

# Cahiers de méthodologie juridique

N° 29

*Le désaccord en droit*  
*Nouveaux regards sur l'argumentation*  
*en droit*

sous la direction de  
Jean-Yves CHÉROT

RRJ 2015-5



# THÉORIE DU DROIT ET PHÉNOMÉNOLOGIE DU DROIT : JALONS D'UNE RÉCEPTION CRITIQUE AU XX<sup>e</sup> SIÈCLE

---

Benoît KANABUS

*Centre de Philosophie du droit, Université catholique de Louvain*

**Abstract :** *Phenomenology's attempt to seize the meaning of legal phenomenon is an admission of failure among most legal theorists. This article aims to review the history of phenomenology of law's reception in legal theory and the specific criticism developed by legal theorists themselves. We will consider : firstly, the false promises of German phenomenologists ; secondly, the superficiality of French phenomenology ; thirdly, the widespread discredit on phenomenology in legal world at the end of the 20th century.*

Il existe des provinces particulièrement réfractaires au retour aux choses elles-mêmes ; la province « Droit » en constitue un exemple typique<sup>1</sup>.

La tentative de renouveler l'approche philosophique du droit au XX<sup>e</sup> siècle grâce à la méthode phénoménologique est un constat d'échec signé par la quasi-totalité des théoriciens du droit. Il l'est avec d'autant plus d'assurance que cette tentation est déjà vieille d'un siècle puisqu'elle remonte à Husserl en personne. Notre objectif est de retracer ici les jalons de la réception en théorie du droit des essais de phénoménologie du droit, en prenant pour ligne directrice non pas d'en rendre les subtilités internes, mais de viser à chaque fois ce qui a été la pierre d'achoppement pour les théoriciens du droit qui les ont pris en considération. Premièrement, nous rappellerons comment l'arrivée de la phénoménologie via de jeunes auteurs allemands a été perçue comme une promesse ou plutôt, si l'on prend déjà le parti des juristes, comme une fausse promesse. Deuxièmement, nous nous arrêterons sur le dénuement, pour ne pas dire la superficialité de la phénoménologie française face à la question du droit. Troisièmement, nous ferons état du discrédit généralisé qui a fini par effacer chez les théoriciens du droit – et même chez beaucoup de philosophes du droit – jusqu'au souvenir de la phénoménologie.

---

<sup>1</sup> P. Amslek, « La phénoménologie et le droit », in *Archives de Philosophie du droit*, 17, 1972, p. 185-259, p. 186.

## I. Les fausses promesses

Husserl n'a lui-même consacré que très peu d'écrits à l'objet droit. Tout au plus y trouve-t-on quelques passages relatifs dans les *Ideen II*<sup>2</sup> et quelques traces de réflexions dans le vaste ensemble de *Nachlaß* édité par Iso Kern<sup>3</sup>. Il y développe qui plus est une analyse relativement vague et sans réelle nouveauté par rapport à sa thèse fondamentale – et incontournable – selon laquelle les objets du monde n'ont de sens qu'en tant qu'ils sont des phénomènes pour une conscience inscrite dans un « monde de la vie » (*Lebenswelt*). C'est dès lors dans la socialité elle-même que doivent être cherchés les fondements phénoménologiques des normes juridiques. Le droit, d'une certaine manière, rime chez Husserl avec « coutume juridique ». Il ne faut cependant pas réduire cette expression à la simple tradition indéterminée d'une collectivité mais, au contraire, y voir l'affirmation d'une source déterminée par la volonté d'un État que le droit manifeste précisément le mieux. Le droit possède en ce sens pour Husserl une finalité rationnelle devant laquelle chaque conscience est appelée à s'incliner.

« Les règles juridiques, écrit-il, sont des règles coercitives, c'est-à-dire que ce sont des normes que chacun, appartenant à la communauté juridique, reconnaît comme obligatoires et se trouvent contraints, moyennant les sanctions, d'observer »<sup>4</sup>.

Dans cette perspective, la loi apparaît comme « une exigence volontaire qui est émise pour chacun, un ordre auquel chacun a dû se soumettre et auquel chacun se sent lié »<sup>5</sup>. Quant à l'unité de l'État, elle est fort logiquement une « unité juridique qui s'impose à tous les sujets comme si une volonté "d'ordre supérieur" s'imposait à l'ensemble des volontés particulières »<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> *Idees directrices pour une phénoménologie*. T. II : *Recherches phénoménologiques pour la constitution*, trad. E. Escoubas, Paris, PUF, 1982. Pour l'édition allemande, voir *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie*. T. II : *Phänomenologische Untersuchungen zur Konstitution*, Den Haag, Nijhoff, 1952, réédité dans la collection des œuvres complètes *Husserliana XIV*, Den Haag, Nijhoff, 1991.

<sup>3</sup> Voir « Zur Phänomenologie des Intersubjektivität », in *Husserliana XIII, XIV, XV*, I. Kern (éd.), Den Haag, Nijhoff, 1973. Une édition et une traduction française remarquable, mais partielle, a été réalisée par les soins de Nathalie Depraz (*Sur l'intersubjectivité*, 2. T., Paris, PUF, 2001). Las – mais c'est peut-être significatif –, parmi les textes qui ont été rejetés de l'édition française figurent justement ceux se rapportant à « Éthique formelle – Philosophie du Droit » (*formale Ethik-Rechtsphilosophie*).

<sup>4</sup> E. Husserl, *Husserliana XV*, *op. cit.*, p. 106.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> L. Perreau, *Le Monde social selon Husserl*, Dordrecht/Heidelberg, Springer, 2013, p. 168. S'agissant des apports de Husserl à cette réflexion, on notera un article tout à fait surprenant, utilisant Husserl pour relire l'art. 518 du Code civil : « Les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par leur nature ». Voir A. Zabalza, « Recherche sur le sens métaphysique et la portée

Rien dans ces analyses ne semblerait véritablement bouleverser le sens commun, et les théoriciens du droit pourraient au fond se féliciter que le fondateur de la phénoménologie ait validé, en passant, une conception assez classique de l'ordre juridique. Pourtant, en poussant les présupposés internes à la réflexion husserlienne, Paul Amselek a ciblé une tension originaire entre la phénoménologie – précisons la phénoménologie axiologique – et la théorie du droit. Il se réfère en particulier à la description de l'obligation opérée par Husserl, celle-là même dont il est question plus haut. Ce n'est pas tant la fonction qu'elle occupe dans la socialité qui pose problème que son essence telle que la décrit Husserl. Pour ce dernier, l'énoncé « on doit faire ceci » serait l'équivalent d'une règle énonçant « c'est une bonne chose de faire ceci », impliquant par là même « une action naturellement dotée d'une valeur positive saisissable par l'intuition »<sup>7</sup>. Le risque encouru est que la règle – ne parlons pas déjà ici de norme juridique – se réduise donc à un énoncé constatatif de valeurs transcendantales intuitionnées.

« Les règles, commente Amselek, n'auraient aucune réalité propre, aucun relief de choses spécifiques : elles ne seraient qu'une façon de s'exprimer. On doit relever combien est incongru cet ajout des valeurs à la structure typique des choses. Une étrange dichotomie ontologique est ainsi introduite ; il y aurait à tenir compte, outre tous les éléments caractéristiques invariants communs à toutes les choses d'un même type, de leur valeur, sorte de cerise sur le gâteau. Husserl parle en ce sens d'un "monde des choses" et d'un "monde des valeurs", de la "chose simple" et de la "chose évaluée" »<sup>8</sup>.

Il faut toutefois éviter de faire à Husserl un procès d'intention, tant, nous le disions, la question du droit n'apparaît chez lui que de manière limitrophe. Il n'en est pas moins vrai que la difficulté soulevée par Amselek est grosse de tous les errements dénoncés par les théoriciens du droit dans les essais produits par ses successeurs.

La première tentative significative d'une phénoménologie du droit fut le fait du disciple d'Husserl, Adolf Reinach, qui était juriste de formation<sup>9</sup>. La considération dont il jouit fut telle que son texte le plus fameux, *Les Fondements*

---

métajuridique de la formule husserlienne : "la terre ne se meut pas" », in *Archives de Philosophie du Droit*, 46, 2002, p. 379-406.

<sup>7</sup> Cité par P. Amselek, *Cheminements philosophiques dans le domaine du droit et des règles en général*, Paris, Armand Collin, 2012, p. 40. Voir J.-Y. Chérot, « Paul Amselek et la normativité en droit », in *Revue de la Recherche Juridique – Cahier de méthodologie juridique*, 2013-5, p. 1997-2009, p. 1998.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>9</sup> Sur la question du mouvement de la phénoménologie du droit qui s'est constitué en Allemagne, voir S. Loidolt, *Einführung in die Rechtsphänomenologie: Eine historisch-systematische Darstellung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010.

a priori du droit civil<sup>10</sup>, prit place après les *Ideen* I<sup>11</sup> du maître et *Le Formalisme en éthique et l'éthique des valeurs*<sup>12</sup> de Max Scheler dans le premier volume du *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung* paru en 1913. Paradoxalement, Reinach ne s'engouffra pas dans le tournant transcendantal inauguré par ces *Ideen I*, mais resta fidèle à ce qu'il considérait être la pureté réaliste des *Recherches logiques*<sup>13</sup> du premier Husserl. La réponse de Husserl fut inmanquablement une prise de distance assez nette vis-à-vis de ce travail<sup>14</sup>. Quoi qu'il en soit, l'*a priori* en jeu chez Reinach reste donc fondé sur la teneur de sens des concepts, sur la « réalité des essences » (*Wesen*) plutôt que sur la conscience transcendantale comme condition de possibilité de leur expérience.

Sa thèse est qu'il est possible de déceler dans le droit « une riche abondance de principes a priori, formulables rigoureusement, d'une appréhension évidente, indépendante de toute conscience particulière »<sup>15</sup>. Si les normes juridiques sont bien des objets pour la conscience, elles constituent d'abord des réalités idéelles qui n'en sont pas moins réelles et dont on peut décrire l'essence, autrement dit la structure interne propre. Autrement dit, le droit est certes un mode de l'objectivité, mais il est possible, prétend Reinach, d'en construire une théorie *a priori* dont le but est d'en décrire l'essence qui précède logiquement la

<sup>10</sup> Trad. R. de Calan, Paris, Vrin, 2004. Pour l'édition originale, voir « Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts », in *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung*, 1, 1913, p. 685-847. Le texte a été réimprimé en format livre sous le titre *Zur Phänomenologie des Rechts. Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*, München, Kösel, 1953. Il a enfin été réédité dans les œuvres complètes, *Sämtliche Werke. Textkritische Ausgabe*. T. I, K. Schuhmann et B. Smith (éds), München, Philosophia Verlag, 1989, p. 141-278. On devait déjà à Reinach une autre publication sur le concept de cause en droit pénal : *Über den Ursachenbegriff im geltenden Strafrecht*, Leipzig, Barth, 1905.

<sup>11</sup> *Idees directrices pour une phénoménologie et une philosophie phénoménologie pures*, T. I : *Introduction générale à la phénoménologie pure*, trad. P. Ricœur, Paris, Gallimard, 1950. Pour l'édition originale, voir « Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie », in *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung*, 1, 1913, p. 1-323.

<sup>12</sup> Trad. M. de Gandillac, Paris, Gallimard, 1955. Le texte est paru en deux livraisons : la première partie, « Formalismus in der Ethik und die materiale Werthik (mit besonderer Berücksichtigung der Ethik Immanuel Kants) », a donc été publiée dans le *Jahrbuch* de 1913, p. 405-565 ; la seconde partie, sous-titrée « Neuer Versuch der Grundlegung eines ethischen Personalismus » est parue dans le *Jahrbuch* de 1916, p. 21-478.

<sup>13</sup> T. I : *Prolegomènes à la logique pure*. T. II (2 vol.) : *Recherches pour la phénoménologie et la théorie de la connaissance*. T. III : *Éléments d'une élucidation phénoménologique de la connaissance*, trad. H. Élie, L. Kelkel et R. Schérer, Paris, PUF, 1961-1963. Pour l'édition originale, voir *Logische Untersuchungen*. T. I : *Prolegomena zur reinen Logik*. T. II : *Untersuchungen zur Phänomenologie und Theorie der Erkenntnis*, Leipzig, Veit, 1900-1901.

<sup>14</sup> Voir E. Husserl, « Lettre adressée à Natorp, datée du 8 juin 1917 », reprise in K. Mulligan (dir.), *Speech Act und Sachverhalt*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987. Sur la nature de leur relation, voir K. Schuhmann, « Husserl und Reinach », in *ibid.*, p. 239-240.

<sup>15</sup> *Fondements a priori du Droit civil civil*, *op. cit.*

constitution des normes juridiques elles-mêmes<sup>16</sup>. À ces dernières, il revient de découvrir autant que faire se peut ces essences et de leur donner une concrétude. La porte est ainsi laissée ouverte à l'inévitable constat des variations d'un code civil à l'autre tant au niveau de l'évolution historique nationale et qu'au niveau de la comparaison internationale.

Reste à savoir comment découvrir ces fameuses essences. La piste donnée par Reinach est que leur révélation se situe dans les actes sociaux<sup>17</sup>. Et c'est *in fine* la « promesse » (*Versprechen*) que Reinach va placer à l'origine de la plupart des notions juridiques comprises dans le code civil<sup>18</sup>, non en tant que lien causal, matériel, mais, répétons-le, en tant que lien modal, c'est-à-dire, derechef, tiré d'un rapport d'essence. Acte social s'adressant à autrui, appelant nécessairement une conséquence et visant d'abord celui qui la fait et la donne avant celui qui la reçoit<sup>19</sup>, la promesse semble en effet à ses yeux l'essence structurante des notions de contrat, de responsabilité, de créance, de propriété, de gage ou encore de représentation.

Avec un intérêt tout personnel, Michel Villey vit en Reinach un artisan de la renaissance du droit naturel, tout en rapportant que ce dernier n'acceptait pas pour lui-même cette étiquette<sup>20</sup>. Il n'empêche : pour Villey, le travail de Reinach consiste à découvrir « *a priori* un ensemble de propositions juridiques de valeur immuable », laissant aux autres « juristes le soin de compléter ce noyau de vérités stables en fonction des besoins de chaque temps, pour constituer le "droit positif" »<sup>21</sup>. Aussi, tout compte fait, la capacité de Reinach à nous faire « voir l'existence de vérité de droit supra-empiriques »<sup>22</sup> et sa construction d'un « système de vérités juridiques aprioristiques », tout cela demeure bien « dans la ligne de l'École moderne du Droit naturel »<sup>23</sup>.

<sup>16</sup> Voir N. Poulantzas, *Nature des choses et droit. Essai de dialectique du fait et de la valeur*, Paris, LGDJ, 1965, p. 29 n. 39 et G. Fassò, *Histoire de la philosophie du droit aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles*, trad. C. Rouffet, Paris, LGDJ, 1976, p. 197. Pour l'édition originale, voir *Storia della filosofia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1974.

<sup>17</sup> Voir *Fondements a priori du Droit civil civil*, *op. cit.*, p. 58-70.

<sup>18</sup> Voir *ibid.*, p. 60.

<sup>19</sup> Voir J.-L. Gardies, « Le droit, l'a priori, l'imaginaire et l'expérience », in *Archives de Philosophie du Droit*, 7, 1962, p. 171-197, p. 173. Voir également ID., « La philosophie du droit d'Adolf Reinach », in *Archives de philosophie du droit*, 10, 1965, p. 17-32 ; ID., *Essai sur les fondements a priori de la rationalité morale et juridique*, Paris, LGDJ, 1972 ; J. Cantegreil, « D'une voie phénoménologique en théorie du droit. Remarques sur le réalisme d'Adolf Reinach », in *Les Études philosophiques*, 72/1, 2005, p. 99-112 ; J. Benoist et J.-Fr. Kervégan (dir.), *Adolf Reinach. Entre droit et phénoménologie*, Paris, CNRS, 2008.

<sup>20</sup> Voir *Philosophie du droit. T. II : Les moyens du droit*, Paris, Dalloz, 1979, § 185, p. 99.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris Dalloz, 1962 [1<sup>re</sup> éd. 1957], p. 100.

<sup>23</sup> *Philosophie du droit*, *op. cit.*, § 185, p. 100.

L'évaluation réalisée en 1948 par Jean Haesaert s'avère beaucoup plus critique. « Si originale qu'elle soit, [l'œuvre de Reinach] ne peut passer pour une réussite. Elle est faite [...] de recherche de pure logique, qui ne conviennent pas à l'essence ni aux exigences du droit »<sup>24</sup>. Sans doute Haesaert aurait-il dû avoir l'élégance d'éviter d'employer le terme d'*essence* et se contenter de piquer Reinach en dénôçant chez lui « un vain jeu de l'imagination »<sup>25</sup>. Cela n'enlève rien à la clarté avec laquelle il tourne en dérision le postulat de son collègue allemand.

« Le propos de l'auteur, explique-t-il, est de démontrer que les formations que l'on appelle communément juridiques ont une réalité aussi bien que les nombres, les arbres ou les maisons : il ajoute que cette réalité est indépendante du droit positif, bien que celui-ci le suppose et s'en serve »<sup>26</sup>.

Le gêne tout particulièrement l'idée selon laquelle le droit positif ne produit pas les concepts juridiques mais les découvre<sup>27</sup>. Sans le savoir, Haesaert se révèle contre Reinach partisan du second Husserl en regrettant qu'on puisse lire qu'il existerait des propositions aprioristiques, évidentes, « indépendantes de toute conscience » et, partant, « indépendantes du contenu de n'importe quel droit positif »<sup>28</sup> et de toute jurisprudence. La conclusion s'impose d'elle-même : les constructions phénoménologiques de Reinach sont étrangères à toute théorie générale du droit.

L'effort de Reinach, interrompu par une mort brutale sur le front en 1917, fut poursuivi par le fils du fondateur en personne, Gerhart Husserl<sup>29</sup>, ainsi que par plusieurs jeunes auteurs allemands, tels Felix Kaufmann<sup>30</sup>, Julius Kraft<sup>31</sup>, Kurt Reisdorf<sup>32</sup> ou encore Fritz Schreier<sup>33</sup>. Ce dernier entreprit un dialogue avec l'École de Vienne<sup>34</sup>, et singulièrement avec Kelsen<sup>35</sup>. A cette

<sup>24</sup> *Théorie générale du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1948, p. 63.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>27</sup> Voir *ibid.*, p. 63 et p. 273.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 64.

<sup>29</sup> Voir *Rechtskraft und Rechtsgeltung : Eine rechtsdogmatische Untersuchung*, Berlin/Heidelberg, Springer, 1925 ; *Recht und Welt : Rechtsphilosophische Abhandlungen*, Frankfurt/M, Klostermann, 1964 [1<sup>re</sup> éd. 1929] ; *Der Rechtsgegenstand : Rechtslogische Studien zu einer Theorie des Eigentums*, Berlin/Heidelberg, Springer, 1933 et *Recht und Zeit : Fünf rechtsphilosophische Essays*, Frankfurt/M, Klostermann, 1955.

<sup>30</sup> Voir *Kriterien des Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1922 et *id.*, *Logik und Rechtswissenschaft : Grundriss eines Systems der reinen Rechtslehre*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1924.

<sup>31</sup> Voir « Die wissenschaftliche Bedeutung des phänomenologischen Rechtsphilosophie », in *Kant-Studien*, 31/2-3, 1926, p. 286-296.

<sup>32</sup> Voir *Die Grundlegung des Rechtswissenschaft*, Berlin/Bonn, Dümmler, 1930.

<sup>33</sup> Voir *Grundbegriffe und Grundformen des Rechts*, Leipzig-Wien, Deuticke, 1924.

<sup>34</sup> Voir « Die Wiener rechtsphilosophische Schule », in *Logos*, 11, 1923, p. 309- 328.

<sup>35</sup> Voir « Reine Rechtslehre und Privatrecht », in A. Verdross (dir.), *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur reinen Rechtslehre. Festschrift für Hans Kelsen zum 50. Geburtstag*, Wien, Springer,

époque, rappelle Guido Fassò, « le concept phénoménologique du droit parut fournir un instrument pour une configuration philosophique de la “doctrine du droit” de Kelsen »<sup>36</sup>. Haesaert, dont on a vu le sort qu’il réserve à Reinach, n’en est nullement convaincu et ne se montre guère plus tendre à l’égard de Schreier sur base d’une critique similaire : comment admettre « qu’il existe des normes juridiques indépendamment de leur consécration par le jurislatureur » ? Or, continue-t-il,

« la norme, active par définition, tend à se réaliser : elle implique sa validité. Si elle ne le fait pas, elle peut être une proposition sous forme normative, ou une hypothèse : elle n’est pas une directive en vue d’une action effective, comme le veut l’idée de la norme. À supposer que Schreier, par le moyen de la contemplation dégage tout le droit en sa réalité transcendante, on ne peut concevoir que celle-ci demeure sans contact avec le droit positif à moins de n’être qu’une fantasmagorie »<sup>37</sup>.

Quand Haesaert s’attaque à présent au fils de Husserl, il reconnaît que ce dernier admet pour sa part que le droit est une réalité positive, produit par les hommes et soumis à la transformation du temps. Il n’échappe pas pour autant au pêché transcendantal. S’il fonde bien la portée axiologique des normes dans l’effectivité de celles-ci, c’est-à-dire dans le fait qu’elles sont effectivement suivies par leur destinataires », l’erreur est de réintroduire aussitôt, à l’encontre du « caractère éphémère des normes », leur existence « dans la conscience individuelle des jurislatureurs comme une donnée transcendante » de sorte qu’elles possèdent bel et bien un « caractère extemporané », une valeur formelle et une « certitude éternelle »<sup>38</sup>. Gehrard Husserl revient certes au sens traditionnel de la phénoménologie, mais celui-ci n’est pas non plus sans poser problème :

« C’est en vain que le profane se demande comment la conscience réussit à pénétrer dans le monde transcendantal des normes et comment celui-ci peut être rendu positif par la seule volonté des sujets de droit. La nature de la contemplation phénoménologique demeure un mystère [...]. Comment le juriste procède-t-il pour faire communiquer la norme transcendante avec les relations positives qu’elle gouverne ? »<sup>39</sup>

---

1931, p. 309-343. Sur sa relation entre ces deux auteurs, voir A.-J. Korb, *Kelsens Kritiker : Ein Beitrag zur Geschichte der Rechts- und Staatstheorie (1911-1934)*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, p. 95-96.

<sup>36</sup> *Histoire de la philosophie du droit*, op. cit., p. 198. Voir également S. Loidolt, *Einführung in die Rechtsphänomenologie*, op. cit., p. 131 et suiv.

<sup>37</sup> *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 274.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 275. Voir également J.-C. Billier et A. Maryoli, *Histoire de la Philosophie du droit*, Paris, Armand Collin, 2001, p. 247.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 275-276.

Sur l'inévitable gap qui apparaît entre les essences aprioristiques et les normes concrètes, c'est Nicos Poulantzas qui pointera la difficulté de la manière la plus tranchante :

« Les auteurs phénoménologiques constatent une distance entre ces caractères et les divers droits positifs. Ils admettent que les normes du droit positif peuvent en effet dévier des caractères aprioriques du droit... Si cependant ces caractères constituent des essences eidétiques du droit, comment peut-on concevoir un "être" juridique qui leur serait contradictoire ? C'est surtout G. Husserl qui examine ce problème. Reinach sombre, lui, dans un chaos de confusion, en admettant qu'il existe certains caractères aprioriques dont le droit positif peut dévier, d'autres dont il ne le peut pas, quitte à demeurer sibyllin en ce qui concerne les critères et les raisons de cette distinction. Or, G. Husserl nous dit que s'il existe une déviation du droit positif de son essence eidétique, c'est qu'il existe entre eux une relation de possibilité à l'actualisation. Les essences eidétiques du droit s'actualiseraient ainsi avec plus ou moins de perfection dans les droits positifs. Quant à J.-L. Gardies, il admet qu'il s'agit là d'un problème de connaissance des essences – qui précède leur réalisation dans le droit positif – par les hommes : cette connaissance présente des lacunes dans l'histoire de l'humanité. Le problème, on le voit bien, se ramène à celui déjà noté de la relativité historique des normes juridiques »<sup>40</sup>.

Guido Fassò, en-deçà d'un texte tout en retenue et sommaire – à peine deux pages réservées à la phénoménologie dans son *Histoire de la philosophie du droit* – cache lui aussi difficilement son manque d'intérêt tant pour les Husserl père et fils que pour le condisciple Reinach<sup>41</sup>.

Les phénoménologues, espérant encore voir leur méthodologie gagner la terre promise du droit, en réaffirmeront la possibilité en rappelant que ce sont les œuvres de Max Scheler et de Nicolai Hartmann<sup>42</sup> qui ont le plus retenu l'attention. Ils furent d'ailleurs rapidement connus en France par l'intermédiaire de Gurvitch, lequel, pondérons immédiatement, s'est exclusivement concentré sur leur apport à la construction de la sociologie<sup>43</sup>. L'intérêt qu'ils pouvaient représenter pour certains philosophes du droit tient en ceci que l'un et l'autre posent l'existence de valeurs *a priori* – et même hiérarchisées. De telles valeurs

<sup>40</sup> « Notes sur la phénoménologie et l'existentialisme juridique », in *Archives de Philosophie du droit*, 8, 1963, p. 214-235, p. 279-220 n. 14. Voir également *La Renaissance du droit naturel en Allemagne après la Seconde guerre mondiale*, Paris, mémoire, 1961, réédité dans la *Revue interdisciplinaire d'Études juridiques*, 32, 1992, p. 7-80.

<sup>41</sup> Voir *Histoire de la philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 197-198.

<sup>42</sup> Voir *Ethik*, Berlin-Leipzig, de Gruyter, 1925.

<sup>43</sup> Voir *Les Tendances actuelles de la philosophie contemporaine en Allemagne*, Paris, Vrin, 1930, p. 67-152 et p. 183-206.

peuvent être saisies par la conscience comme des objets intentionnels, mais également par les sentiments. En 1944, Wolfgang Friedmann informe que

« la tentative de ces deux auteurs d'établir des valeurs objectivement valables (quoique non invariables) a été une des sources principales d'inspiration pour la philosophie du droit contemporaine, surtout en Allemagne et en Amérique latine »<sup>44</sup>.

Dans cette veine, c'est Coing qui livra certainement l'essai le plus intéressant pour la théorie du droit. Intitulé *Die obersten Grundsätze des Rechts*<sup>45</sup>, publié en 1947, il y pose la valeur de la dignité humaine comme valeur suprême d'où se créent – plutôt que découlent – les principes juridiques suprêmes.

Pour Villey – rien d'étonnant –, Scheler et Hartmann ainsi que leur disciple Coing ont réussi le pari d'édifier une théorie phénoménologique des valeurs à travers une méthode nouvelle qui nous apprend enfin « l'objectivité de la justice »<sup>46</sup>. Poulantzas arrive à une conclusion totalement opposée :

« Comment Coing, considérant ce monde des valeurs comme en principe indépendant originellement à la fois du choix humain – monde de valeurs de Scheller – et de cette nature des choses – champ de réalisation des valeurs indépendamment du choix humain – peut-il aboutir à un choix “créateur” des valeurs ? En fait, il ne conclut à un rôle créateur de ce choix qu'en raison de sa conception selon laquelle ce sont les tendances fondamentales de l'homme qui constituent le fondement des valeurs juridiques. En effet, [...] on n'a qu'à faire un pas pour conclure que c'est lui qui les crée »<sup>47</sup>.

Bénéficiant de plus de recul, Paul Amselek doute aussi fortement de l'intérêt de ces travaux pour la réflexion juridique : il n'y a là, dit-il avec Albert Brimo, qu'un retour aux vieilles lubies du droit naturel<sup>48</sup>, ce que les admirateurs de cette phénoménologie des valeurs saluent d'ailleurs en elle. Du reste, Coing ne s'en cacha pas puisqu'il avait sous-titré son ouvrage *Essai de création d'un nouveau droit naturel*. Or, ces prétendues valeurs, fait remarquer Amselek, « on se garde bien de rechercher et de nous dire ce qu'elles sont concrètement »<sup>49</sup>, alors

<sup>44</sup> *Théorie générale du droit*, Paris, LGDJ, 1965, p. 150-151. Pour l'édition originale, voir *Legal Theory*, London, Stevens and sons, 1944.

<sup>45</sup> Sous-titré *Ein Versuch zur Neugründung des Naturrechts*, Heidelberg, Schneider, 1947.

<sup>46</sup> *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 100.

<sup>47</sup> *Nature de choses et droit*, *op. cit.*, pp. 161-162.

<sup>48</sup> Voir respectivement *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1964, pp. 34-35 et « Étude de droit français : la doctrine du droit naturel dans la science juridique française contemporaine », in *Annales de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Toulouse*, 6/2, 1958, p. 195-229, p. 216. Voir également J.-Y. Chérot, « Paul Amselek et la normativité en droit », *loc. cit.*, p. 2000.

<sup>49</sup> « La phénoménologie et le droit », *loc. cit.*, p. 194.

même que c'est sur base de leur expérience que l'on serait censé édicter des normes juridiques. On ravale par conséquent les normes juridiques positives, qui ne sont rien moins que l'objet du droit, au rang d'énoncés théoriques ne valant qu'en regard de celles-ci. Le juriste-phénoménologue, poursuit Amslek, se voit ainsi invité à détourner le regard des normes juridiques pour le porter sur les essences ou les valeurs en elles-mêmes, « de manière à retrouver une intuition originaire des valeurs juridiques qu'elles contiennent »<sup>50</sup>. Son jugement est sans appel :

« au lieu de chercher à élucider sérieusement ce qui, dans la réalité, se donne comme étant l'objet Droit, c'est-à-dire les normes juridiques émises dans les diverses sociétés par les pouvoirs publics, les phénoménologues du droit nous invitent à n'y prêter aucune attention ! Au lieu de travailler sur le droit lui-même, de s'attacher à en restituer la structure originale, ces auteurs, par un insoutenable parti-pris, prétendent œuvrer sur un soi-disant donné juridique qui serait dans les choses, c'est-à-dire sur des chimères »<sup>51</sup>.

Prenant une option explicitement philosophique, Amslek arrivera à cette conclusion générale sur les motivations sous-jacentes à tous ces essais de phénoménologie du droit :

« le relativisme des valeurs a toujours été difficile à admettre dans le domaine de l'éthique et du droit : dans ce domaine plus que dans tout autre, nous tendons à éprouver le besoin de nous dépasser, de surmonter l'angoisse de notre solitude et de rechercher l'appui d'un indiscutable et réconfortant absolu »<sup>52</sup>.

## II. La surface trompeuse

À peu près à la même époque, dans les années 1940, les travaux de la première génération de phénoménologues français s'annonçaient prometteurs, au point de laisser penser qu'ils pourraient rapidement se joindre à ce souffle nouveau que d'aucun percevait en Allemagne et en Amérique latine. Pourtant, à l'issue de la guerre, ni Henry, Merleau-Ponty, ni Sartre ne virent dans le droit un véritable lieu de recherche phénoménologique – et l'on est autorisé à s'en étonner.

Ricœur se confronta bien à partir des années 1980 à la question de la norme, mais pour placer le droit « en son lieu propre, à mi-chemin de la morale [...] et de la politique »<sup>53</sup> et le juste entre le bon et le légal, de telle sorte que la

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 195

<sup>52</sup> *Cheminevements philosophiques dans le domaine du droit et des règles en général*, *op. cit.*, p. 120.

<sup>53</sup> *Le Juste*. T. I, Paris, Esprit, 1995, p. 10.

philosophie du droit risque d'être tantôt recouverte par la philosophie politique, tantôt absorbée par la philosophie morale.

« La vertu de justice, explique Ricœur, s'établit sur un rapport de distance à l'autre aussi originaire que le rapport de proximité à l'autrui offert dans son visage et sa voix. Ce rapport à l'autre est, si l'on ose dire, immédiatement médiatisé par l'institution. L'autre, selon l'amitié, c'est le toi, l'autre, selon la justice, c'est le chacun »<sup>54</sup>.

Il est ainsi significatif que, renouant avec la tradition antique, la justice y soit perçue comme une « vertu » – quasi au sens aristotélien – vouée à la recherche de la médiété contre l'*hubris*.

Quant à Lévinas, de l'aveu de ses commentateurs les plus avertis, le droit ne se présente chez lui que « comme une question limitrophe que sa démarche phénoménologique n'investit pas pleinement »<sup>55</sup> ou, plutôt, n'a pas les moyens d'investir. *Volens nolens*, on n'échappe pas non plus avec lui à l'idée – déjà formulée par ses pairs et déjà critiquée par les théoriciens du droit – qu'il serait possible de fonder des principes généraux du droit à partir d'une sphère pré-juridique que la phénoménologie se plaît à voir comme une normativité transcendante<sup>56</sup>. Cependant, fort de son éthique radicale de l'interpellation, Lévinas livra quelques formules captivantes qui ne lassent pas certains penseurs des droits de l'homme<sup>57</sup> : « Se manifester originellement, écrit-il en 1987, comme droits de l'autre homme et comme devoir pour un moi, comme mes devoirs dans la fraternité, c'est là la phénoménologie des droits de l'homme »<sup>58</sup>.

Au moment où Friedmann finissait la rédaction de sa *Théorie générale du droit*, le mouvement tendant à trouver dans le droit un nouveau champ d'application de la méthode phénoménologique avait toutefois effectivement un émule en France : Kojève. Tentant de s'inscrire dans les pas de ses prédécesseurs allemands, il se mit à rédiger en 1943 – alors qu'il visitait Eric Weil dans son lieu d'exil – une *Esquisse d'une phénoménologie du droit*<sup>59</sup>. Oui, mais il ne s'agit là que du premier et seul jet d'une œuvre qui ne fut publiée que de manière posthume en 1981.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 14-15. Voir e. a. Fr.-X. Druet et É. Ganty (éd.), *Rendre justice au droit. En lisant le Juste de Paul Ricœur*, Namur, Presses universitaires de Namur, 1999.

<sup>55</sup> D. Popa, « Droit et liberté chez Emmanuel Lévinas. De la responsabilité éthique à l'agir collectif », in *Les Carnets du Centre de Philosophie du Droit*, 155, 2011, p. 1-17, p. 2.

<sup>56</sup> Voir S. Goyard-Fabre, *Essai de critique phénoménologique du droit*, Paris, Klincksieck, 1972, p. 279.

<sup>57</sup> Voir e. a. L. Ponton, *Philosophie et droits de l'homme de Kant à Lévinas*, Paris, Vrin, 1990 et S. E. Ella, *Emmanuel Lévinas. Des droits de l'homme à l'homme*, Paris, L'Harmattan, 2009.

<sup>58</sup> *Hors Sujet*, Montpellier, Fata Morgana, 1987, p. 169.

<sup>59</sup> Paris, Gallimard, 1981.

Mais l'audace du projet dans le paysage phénoménologique français dont nous venons de rapidement rappeler le dénuement mérite que nous nous y arrêtions plus longuement. On y trouve un remarquable résumé de l'objectif que les phénoménologues assignaient à cette époque à leur discipline :

« Il s'agit de trouver l'«Idée» (Platon), l'«Idealtypus» (Max Weber), le «Phénomène» (Husserl), etc., de l'entité étudiée [le droit], en analysant un cas concret particulièrement net, typique, spécifique, pur. Il faut découvrir en d'autres termes le contenu qui fait que le cas donné est un cas de droit par exemple, et non de religion ou d'art, etc. Et l'ayant découvert, c'est-à-dire ayant trouvé l'«essence» (*Wesen*) du phénomène, il faut le décrire d'une façon correcte et complète, cette description de l'essence n'étant rien d'autre que la définition du phénomène en question »<sup>60</sup>.

La seconde partie du texte était réservée à la reconstruction de l'acte « anthropogène » du droit à partir d'une lecture de la dialectique du maître et de l'esclave de Hegel<sup>61</sup>. Livrant quatre ans plus tard son *Introduction à la lecture de Hegel. Leçon sur la phénoménologie de Hegel*<sup>62</sup>, le commentaire de Kojève marqua, on le sait, les esprits et la tradition. Mais la première partie du projet passa donc aux oubliettes. Elle ne manquait pourtant pas de précaution, Kojève se défendant d'aborder le « droit en tant que tel ». Des précautions qui n'étaient manifestement pas suffisantes pour rassurer le milieu juridique :

« Une analyse complète du Droit, explique Kojève, devrait tenir compte de trois aspects, étant non seulement «phénoménologique», mais encore «métaphysique» et «ontologique» ».

Et d'ajouter cette phrase sans doute effarante pour un théoricien du droit :

« Mais je me contenterai ici de décrire l'aspect «superficiel» du Droit, de l'analyser en tant que «phénomène» donné à la conscience immédiate de l'homme, qui «sait» ce que c'est que le Droit et le distingue des autres choses, tout en ne pouvant pas décrire correctement ce «savoir immédiat», c'est-à-dire donner une définition phénoménologique du Droit »<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>61</sup> Voir G. W. F. Hegel, *Phénoménologie de l'Esprit*, trad. G. Jarczyk et P. J. Labarrière, Paris, Gallimard, 1993. Pour l'édition originale, voir *System der Wissenschaft. Erster Theil, die Phänomenologie des Geistes*, Bamberg/Würzburg, Verlag Joseph Anton Goebhardt, 1807.

<sup>62</sup> Paris, Gallimard, 1947.

<sup>63</sup> *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, *op. cit.*, p. 17

### III. Le discrédit généralisé

La « percée » réalisée par la phénoménologie continuait malgré tout de sembler attirante aux yeux de certains philosophes du droit. Dans ces célèbres *Leçons*, Villey ne démodait pas de voir émerger du mouvement phénoménologique « une tendance particulièrement fructueuse » pour renouveler la pensée du droit. « Grâce à Husserl et ses successeurs seraient virtuellement dépassées les querelles entre partisans de l'observation "scientifique" et fidèles du droit naturel » pour autant, ajoute-t-il visiblement conquis par certains objets de la phénoménologie, que la « science, rigoureusement construite sur la seule base de l'expérience, accepte l'expérience intégrale, y compris l'expérience mystique ou celle de notre liberté, y compris l'expérience du juste ». Conclusion : « Nulle autre lecture philosophique ne me paraît, à première vue, mieux correspondre à nos besoins »<sup>64</sup>.

En 1963, et malgré toutes les réserves qu'ils avaient formulées, Nicos Poulantzas pensait aussi pouvoir dresser un bilan relativement positif de l'apport de la phénoménologie à la philosophie du droit :

« La phénoménologie et l'existentialisme, ces deux nouveau-nés de la philosophie occidentale, ont déjà eu une grande influence dans le domaine de la philosophie du droit. Ils commencent à se situer, sous l'une ou l'autre forme, au centre des débats des juristes philosophes. Leur influence se fait sentir jusque dans les branches les plus spécialisées de la philosophie juridique »<sup>65</sup>.

Un an plus tard paraissait l'imposant ouvrage de Paul Amselek, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, qui se proposait de montrer la fécondité de la méthode phénoménologique en épistémologie de la science juridique. Mais il ne faudrait pas se tromper sur le sens de ce travail. Il débute par un sévère réquisitoire à l'encontre des résultats obtenus jusqu'alors par les phénoménologues, en soulignant « la défiance actuelle que la théorie juridique témoigne pour la phénoménologie » et « le discrédit de l'étiquette phénoménologique »<sup>66</sup>. Ce réquisitoire, Amselek le martèle encore dans un article paru en 1972 :

« les résultats de toutes ces tentatives ont été jusqu'ici extrêmement décevants. L'application du mouvement phénoménologique au domaine du droit a surtout donné lieu à un verbalisme aussi creux qu'hermétique,

<sup>64</sup> *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 100.

<sup>65</sup> « Notes sur la phénoménologie... », *loc. cit.*, p. 214.

<sup>66</sup> *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, *op. cit.*, p. 36.

ce qui a, du reste, entraîné comme conséquence un large discrédit de l'étiquette phénoménologique dans les milieux juridiques »<sup>67</sup>.

Aussi Amselek se propose d'y reprendre à son propre compte une description eidétique de l'objet droit. Pour éviter de se perdre à son tour dans les errements qu'il vient de dénoncer, il entend se détacher des aspects ontologiques, anthropologiques et axiologiques de la description phénoménologique au profit de son usage épistémologique. Mais il faut s'empresse de préciser que l'auteur sur lequel il va s'appuyer pour y parvenir n'est autre que Kelsen<sup>68</sup>. Le choix est téméraire tant on sait que l'on a opposé virulemment le positivisme juridique à la phénoménologie du droit dès que leur profonde divergence est apparue. L'un des premiers auteurs qui a souligné leur caractère inconciliable, optant pour la seconde contre le premier, est Gurvitch réfléchissant sur le droit social<sup>69</sup>. Or, si l'on suit Amselek, un apparentement semble néanmoins évident entre la recherche de la structure typique du droit pur et la réduction phénoménologique. Il en veut pour preuve le programme annoncé par Kelsen :

« La théorie pure du droit est une théorie du droit positif, du droit positif en général et non d'un droit particulier. Elle est une théorie générale du droit et non une interprétation de tel ou tel ordre juridique, national ou international »<sup>70</sup>.

Michel Virally a une position un peu décalée en définissant comme phénoménologique

« toute contribution à la théorie générale du droit qui tend à atteindre l'essence du droit en partant d'une confrontation (d'une réduction eidétique, diraient les phénoménologues) entre les systèmes juridiques observables, plutôt que par une construction logique ou une critique des opinions doctrinales »<sup>71</sup>.

<sup>67</sup> « La phénoménologie et le droit », *loc. cit.*, p. 193. Le propos de cet article est approfondi dans les *Chemineements philosophiques dans le domaine du droit et des règles en général*, *op. cit.*

<sup>68</sup> Voir *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, *op. cit.*, p. 45 et suiv.

<sup>69</sup> Voir *L'Idée de droit social*, Paris, Syrey, 1932.

<sup>70</sup> *Théorie pure du droit*, trad. H. Thevenaz, Neuchâtel, La Baconnière, 1953, p. 17. Pour l'édition originale, voir *Reine Rechtslehre : Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien/Leipzig, Deuticke, 1934 et sa suite *Vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage*, Wien, Deuticke, 1960.

<sup>71</sup> « Le phénomène juridique », in *Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'Étranger*, 1966, p. 5-64, p. 33 n. 12.

Mais il continue :

« Il est essentiel, pour la science du droit, d'apercevoir que son objet est le phénomène juridique – et non pas une quelconque “notion de droit”, plus ou moins arbitrairement définie, c'est-à-dire l'idée, forcément réductrice, qu'on s'est faite, *a priori*, de ce phénomène et de la façon de l'approcher. Sans cette reconnaissance, la science du droit ne sera jamais complètement purgée du péché d'idéalisme et ne parviendra jamais – c'est notre conviction – à s'établir sur des bases objectivement valables – correspondant, par conséquent, à ses ambitions »<sup>72</sup>.

En ce sens, Amselek aurait effectivement raison d'entendre distinctement le langage phénoménologique sortir de la bouche de Kelsen lorsque celui-ci énonce que la théorie pure du droit est

« une théorie exempte de toute idéologie politique et de tout élément relevant des sciences de la nature, consciente d'avoir un objet régi par des lois qui lui sont propres. Mon but a été d'emblée d'élever la théorie du droit, qui consistait essentiellement en exposés plus ou moins camouflés de politique juridique au rang d'une véritable science qui prendrait place à côté des autres sciences morales. Il s'agissait d'approfondir les recherches entreprises pour déterminer la nature du droit, abstraction faite de ses divers aspects, et de tendre dans toute la mesure du possible vers l'objectivité et la précision, idéal de toute science »<sup>73</sup>.

La conclusion du chemin parcouru par Amselek avec Kelsen vers une nouvelle phénoménologie crédible du droit est bien résumée dans ce passage :

« Notre enquête phénoménologique sur la constitution eidétique du droit nous a ainsi conduit à accoster sur des rivages que nous habitons depuis des temps immémoriaux au point que nous ne savons plus les voir. On peut résumer de la manière suivante les résultats de notre investigation : le droit apparaît à notre conscience comme une technique de direction publique des conduites humaines ; il est constitué de normes, de mesures normatives ayant une vocation particulière, celle de diriger autoritairement la conduite de l'ensemble des hommes vivant en population »<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 33. Voir J. E. Viñuales, « Michel Virally ou penser le phénomène juridique », in *Annuaire français de droit international*, 55/1, 2009, p. 1-38.

<sup>73</sup> *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 11.

<sup>74</sup> « La phénoménologie et le droit », *loc. cit.*, p. 258.

On comprend pourquoi Paul Amssek développera progressivement dans ses travaux ultérieurs le recours à une phénoménologie strictement linguistique, expurgée de toute dimension axiologique et spécifiquement centrée sur les actes de langage des énoncés normatifs<sup>75</sup>.

Mais le discrédit dont souffrit la phénoménologie s'était exprimé depuis trop longtemps. Et l'enthousiasme avec lequel certains milieux de la philosophie du droit l'avaient accueillie n'avait pu voiler la fin de non-recevoir cinglante que lui avait réservée dès le départ une grande partie du milieu de la théorie du droit. « On ne saurait dire, écrivait Jaromir Sedlacek en 1935, du point de vue scientifique, que la phénoménologie ait contribué à éclaircir les problèmes, c'est plutôt le contraire qui a été le cas »<sup>76</sup>. Haesaert se montrait tout aussi rude en 1948 :

« La phénoménologie est un retour à la période antérieure au criticisme. [...] La conception phénoménologique a pour conséquence un renouveau de la vieille ontologie : elle aboutit à une métaphysique depuis longtemps périmée, à moins qu'elle ne soit [...] le pendant de l'impressionnisme dans l'art »<sup>77</sup>.

La palme du sarcasme revenant à Albert Brimo qui écrit en 1967 :

« Heidegger a dit un jour : “Le Verbe, lorsqu'il ne veut rien dire, est par essence disant”. Nous nous demandons une fois de plus si l'eidétique juridique n'est pas une admirable illustration de cette réflexion d'Heidegger »<sup>78</sup>.

S'agissant d'Heidegger, pour un dire un mot, les textes où il aborde la question du droit sont peu nombreux<sup>79</sup>. Certains, comme Villey, ont pourtant cru qu'il pourrait jouer le même rôle tutélaire pour une approche existentialiste du droit que Husserl à l'égard de l'approche phénoménologique<sup>80</sup>. Fassò ira jusqu'à dire que, par l'entremise de Werner Maihofer<sup>81</sup>, « de l'existentialisme est

<sup>75</sup> Voir *Cheminevements philosophiques dans le domaine du droit et des règles en général*, *op. cit.* Sur cette question, voir J.-Y. Chérot, « Paul Amssek et la normativité en droit », *loc. cit.*, p. 1998 et suiv.

<sup>76</sup> « L'œuvre de François Gény et la science du droit pure », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*. T. I : *Aspects historiques et philosophiques*, Paris, Sirey, 1935, p. 279.

<sup>77</sup> *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 276.

<sup>78</sup> *Les Grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, Pédone, 1967, p. 380.

<sup>79</sup> Voir A. Renaut et L. Sosoe, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 1991, p. 155.

<sup>80</sup> Voir *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 104.

<sup>81</sup> Voir *Recht und Sein. Prolegomena zur einer Rechtsontologie*, Frankfurt/M, Klostermann, 1954.

née aussi une philosophie du droit »<sup>82</sup>. Mais il s'agit là d'une intention qui n'a jamais véritablement pris corps. Ne dit-il pas plus haut que

« philosophie caractéristique de l'époque postérieure à la première guerre mondiale, dont elle exprime l'inquiétude et l'insécurité, l'existentialisme ([se] rattachant souvent [aux thèmes] de la phénoménologie de Husserl), ne s'intéressa pas au droit [...]. Le véritable et seul problème est l'homme dans sa singularité, face à son destin personnel, ainsi en est-il pour les existentialistes ; et la société, et donc le droit, sont des dimensions au sein desquelles l'authenticité de l'homme se disperse et s'annule. C'est surtout la pensée des deux plus grands représentants de l'existentialisme, les allemands Martin Heidegger et Karl Jaspers, qui semble le moins consentir aucun développement sur le terrain de la philosophie du droit »<sup>83</sup>.

Friedmann ne l'avait d'ailleurs pas attendu pour poser un constat identique :

« L'existentialisme, qui est peut-être le mouvement philosophique le plus largement étudié de l'après-guerre, n'apporte pas grand-chose par lui-même à la philosophie du droit, puisqu'il s'intéresse essentiellement à l'existence, à la lutte pour le devenir, de l'individu dans un monde où il est "jeté" (*geworfen*) »<sup>84</sup>.

Inutile de dire que la différence entre phénoménologie et existentialisme – étiquette que réfutait Heidegger – n'a jamais fait l'objet d'une querelle byzantine chez les théoriciens du droit. Leur incrédulité n'en aurait de toute façon pas été bouleversée.

## CONCLUSION

Reprochant tour à tour aux phénoménologues de revenir aux vieilles lunes du droit naturel et de mâtinier la théorie du droit d'une métaphysique à laquelle on aurait donné une « nouvelle jeunesse » et de « nouveaux atours »<sup>85</sup>, le scepticisme des théoriciens du droit se résume au fond dans cette question que leur adressait Brimo : « Où est le droit dans tout cela ? »<sup>86</sup>. Force est de constater que les histoires de la philosophie du droit et les théories générales du droit publiées récemment passent désormais le plus souvent complètement sous silence le mouvement phénoménologique.

<sup>82</sup> *Histoire de la philosophie du droit*, op. cit., p. 259.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 259

<sup>84</sup> *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 153.

<sup>85</sup> P. Amssek, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, op. cit., p. 36.

<sup>86</sup> *Les Grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, op. cit., p. 390.

« En face de la phénoménologie, ironisait encore Brimo, il faut conserver la lucidité de l'enfant du conte d'Andersen qui, au milieu des courtisans s'extasiant sur la prétendue somptuosité des habits du roi nu, les démystifia en s'écriant : "Mais le roi est nu !" »<sup>87</sup>.

Il n'y a aucune raison pour que ce jugement soit révisé tant que les phénoménologues soumettront aux juristes de vastes enquêtes sur la nature eidétique de norme abstraite ou qu'ils les inviteront à élever leur regard vers des valeurs transcendantes indépendantes de toute contextualisation. Et la phénoménologie continuerait de gravement pêcher par naïveté en ignorant que le droit positif possède ses propres couches de sédimentations qu'aucune réflexion spéculative ne peut biffer sans courir immédiatement le risque de perdre l'objet même qu'elle vise. Exit le rêve de vastes phénoménologies du droit, comme l'on a connu d'impressionnantes phénoménologies de l'histoire ou de la religion – des objets moins rétifs par nature à la spéculation.

Ces réserves et ces principes posés, un article récent de Duncan Kennedy donne à penser qu'un certain type de travail phénoménologique pourrait cependant intéresser à nouveau le milieu de la théorie et de la pratique du droit : « Une alternative phénoménologique de gauche à la théorie de l'interprétation juridique Hart/Kelsen »<sup>88</sup>. Ambitionnant de réaffirmer la position des *Critical Legal Studies* sur la question de l'interprétation de la norme, il assigne un rôle à la phénoménologie dans ce débat interne à la théorie du droit : celui précisément de lui fournir les fondements de l'acte d'interprétation. En creux, d'autres ressources y sont mobilisées : celles notamment d'offrir une phénoménologie de l'idéologie et de la souffrance sociale susceptible d'interpeller ceux qui ont la charge d'instituer et d'interpréter les normes. C'est ce type de ressources, moins spectaculaires il est vrai, que les phénoménologues devraient davantage investiguer en regard du travail des juristes, plutôt qu'imaginer qu'ils finiront par leur imposer des normes idéelles en surplomb. Ce n'est rien moins que la portée pratique de la phénoménologie qui serait testée et renforcée<sup>89</sup>.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 381.

<sup>88</sup> Trad. V. Forray et A. Guigue, in *Jurisprudence – Revue critique*, 1, 2010, p. 19-32. Une première version de ce texte a été publiée comme acte de colloque sous le titre « A left Phenomenological Critique of the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation », in E. Caceres *et al.* (éds), *Problemas contemporaneos de la filosofia de derecho*, Mexico, Instituto de Investigaciones Juridicas, 2005, p. 271-383. Une version anglaise augmentée, source de la traduction française, est parue dans *Kritische Justiz, Vierteljahresschrift für Recht und Politik*, 3, 2007, pp. 296-305, puis comme chapitre de son ouvrage *Legal Reasoning. Collected Essays*, Aurora CO, Davies Group, 2008, p. 153 et suiv.

<sup>89</sup> Voir. D. Popa, B. Kanabus et F. Bruschi (dir.), *La Portée pratique de la phénoménologie. Normativité, critique sociale et psychopathologie*, Bruxelles, Peter Lang, 2014.