

ARCHIVES DE PHILOSOPHIE

14 rue d'Assas – F-75006 PARIS
☎ 33-(0)1.44.39.48.23 – ☎ 33-(0)1.44.39.48.17
✉ archivesdephilo@wanadoo.fr
🌐 <http://www.archivesdephilo.com>

BULLETIN D'ÉTUDES HOBBSIENNES I (XXIX)

Archives de Philosophie, cahier 2018/2, tome 81, Été, p. 405-448.

© Centre Sèvres. Tous droits réservés pour tous pays. Reproduction interdite.

4.3. Serpil TUNÇ ÜTEBAY, *Justice en tant que loi, justice au-delà de la loi. Hobbes, Derrida et les Critical Legal Studies*, Paris, L'Harmattan, 2017, 262 pages.

L'ouvrage est issu de la thèse de doctorat de l'auteure, soutenue le 25 janvier 2016 à l'Université Paris Diderot – Paris VII, sous la direction de Mme Martine Leibovici. Le sujet de thèse de Serpil Tunç Ütebay trouve son origine dans l'expérience de la

violence d'État. Citoyenne turque, outrée par le fonctionnement de l'institution judiciaire de son pays, l'auteure cherche à penser une troisième voie entre positivisme juridique et tradition jusnaturaliste. Si nous estimons parfois que la justice n'a pas été rendue, c'est que nous trouvons, au fond de nous-mêmes, une autre conception du juste. La justice ne saurait résider dans la seule application de la loi. Il ne s'agit pas toutefois de renvoyer la justice à un droit naturel divin ou à un sentiment moral. Quelle que soit la forme qu'il prend, le jusnaturalisme repose sur un fond d'impensé que l'auteure n'entend pas assumer. Serpil Tunç Ütebay trouve dans la déconstruction derridienne de la justice une alternative à ces deux perspectives. Derrida mettrait au jour l'idée d'une justice « au-delà de la loi » sur laquelle il serait judicieux de s'appuyer pour réformer la pratique judiciaire. Ni droit naturel, ni sentiment moral, un « plan juridique réel » (p. 26) apparaîtrait à celui qui accepte de déconstruire la notion de justice. Ainsi, l'ouvrage s'ouvre sur un premier moment négatif de critique du positivisme juridique au cours duquel la figure de Hobbes est convoquée comme repoussoir pour dénoncer le lien intrinsèque qui unirait nécessairement la justice, la loi, la souveraineté et la violence. L'auteure entreprend dans un deuxième temps d'exposer la conception derridienne de la justice avant d'étudier dans une troisième partie les applications pratiques de cette perspective au sein des *Critical Legal Studies*.

L'auteure rappelle que, pour de nombreux commentateurs, Hobbes apparaît comme le précurseur du positivisme juridique. S'appuyant sur les chapitres XV et XXVI du *Léviathan*, Serpil Tunç Ütebay montre que le droit naturel hobbesien ne saurait être opérant dans l'état de nature : il est nécessaire qu'une instance dispose d'un pouvoir absolu, qu'un individu ou une assemblée soient à même d'assurer la paix, pour que les conseils de la raison deviennent à proprement parler des *lois* qui obligent. La justice, du même coup, ne peut consister que dans le respect des lois (naturelles et civiles) et se présente comme étant irrémédiablement liée à l'institution du souverain. L'exercice et l'efficacité de la justice impliquent la souveraineté.

Serpil Tunç Ütebay propose alors une lecture fine et attentive du dernier séminaire de Derrida sur *La bête et le souverain*. Comme la bête, le pouvoir souverain possède une phénoménalité propre : celle du phantasme ou du spectre. Le loup est cette bête d'autant plus effrayante que nous ne le voyons jamais ; le loup est présent dans notre imaginaire, il existe, produit des effets quand bien même il ne nous apparaît pas. La peur fait à proprement parler exister la bête. De la même manière, la peur fait exister le souverain et partant la justice. Le souverain est partout et nulle part, il hante l'espace public et se rend présent par les affects qu'il suscite. Rares sont ceux qui ont souligné avec autant de justesse la dimension essentiellement affective de la souveraineté chez Hobbes. La justice, la souveraineté et la peur ont bel et bien partie liée.

L'ouvrage nous semble toutefois doublement problématique. Il n'est pas évident, tout d'abord, que la déconstruction de la justice ouvre véritablement une troisième voie entre positivisme et jusnaturalisme. La « justice au-delà de la loi », de l'aveu même de l'auteure, doit être comprise comme un jugement moral (étudié à partir des travaux d'Emmanuel Levinas). Or, dans quelle mesure la perspective éthique nous fait-elle sortir du droit naturel ? Si Serpil Tunç Ütebay refuse d'ancrer la justice dans une quelconque référence à Dieu, il semblerait qu'elle n'échappe pas néanmoins à l'idée que la justice trouve son origine dans un jugement personnel, voire dans un sentiment naturel. D'autre part, il n'est pas certain que les *corpus* hobbesien et derridien soient les plus appropriés à la défense de son propos. Loin de conduire à une

critique de la souveraineté et de l'État, il nous semble que les textes de Hobbes et de Derrida soulignent au contraire l'intrication extrême et *indépassable* de l'exercice de la justice et de l'institution souveraine. La non-pertinence des références à Hobbes (comme repoussoir) et à Derrida (comme source d'inspiration) est d'autant plus sensible que l'auteur rend compte de la complexité de leurs pensées. Le lecteur découvre au fil des pages des analyses qui paraissent être en contradiction avec l'intention générale de l'ouvrage.

Le premier moment d'étude de la perspective positiviste nous semble ainsi affaibli par une série de confusions conceptuelles. L'auteur tend en effet à faire de la « force » et de la « violence » des synonymes : le souverain disposant d'une force absolue, l'exercice de la souveraineté conduirait nécessairement à un déchaînement de violence. La position positiviste serait discréditée du fait de la violence intrinsèque à l'exercice du pouvoir souverain. Or, même chez Hobbes, il y a bien une différence entre disposer de moyens de dissuasions et faire un usage indu de la force. Si la peur joue bel et bien un rôle déterminant dans la phénoménalisation du pouvoir et de la justice, elle cesse d'être opérante dès lors qu'elle se change en terreur, en crainte d'une force qui s'exerce effectivement. La persistance d'un droit naturel de résistance (chapitre XXI du *Léviathan*) une fois la République instituée est l'un des nombreux indices qui permettent de dire que, même chez Hobbes, l'usage de la violence brise la relation de souveraineté. Si l'institution de la loi implique la maîtrise de la force, cette relation ne saurait être critiquée au moyen d'une dénonciation de la *violence* d'État.

À cette première confusion s'ajoute celle de l'*exercice* de la justice et du *sentiment* de justice. L'auteur cherche à montrer qu'il n'y a pas de justice dans le système hobbésien. L'argument consiste à dire que si la justice réside dans l'application de la loi (chapitre XV du *Léviathan*), et si la loi promulguée par le souverain est emprunte de violence, alors la justice rendue par l'État n'en est pas une. Cependant, Serpil Tunç Ütebay manque ici le partage que Hobbes tient à maintenir entre le *sentiment* du juste et la *publicité* de la justice. Les lois naturelles ne révèlent pas autre chose que le fait que nous sommes toujours capables de distinguer le juste de l'injuste. Le droit naturel hobbésien repose en définitive sur un sentiment naturel de justice. Loin de renoncer à toute justice, Hobbes distingue deux formes de justice, la justice en tant que sentiment intime qui se manifeste dans les énoncés rationnels du droit naturel et la justice en tant qu'elle se réalise dans la société civile, promulguée par l'intermédiaire du souverain. Cette dernière confusion rend donc problématique le fait de faire de Hobbes un repoussoir : le positivisme juridique de Hobbes n'en fait pas un négateur du sentiment moral.

Cette difficulté est d'autant plus saillante que l'auteur souligne elle-même la volonté constante de Hobbes de ne pas confondre la loi avec l'expression arbitraire de la volonté du souverain. Une loi n'oblige que si elle est juste, et elle n'est juste que si elle est nécessaire pour assurer la paix. Toutefois, Serpil Tunç Ütebay refuse de voir dans les limites du pouvoir législatif une garantie de justice : bien que Hobbes insiste, au chapitre XXVI, sur le fait que « la loi de nature et la loi civile se contiennent l'une l'autre et sont d'égale étendue », l'intérêt du monarque (ou de l'assemblée) discréditerait nécessairement cet équilibre. Cependant, en quoi l'intérêt – technique – du souverain entacherait-il son pouvoir législatif ? En quoi les lois seraient-elles moins justes si elles permettent d'entretenir le pouvoir souverain en même temps qu'elles assurent la paix ?

Si Hobbes n'est peut-être pas le repoussoir idoine dont l'auteur aurait besoin, ce n'est peut-être pas non plus chez Derrida que l'on peut trouver l'idée d'une justice qui se manifesterait indépendamment du pouvoir souverain. De nouveau, ce sont les analyses mêmes de l'auteure qui conduisent à cette conclusion. Serpil Tunç Ütebay propose en effet une lecture stimulante de la déconstruction derridienne de la justice. Elle montre comment la justice repose toujours sur une aporie, comment elle se rend toujours en courant tout à la fois le risque du *légalisme* et celui de l'*arbitraire*. Lorsqu'il juge, le magistrat doit toujours se déprendre de l'abstraction et de la généralité de la loi : rendre la justice, c'est s'attacher au particulier. Le juge n'applique donc jamais à proprement parler la loi ; il décide en son âme et conscience de ce qui est juste. Toutefois, cette décision se produit dans le cadre de la loi. Sans cela, le jugement rendu serait toujours arbitraire. L'entreprise de déconstruction derridienne rapportée par l'auteure conduit précisément à mettre en lumière cette tension indépassable entre le *légalisme* et l'*arbitraire*. La justice se rend, c'est-à-dire s'exprime et se réalise, nécessairement dans cet entre-deux, au croisement de la loi et de la décision. Or, loin de s'écarter de la souveraineté, cette caractérisation de la justice accorde une place fondamentale au pouvoir souverain.

En effet, dans la mesure où, pour Derrida, la justice ne saurait se manifester en dehors du cadre de la loi, il est nécessaire de la penser conjointement à un pouvoir législatif légitime, à une instance qui édicte le droit, c'est-à-dire à un pouvoir souverain. La définition bodinienne de la souveraineté comme pouvoir de faire la loi est au cœur de la déconstruction derridienne de la justice. D'autre part, le pouvoir de décision du juge, son aptitude à décider, n'est en définitive pas bien éloigné du pouvoir souverain lui-même. La décision, chaque fois exceptionnelle du juge, n'est pas sans rappeler la conception schmittienne du pouvoir souverain : comme le souverain qui décide de l'état d'exception, le juge suspend la généralité du droit lorsqu'il rend son verdict particulier. « D'une part, le juge suspend le droit, il invente un état d'exception, d'autre part, il reste fidèle au droit, telle est l'aporie de la justice » (p. 145). Alors même qu'elle rend compte avec justesse de la déconstruction derridienne de la justice, l'auteure ne perçoit pas qu'elle repose en définitive sur deux définitions classiques de la souveraineté : la souveraineté comme pouvoir de faire la loi (Bodin) et la souveraineté comme pouvoir d'exception (Schmitt).

Ces travers de lecture sont d'autant plus regrettables que l'ouvrage est l'un des rares à proposer une étude fine et attentive du séminaire de Derrida sur *La bête et le souverain*. L'ouvrage est loin d'être dépourvu de qualités pour qui s'intéresse aux lectures contemporaines de Hobbes : le lecteur trouvera dans le travail de Serpil Tunç Ütebay une réflexion stimulante, à aborder toutefois en conservant un regard critique.