

M. Maesschalck, " L'intérêt de Reinach pour une théorie du droit contemporaine", in *Intentionnalité, sens, antipsychologisme. Hommage à Robert Brisart*, D. Pradelle, P.-J. Renaudie ( éd.), Olms, Hildesheim/Zürich/NY, 2022, pp. 201-216.

## **L'intérêt de Reinach pour une théorie du droit contemporaine**

Marc Maesschalck

Université catholique de Louvain

Ma contribution tentera de montrer qu'un double écueil se présente pour proposer une réception des thèses de Reinach en théorie du droit aujourd'hui. Un écueil se trouve en amont et l'autre en aval. Il s'agit de ce que je nommerai d'une part l'idéalisme pratique de la théorie du droit et, de l'autre, le positivisme. De fait, en philosophie, le concept de droit est redevable à des procédures d'idéalisation de la volonté qui permettent de comprendre ce que s'obliger signifie et comment la liberté en vient à prendre conscience de ses obligations. Reinach ne se situe pas dans cet horizon d'idéalisation des facultés rationnelles telles que le droit naturel en a usé. Par contre, il n'est pas plus assimilable au nouveau mode de théorisation des normes qui s'est mis en place au XX<sup>ème</sup> siècle grâce aux thèses positivistes. Pour lire Reinach en théorie du droit, il est donc nécessaire de procéder à un déblayage épistémologique important de manière à faire écho à ses idées, sans les disqualifier ni les rabattre sur des représentations prédonnées qui ne leur conviennent pas. Il en va ainsi tout particulièrement de l'idée d'acte social : il est possible d'en donner une définition analytique, procédant de son contexte de pensée et interne à lui, mais supposant du même coup qu'il est possible d'en déterminer synthétiquement l'impact sur d'autres contextes de pensée. Ou bien il faut isoler l'idée, pour rendre attentif à ce qu'elle recèle de spécificité en créant d'emblée le contre-point avec son environnement externe. Nous opterons pour la seconde voie.

### **L'écueil de l'idéalisme pratique**

L'idée que le droit a partie liée dans son fondement à l'opération d'obligation et que cette forme d'opération renvoie à un contexte de reconnaissance et de transaction sociale n'est pas nouvelle en théorie du droit et inscrit donc Reinach dans cette tradition. Elle s'est construite avant Kant et hérite d'une philosophie de la volonté qu'on trouve autant chez Rousseau que dans la scolastique tardive allemande chez Wolff. Cette idée est renforcée par l'anthropologie romantique qui réaffirme la centralité de la volonté. Les juristes de l'époque de Fichte l'ont bien compris.

Hoffbauer est un exemple particulièrement emblématique de cette anthropologie juridique de la volonté, parce qu'il se trouve au carrefour de la médecine légale, du droit et de la psychologie<sup>1</sup>. D'après la théorie du droit de Hoffbauer<sup>2</sup>, nul ne peut se concevoir comme obligé par autrui s'il ne parvient pas à se comporter comme une personne morale, ce qui signifie pour Hoffbauer être en mesure de se comporter comme un être doté de la capacité de soumettre son vouloir à la nécessité de respecter une règle de conduite. Il y a d'un côté une auto-suffisance de la représentation de l'être rationnel comme capacité d'agir de manière conséquente, en se donnant des objectifs et en déterminant sa volonté pour les réaliser<sup>3</sup>. D'un autre côté, ce principe pratique constitutif de la personne morale renvoie aussi, à une manière de traiter soi-même et autrui comme cet être personnel capable de se guider volontairement<sup>4</sup>. Cette communauté de traitement (*Behandlung*) des volontés implique, par sa généralisation, un effet autant d'engagement que de réciprocité à l'égard de tous les êtres personnels<sup>5</sup>. La *Behandlung* en question a une double valence : c'est à la fois se traiter soi-même comme personne dotée de la capacité de se guider par sa volonté et s'attendre à être traité réciproquement de cette façon par tout autre être agissant de la même manière.

<sup>1</sup> Dans le tournant psychiatrique de la psychologie rationnelle au début du XIXe siècle, les théories de la maladie mentale développées par Hoffbauer jouent un rôle important parce que l'auteur maîtrise l'anthropologie kantienne et a lui-même proposé ses versions du droit naturel et de l'éthique. Il progresse d'ailleurs dans un parallélisme étonnant avec les publications de Fichte à l'époque : sa première *Rechtslehre* date de 1773 (*Naturrecht*, revue en 1804 sous le titre de *Naturrecht aus dem Begriffe des Rechts entwickelt*), suivie de questions spéciales en 1795 (*Untersuchungen über die wichtigsten Gegenstände des Naturrechts*) et d'une théorie du droit public en 1797 (*Allgemeines Staatsrecht, erster Theil*). Il publie une éthique en 1798, la même année que Fichte (*Anfangsgründe der Moralphilosophie*) et la prolonge dès l'année suivante sur le même modèle que son ouvrage sur le droit (*Untersuchungen über die wichtigsten Gegenstände der Moralphilosophie*). Une première théorie des états mentaux (*Naturlehre der Seele in Briefen*) voit le jour dès 1796 (l'année de la *Doctrine du droit* de Fichte) et sera poursuivie entre 1802 et 1807 par trois volumes sur les maladies mentales (*Untersuchungen über die Krankheiten der Seele*). Au carrefour de ces différents centres d'intérêt, le *Traité de médecine légale appliquée aux aliénés* (*Die Psychologie in ihren Hauptanwendungen auf die Rechtspflege*, 1808) a été traduit en France par Chambayron (en 1827) avec le soutien et les annotations de Esquirol. Pour une première approche, on lira Matthias Jonh, « Hoffbauer : 'Gerichtliche Arzneiwissenschaft nach ihrem psychologischen Theile' », in K. Regenspurger & T. van Zantwijk (eds), *Wissenschaftliche Anthropologie um 1800*, Franz Steiner, München, 2005, p. 94-103.

<sup>2</sup> *Naturrecht aus dem Begriffe des Rechts entwickelt*, Halle, 1804.

<sup>3</sup> *Naturrecht*, § 34.

<sup>4</sup> *Naturrecht*, §§ 35-36.

<sup>5</sup> Dans sa définition du droit, Fichte complète cette notion de *Behandlung* avec celle de *Einwirkung*, à savoir l'influence que revendique en même temps chaque personne juridique sur chaque proposition de traitement qui lui est faite pour en décider avec celui/celle qui l'avance (*Fondement du Droit naturel*, suivant J. G. Fichte, *Grundlage der gesamten Wissenschaftslehre*, in *Gesamtausgabe*, I, 3, Frommann-Holzboog, Stuttgart-Bad Cannstatt, 1965, GA 1, 3, 386).

Tel est le contexte de reconnaissance et de transaction sociale sur lequel se fonderait toute opération d'obligation suivant l'héritage moderne reformulé par Hoffbauer la même année que la *Doctrine du droit* de Fichte. L'approche de Kojève est encore typiquement ancrée dans cet héritage lorsqu'il écrit par exemple : « Pour qu'il y ait situation juridique il faut (et il suffit) qu'à la possibilité juridiquement neutre de vouloir et de réaliser une action ou une omission s'ajoutent soit le droit, soit le devoir (juridique) de le faire, soit enfin le fait de ne pas en avoir le droit »<sup>6</sup>. Ce qu'on peut traduire quasiment sur le mode d'Hoffbauer : étant donné une personne capable d'agir suivant sa volonté, envisageons des situations typiques résultant de la limitation de ce pouvoir par un système d'obligations.

Sur ce point, le réalisme phénoménologique de Reinach me semble apporter un élément nouveau qu'il n'a pu entièrement développer en théorie du droit, mais qui a des conséquences directes du point de vue d'une méthode fondationnaliste en droit, comme celle utilisée par l'idéalisme pratique auquel nous avons fait référence. L'idée proposée par Reinach en théorie du droit est de partir des actes sociaux et de leur espèce pour constituer une structure (*Gestalt*) réelle déterminant des relations (entre des sujets) et ensuite accompagner génétiquement la forme d'obligation qu'elle constitue (par co-action des sujets). L'obligation obtenue de la sorte procéderait toujours d'une certaine idée des relations intersubjectives déterminant les volontés mais surtout, plus exactement, elle engagerait les sujets dans un entre-corps institué dont la production échappe au pouvoir rêvé d'une volonté qui livrerait le sujet à son Autre.

Avec Reinach, on passe ainsi du fait restant à fonder comme nécessité à une théorisation (thématisation/phénoménologie réaliste) de l'acte social de l'obligation : on arrête de présupposer le sens de l'action ou de la performance qui se donne à elle-même comme droit dans le mouvement de sa reconnaissance par une totalité (surdéterminante et absente : trace transcendante). Ce qui intéresse Reinach c'est la jointure par laquelle le droit devient réel (et non possible) comme relation incorporant des sujets ; et ceci, avec une thèse forte selon laquelle cette incorporation procède de la variation éidétique d'un jeu de rôle qui permet autant de se dédire, de se défaire, ou simplement de suspendre l'exécution, voire de la dissoudre dans le commun, donc une variation où le détachement reste toujours possible parce que ce qui est réel est un processus d'inter-action, d'implication réciproque, tenant compte en même temps de la manière dont chaque sujet s'y inscrit comme « agent ».

<sup>6</sup> A. Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, § 6, Gallimard, Paris, 1981, p. 20.

## L'écueil actuel : le positivisme et le fait du droit (*status quaestionis*)

Ce premier point ne concerne pas uniquement le point de vue de la méthode fondationnaliste en droit, mais il met aussi en jeu le rapport à un deuxième écueil, à savoir le dépassement des thèses du positivisme pragmatiste aujourd'hui dominant. Si la question des actes sociaux permet de sortir des débats propres aux philosophies de la volonté supposant une fiction individuelle d'arrière-plan, elle touche aussi une thèse fondamentale du positivisme concernant l'effectivité du droit comme fait social. La « *social fact thesis* » justifie même le positivisme comme méthode basée sur un point de vue interne aux systèmes juridiques existants dans la mesure où le droit n'est rien d'autre que la reconnaissance d'une forme d'autorité souveraine capable de dire les normes dans un contexte social donné. Il faut donc qu'un lien d'engagement existe entre des représentants officiels pour rendre cette opération souveraine possible et constituer ainsi la forme opérationnelle d'une autorité légale<sup>7</sup>. On constatera que cette approche suppose donnée la capacité d'engagement et de convergence des comportements attendue des représentants officiels pour autant qu'elle soit objectivable sous la forme d'une convention de coopération<sup>8</sup> : il s'agirait de la capacité à partager des intentions dans la réalisation d'un plan<sup>9</sup>. Le positivisme en vient ainsi à renvoyer explicitement à un « *philosophical framework* » clarifiant « *the normative structure of judicial practice* »<sup>10</sup>. Mais cette convocation du cadre philosophique survient alors que la structure de la pratique juridique est déjà donnée en lien aux conditions de son effectivité sociale. Les actes sociaux qui sont concernés ne sont pas conçus selon l'idée qui préside à leur effectivité. Nous y reviendrons.

Pour entrer dans ce débat, un préalable méthodologique est nécessaire, de manière à préciser la façon d'aborder l'intérêt de Reinach par rapport à un contexte qui lui est nettement postérieur d'un point de vue historique. Interroger la fécondité de Reinach du point de vue de la théorie du droit contemporaine exige de partir de la théorie du droit et non de la phénoménologie. Ce point de méthode est capital, sans lui nous en resterons à la répétition de la leçon phénoménologique, même s'il s'agit au mieux d'une phénoménologie appliquée du droit.

<sup>7</sup> J. L. Coleman, *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford/New York, Oxford UP, 2001, p. 75-77.

<sup>8</sup> *The Practice of Principle*, p. 94.

<sup>9</sup> *The Practice of Principle*, p. 97. Coleman s'appuie plus particulièrement sur l'approche de la « *Shared Cooperative Activity* » proposée par M. E. Bratman, in *The Philosophical Review*, 101 (1992), n° 2, p. 327-341.

<sup>10</sup> *The Practice of Principle*, p. 98.

L'intérêt d'un tel détour consiste dans un premier temps à accepter de se poser la question du rapport au droit *comme* se la posent le juriste, le théoricien juriste et, avec eux, le rapport au droit comme système social vivant et auto-organisé-réfléchi. Dans cette optique, comme lorsqu'il est question des sources et méthodes du droit, ou lorsqu'on aborde la théorie générale du droit, le point de départ serait d'abord de déterminer ce qu'il en est de l'effectivité de l'ordre juridique. Son système peut-il se penser en se supposant donné ? Quelles sont ses sources, sa méthode, mais aussi son fondement comme ordre doctrinal de « validité » ? Et pourquoi avons-nous pris l'habitude de spécifier ceci ou cela comme étant du droit ?<sup>11</sup>

a. Envisageons les deux solutions actuellement dominantes.

*La première solution.* Pourquoi ne pas se contenter de répondre que le droit est simplement ce qu'énonce le jugement d'un juge ? Ou que, dans le registre plus général d'une théorie des différents jeux de langage à disposition des êtres humains, il n'est qu'une forme de performance énonciative particulière liée à un type d'acte de parole (p. ex. les actes prescriptifs) ? Sur cette voie, que l'on pourrait nommer la thèse du fait linguistique du droit (« *the linguistic fact thesis* »), l'opération consisterait à établir l'existence d'un ordre particulier de discours correspondant à ce que nous distinguons comme des jugements juridiques. Ce jeu de langage spécifique serait à cerner par une méthode descriptive parmi l'ensemble des actes de langage que nous produisons collectivement. De la distinction entre propositions descriptives et propositions prescriptives, découleraient des classes d'exigences prescriptives différentes, subjectives, impératives et normatives. Les propositions normatives feraient alors apparaître sous la forme prescriptive une classe de propositions qui énoncent dans leur contenu un devoir-être des comportements. Ce sont les actes de langage juridiques<sup>12</sup>.

*Critique de cette solution et passage à la deuxième.* Cette solution ne fait pas l'unanimité car il se pourrait que l'opération qui la fonde doive se répéter indéfiniment pour s'adapter à différents régimes linguistiques et faire aussi face à des codes spécifiques mêlant les descriptifs ontologiques d'origines

<sup>11</sup> Paul Amselek avait pour sa part cette formule : « élucider sérieusement ce qui, dans la réalité, se donne comme étant du droit, c'est-à-dire les normes juridiques émises dans les sociétés politiques humaines par les pouvoirs publics » (P. Amselek, « Pour une phénoménologie du droit et de l'éthique sans mirages », in *Revue de la Recherche Juridique*, 2013, n. 5, p. 1983-1996, p. 1993). « Il devrait s'agir d'une recherche (...) portant sur le concept de droit socialement en usage et visant à le clarifier et le revivifier à notre conscience (...) en essayant de retrouver (...) les traits communs distinctifs qui forment le contenu de ce concept, qui seuls donnent — ou devraient donner — accès à cette catégorie et qui constituent l'essence ou eidos du droit, sa structure typique » (p. 1995).

<sup>12</sup> J. Milas, *Filosofía del derecho*, Santiago, Ed. Universidad Diego Portales, 2012, p. 194-195.

religieuses et les prescrits ontiques de l'ordre intramondain. Au vu de ces objections, ne vaudrait-il pas mieux dépasser l'approche par les actes de langage au profit d'une pragmatique universelle des actes sociaux et tenter de cerner ainsi ce que chaque société particulière serait amenée à reconnaître comme étant un certain mécanisme d'engagement mutuel de parties dans une action conjointe ? Dans cette optique, l'obligation réciproque entre deux parties serait appréhendée comme interne au fait social de son effectuation et n'existerait comme effectivité que dans ce régime hypothétique et permissif qui ne peut être sujet à une extension catégoriale et universelle. Le droit relèverait de son contexte d'effectuation tant en extension qu'en compréhension.

Aujourd'hui, le positivisme juridique tente de s'adapter à ces thèses consistant à naturaliser la normativité du droit (Brian Leiter<sup>13</sup>) en les formulant dans un langage post-analytique, notamment en recourant aux idées pragmatistes (Jules Coleman<sup>14</sup>) : c'est la *social fact thesis* reformulée comme une thèse sur la conventionalité du droit en tant que pratique sociale. Selon ce point de vue, l'énonciation du droit ne se soutient pas d'elle-même comme forme rationnelle pure (holisme sémantique du jeu de langage, Kelsen), mais elle présuppose les fonctions de son contexte effectuant (holisme pragmatique), son contexte de mise à l'épreuve et de révision, soit une règle de reconnaissance (Hart<sup>15</sup>) concernant toutes les parties engagées dans l'acte de rendre justice, voire une règle d'engagement (Coleman<sup>16</sup>) garantissant le soutien mutuel de tous les acteurs officiels du système.

#### b. Bilan des deux approches

En fonction de ces deux portes d'entrée<sup>17</sup>, celle analytique du *linguistic turn* et celle positiviste-pragmatiste de la *social fact thesis*, il y a deux grandes manières d'envisager l'obligation sociale liée au droit, – ce qui signifie pour un juriste l'effectivité sociale d'une normativité de la norme comme lien engageant ses termes (parties) sous peine de sanction.

La première est de type *régressif*. Elle consiste à imputer cette obligation au fait linguistique qui l'exprime. C'est l'énonciation du droit qui conditionne son actualité sociale. Il est d'abord une performance linguistique dotée d'une structure particulière qui lui permet d'être reçue dans la pratique sous le mode

obligatoire. Sans les verbes et la forme propositionnelle qui connotent ce mode particulier, aucune existence sociale de l'obligation juridique ne serait pensable. Il faut pouvoir obliger si l'on prétend obliger de manière juridique. Chez le Habermas de la pragmatique universelle, la fonction sociale du langage est même définie comme l'instauration de relations interpersonnelles fondées sur la normativité du juste<sup>18</sup>.

La deuxième manière d'envisager l'obligation juridique est de type *progressif*. Elle consiste à dénoter ce à quoi on est engagé collectivement à travers une obligation. Dans ce cas, l'obligation n'est jamais qu'une expérience interne à sa pratique sociale<sup>19</sup>. Je ne sais ce qu'il en est d'être obligé juridiquement que par l'expérience sociale des normes que je réalise ou auxquelles j'obéis. Différentes factualités s'imposent à moi / à nous socialement et parmi elles, il en est qui se dénote en se réclamant d'une effectivité juridique (un système de sanctions) à travers laquelle un groupe social se reconnaît et adhère à ce genre de pratique. Quand je réfléchis à l'obligation juridique, je ne fais que développer ce mode pratique qui dénote une forme spécifique d'obligation structurant les liens sociaux ; j'arrête les propriétés qui correspondent à l'effectivité d'une factualité déjà collectivement éprouvée. Le sens d'une obligation ne me parvient qu'à travers une totalité pratique (holisme pragmatique, au sens de Putnam<sup>20</sup>).

#### Critique des solutions proposées par les deux approches

Dans les deux cas, un élément décisif est cependant laissé de côté, à savoir l'effectuation de cette factualité, sa « génétisation » dans l'expérience collective.

Dans le cas du droit comme performance linguistique, la question ainsi manquée est celle de la productivité sémantique de l'énonciation. S'il est possible d'arrêter une certaine forme d'énoncé dont la structure fonderait l'obligation, à quel moment et dans quelles conditions cet énoncé peut-il être reçu de manière à produire l'effet attendu ? Il y a en fait une forme plus générale de l'expérience des énoncés qui détermine le cadre d'engagement susceptible de garantir de telles performances. Ce cadre résulte des habitudes interprétatives, des coutumes, ou des comportements déjà opérants dans une totalité sociale particulière. Par exemple, les historiens du droit quand ils tentent

<sup>13</sup> B. Leiter, « Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence », in *Texas Law Review*, vol. 76, 1997, p. 267-315.

<sup>14</sup> J. L. Coleman, « Constraints on the Criteria of Legality », in *Legal Theory* 6 (2000), n° 2, p. 171-184.

<sup>15</sup> J. L. Coleman, *The Practice of Principle*, p. 76.

<sup>16</sup> *The Practice of Principle*, p. 83.

<sup>17</sup> Un point que nous avons développé plus longuement en rapport aux développements récents de la *Legal Theory* dans J. Lenoble et M. Maesschalck, *Toward a Theory of Governance*, The Hague, Kluwer Law International, 2003, chap. VI.

<sup>18</sup> J. Habermas, *Logique des sciences sociales*, Paris, Puf, 1987, p. 411.

<sup>19</sup> Par rapport à la critique du premier réalisme sociologique dont on trouve la trace chez Reinach (ses remarques sur les explications problématiques de la promesse, dans *Les fondements*, p. 57), c'est l'approche internaliste d'une règle collective d'effectuation de la norme qui différencie la version contemporaine du fait social par rapport au premier réalisme.

<sup>20</sup> H. Putnam, *Le réalisme à visée humaine*, trad. fr. C. Tiercelin, Paris, Seuil, 1994, p. 493-494.

d'interpréter les codes de la Haute Antiquité (Summer – Hammourabi ; ou le Codex d'Eshnunna) vont être amenés à distinguer les énoncés qui formalisent les lois coutumières d'un autre ensemble de préceptes secondaires, à portée plus générale, qui incorporent des principes éthicoreligieux à la manière de méta-normes indiquant des limites ou des réserves par rapport aux règlements ordinaires. Ils opposent ainsi des lois dites apodictiques aux lois coutumières<sup>21</sup>, mais ils le font en présupposant une forme plus générale de l'expérience sociale des énoncés (le code) qui permet de valider la productivité sémantique de cette distinction dans les énoncés d'obligation. On est alors renvoyé plutôt à la deuxième manière d'aborder l'obligation juridique.

Nous avons déjà vu que cette deuxième approche occulte aussi à sa façon la question de l'effectuation des énoncés juridiques dans une totalité pratique. La première approche présuppose la performance contextuelle des énoncés sans dès lors pouvoir répondre à des questions du genre : pourquoi ces distinctions surviennent-elles dans tel code et pas dans tel autre ? Pourquoi ces distinctions surviennent-elles dans tel régime politique et pas dans tel autre ? Dans la deuxième approche, ce qui est en question c'est le sens même du rapport à l'effectivité supposée de la factualité : ces normes apodictiques ont-elles une portée effective autre qu'idéologique ? Dans la tradition judaïque, il semblerait qu'elles n'aient en fait jamais été réellement appliquées. Considérer le droit comme devant se comprendre nécessairement de manière interne à son effectivité comme pratique factuellement éprouvée dans une totalité sociale, c'est risquer de considérer comme évident et spontané le rapport à ce qui s'effectue de cette manière et se donne tout à la fois dans une totalité sociale. Or tout le problème est là ! Il est que la condition de connaissance du droit semble dépendre d'un rapport interne à son effectuation dans une totalité sociale. Soit cette effectuation est considérée elle-même comme une évidence dont il suffit de partir ; soit cette effectuation demeure elle-même *problématique* au sens où elle renvoie à une forme d'action plus générale. C'est l'option de la deuxième approche : elle tente de rapporter l'effectivité du droit à sa constitution comme destination réfléchible pour une communauté d'action. C'est la voie utilisée par certains historiens pour interpréter la distinction factuelle entre lois coutumières et lois apodictiques : elle survient pour marquer une limite des lois coutumières pour garantir l'unité de la communauté en période de crise ou en période de forte pluralisation des régimes coutumiers au sein d'un empire<sup>22</sup>. Il s'agirait en fait d'une forme d'expression d'un

<sup>21</sup> O. Artus, « Les lois du Pentateuque », in Th. Römer, J.-D. Macci et Chr. Nihan, *Introduction à l'Ancien Testament*, Genève, Labor et Fides, 2009, p. 185-196.

<sup>22</sup> E. Otto, « The Book of Deuteronomy and Its Answer to the Persian State Ideology: the Legal Implications », in O. Artus (éd.), *Loi et Justice dans la Littérature du Proche-Orient ancien*, Wiesbaden, Harrassowitz Verlag, 2013, p. 112-122.

« *Sollen* », d'un devoir-être collectif, d'une communauté de destin s'engendrant précisément par le rapport à l'effectuation de l'obligation. Le rapport à une effectuation de l'effectivité du droit comme obligation doit donc au moins être mieux précisé pour une communauté.

La critique que l'on oppose à cette deuxième approche est que le sens de s'obliger mutuellement suppose une manière de participer collectivement à une forme d'engagement dans la correspondance des corps et des volontés au sein de la Loi. Ce genre de présupposition dépasse l'immédiateté de l'obligation et projette vers un horizon quasi-transcendantal rendant possible un « monde commun ». Dans ce cas, l'obligation ne peut plus être saisie qu'en fonction d'une double présupposition forte relative à l'agir qu'elle oriente : celle d'un idéal-type du monde possible en commun et celle d'une processualité du faire-action ensemble tendant vers l'idéal-type du monde commun.

### Au-delà de ces approches, l'approche de Reinach

Ce double enjeu avait déjà été perçu par l'école historique du droit au XIX<sup>e</sup> siècle, au moment précisément où le droit naturel a cédé la place à la fondation conceptuelle du droit positif comme forme nécessaire de l'effectivité de la norme. Fichte est un des premiers à avoir correctement cerné cette question. Il a essayé d'internaliser dans un schéma général d'action le postulat classique d'une règle intérieure de commandement de la liberté par la raison. Ce genre de solution a connu des fortunes diverses dans le néo-kantisme juridique du XX<sup>e</sup> siècle. On la retrouve abondamment chez les disciples de Habermas – à travers l'idéal réfléchissant d'un ordre de délibération sans contrainte, basé sur la reconnaissance, la non-humiliation, le refus du mépris, l'attention aux invisibles, etc. Mais ce genre de solution risque de manquer l'essentiel parce que son geste demeure quasi-transcendantal et s'efforce de déterminer d'emblée l'effectivité du droit comme action en fonction de sa forme idéale, à savoir l'ordre d'interaction qu'il rend possible. Ce qui se traduit notamment par une *minima moralia* de l'interaction argumentée, des conditions prescriptives pour tenir un dialogue « authentique », voire même pour développer une rationalité collaborative réellement résiliente<sup>23</sup> ...

Ce genre de solution me semble pouvoir être considérablement dépassée (du point de vue du contenu) et repensée (du point de vue de la méthode) à partir de Reinach.

<sup>23</sup> J. E. Innes & D. E. Booher, *Planning with Complexity, An Introduction to Collaborative Rationality for Public Policy*, London, Routledge, 2010, p. 35.

Mon hypothèse est que la variation éidétique à laquelle recourt Reinach pour analyser le concept d'obligation est capitale pour éclairer ce débat, mais qu'elle ne peut réaliser son potentiel critique que si l'on accepte la démarche qui sous-tend son instauration [la réduction éidétique de l'acte juridique]. Dans le cas contraire, les variations auxquelles amène Reinach continueront de constituer un point aveugle.

Pour Reinach, dans *Les Fondements a priori du droit civil*, l'obligation constitue un rapport a priori qu'il faut saisir dans sa totalité car :

1/ l'obligation dépend d'un objet plus général que sa manifestation objective ne recouvre que partiellement ;

2/ cet objet plus général contient l'idée d'un fondement de la relation d'obligation qui amène à analyser celle-ci par réduction au fondement plutôt que de la définir : obliger c'est « se faire l'obligé de » ou « être l'obligeant de » selon le mode du promettre ; « je te promets » c'est objectivement « s'obliger à l'égard de quelqu'un ».

Il s'agit donc pour Reinach d'établir la genèse d'un acte producteur de lien social à partir d'un état de chose originaire dont il est possible de garantir l'autonomie. En ce sens, le « s'obliger » eu égard à un autrui n'est pas le simple sous-produit d'un état psychologique, ni la traduction d'une convention préétablie par la société, ni un moyen parmi d'autres d'optimiser un calcul d'opportunité réalisé sur les conséquences éventuelles de l'acte<sup>24</sup>.

Sur le plan éidétique, il est question d'acte et non d'imagination. Quelle est la spécificité du promettre conduisant à produire un rapport d'obligation ? C'est un acte procédant de la spontanéité du « Moi actif » et engageant une forme de sanction identificatrice d'un autre Moi (validation / invalidation ; acceptation / refus : donc réponse). Il s'agit donc de la référence spontanée d'un Moi actif à un autre Moi actif<sup>25</sup> par le biais d'une activité de communication, une adresse incorporant une réponse<sup>26</sup>.

C'est la référence à cette activité de « correspondance » qui ouvre méthodologiquement la possibilité d'une variation éidétique<sup>27</sup>, laquelle porte

<sup>24</sup> A. Reinach, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*, § 2, in *Sämtliche Werke*, K. Schuhmann & B. Smith éds, München / Hamden / Wien, Philosophia Verlag, 1989, p. 156-158 (trad. fr. R. de Calan, *Les fondements a priori du droit naturel*, Vrin, Paris, 2004, p. 57-58).

<sup>25</sup> *Die apriorischen Grundlagen*, § 3, p. 159-161 (trad. fr., p. 60-61).

<sup>26</sup> *Die apriorischen Grundlagen*, § 3, p. 161 (trad. fr., p. 62). Un cercle est ouvert par chaque acte social au sein duquel s'ajustent les activités d'adresse et de réponse.

<sup>27</sup> Nous suivons ici Rochus Sowa (*Wesen und Wesensgesetze in der deskriptiven Eidektik Edmund Husserls*, in *Phänomenologische Forschungen*, 2007, p. 5-37) dans son analyse du § 87 d'*Expérience et jugement* pour qui la méthode de la variation décrite dans ce paragraphe permet d'« explorer des domaines conceptuels en vue d'une explication et d'une fixation terminologique des concepts. En produisant des variations d'un concept thématique à partir d'un exemple de départ

entièrement sur les modalités de l'adresse, c'est-à-dire sur le lien contenu par l'acte<sup>28</sup>. Cette variation porte sur quatre éléments de la communication : le contexte, le contenu, l'énonciateur et le destinataire. L'adresse est soit à effet immédiat soit à effet différé (temporalité contextuée) ; son message est soit conditionné, soit inconditionné ; l'énonciateur parle en personne ou via son mandataire (à sa place ou en son nom) ; le destinataire est soit singulier, soit pluriel. Le terme de variation est capital ici pour comprendre ce dont il s'agit. Il ne s'agit pas de distribuer statiquement des possibles dans un repère catégoriel ou taxinomique ; il est question d'opérateurs modaux qui modifient radicalement l'objectivation de l'adresse et constituent la trace structurelle d'un vécu interne. Il s'agit de la structure opérationnelle/performative signifiée de l'acte d'adresse : elle forme la modalité d'assignation de l'obligation (non de la promesse, car il s'agit à tous les coups de promesse). L'ordre modalisé d'assignation n'est donc pas la traduction d'une intention ou d'un « je veux », mais l'extériorisation dans une forme déclarative variable d'une transaction. En se déclarant, l'idée de promettre se modalise comme « pouvoir de produire des prétentions et des obligations »<sup>29</sup>. Chaque modalité engage dynamiquement vers une déclaration de transaction objective qui implique un type de co-action du genre donner-recevoir : s'obliger à être accepté comme s'obligeant. D'emblée, la question est *par qui ? quand ? quoi ? et à quel titre ?* (ou de qui provient le s'obliger ?).

Dans ce cadre d'analyse, on l'aura compris, peu importe pour déterminer l'obligation, la « nature des sujets agissant » (et donc leur volonté, la qualité de leur pulsion désirante et de leur visée intentionnelle). Si l'acte est posé (modalisé déclarativement), le lien qu'il crée en découle nécessairement pour le posant (dont les qualités spécifiques sont par rapport à l'acte accidentelles). Même si l'on peut conséquemment envisager des conditions de déliaison, ce sera en fonction de l'effectivité de la liaison. Dans ce cadre, l'effectivité de l'effectivité provient de la variation modale intrinsèque de l'activité

et en examinant notamment les cas limites subsumés sous ce concept, j'obtiens une compréhension claire (ou plus claire) du concept qui détermine l'exemple de départ de la variation » (R. Sowa, « Essences et lois d'essence dans l'éidétique descriptive de Edmund Husserl », trad. fr. V. Decaix et C. Majolino in *Methodos*, n° 9, 2009, § 58, note 60, consulté en ligne le 25 février 2018, à l'adresse :

<http://journals.openedition.org/methodos/2214> ; DOI : 10.4000/methodos.2214.

<sup>28</sup> Comme le souligne Husserl, cette variation permet non seulement de multiplier les variantes d'une idée, mais elle renvoie progressivement à l'unité génératrices de celles-ci si bien qu'elle finit par donner à voir l'élément de congruence qui constitue le Réel de cette idée, l'« Un qui dure », au-delà des individus dans la singularité de leurs vécus, mais bien, avec Reinach, dans l'unité du cercle ouvert de l'acte de promettre. (E. Husserl, *Erfahrung und Urteil*, § 87f, Hamburg, Glassen & Goverts, 1954, p. 419-420 ; trad. fr. D. Souche, *Expérience et jugement*, Paris, Puf, 1970, § 87, p. 422-423).

<sup>29</sup> A. Reinach, *Die apriorischen Grundlagen*, § 3, p. 167 (trad. fr., p. 68).

déclarative. La seule manière d'interroger cette effectuation ne consiste pas à revenir à l'intention d'un acte plus général, ni au processus de mise en œuvre induit par l'acte comme forme d'une pragmatique sociale idéalisée. Le lien social découle de l'acte posé et pas de la nature de ceux qui le posent.

La seule question originaire que pose l'obligation c'est celle de sa variabilité interne comme adresse déclarative. Elle est, pourrait-on dire, dans sa non-identité de soi à soi. Peut-on déclarer quelqu'un inapte à porter des obligations ? En raison d'une identité assurant de ce qu'est un porteur de promesse ou ce qu'est une promesse, non ! Par contre, par variation, il y a moyen de modaliser la réponse à une telle question : pour un temps, pour tel groupe ou firme, à moins que quelqu'un agisse en son nom, uniquement sur tel type de contenu... Le droit ecclésiastique connaissait ce principe très générique de suppléance de l'institution aux défauts possibles de ses ministres. Ceux-ci n'apparaissent dès lors justifiés qu'en fonction de l'usage qui s'opère à travers eux de propriétés plus générales<sup>30</sup>. C'est donc l'acte qui prévalait dans un autre registre sur la nature des porteurs ; le régime « sacramental » est un régime producteur d'obligations et de prétentions au sens de Reinach<sup>31</sup>.

### Conséquences et enjeux de l'approche de Reinach

Qu'en tirer pour notre critique de la solution idéaliste-pragmatiste concernant l'ordre social du droit ? L'analyse classique du contrat se base sur l'idée d'association des volontés dans une communauté de droit produite par un accord d'autolimitation réciproque. Cette idée qui repose sur un ajustement lié à la nature des vécus internes des sujets engagés comporte un point aveugle majeur. Reprécisons d'abord ce qui est ainsi vu et ce qui est manqué suivant notre hypothèse.

<sup>30</sup> On peut y retrouver la séparation de l'être et de l'action chère à Agamben et y voir la dimension économique qui s'introduit progressivement dans le droit naturel ou une première manière d'introduire une variation au sein de la représentation morale des actes qui donne une priorité à l'usage sur la volonté. Si l'opérativité de la charge (*opus operatum*) de l'officiant n'est pas déterminée par ses vertus propres, c'est aussi parce que priorité est accordée à l'action qu'elle représente et pas uniquement par mise à disposition de cette sphère d'action au vouloir qui lui donne sens (G. Agamben, *Homo Sacer II, 5 : Opus Dei. Archéologie de l'office*, Seuil, Paris, 2012, p. 114).

<sup>31</sup> Cf. la belle formule utilisée pour éclairer le débat antique sur l'esclavage : « Ce n'est pas parce que les esclaves sont des hommes comme les hommes libres et parce que « la nature des hommes est la même », qu'ils peuvent hériter des prétentions par des promesses, mais parce qu'ils promettent et peuvent recevoir des promesses qu'ils héritent par là conformément à une loi d'essence, de prétentions et d'obligations » (A. Reinach, *Die apriorischen Grundlagen*, § 4, p. 189 ; trad. fr., p. 91).

**Ce qui est vu.** Dans une théorie classique du contrat, s'obliger est un acte d'engagement de soi à l'égard d'une norme de comportement qui convient à l'exigence qu'un être libre peut assurer à l'égard de lui-même, à savoir : exercer une faculté ou une capacité de donner priorité à la raison dans ses actions de telle sorte de se reconnaître soi-même (identité d'action) et de donner à être reconnu (identification) comme un être rationnel. La formule de Fichte, par exemple, est la suivante :

Je ne veux rien d'autre que me trouver avec lui dans une communauté de traitement (*Behandlung*) raisonnable ; la manière de se comporter doit être réciproque. Nous voulons tous deux nous traiter ainsi. Lui à mon égard, moi au sien ; moi à son égard, lui au mien<sup>32</sup>.

De cette manière, le « s'obliger » objective par la volonté un espace possible de participation à une communauté de traitement raisonnable entre être rationnels.

**Maintenant, ce qui est manqué.** Le lien social découle d'un impératif de la volonté, non de la tentative problématique d'une « adresse déclarative » soumise à variation (et donc incomplète en soi).

Cette conception de l'union sociale des volontés laisse de côté la critique de l'opération qui fonde pourtant la communauté juridique, celle qui consiste à déplacer l'action directe sur soi du s'obliger vers une action indirecte adressée à autrui et seule susceptible d'opérer une relation. C'est toute la différence entre faire du traitement de soi par l'autre et de l'autre par soi une sous-catégorie du traitement de soi propre à tout être rationnel en général et aborder le problème de l'adresse à autrui comme relevant d'une *Einwirkung*, d'une forme d'appel et d'influence dirigée vers le comportement d'autrui. Une telle influence ne relève plus de la simple adoption d'une règle de traitement raisonnable du *Selbst*. Tel est le point aveugle. L'obligation comme fondement du rapport à soi de la volonté oblitère l'obligation comme objectivation variable de la relation entre des sujets actifs.

Une telle approche permet de renouer avec la reconnaissance d'une forme d'indétermination du droit qui est aux antipodes tant de l'idéalisme pratique que du positivisme pris dans l'idée a priori d'une forme d'auto-garantie de l'action d'obligation. Aux limites de ce que nous avons nommé l'idéalisme

<sup>32</sup> GA 1, 3, 386 (p. 103-104). Hoffbauer estime même, dans *Naturrecht aus dem Begriffe des Rechts entwickelt* (1804), qu'il y a (§ 34) une auto-suffisance de la représentation de l'être rationnel comme capacité d'agir de manière conséquente, en se donnant des objectifs et en déterminant sa volonté pour les réaliser. Car ce principe pratique constitutif de la personne morale renvoie aussi (§§ 35-36), à une manière de se traiter et de se comporter comme cet être personnel qui implique, par sa généralisation, un effet de réciprocité à l'égard de tous les êtres personnels. Dans ce cadre, il est intéressant de remarquer que la relation juridique découle de la forme générique de l'obligation comme un ordre secondaire portant sur l'usage des objets par lesquels les volontés morales réalisent leurs fins dans l'ordre sensible (§ 60).

pratique du droit, le jeune Schelling pensait qu'il y a fondamentalement une problématique du droit<sup>33</sup>, parce que ce dernier affirme la *possibilité pratique* de la volonté individuelle en lui conférant la forme de la volonté générale<sup>34</sup>. Il applique donc à cette volonté une forme problématique de généralité, de telle sorte que toute autre volonté puisse la respecter comme forme de vie possible, *sous une condition déterminée*<sup>35</sup>. Le droit repose sur ce décalage pratique de la possibilité qui permet de « problématiser » le rapport à la loi et de le rendre positif, là où l'éthique suspend l'individualité au profit de l'identité du commandement moral pour tous. Une loi qui oblige de manière inconditionnelle n'a d'intérêt que pour garantir une identité de soi et de tous dans la soumission à la loi. Mais, il se peut aussi que des actes soient simplement possibles pratiquement, sous la forme d'un pouvoir-être, sans pour autant constituer une obligation morale. Dans ce cas, le choix singulier de cette possibilité pratique est un droit<sup>36</sup>, c'est-à-dire une libre expression de la volonté individuelle dans son non-identité de soi à soi et aux autres produisant, sous la forme d'une causalité spécifique<sup>37</sup>, sa règle d'action provisoire et limitée. Selon le jeune Schelling, tous les problèmes de la philosophie du droit proviennent de cette non-identité de la volonté individuelle entendue comme possibilité pratique, donc comme « pouvoir-être ». La loi juridique procède de la reconnaissance d'une forme d'indétermination, d'une non-identité de la forme et de la matière de la volonté individuelle. Le choix d'une possibilité pratique qui s'impose comme singularisation provisoire et limitée d'une liberté dans l'existence suppose une déterminabilité de soi par soi. Il s'agit d'une causalité interne à la volonté comme sujet qui oriente le flux de son indétermination signifiante vers une destination révisable, manifestant et réalisant une singularité, une forme du soi désirant qui se corporise dans la communauté de destin<sup>38</sup>. C'est aussi à partir de ce point aveugle que Fichte va tenter à la même époque de reconstruire la communauté juridique comme une communauté d'influence réciproque et donc d'éducation mutuelle à la liberté. Ce qui a retenu en effet l'attention de Fichte, c'est le rôle d'une *Bestimmung* de la communauté juridique

<sup>33</sup> F. W. J. Schelling, « Neue Deduction des Naturrechts », in *Werke*, Bd. III, Fromman Holzboog, 1982, p. 136-175 (trad. fr. S. Bonnet et L. Ferry, *Nouvelle déduction du droit naturel*, in *Cahiers de philosophie politique*, 1983, n° 1, p. 96-127). On trouve une présentation de ce texte, traduite en anglais et réalisée dans le cadre de l'école historique du droit (en 1912), qui est mieux informée que bien des textes actuels sur cette période, à l'exception évidemment des travaux spécialisés et réservés aux historiens de la philosophie (« Schelling and the Historical School », in F. Berolzheimer, *The World's Legal Philosophies*, trad. fr. R.S. Jastrow, New York, McMillan, 1929, § 34, p. 204 *sqq.*).

<sup>34</sup> « Neue Deduction », § 67.

<sup>35</sup> « Neue Deduction », § 62.

<sup>36</sup> « Neue Deduction », § 65.

<sup>37</sup> « Neue Deduction », § 93.

<sup>38</sup> « Neue Deduction », § 105.

comme idéal-type de la communauté des libertés garantissant l'inflexion progressive de l'Etat effectif (communauté économique) vers le règne de l'Etat rationnel des libertés (communauté politique).

Il me semble toutefois qu'il est absolument nécessaire de recourir à une approche du type de celle proposée par Reinach pour échapper à cette reformulation idéaliste des présupposés de la réalisation de la liberté comme forme de vie en commun. Celle-ci demeure encore trop souvent le seul refuge acceptable devant un débat contemporain incapable de prendre en compte le sens commun d'un rapport à l'effectuation de l'effectivité juridique, à savoir la question du sens problématique et non impératif de l'accord des libertés. Or il manque fondamentalement à cette approche la capacité d'envisager les variations constitutives de l'acte social d'obligation, si bien que l'idée même de contrat reste *a priori* soumise à une forme de complétude de la communauté juridique : le « s'obliger mutuellement » demeure l'objet d'une projection idéalisante.

Par son approche de l'acte social d'obligation, Reinach me semble au contraire ouvrir une autre direction. Il offre la possibilité d'envisager le caractère essentiellement incomplet du « s'obliger » en fonction précisément des modalités déclaratives de l'objectivation de son essence comme promesse. L'acte posé est par essence lié à la création/production de ses effets. Il contient une forme de prédisposition (cognitivo-pratique) à la variation que permet de saisir sa précompréhension éidétique : en tant qu'adresse, il ouvre un jeu de coïncidences ou de différences avec le temps ; il ouvre également un espace de jeu de coïncidences entre l'énonciateur et le possible délégué, un autre espace de jeu entre l'un et le multiple du destinataire, voire entre la partialité ou la totalité de son application. Ces différentes torsions originaires sont accessibles à une précompréhension du « s'obliger » comme modalisation de la promesse, mais leur intérêt principal est qu'elles conditionnent concrètement l'opérativité de cet acte, son assumption signifiante ou sa traduction dans un corrélat juridique, un signifié social.

C'est la raison pour laquelle ma thèse est que l'approche par variation éidétique de l'obligation juridique permet de fonder une théorie des contrats capables d'incorporer l'idée de « contrat incomplet » sans devoir légitimer celle-ci par un raisonnement indépendant sur les limites de la rationalité et la nécessité de modèles sous-optimaliste de l'action collective. Mais il y a plus car ce que permet de remettre en question la phénoménologie du droit de Reinach c'est une théorie générale droit enfermée dans le schéma logique de l'obligation contractuelle comme forme sans variation ou « frame » de l'accord entre des libertés. Dans un tel cadre, la promesse de s'obliger mutuellement endosse le mode de l'assujettissement mutuel ou de la soumission volontaire, là où existe pourtant une autre voie pour approcher l'engagement mutuel, celle du serment

compris comme création d'un milieu pour passer, comme une voie constituée par ses variations parce que composée d'extrêmes, d'asymétries d'informations, de biais, etc. Les approches modernes et contemporaines ont privilégié l'hypothèse de rationalité parfaite d'un calcul d'incorporation des risques dans un plan de fixation de l'avenir. L'idée est de garantir par avance les effets de variations. L'autre idée que nous pensons identifier chez Reinach c'est celle de laisser au contraire le passage pour les effets de variations en référence au hors-cadre de l'engagement des libertés. L'intérêt du serment réside, comme le notait Agamben, « dans la place qu'il laisse au parlant, dans le fait qu'il dessine à l'intérieur de lui une forme en creux que le locuteur doit chaque fois assumer »<sup>39</sup> pour s'engager et renouveler le lien.

Trois conditions ont été identifiées pour déployer une telle phénoménologie du droit-serment en réponse à la domination du droit-contrat<sup>40</sup>. Elles définissent à notre sens l'intérêt méthodologique de l'approche de Reinach face aux écueils hérités de l'idéalisme pratique et du positivisme. Chez Reinach, 1/ le raisonnement reste homogène au droit comme activité sociale objectivant des actes intersubjectifs participant de procédés d'échange de paroles. De plus, 2/ ces actes sont analysés à partir de leur structure pratique et non en fonction des limites logiques que devrait endosser la raison volontariste d'un système de règles. Enfin, 3/ sur le plan de la méthode, c'est par une réduction d'essence que le moment de la variabilité interne des actes sociaux est mise en évidence, de telle sorte que cette variation ne suspend pas l'effectuation mais participe nécessairement à celle-ci et permet d'interroger critiquement la production sociale d'obligations et de prétentions.

## Appendice

<sup>39</sup> G. Agamben, *Le sacrement du langage, Archéologie du serment, Homo Sacer, II, 3*, trad. fr. J. Gayraud, Vrin, Paris, 2009, p. 110.

<sup>40</sup> En travaillant par variation éidétique, Reinach fait apparaître le serment comme forme congruente de l'idée du droit produisant une « unité qui dure », au-delà de l'indétermination des volontés individuelles et du contrôle par les calculs sociaux.

EUROPAEA MEMORIA  
Studien und Texte zur Geschichte  
der europäischen Ideen

Begründet und  
herausgegeben von / *Directeurs-Fondateurs*  
Jean École †,  
Robert Theis

Herausgegeben von / *Directeurs*  
Jean-Christophe Goddard,  
Wolfgang H. Schrader †,  
Günter Zöllner

Reihe I: Studien  
Band 134

Dominique Pradelle, Pierre-Jean Renaudie (éds.)

Intentionnalité, sens, antipsychologisme

DOMINIQUE PRADELLE,  
PIERRE-JEAN RENAUDIE (ÉDS.)

Intentionnalité, sens, antipsychologisme

Hommage à Robert Brisart



2022  
GEORG OLMS VERLAG  
HILDESHEIM · ZÜRICH · NEW YORK



2022  
GEORG OLMS VERLAG  
HILDESHEIM · ZÜRICH · NEW YORK