'une forme quelconque d'indépendance des tribunaux et des organes judiciaires (une désincorporation « institutionnelle », si l'on veut) ; d'autre part, ce que Weber appelait la « rationalité formelle » du droit, c'est-à-dire l'ensemble des maximes, techniques procédurales et formules héritées du droit romain, transmises par des générations de juristes – docteurs, légistes et praticiens – et ayant donné naissance à une « science » spécifiquement juridique qui ne se laisse pas plier aux impératifs de la raison d'État : la non-rétroactivité, la prévisibilité et la publicité de la loi, la fiction de la personnalité juridique, l'exigence du *due process of law*, la présomption d'innocence²⁰, les principes de *nulla poena sine lege, audi alteram partem*, et autres²¹. Si on l'entend ainsi,

19. J'emprunte les expressions de « matérialisme des forces » et d'« idéalisme des formes » à Philippe Raynaud.

20. Dans laquelle Lefort voit « un acquis irréversible de la pensée politique [*sic*] » (1981 : 61).

21. Plusieurs juristes n'hésitent pas à voir dans cette rationalité formelle une moralité intrinsèque au système juridique en tant que tel. Il s'agirait donc, selon l'expression de Fuller, d'une « *internal morality of law* » (1969, chap. 2 et 4). À noter que cette compréhension du droit

on trouverait une expression magistrale de cette désincorporation dans les arguments qu'Edward Coke opposait à la volonté de Jacques 1^{er}, lorsque celui-ci voulait ignorer les décisions des tribunaux ordinaires et se substituer au juge de *common law*. Au roi qui ne voyait pas pourquoi il devait se plier à des précédents obscurs, le Lord Chief Justice opposait le fait d'une *artificial reason of law*, une raison supra-individuelle, produite par une lente sédimentation et inaccessible aux lumières de la raison naturelle (*Prohibitions del Roy* [1607], EWHC KB J23)²². En suivant le commentaire proposé par Gunther Teubner (justement à propos de Coke), on pourrait identifier cette mystérieuse « désincorporation du droit » à la double-clôture opérationnelle/cognitive qui constitue le système juridique. Cette clôture confère au droit « une autonomie [opérationnelle] contre les demandes immédiates de validité des arguments moraux, des réflexions économiques, des buts politiques et des maximes fondées sur le sens commun » (2001: 78), en même temps qu'elle lui permet d'intégrer, mais toujours à partir de son propre « code » (les précédents, les principes, l'*opinio doctorum*), des événements « extérieurs », donc non juridiques.

Cette remarque permet de comprendre pourquoi Lefort tient à inscrire ce processus de désincorporation, de même que la « mutation du politique » qu'il représente, « dans les frontières singulières d'une histoire qui est celle de l'État de droit » (1981: 63). Car c'est bien sûr en s'appuyant sur l'élaboration d'un droit savant (redécouverte du droit romain, formation d'une corporation autonome de juristes, sécularisation des modes d'argumentation juridique) que l'État de justice médiéval s'est extrait du cadre théologico-politique pour revêtir le caractère légal-rationnel qu'on lui connaît (celui d'une « entreprise institutionnelle », pour parler comme Weber). Genèse de l'État moderne et désincorporation du droit dessinent ensemble une dialectique dont l'avènement des droits de l'homme marque l'acte définitif. Le paradoxe est longuement examiné par Lefort : au moment où la Déclaration prétend ramener le droit à un point d'attache définitif – l'homme, la pure généralité humaine –, elle l'ouvre en vérité sur une indétermination radicale.

use du régime totalitaire comme point de répulsion : la référence au droit nazi d'ailleurs joue un rôle assez important dans l'exposé de Fuller. Voir également son célèbre commentaire « Positivism and Fidelity to the Law » (1958), où il discute la non-juridicité du droit nazi.

22. Je donne ici le passage le plus important : « A controversy of land between parties was heard by the King, and sentence given, which was repealed for this, that it did not belong to the common law: then the King said, that he thought the law was founded upon reason, and that he and others had reason, as well as the Judges: to which it was answered by me, that true it was, that God had endowed His Majesty with excellent science, and great endowments of nature; but His Majesty was not learned in the laws of his realm of England, and causes which concern the life, or inheritance, or goods, or fortunes of his subjects, *are not to be decided by natural reason but by the artificial reason and judgment of law*, which law is an act which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognizance of it. » [Je souligne.] Pour le texte intégral de la célèbre décision : www.bailii.org/ew/cases/ewhc/kb/1607/J23.html.

« Les droits de l'homme ramènent le droit à un fondement qui, en dépit de sa dénomination, est sans figure, se donne comme intérieur à lui et, en ceci se dérobe à tout pouvoir qui prétendrait s'en emparer – religieux ou mythique, monarchique ou populaire. » (*ibid.* : 66-67) C'est le principe même du droit qui s'abstrait et qui devient foncièrement indisponible, sans pour autant revenir au schéma de l'hétéronomie religieuse ou autre. « La notion de droits de l'homme, conclut Lefort, fait signe en direction désormais d'un foyer immaîtrisable; le droit en vient à figurer vis-à-vis du pouvoir une extériorité » – mais une extériorité toute particulière, faut-il souligner –, « dès lors qu'il n'y a plus d'attache au droit » (*ibid.* : 64-65).

Il y aurait encore beaucoup à dire sur cette relation entre droit et négativité, que le terme de « désincorporation du droit » cherche à cerner. Je me borne ici à signaler que cette analyse fait écho aux développements consacrés, dans *Un homme en trop* (1986a) puis de façon beaucoup plus ramassée dans *La complication* (1998), à la perversion de la loi sous le totalitarisme. En cherchant à réincorporer le droit, le système totalitaire annule la négativité juridique dans le fantasme de la pleine présence à soi de la communauté. Le terme de « perversion » doit être entendu ici dans son sens le plus fort : il ne s'agit pas seulement de dire que le régime instrumentalise le droit, que les instances judiciaires se voient soumises au pouvoir et que les juristes deviennent de simples exécutants; il en va plutôt, pour Lefort, d'une atteinte portée au principe même du droit. Plus qu'un détournement des formes, c'est donc une corruption ou, si l'on préfère, une *déformalisation* du droit.

Pour illustrer cette possibilité, Lefort va s'intéresser assez longuement au fameux article 58 du Code pénal soviétique de 1926 (1986a : 51-54; 1998 : 219), un article dont les termes sont d'une telle généralité et d'une telle élasticité qu'il transforme tout citoyen en criminel potentiel. Ce genre de loi déformalisée n'obéit pas aux bas desseins d'une coterie, d'une bureaucratie débridée ou d'une élite du pouvoir – cela exprime plutôt le *modus operandi* du totalitarisme, qui est de produire et de reproduire l'antisocial ou, comme le dit Lefort, les « hommes en trop » (1986a : 51). Dans cette perspective, le caractère exemplaire de l'article 58 tient au fait qu'il institue, entre l'accusation et le prévenu, une relation strictement duelle dans laquelle s'effacent tout signe d'extériorité et toute référence à un Tiers. Les termes de la loi sont tels que les preuves de culpabilité n'ont pas à être cherchées dans l'ordre des faits objectifs et qu'elles ne peuvent pas être exhibées devant quelqu'un d'autre, juge ou arbitre. À vrai dire, elles ne sont déchiffrables et n'ont de valeur qu'aux seuls yeux de l'accusation – le Parti – en ce qu'elles servent à ériger une « altérité imaginaire » (Lefort, 1986a : 54), celle du parasite, du saboteur ou du *nuiseur* qu'il s'agit d'annihiler impitoyablement. Ainsi, conclut Lefort, « la relation peut être fantastiquement annulée, la matérialité de la victime se trouvant exténuée jusqu'à sa dissolution dans le *Nous* du parti ». Cette forme d'anéantissement est, du reste, bien illustrée par la formule de Soljenitsyne,

plus d'une fois reprise par Lefort : « vous et nous ensemble, c'est nous ». Englué dans la parfaite adhérence du collectif à lui-même, sans recours possible à une dimension extérieure, sans le regard d'un Tiers lui permettant de s'écarter momentanément du rôle dans lequel l'a campé l'accusation, le prévenu ne dispose d'aucune perspective à opposer au procureur. Et Lefort de rappeler le procès de Nikolaï Boukharine en 1938 et l'incapacité de ce dernier à se défendre décentement contre le procureur Vichynski (*ibid.* : 159), parce qu'incapable de trouver en dehors du corps du Parti un lieu depuis lequel parler, une scène qui lui permettrait d'exposer sa version de l'histoire, car « [il] ne cesse d'être inclus dans le nous qui l'exclut » (1998 : 225).

Cette relation fantasmatique trouve son complément dans le dispositif de l'aveu ou, à mieux dire, de « l'auto-dénonciation », qui tient une place centrale dans la dramaturgie judiciaire soviétique. Exiger de l'accusé qu'il « fabrique lui-même son affaire » et qu'il reconnaisse sa culpabilité dans les termes mêmes de l'accusation, c'est là une façon d'éviter que la relation duelle instaurée par la loi totalitaire ne s'ouvre sur un Réel qui, par définition, troublerait l'univocité des actes jugés et qui en autoriserait, au moins en principe, une *autre* interprétation. En réitérant fidèlement les mots du procureur et en signant des aveux fabriqués de toutes pièces, les criminels perdent leur altérité et sont réintégrés dans le Peuple-Un au moment même où celui-ci les élimine (Lefort, 1986a : 54 ; 1998 : 221).

Cette analyse très fine de la perversion de la loi amène à reconnaître *via negativa* une propriété singulière de la forme juridique ou – si l'on veut entendre l'expression en son sens le plus large – de la *rule of law*. Celle-ci exprime en effet une indisponibilité de principe des rapports sociaux, « une référence qui transcende le rapport personnel » et qui découle de la nature symbolique de l'institution de la société. Et c'est précisément cette propriété négative que Marx lui-même évacue lorsqu'il « rabat la loi au niveau de la réalité empirique ». « Il ignore, déplore Lefort, la fonction reconnue à la loi écrite ; le statut qu'elle acquiert dans sa séparation de la sphère du pouvoir. » (1981 : 61) Pour Marx comme pour Vichynski, la loi apparaît au contraire *déjà réalisée* dans « l'ordre de la vie », dans l'épaisseur objective de l'infrastructure sociale, sa forme n'étant qu'une expression incidente et dérivée, sans valeur propre. Mieux, l'effort pour l'en détacher et lui donner la forme d'un droit minimalement stable relèverait d'un aveuglement idéologique, une inversion de la cause et de l'effet, du réel et du reflet. Or, suggère au contraire Lefort, cet écart, ce moment de non-réalisation et d'excès, est constitutif du droit en tant qu'institution²³. Loin d'être idéologique, il ne saurait s'effacer « qu'au prix d'une mutation violente qui donnerait naissance à une nouvelle forme de société » (1986b : 42). Une autre façon de dire que la nature formelle et

23. Comme le rappelle Lefort, la loi « ne mérite son nom que si elle fait surgir dans son application la figure d'un tiers » (1998 : 220).

négative du droit, dont le caractère indéterminable des droits humains offre une expression radicale, est le corollaire d'un certain « régime », même si l'on peut encore hésiter quant au terme par lequel il convient de le nommer.

Le droit sans corps et le dispositif libéral

Il est remarquable que les deux perspectives dessinées ici par Lefort, tant celle du droit-médium que celle du droit-institution, trouvent dans la Rome antique leur point d'origine. Mais, faut-il s'empresser d'ajouter, il s'agit de deux versions de Rome qui n'ont pas grand-chose en partage : la Rome républicaine, scène du dissensus entre patriciens et plébéiens, d'une part ; la Rome des jurisconsultes, lieu d'apparition du *corpus juris* comme modèle de rationalité formelle et de son « isolement », d'autre part²⁴. Le parallèle s'accuse davantage lorsqu'on considère comment chacune de ces perspectives se déploie suivant un schéma bipolaire analogue, opposant un référent positif et un référent négatif. À la république expansive, qui accepte le conflit des humeurs, qui reconnaît sa productivité et se dote d'*ordini* propres à l'aménager, s'oppose l'image de Florence, cité crispée dans sa vénération des modèles de l'Antiquité, soucieuse de préserver la concorde et la mesure du passé, et conduite par conséquent à refouler les conflits dans une violence dé-symbolisée. À côté de ce couple binaire s'en dessine un second qui oppose un droit « désincorporé », en extériorité par rapport au pouvoir et au savoir, et la perversion totalitaire de la loi, sa pleine réalisation par son absorption sans reste dans le corps de l'État-Parti.

Les figures du droit chez Claude Lefort

	Droit comme médium	Droit comme institution
Référent positif	Rome, la société historique	La « désincorporation » ?
Référent négatif	Florence, la cité idéologique	L'article 58, la justice totalitaire

Si l'article 58 donne une figure concrète à cette dernière possibilité, on peut se demander quel en serait le vis-à-vis. Quelle forme spécifique revêt la « désincorporation du droit » pour Lefort ? Comment désigner le « régime » qui reflète ou qui institue cette désincorporation ? Comment nommer le régime qui laisse le droit se déployer en tant qu'ordre autonome, acceptant sa « désintrinsication » d'avec le pouvoir ?

24. Ou, pour employer les termes de l'historien Aldo Schiavone (2008, 50), « l'auto-isolement du savoir juridique, qui n'est d'autre que le reflet historique de l'exclusion structurelle entre temporalité et normativité, survenue à peine le droit s'était-il organisé en une technique spécialisée, détachée des fonctions et systèmes d'idées auxquels elle était à l'origine intégrée ».

Le terme « démocratie » vient immédiatement à l'esprit. Mais dans l'acception qu'il prend chez Lefort, celui-ci apparaît à la fois trop vaste et trop restreint pour nommer adéquatement ce dont il s'agit. Trop restreint car, si la Déclaration de 1789 marque sinon le climax, du moins le point de non-retour de ce processus de désincorporation, nul doute que ce dernier demeure largement pré-démocratique, bien antérieur à la « révolution démocratique », puisqu'il renvoie à la consolidation multiséculaire d'une tradition juridique qui, pour une large part, est le fait de savants et de légistes qui défendent des intérêts corporatistes. À moins de céder aux charmes d'une histoire de type *whig*, il semble un peu ridicule de chercher le fil d'une généalogie démocratique qui courrait de Servius et Cicéron à Kelsen, en passant par Coke, Robert von Mohl et Albert V. Dicey. Par ailleurs, il serait très insatisfaisant de ramener la notion lefortienne de démocratie, avec toute sa richesse sémantique, à une compréhension purement négative de l'État de droit²⁵, à un « art de la séparation » selon l'expression suggestive de Michael Walzer.

L'embarras demeure donc entier : comment qualifier le droit en tant qu'institution ? Quel nom donner à cette « désintringation du droit et du pouvoir », sinon celui de *libéralisme* ou, pour être plus précis, de *dispositif libéral* (Manent) ? Évidemment Lefort, comme nombre de ses lecteurs, rechigne à employer cette dénomination. Ou plutôt, il ne l'accepte que sous une condition qui en transforme radicalement le sens. Il fait le pari que ce dispositif libéral ne pourra se maintenir durablement qu'au contact du dissensus et du conflit des humeurs, d'une démocratie qui demeure à l'état sauvage, traversée de luttes et de revendications, de tumultes et de bruits²⁶. C'est que, faut-il comprendre, le dispositif libéral n'est pas une réalité *sui generis* : en tant que formule institutionnelle, il ne repose pas sur son propre fond, mais se révèle le produit incertain et contingent d'une mise à l'épreuve continue du pouvoir. Il n'a d'autre garant que la « vérité effective des choses », pour parler comme Machiavel. À défaut de cette mise à l'épreuve, ce dispositif va s'éroder, pour céder tôt ou tard devant le fantasme d'une communauté bien ordonnée – dans les frontières de laquelle règnent *law and order* – et glisser enfin vers des formes nouvelles de servitude. C'est cet excès du dispositif libéral sur l'idéologie libérale qui explique, pour une bonne part, l'étrange sympathie de Lefort pour les penseurs libéraux du dix-neuvième siècle (Ingram, 2006 : 43), pour Tocqueville notamment, et son insistance à trouver dans la pensée tocquevillienne, parfois contre la lettre même

25. Sur ce problème, et suivant une perspective similaire, voir Ingram (2006 : 37 et suiv.) qui parle d'une permanence de « l'aliénation politique » chez Lefort.

26. On trouve une perspective assez similaire chez Habermas. Dans le langage de ce dernier, le propre de l'État démocratique est d'être une « forteresse assiégée », la souveraineté populaire n'existant que dans et par les « elusive interactions between culturally mobilized public spheres and a will-formation institutionalized according to the rule of law » (1996 : 486-487).

des textes, une relation dialectique entre « l'inquiète agitation » de la société démocratique (une vie civique effervescente et brouillonne) et la consolidation du régime libéral.

En somme, suivant ce pari, c'est toujours la Rome du dissensus civique qui représenterait la condition historique nécessaire du dispositif libéral. Le libéralisme, s'il veut demeurer libéral au vrai sens du terme, doit accepter la priorité de la démocratie et de ses tumultes comme une expérience indispensable. C'est là, dans cet amalgame audacieux, que les deux compréhensions du droit à l'œuvre chez Lefort se rejoignent et s'articulent. Loin de mettre en péril le droit-institution (comme le croit l'orthodoxie libérale), le droit-médium en assure au contraire la résilience.

Voilà certes une solution élégante, mais qui ne satisfait qu'à moitié. Outre qu'elle fasse bon marché de la tension historique entre démocratie et libéralisme, elle ne permet pas de qualifier de manière positive et avec un minimum de précision ce « dispositif libéral ». Plutôt que de chercher dans l'œuvre de Lefort une manière de surmonter cette difficulté, j'en appellerai aux réflexions de Thompson (1975) qui témoignent d'une trajectoire intellectuelle assez similaire, conduisant (à peu près dans les mêmes années) de la critique de l'émancipation bourgeoise à la revalorisation de la *rule of law*. Dans les toutes dernières pages de son grand livre *Whigs and Hunters*, Thompson reproche en effet à ses collègues marxistes de réduire le droit à un instrument de domination au service des classes dominantes et de lui refuser toute dignité propre. Pour lui, la *rule of law* représente au contraire « an unqualified human good » (1975 : 266).

Si la position de Thompson se rapproche de celle de Lefort, c'est surtout parce qu'elle fait découler la revalorisation du droit d'une analyse de sa perversion. Thompson ne vise bien sûr pas le totalitarisme soviétique ; le sujet de son ouvrage est plutôt le *Black Act*, loi votée au début du dix-huitième siècle par le Parlement de Westminster, transformant en délits passibles de la peine capitale un ensemble de pratiques interlopes qui, depuis des siècles, fournissaient aux forestiers et aux villageois anglais leurs moyens de subsistance : le braconnage, la cueillette du bois mort et des racines, la pêche en rivière. Ce qui intéresse Thompson, ce n'est pas seulement l'extrême rigueur des peines ni le fait que cette nouvelle législation correspond à une transformation des modes de propriété foncière et à l'ascendance prise par une nouvelle classe de propriétaires – représentée par la coterie *whig* de Walpole. Mais c'est aussi et surtout l'extrême généralité des termes par lesquels sont définis les délits : rôder, détruire un enclos, forcer une grille, porter une arme (un bâton !), proférer des menaces, se promener déguisé, le visage masqué ou « noirci » (*blackened*).

À l'instar l'article 58, le *Black Act* offre un remarquable exemple de déformalisation du droit. Semblable au zek tombant sous le coup de l'article 58, le *black* est n'importe qui : comme le note Thompson, on trouve parmi

les condamnés un échantillon assez représentatif du petit peuple des campagnes anglaises (1975 : 194). En raison de son énoncé touffu et vague, le *Black Act* permet au procureur de subsumer sous les termes de la loi n'importe quelle conduite, de sorte qu'il instaure entre ce dernier et l'accusé une relation duelle qui ne s'ouvre jamais sur la figure du tiers – le juge, lorsqu'il n'est pas corrompu, ne trouve dans le texte de la loi rien qui puisse limiter l'*hybris* du pouvoir. À cette relation purement duelle fait écho une remarquable positivation de l'espace social, ou plutôt sa réduction aux rapports de propriété privée. Au moment où la société se voit ramenée à une association de propriétaires, l'individu qui est dépouillé de propriété, et dont la subsistance repose plutôt sur des droits d'usage ancestraux, héritage féodal irréductible aux modes de propriété pré-capitalistes (*ibid.* : 240-241), vient figurer l'élément anti-social, « l'homme en trop » qui doit être annihilé (*ibid.* : 198). Cependant, en tant que loi pervertie, le *Black Act* porte à son envers l'image d'un droit non instrumental et affranchi du pouvoir, d'un droit qui, « in its forms and traditions, entailed principles of equity and universality which, perforce, had to be extended to all sorts and degree of men » (*ibid.* : 264).

Les réflexions de Thompson ont donné lieu en leur temps à de nombreuses controverses dans les milieux marxistes (Anderson, 1980 : 197-207) et chez les juristes critiques (Horwitz, 1977). Le contraste est frappant si l'on considère l'accueil qui fut réservé aux thèses de Lefort, un accueil qui va d'une adhésion superficielle à une querelle de famille²⁷. C'est que là où Thompson désigne clairement (et peut-être trop candidement) ce dont il s'agit – la *rule of law* anglo-saxonne – et assume cet héritage glorieux, certes, mais qui ne manque pas de pages sombres et de moments d'hypocrisie, Lefort, lui, demeure évasif et évite de se commettre. « Irréductibilité » (1981 : 69), « extériorité ineffaçable » (1981 : 64), « sphère de la loi » (1986b : 29), ou encore « Droit » avec une majuscule (1981 : 149) – la richesse de cette conceptualité séduit, mais elle ne délivre pas pour autant le lecteur de sa perplexité ; elle donne au contraire l'impression d'une étrange auto-référentialité et contribue à rendre la pensée de Lefort fuyante, inappropriable ou, en tout cas, difficile à mettre en dialogue. Lefort a sans doute de bonnes raisons de ne pas emprunter le même chemin que Thompson, le vocabulaire politico-juridique français ne disposant pas d'un terme qui pourrait jouer le même rôle que celui de *rule of law*, à la fois témoignage d'une conquête et porteur d'une promesse. L'expression « État de droit » est d'usage récent et elle rend sans doute mal l'exigence contenue dans l'idée d'une « désincorporation du droit ». Il n'empêche que le flou sémantique qui en résulte limite la portée des thèses de Lefort et tend à faire de cette « désincorporation » quelque chose de passablement mystérieux.

27. Voir note 3.

Conclusion

Même si elle s'inscrit dans une conjoncture politique et intellectuelle singulière, la réflexion de Lefort sur le droit joue un rôle architectonique dans sa pensée de la démocratie. Elle intervient à l'intersection d'une problématique de l'institution symbolique, formulée dans le sillage d'une critique originale du totalitarisme, et d'une théorie de la conflictualité démocratique (la « démocratie sauvage », si l'on veut) s'abreuvant à la source machiavélienne. Centrée surtout sur la figure des droits de l'homme, elle s'attache à les comprendre simultanément comme médium et comme institution, contestant la lecture « individualiste » partagée par le marxisme et par le libéralisme classique (2007 : 408-409). En cherchant à faire tenir ensemble la dynamique expansive et contestatrice nourrie par le langage des droits avec l'idée d'une autonomie de la forme juridique comme écart symbolique, la réflexion de Lefort oscille de façon subtile entre, d'une part, un registre agonistique, anticipant par là les réflexions d'Étienne Balibar (Colliot-Thélène, 2009) et de Jacques Rancière (2004), et, d'autre part, un registre que l'on qualifiera – faute de mieux – de « libéral » (Ingram, 2006), qui demeure indissociable de la menace (au moins virtuelle) d'une perversion de la loi. Comme j'ai tenté de le montrer, c'est sous ce rapport que la réflexion conserve quelque chose d'inachevé et de flottant, en dépit de sa richesse indéniable. Cela étant, Lefort a semblé fort bien s'accommoder de ce flottement. Un peu comme si les droits de l'homme ne gardaient à ses yeux leur attrait qu'en autorisant un va-et-vient constant entre l'ambition d'une philosophie politique « restaurée » et la pensée de l'évènement, de la contingence – en un mot : de la complication.

Bibliographie

- Abensour, Miguel, 1993, « Réflexions sur les deux interprétations du totalitarisme chez C. Lefort », dans Claude Habib et Claude Mouchard (sous la dir. de), *La démocratie à l'œuvre. Autour de Claude Lefort*, Paris, Esprit, p. 79-136.
- Anderson, Parry, 1980, *Arguments Within English Marxism*, Londres, Verso.
- Caillé, Alain, 1993, « Claude Lefort, les sciences sociales et la philosophie politique », dans Claude Habib et Claude Mouchard (sous la dir. de), *La démocratie à l'œuvre. Autour de Claude Lefort*, Paris, Esprit, p. 51-77.
- Christofferson, Michael S., 2004, *French Intellectuals Against the Left. The Antitotalitarian Moment of the 1970s*, New York, Berghahn.
- Colliot-Thélène, Catherine, 2009, « L'interprétation des droits de l'homme : enjeux politiques et théoriques au prisme du débat français », *Trivium*, n° 3, consulté sur Internet (<http://trivium.revues.org/3290>) le 7 janvier 2015.
- Douzinas, Costas, 2000, *The End of Human Rights. Critical Legal Thought at the Turn of the Century*, Oxford, Hart.
- Fuller, Lon L., 1958, « Positivism and Fidelity to the Law », *Harvard Law Review*, vol. 71, n° 4, p. 630-672.

- Fuller, Lon L., 1969 [2^e éd.], *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press.
- Gaille-Nikodimov, Marie, 2004, *Conflit civil et liberté. La politique machiavélique entre histoire et médecine*, Paris, Champion.
- Gauchet, Marcel, 2002, *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard.
- Geenens, Raf, 2008, « Democracy, Human Rights and History: Reading Lefort », *European Journal of Political Theory*, vol. 7, n° 3, p. 269-286.
- Habermas, Jürgen, 1996, *Between Facts and Norms* [trad. W. Rehg], Cambridge (MA), MIT Press.
- Hegel, Georg W.F., 1998, *Principes de la philosophie du droit* [trad. J.-F. Kervégan], Paris, Presses universitaires de France.
- Horwitz, Morton J., 1977, « The Rule of Law: an Unqualified Human Good? », *Yale Law Journal*, vol. 86, n° 3, p. 561-566.
- Ingram, James D., 2006, « The Politics of Claude Lefort's Political. Between Liberalism and Radical Democracy », *Thesis Eleven*, n° 87, p. 33-50.
- Jouanjan, Olivier, 2009, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France: un bilan critique », *Jus Politicum, Revue de droit politique*, n° 2, consulté sur Internet (<http://www.juspoliticum.com>) le 7 janvier 2015.
- Kelsen, Hans, 2008, *Die reine Rechtslehre*, Tübingen, Mohr Siebeck.
- Lacroix, Justine, 2013, « A Democracy Without a People? The Rights of Man in French Contemporary Thought », *Political Studies*, vol. 61, n° 3, p. 676-690.
- Lefort, Claude, 1972, *Le travail de l'œuvre Machiavel*, Paris, Gallimard.
- Lefort, Claude, 1979, *Éléments d'une critique de la bureaucratie*, Paris, Gallimard.
- Lefort, Claude, 1981, *L'invention démocratique*, Paris, Fayard.
- Lefort, Claude, 1986a, *Un homme en trop*, Paris, Seuil.
- Lefort, Claude, 1986b, *Essais sur le politique. XIX^e-XX^e siècles*, Paris, Seuil.
- Lefort, Claude, 1998, *La complication. Retour sur le communisme*, Paris, Fayard.
- Lefort, Claude, 2007, *Le temps présent. Écrits 1945-2005*, Paris, Belin.
- Lefort, Claude et Marcel Gauchet, 1971, « Sur la démocratie: le politique et l'institution du social », *Textures*, n°s 2-3, p. 7-78.
- Leydet, Dominique, 1993, « Phénoménologie du politique, normativité et droits de l'homme », *Revue canadienne de science politique*, vol. 26, n° 2, p. 345-358.
- Lindseth, Peter L., 1996, « Law, History, and Memory. 'Republican Moments' and the Legitimacy of Constitutional Review in France », *Columbia Journal of European Law*, vol. 3, p. 49-83.
- Machiavel, Nicolas, 2004, *Discours sur la première décade de Tite-Live* [trad. A. Fontana et X. Tabet], Paris, Gallimard.
- Moyn, Samuel, 2010, *The Last Utopia. Human Rights in History*, Cambridge (MA), Belknap.
- Moyn, Samuel, 2012, « The Politics of Individual Rights: Marcel Gauchet and Claude Lefort », dans Raf Geenens et Helena Rosenblatt (sous la dir. de), *French Liberalism from Montesquieu to the Present Day*, New York, Cambridge University Press, p. 291-310.
- Rancière, Jacques, 2004, « Who is the Subject of the Rights of Man? », *The South Atlantic Quarterly*, vol. 103, n°s 2-3, p. 297-310.
- Schiavone, Aldo, 2008, *Jus. L'invention du droit en Occident*, Paris, Belin.
- Stone, Alec S., 1992, *The Birth of Judicial Politics in France. The Constitutional Council in Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press.
- Teubner, Gunther, 2001, « Les multiples aliénations du droit: sur la plus-value sociale du douzième chameau », *Droit et société*, n° 47, p. 75-99.

- Thompson, Edward P., 1975, *Whigs and Hunters. The Origin of the Black Act*, New York, Pantheon.
- Waldron, Jeremy, 1999, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press.
- Weymans, Wim et Andreas Hetzel, 2012, « From Substantive to Negative Universalism: Lefort and Habermas on Legitimacy in Democratic Societies », *Thesis Eleven*, n° 108, p. 26-43.