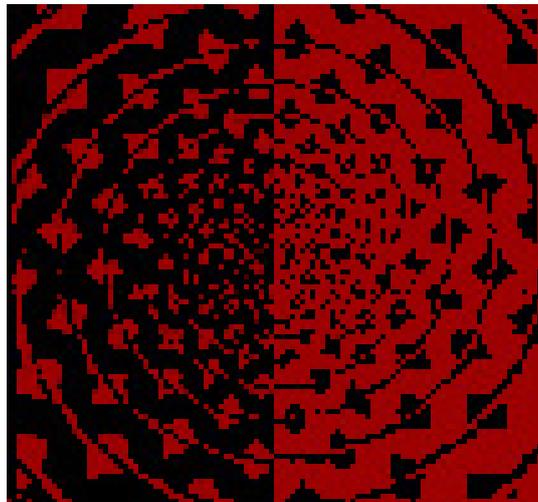


Les Carnets du Centre de Philosophie du Droit



Titre: **Théorie du droit et phénoménologie de gauche : La réception ouverte par Duncan Kennedy**

Auteur: Benoît Kanabus

N° 168

Année : **2016**

© *Benoît Kanabus, Louvain-la-Neuve, 2016.*

This paper may be cited as : Kanabus, Benoît, «Théorie du droit et phénoménologie de gauche : La réception ouverte par Duncan Kennedy », in Les Carnets du Centre de Philosophie du Droit, n°168, 2016.

THÉORIE DU DROIT ET PHÉNOMÉNOLOGIE DE GAUCHE : LA RÉCEPTION OUVERTE PAR DUCAN KENNEDY

*Entrevoir ce que la méthode phénoménologique peut apporter de fructueux aux disciplines juridiques et plus largement, aux disciplines de l'homme*¹.

Un article de la main de Duncan Kennedy a récemment relancé l'intérêt sur de possibles ressources phénoménologiques en théorie du droit : « Une alternative phénoménologique de gauche à la théorie de l'interprétation juridique Hart/Kelsen »². Disons-le immédiatement, le nom d'Husserl n'y est mentionné que deux fois³ et parmi la légion de ses successeurs, seul Sartre y reçoit la grâce d'une évocation⁴. Si l'on élargit au maximum le spectre phénoménologique, on y trouve également une référence à Sigmund et Anna Freud⁵, ainsi qu'à Marx⁶ dont on a suffisamment démontré que l'œuvre de

¹ P. AMSELEK, « La phénoménologie et le droit », in *Archives de Philosophie du droit*, 17, 1972, pp. 185-259, p. 197.

² Trad. V. FORRAY et A. GUIGUE, in *Jurisprudence – Revue critique*, 1, 2010, pp. 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, pp. 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.

³ *Ibid.*, pp. 23, 23 n. 15, 25 et 25 n. 18. Il se réfère uniquement à ce texte : « The natural Attitude ans its Exclusion », in D. WELTON (éd.), *The Essential Husserl: Basic Writing in Transcendental Phenomenology*, Bloomington, Indiana University Press, 1999, pp. 60-65. Ce cours texte est issu de *Ideen I* (« *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie* », in *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische For-schung*, 1, pp. 1-323). Son titre renvoie au premier chapitre de la deuxième section, et le texte visé par Kennedy n'est en fait que le § 27 dont le titre français est « Le monde selon l'attitude naturelle : moi et mon environnement ». Pour une version française, voir *Idées directrices pour une phénoménologie et une philosophie phénoménologie pures. T. I : Introduction générale à la phénoménologie pure*, trad. P. RICŒUR, Paris, Gallimard, 1950, pp. 87-90.

⁴ *Ibid.*, p. 27. Il renvoie d'une manière générale à J.-P. SARTRE, *L'Être et le Néant. Essai d'ontologie phénoménologique*, Paris, Gallimard, 1943.

⁵ *Ibid.*, p. 27. Il donne comme référence S. FREUD, *Sexuality and the Psychology of Love*, Ph. RIEFF (éd. et trad.), New York, Collier/Macmillan, 1963. Il s'agit d'un recueil de plusieurs textes dont aucun n'est cité en particulier par Duncan Kennedy. Il renvoie à une traduction française d'A. FREUD, *Le Moi et les mécanismes*

jeunesse déployait effectivement une phénoménologie de la subjectivité et du travail vivant⁷.

Mais ce recours très limité à la tradition est aussi ce qui fait la force de cet article au titre accrocheur. Sa première ambition est bien entendu de présenter les *Critical Legal Studies* comme une alternative aux positions de Kelsen et Hart dans un débat interne à la théorie du droit, celui de l'interprétation des normes. Il n'intéressera pas, dans le cadre limité de notre analyse, de rendre avec précision la position des différents intervenants de ce débat, et moins encore de prendre parti. Ce qui retiendra notre attention est que Kennedy assigne un rôle à la phénoménologie dans cette discussion. Or, par la même occasion, la phénoménologie se voit suggérée une alternative aux voies sans issues qu'elle avait empruntées jusqu'alors pour se confronter à la question du droit, et partant une possible sortie du discrédit quasi généralisé dont elle a souffert dans le milieu de théorie du droit durant tout le XX^e siècle⁸.

Après avoir rapidement présenté le recours opéré par Duncan Kennedy à la phénoménologie de l'interprétation pour approfondir sa propre conception de l'appréhension des normes, nous prolongerons et radicaliserons son propos en présentant, d'une part, une brève phénoménologie de l'idéologie (à laquelle il se réfère sans l'expliquer) et, d'autre part, une brève phénoménologie de l'action (implicitement présente dans sa réflexion).

de défense, trad. A. BERMAN, Paris, PUF, 1996 [1^{ère} éd. 1949]. L'édition originale allemande a été publiée en 1936 : *Das Ich und die Abwehrmechanismen*, Wien, Internationaler Psychoanalytischer Verlag.

⁶ *Ibid.*, p. 23. Il vise plus précisément les travaux du jeune Marx par l'intermédiaire des « Economic and Philosophical Manuscripts », in *Writing of the Young Marx on Philosophy and Society*, L. EASTON et K. GUDDAT (éds et trad.), New York, Anchor Books, 1967. Les *Manuscrits de 1844*, aussi appelé *Manuscrits de Paris* ou encore *Manuscrits économique-philosophiques de 1844* n'ont été publiés qu'en 1932, mais simultanément dans deux éditions différentes : dans *Marx-Engels-Gesamtausgabe. Abteilung I. T. 3*, Berlin, Marx-Engels-Verlag, pp. 29-172 et dans *Der historische Materialismus. Die Frühschriften*, 2 T., S. LANDSHUT et J. P. MAYER (éds), Leipzig, Kröner, pp. 283-375. Pour une traduction française, voir *Le Manuscrit de 44*, trad. É. BOTTIGELLI, Paris, Éditions sociales, 1968 ou, plus récemment, *Les Manuscrits économique-philosophiques de 1844*, trad. Fr. FISCHBACH, Paris, Vrin, 2007.

⁷ Voir e. a. M. HENRY, *Marx. T. I : Une philosophie de l'économie*, T. II : *Une philosophie de la réalité*, Paris, Gallimard, 1976.

⁸ Voir e. a. J. HAESAERT, *Théorie générale du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1948, pp. 63 et 274-276 ; P. AMSELEK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1964, pp. 34-36 ; ID., « La phénoménologie et le droit », in *Archives de Philosophie du droit*, 17, 1972, pp. 185-259, 194-196 et 258 ; A. BRIMO, « 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, pp. 195-229, p. 216 ; ID., *Les Grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, Pédone, 1967, p. 380 ; G. FASSO, *Storia della filosofia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1974. Pour une version française, voir *Histoire de la philosophie du droit aux XIX^{ème} et XX^{ème} siècles*, trad. C. ROUFFET, Paris, LGDJ, 1976, pp. 197-198, p. 259 ; W. FRIEDMANN, *Legal Theory*, London, Stevens and sons, 1944. Pour une traduction française, voir *Théorie générale du droit*, Paris, LGDJ, 1965, p. 153 ; N. POULANTZAS, *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, pp. 7-80 ; ID., « Notes sur la phénoménologie et l'existentialisme juridique », in *Archives de Philosophie du droit*, 8, 1963, pp. 214-235 ; ID., *Nature des choses et droit. Essai de dialectique du fait et de la valeur*, Paris, LGDJ, 1965 ; J. SEDLACEK, « L'œuvre de François Géný et la science du droit pure », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Géný. T. I : Aspects historiques et philosophiques*, Paris, Sirey, 1935, p. 279.

Phénoménologie de l'interprétation

Kelsen comme Hart, rappelle Kennedy, laisse place dans leur théorie à une zone ou une aire dans laquelle la signification de norme singulière est indéterminée, impliquant de ce fait une décision de l'interprète, singulièrement l'appréciation discrétionnaire du « juge législateur », sa mise en balance des intérêts, ses préférences législatives, voire sa capacité à créer une nouvelle norme. Chez Hart, il s'agit de la « pénombre d'incertitude », aussi appelée « frange d'imprécision » ou « aire de texture ouverte » qu'il distingue du « noyau de certitude »⁹. Chez Kelsen, ceci entre dans le « cadre ouvert à plusieurs possibilités d'application »¹⁰. Or, nous dit Kennedy, pour ces deux auteurs tout se passe finalement « comme si la reconnaissance de la signification univoque de la norme, ou du très haut degré de certitude de ce que fera l'interprète chargé de son application, était une opération automatique, qui ne requiert aucun effort, dès lors qu'elle est accomplie de bonne foi »¹¹. C'est ce point qu'il se propose de discuter en s'appuyant sur la phénoménologie.

Mais il s'agit d'une phénoménologie à l'étiquette précise : « le courant phénoménologique de gauche [développé] au sein des *Critical Legal Studies* »¹². Et Duncan Kennedy en définit l'objectif de manière ciblée : « une phénoménologie qui pourrait rendre compte du caractère déterminé ou indéterminé de l'application des normes au cas »¹³. Autrement dit, il s'agit d'une « phénoménologie des noyaux, cadres, lacunes et conflits »¹⁴ d'interprétation et d'application des normes au cas.

Cette activité, explique-t-il, est le « travail juridique » compris comme la transformation d'une appréhension initiale (Husserl¹⁵) de la solution au cas d'espèce que commande l'ensemble du matériau juridique que fournit le système¹⁶.

Pourquoi dès lors la qualifier de gauche ? Premièrement parce que cette notion de travail juridique s'inspire également du Marx des *Manuscrits de 44*.

⁹ H. L. A. HART, *Le Concept de droit*, trad. M. VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005 [2^e éd.], pp. 119-120, 123-126, 128, 131, 135, 143 et 150. L'édition originale a été publiée à Oxford, Clarendon, 1961. Sur Hart, voir e. a. J.-Y. CHEROT, « L'analyse des concepts en droit. Sur quatre thèses de Hart et quelques questions », in *Revue de la Recherche juridique - Cahiers de Méthodologie Juridique*, 2012, pp. 2273-2285 ; « Le « concept de droit » hartien et l'analyse économique du droit », in *Revue de la Recherche juridique - Cahiers de méthodologie juridique*, 2008, pp. 2529-2540.

¹⁰ H. KELSEN, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, trad. B. PAULSON et S. PAULSON, Oxford, Oxford University Press, 1992 [1^{ère} éd. 1934], pp. 77-81. Il s'agit de la première traduction anglaise qu'utilise Duncan Kennedy de *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien-Leipzig, Deuticke, 1934. Pour une version française, voir *Théorie pure du droit*, trad. H. THEVENAZ, Neuchâtel, La Baconnière, 1953 ou Ch. EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962, rééditée Paris, Bruylant LGDJ, 1999.

¹¹ D. KENNEDY, « A left Phenomenological Critique... », *loc. cit.*, p. 21.

¹² *Ibid.*, « A left Phenomenological Critique... », *loc. cit.*, p. 20.

¹³ *Ibid.*, p. 23.

¹⁴ *Ibid.*, p. 23.

¹⁵ Il se réfère à E. HUSSERL, « The natural Attitude... », *loc. cit.*, p. 60.

¹⁶ *Ibid.*, p. 23.

Le travail juridique, dans le sens où j'utilise le terme, qu'il soit relatif aux noyaux, cadres, pénombres, conflits ou lacunes, est "stratégiquement" engagé. Le travailleur souhaite substituer à l'appréhension initiale de la norme applicable au cas d'espèce (telle que l'impose le matériau juridique que fournit le système), une appréhension nouvelle de ce matériau juridique, selon laquelle une solution différente, plus conforme à ses propres préférences extra-juridiques, sera donnée au cas¹⁷

Deuxièmement parce cette notion de travail juridique accepte que l'interprétation relève d'un acte « idéologiquement » engagé, quand bien même les juges se défendent d'être confondus avec les mouvements dit activistes ou les assemblées démocratiquement élues où l'idéologie apparaît là et là uniquement acceptable.

Ainsi faut-il éviter d'être dupé, selon Duncan Kennedy, par l'affirmation sans cesse renouvelée de la part des juges de leur « neutralité idéologique », d'autant plus que les justiciables et eux-mêmes savent que les différentes interprétations qui s'offrent dans des affaires importantes sont inévitablement « le reflet d'idéologies distinctes »¹⁸. Qu'ils agissent afin de maintenir les apparences de la neutralité ou qu'ils dénie cette vérité, les juges sombrent dans la « mauvaise foi, au sens de Sartre »¹⁹. Cette mauvaise foi se révèle particulièrement au grand jour par deux types postures : soit la « posture bipolaire » de certains juges, qui les conduit, « au fil de [leurs] décisions », à alterner « de manière imprévisible des solutions qui engagent chacune des idéologies antagonistes »²⁰ ; soit la « posture centriste » pour d'autres, qui consiste à systématiquement « couper la poire en deux » en rendant « à chaque fois une solution où les deux parties se voient accorder partiellement ce qu'elles revendiquent », de sorte « qu'aucune ne voit jamais satisfait l'ensemble de ses demandes »²¹.

Face aux conduites stratégiques des juges et bien entendu des avocats visant à transformer l'appréhension initiale de la norme qui régit les faits et les conditions de son application, le juriste au travail continuera donc de faire œuvre utile en opérant « une réduction phénoménologique classique ou "mise entre parenthèse" [*epoché*] (Husserl²²) de la question de savoir si la résistance de la règle à la réinterprétation est un produit de ce qu'elle est "vraiment" ou si c'est simplement un problème de temps, de stratégie et de talent »²³. Ce travail aidera peut-être à l'acceptation d'une troisième posture, audacieuse à première vue, mais plus honnête :

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*, p. 27.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

²² Il se réfère à E. HUSSERL, « The natural Attitude... », *loc. cit.*, p. 65.

²³ *Ibid.*, pp. 25-26.

La posture “activiste du juge”, qui défend ses engagements idéologiques consciemment ou inconsciemment (au lieu d’affirmer sa neutralité en étant soit imprévisible soit centriste), semble être un comportement éthique plus convaincant. Le juge sait que son travail peut conduire ou ne pas conduire à une décision qui se rapproche de ses principes législatifs préférés²⁴.

Phénoménologie de l’idéologie

Reste à définir exactement ce que l’on entend par idéologie. À ce niveau, la méthode phénoménologique offre des ressources incontournables pour comprendre l’articulation entre la production idéologique et la transformation sociale²⁵. Décrite d’un point de vue radical, l’idéologie se révèle être l’expression de la liaison pulsionnelle qui lie chaque individu à ses conditions d’existence et dont la négation relève en effet de la mauvaise foi ou du déni. Duncan Kennedy ne s’y trompe pas en se référant à Sigmund et Anna Freud. De même, il avait fort justement repéré l’importance de la référence à Marx sur cette question. « L’idéologie, comme devait le dire Marx avec tant de profondeur, est “langue de la vie réelle”, c’est-à-dire la production de la vie par elle-même, de son activité »²⁶. Les hommes y « narrent leur pathos » et, si l’on va « plus loin, [leur] propre histoire »²⁷. C’est valable pour tout homme, qu’il soit paysan ou juge. Concernant ces derniers, Kennedy n’hésite pas, contre la fausse « conscience contemporaine », à montrer – et on vient de le voir – que

les juges, et plus généralement les juristes, orientent souvent [leur] travail dans le but de traduire leurs inclinaisons extra-juridiques ou leurs préférences en matière de justice-selon-les-règles (*justice-in-rule-choice*) dans les décisions de justice²⁸.

Il n’y a là, sur le principe, rien qui devrait étonner. Sans même faire appel à phénoménologie de l’idéologie ou à la sociologie de la connaissance, le paradigme épistémologique de Feyerabend avait déjà mis en évidence cette attitude dans les choix opérés par les scientifiques entre deux théories

²⁴ *Ibid.*, p. 27.

²⁵ Cette partie résume et remanie fortement quelques passages publiés dans « Idéologie et subjectivation à la lumière de la phénoménologie pratique », in Gr. JEAN, J. LECLERCQ et N. MONSEU (éds), *La Vie et les vivants. Actes du congrès international de Louvain-la-Neuve 2010*, Louvain-la-Neuve, Presses universitaires de Louvain, 2013, pp. 517-526, ainsi que dans un article coécrit avec D. POPA, « Social Critique in the Light of Radical Phenomenology », in *Re-Thinking Europe*, 1, 2011, pp. 45-55), dont il existe une version française augmentée : « La critique sociale à la lumière de la phénoménologie pratique », in *EuroPhilosophie, Bibliothèque de Philosophie Sociale et Politique*, 2011, pp. 1-36.

²⁶ M. HENRY, « Le concept de l’être comme production », in *Revue philosophique de Louvain*, 73, 1975, pp. 79-107, repris dans ID., *Phénoménologie de la vie. T. III : De l’art et du politique*, Paris, PUF, 2004, pp. 11-40, p. 11.

²⁷ ID., « Narrer le pathos », in *La Revue des Sciences humaines*, 95/221, 1991, pp. 49-6, repris dans ID., *Phénoménologie de la vie. T. III, op. cit.*, pp. 309-323, p. 323.

²⁸ « A left Phenomenological Critique... », *loc. cit.*, p. 26.

concurrentes et incommensurables. C'est le critère esthétique qu'il avait alors trouvé déterminant.

Ce qui reste [après avoir exclu la possibilité de comparer logiquement des théories en comparant des séries de conséquences qui s'en déduisent], ce sont les jugements esthétiques, les jugements de goût », les préjugés politiques et sociaux, parfois mêmes des « désirs religieux, bref ce sont nos désirs subjectifs²⁹.

Mais à y regarder de près, il y a chez Marx une causalité circulaire ou une causalité réciproque : « les circonstances font les hommes autant que les hommes font les circonstances »³⁰, lit-on dans *L'Idéologie allemande*. « Ce sont les hommes qui doivent changer les circonstances alors même que leur action est conditionnée par elles »³¹, trouve-t-on cette fois dans la fameuse *Troisième thèse sur Feuerbach*. Le rapport des juristes à leur objet n'échappe pas non plus à ce cercle phénoménologique qui, s'agissant d'interprétation, devient herméneutique.

Les “préjugés” des juges, et des juristes en général, sont un élément important parce qu'ils orientent dans une direction donnée leur travail juridique de transformation de l'appréhension initiale de ce que commande le matériau juridique. [Cependant], les “préjugés”, ou l'idéologie, ne déterminent pas plus les stratégies qui orientent le travail des juristes que le matériau juridique ne détermine les solutions données aux cas. [...] Il y a un cercle herméneutique à l'œuvre dans cette affaire [...] ³².

Ce matériau juridique qui commande est évidemment le résultat de la longue sédimentation du droit positif, et le juriste ne peut en effet s'en départir dans sa pratique. Là encore, si l'on radicalise la question, Marx n'avait fait preuve d'aucune naïveté en expliquant qu'il était impossible de réfléchir sur un quelconque objet social indépendamment de la succession des générations qui l'ont construit. La génération précédente assigne à la génération suivante « ses propres conditions d'existence et lui donne un développement déterminé, un

²⁹ *Contre la méthode. Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, trad. B. JURDANT et A. SCHLUMBERGER, Paris, Seuil, 1979, p. 320. Pour l'édition originale, voir *Against Method: Outline of an Anarchistic Theory of Knowledge*, London, New Left Books, 1975.

³⁰ *L'Idéologie allemande*, in *Œuvres philosophiques*. T. VI, trad. J. MOLITOR, Paris, Costes, 1946, p. 185. Rédigé entre 1845 et 1846, le manuscrit de *Die deutsche Ideologie* ne sera publié qu'en 1932 dans *Marx-Engels-Gesamtausgabe. Abteilung 1*. T. V, D. RIAZANOV (éd.), Berlin, Marx-Engels Verlag.

³¹ D'après P. MACHEREY, *Les « Thèses » sur Feuerbach. Traduction et commentaire*, Paris, Amsterdam, 2008, p. 82. Les *Thèses sur Feuerbach*, rédigées en 1845, ont été publiées en 1888 par Engels dans une version largement modifiée par ses soins : *Ludwig Feuerbach und der Ausgang der klassischen deutschen Philosophie*, Stuttgart, Dietz, pp. 69-72. Elles ont ensuite été reprises dans une version plus proche de l'original dans *Archiv K. Marx und F. Engels*. T I, Moscou, 1924, pp. 203-210. Enfin, elles ont été rééditées à partir de la retranscription du texte le plus expurgé possible des traces de la main d'Engels dans *Marx-Engels-Gesamtausgabe Abteilung 4*. T. III, Berlin, Akademie Verlag, 1998, pp. 19-21.

³² « A left Phenomenological Critique... », *loc. cit.*, p. 31.

caractère spécifique »³³. L'objet droit, et c'est même une caractéristique qu'il revendique et qui le définit, ne fait guère exception.

Le corps du droit positif en vigueur, c'est-à-dire le droit tel que les travailleurs juridiques le perçoivent au cours de leur rencontre initiale avec le matériau juridique compris comme cadres ou comme noyaux apparaît en premier lieu comme le produit d'un travail historique de production que réalisent les avocats, les juges, et les juristes en général, lorsqu'ils poursuivent (parfois consciemment, parfois inconsciemment) des projets idéologiques antagonistes [...]³⁴.

Faisons encore un pas supplémentaire. Si l'individu trouve son action comme une action déjà accomplie avant lui et qui s'offre à lui pour qu'il l'accomplisse à son tour, il la trouve précisément parce qu'il l'accomplit : « Concevoir les conditions historiques comme séparées de l'activité, voilà dit Marx, le caractère réactionnaire »³⁵. Or, la phénoménologie a justement le pouvoir de mettre en évidence le moment de la prise de conscience de la production idéologique comme absolument essentiel puisque c'est le moment où s'accroît tout à la fois l'épreuve sociale qui a donné naissance à l'idéologie et la puissance d'auto-transformation de la représentation idéologique. Et une telle marge de manœuvre existe bien dans la pratique du droit selon Duncan Kennedy :

L'idéologie infléchit le travail juridique qui infléchit les noyaux et les cadres, qui à leur tour offrent, selon le point de vue de la cohérence les moyens de déstabiliser plus avant d'autres noyaux et d'autres cadres. [...] Le droit positif apparaît [lui-même] comme toujours soumis à de possibles et imprévisibles déstabilisations par de futurs travaux stratégiques idéologiquement orientés³⁶.

C'est par sa compréhension radicale de ce phénomène que la phénoménologie peut offrir quelques ressources à la théorie du droit. Car l'attention générée par la réduction phénoménologique à la genèse de la construction idéologique produit un effet de connaissance³⁷ qui rend possible un repositionnement de l'action. C'est la figure évoquée du « juge activiste » ou « engagé » qui surgit et celle des justiciables, en tout cas de « la plupart des gens » qui s'accordent sur le fait « que les juges sont obligés de travailler aux interprétations qu'ils produisent, et doivent pour ce faire orienter leur travail »³⁸. Et même de

³³ *L'Idéologie allemande, op. cit.*, p. 185.

³⁴ « A left Phenomenological Critique... », *loc. cit.*, p. 29.

³⁵ *L'Idéologie allemande, op. cit.*, p. 188.

³⁶ « A left Phenomenological Critique... », *loc. cit.*, p. 29.

³⁷ Voir L. ALTHUSSER, « Du Capital à la philosophie de Marx », in ID. et É. BALIBAR, *Lire le Capital*, Paris, Maspero, 1968, pp. 17-31.

³⁸ « A left Phenomenological Critique... », *loc. cit.*, p. 29.

« “petites” questions, dit Kennedy, [peuvent] engager des enjeux idéologiques majeurs »³⁹.

Phénoménologie de l'action

En théorie du droit⁴⁰, si l'on tente de comprendre à présent comment la position d'un juge omniscient rendant la justice doit être dépassée de manière à permettre une meilleure information du processus de jugement par la situation et les attentes des justiciables⁴¹, la réduction phénoménologique permet d'exclure la division traditionnelle entre ceux qui savent justifier l'usage des normes et ceux qui suivent l'usage en obéissant⁴². Bien des processus sociaux seraient mieux élucidés si n'étaient pas séparées la critique sociale et la recherche de solutions générales. Une telle formule peut sans doute être assumée comme étant le fruit d'une phénoménologie dite de gauche.

Quoi qu'il en soit, dans les recherches sur la fonction de juger, en théorie du droit, la relation entre critique sociale et recherche de solutions générales a pris une place de plus en plus importante ces dernières années. La question, comme a pu la circonscrire Jean-Yves Cherot, consiste à déterminer si la théorie du droit doit être neutre, au risque de présenter un faible intérêt philosophique, autrement dit si elle peut réfléchir en lien avec la philosophie sociale et politique⁴³. Nous optons pour la position qui tend à accepter d'informer le processus de la justice de la situation vécue et de faire porter son attention sur la souffrance des parties en cause, ce qui ne peut se réaliser dans le cadre d'une raison juridique omnisciente.

Le droit peut être aidé par la réduction phénoménologique pour percevoir ce qui se passe socialement. Dans cette perspective, il faut donc parvenir à créer une appréciation du potentiel de gouvernance sociale du système juridique et déterminer du même coup plus précisément des attentions sociales réciproques

³⁹ *Ibid.*, p. 28. Voir également ID., *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1998, pp. 172-173.

⁴⁰ Cette partie résume et remanie fortement quelques passages publiés dans un article coécrit avec M. MAESSCHALCK, « Immanenz und Norm in den Humanwissenschaften », in R. KÜHN et M. MAESSCHALCK (hg.), *Ökonomie als ethische Herausforderung. Lebensphänomenologische Grundlagen*, Freiburg-München, Karl Alber, 2009, pp.191-212. Celle-ci a précédé la version française, « Pour un point de vue d'immanence en sciences humaines », in *Studia Phaenomenologica*, IX (2009), pp. 333-350. D'une manière générale, les réflexions qui suivent sont héritées des recherches menées au Centre de Philosophie du Droit de l'Université catholique de Louvain. Voir e. a. J. LENOBLE et M. MAESSCHALCK, *Toward a Theory of Governance : The Action of Norms*, The Hague-London-New York, Kluwer Law International, 2003. Pour la version française, voir *L'Action des normes, Éléments pour une théorie de la gouvernance*, Sherbrooke-Québec, Les Éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2009. ID. et ID., *Democracy, Law and Gouvernance*, Aldershot, Ashgate, 2010. Pour la version française, voir *Démocratie, droit et gouvernance*, Sherbrooke-Québec, Les Éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2011.

⁴¹ Voir W. H. SIMON, « Solving Problems vs. Claiming Rights: The Pragmatist Challenge to Liberal Legalism », in *William and Mary Law Review*, 46/1, pp. 127-212, 2004.

⁴² Voir H. L. A. HART, *The Concept of Law*, op. cit, pp. 138-140.

⁴³ Voir « Le Tournant méthodologique en philosophie du droit », in J.-Y. CHEROT, S. CIMAMONTI, L. TRANCHAT, J. TREMEAU (coord.), *Le Droit entre ouverture et autonomie. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, Bruylant, pp. 29-59.

entre justiciables et praticiens. Et, à ce niveau, la réduction phénoménologique participe tout autant à modifier la composition arrêtée des rôles sociaux que la manière de rendre justice et de l'évaluer⁴⁴. C'est à partir de cet apport phénoménologique-là que nous choisissons de comprendre Duncan Kennedy lorsqu'il rappelle que

les auteurs CLS ont essayé depuis le début, et encore aujourd'hui, d'éclairer la manière dont l'application des règles de droit produit massivement des injustices sur les groupes opprimés, particulièrement les règles relatives à la propriété et au contrat, qui semblent pouvoir résister à tous les efforts de transformation par l'interprétation, même les plus soutenus, étant donné les préférences idéologiques de gauche et de droite modérées que partagent à peu près tous les juges dans tous les pays capitalistes. C'est la contribution de la CLS à la sociologie du droit et à l'approche de gauche de l'analyse économique du droit⁴⁵.

Il n'y a là rien qui doive effrayer le phénoménologue de gauche, si l'on assume jusqu'au bout l'étiquette. Il n'y a pas même lieu de se montrer trivial. Kennedy refuse lui-même d'endosser « une thèse de la vulgate marxiste selon laquelle les juges sont le “comité exécutif de la classe dirigeante” défendant cas après cas “les intérêts du capital” »⁴⁶. Une telle vision ne prendrait pas au sérieux les résultats de la phénoménologie de l'idéologie. Rappelons si nécessaire que c'est à partir de la classe paysanne française que Marx a décrit la genèse des « réflexes idéologiques » communs. Dans *Le 18 Brumaire de Louis Bonaparte*, il démontre méticuleusement comment, en l'absence de tout déterminant objectif, c'est-à-dire en l'absence de relations entre eux, y compris par le biais d'enseignements ou de journaux communs, ces paysans parcellaires générèrent une idéologie commune par le seul fait qu'ils partageaient des conditions d'existence communes⁴⁷. Kennedy a raison : les juges de tous les pays capitalistes – et ils ne doivent pas s'en offusquer – ne sont pas moins tributaires idéologiquement de leurs conditions d'existence que les paysans parcellaires du XIX^e siècle.

L'attention à cette genèse de l'idéologie évoquée plus haut est, on le voit, un processus et un effort continu. À chaque fois que l'on oublie cette genèse, l'idéologie nous coupe de notre capacité à transformer nos schémas cognitifs et nos modes d'action. Elle perd son versant positif, c'est-à-dire tout à la fois la force de l'épreuve sociale qui l'a générée et la force d'auto-transformation qu'elle contient. La source de la transformation sociale, le pouvoir de sortir de l'aliénation – pour employer ce terme – ne se situe pas d'abord dans la capacité

⁴⁴ Voir Ch. SABEL et W. H. SIMON, « Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds », in *Harvard Law Review*, 117, 2004, pp. 1015–1101.

⁴⁵ « A left Phenomenological Critique... », *loc. cit.*, p. 29.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 31.

⁴⁷ Voir *Le 18 Brumaire de Louis Bonaparte*, trad. Gr. CHAMAYOU, Paris, Flammarion, 2007. Pour l'édition originale, voir *Der achtzehnte Brumaire des Louis Napoleon*, New York, 1852.

des individus à constituer une nouvelle conscience d'action collective, mais, selon la réduction phénoménologique, dans la capacité des individus à s'auto-transformer à partir de leur épreuve de la souffrance afin de déstabiliser leurs points de vue. « L'état de chose, a écrit Marx, se modifie seulement si les hommes se modifient »⁴⁸.

C'est le mérite de Duncan Kennedy que de laisser ouverte la possibilité à la réalisation d'un tel processus de déstabilisation de l'ordre juridique ou, dit dans les termes du débat, de modification des « noyaux et [des] cadres (que ce travail soit ou non jugé légitime) », ce qui « sape une idée fondamentale de Hart/Kelsen »⁴⁹.

⁴⁸ *L'Idéologie allemande, op. cit.*, p. 187.

⁴⁹ « A left Phenomenological Critique... », *loc. cit.*, p. 28.

Conclusion

L'article de Duncan Kennedy ouvre une nouvelle voie pour mettre en relation la théorie du droit et la méthode phénoménologique. La suivre, c'est enfin renoncer aux vieilles lunes du droit naturel et de la métaphysique des valeurs. C'est heureux : le temps des vastes tentatives de phénoménologie du droit⁵⁰, comme on avait connu de saisissantes phénoménologies de l'histoire ou de la religion, est un temps qui n'intéresse plus depuis longtemps les théoriciens du droit⁵¹.

Le rôle assigné à la phénoménologie dans la réflexion de Kennedy est, au contraire, instrumental et limité, mais il est clair et peut se prétendre d'autant plus efficace. D'une part, et c'est un apport qui a été très largement salué dans le champ philosophique, la phénoménologie est un outil méthodologique particulièrement fécond pour élucider l'acte d'inter-prétation⁵². D'autre part, en creux du texte de Kennedy, apparaît aussi un recours à la phénoménologie de l'idéologie et de l'action. Ce deuxième recours, nous avons tenté de le faire ressortir davantage.

Élucider le processus de génération de l'idéologie, décrire l'épreuve sociale qui la mobilise, prendre conscience de sa capacité d'auto-transformation, voici en effet un travail phénoménologique qui nous semble faire sens pour réfléchir sur l'objet droit. Il fait sens pour l'historien du droit qui sait que les différentes couches de sédimentation du droit positif sont le produit d'un travail historique réalisé par le législateur et les juristes, par les juges et les avocats

⁵⁰ Voir e. a. A. REINACH, « Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts », in *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung*, 1, 1913, pp. 685-847, réimprimé en format livre sous le titre *Zur Phänomenologie des Rechts. Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*, München, Kösel, 1953, réédité dans les œuvres complètes, *Sämtliche Werke. Textkritische Ausgabe. T. I*, K. SCHUHMAN et B. SMITH (éds), München, Philosophia Verlag, 1989, pp. 141-278 ; F. KAUFMANN, *Kriterien des Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1922 ; ID., *Logik und Rechtswissenschaft: Grundriss eines Systems der reinen Rechtslehre*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1924 ; Fr. SCHREIER, *Grundbegriffe und Grundformen des Rechts*, Leipzig-Wien, Deuticke, 1924 ; G. HUSSERL, *Rechtskraft und Rechtsgeltung: Eine rechtsdogmatische Untersuchung*, Berlin/Heidelberg, Springer, 1925 ; ID., *Recht und Welt: Rechtsphilosophische Abhandlungen*, Frankfurt/M, Klostermann, 1964 [1^{ère} éd. 1929] ; ID., *Der Rechtsgegenstand: Rechtslogische Studien zu einer Theorie des Eigentums*, Berlin/Heidelberg, Springer, 1933 ; ID., *Recht und Zeit: Fünf rechtsphilosophische Essays*, Frankfurt/M, Klostermann, 1955 ; K. REISDORF, *Die Grundlegung des Rechtswissenschaft*, Berlin/Bonn, Dümmler, 1930 ; A. KOJÈVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris Gallimard, 1981 [manuscrit de 1943] ; P. RICEUR, *Le Juste*. T. I, Paris, Esprit, 1995.

⁵¹ Voir *supra*, note 8.

⁵² Dans une voie proche, mais pas tout à fait identique car spécifiquement centrée sur les actes de langage des énoncés normatifs, Paul Amssek a progressivement développé en théorie du droit le recours à une phénoménologie linguistique, débarrassée de la dimension axiologique que la phénoménologie charriait depuis sa fondation par Husserl. Voir P. AMSELEK, *Cheminements philosophiques dans le domaine du droit et des règles en général*, Paris, Armand Collin, 2012. Sur cette question, voir J.-Y. CHEROT, « Paul Amssek et la normativité en droit », in *Revue de la Recherche Juridique – Cahier de méthodologie juridique*, 2013-5, pp. 1997-2009, p. 1998.

poursuivant, consciemment ou inconsciemment, des projets idéologiques. Il fait sens pour le théoricien du droit qui reconnaît que l'idéologie des juristes, consciente ou inconsciente, infléchit le travail juridique et, ce faisant, infléchit ce que Kelsen et Hart appellent les noyaux ou les cadres, entraînant un processus de déstabilisation pouvant s'accroître de lui-même.

Du point de vue de la méthode phénoménologique, il s'agit de soutenir la constitution d'une théorie du droit attentive à la genèse de l'idéologie sous-jacente, autant à la formation historique du droit positif qu'à son interprétation actuelle. Les ordres juridiques apparaîtront alors plus clairement dans leur capacité à se rendre sensibles à l'épreuve sociale qui les mobilise. Autrement dit, ce n'est rien moins qu'un accroissement de la réflexivité juridique à l'égard des souffrances sociales concernées qui est légitimement attendu⁵³.

Du point de vue de la théorie du droit, l'enjeu fondamental est d'éviter d'isoler la recherche technique de solution de la nouvelle critique sociale. C'est en effet à partir du lien que parviendra à construire la théorie du droit entre ces deux dimensions que pourra s'élaborer de manière constructive un point de vue nouveau sur la transformation sociale, comme l'appelle de ces vœux une phénoménologie de l'action sincère ou, d'une manière plus générale, ce qui a été appelé ici une phénoménologie de gauche.

Nous ne citerons pour conclure qu'un exemple très concret, mais il est édifiant, montrant comment un apport limité de la pratique phénoménologique au travail juridique peut se révéler efficace. Dans l'affaire « Touzet contre Renault », la recherche en psychodynamique du travail, s'appuyant sur une phénoménologie du travail, « a joué un rôle significatif dans la façon dont le Tribunal [des affaires de Sécurité sociale des Hauts-de-Seine] a interprété les faits mis en preuve dans cette cause »⁵⁴. Il ne s'agissait rien moins que d'obtenir qu'un suicide soit qualifié d'accident de travail imputable au comportement fautif de l'employeur. Cette recherche constitua la base de la plaidoirie de l'avocate de la partie civile et le jugement rendu le 17 décembre 2009 fit explicitement référence à « la nécessité de connaître les travaux dans le domaine du travail ».

⁵³ Le terme de *responsiveness* en anglais correspond assez bien à cet enjeu. Voir P. VINCENT-JONES, *The New Public Contracting. Responsiveness. Relationality*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

⁵⁴ H. TESSIER, « Clinique du travail et évolution du droit : à propos d'un suicide au travail », in *Travailler*, 26/2, 2011, pp. 111-126, p. 123. Voir également EAD., « Interprétation des faits et exercice des droits garantis par la législation du travail : quelques réflexions sur le droit de la preuve et sur la causalité », in Chr. DEJOURS et N. CHAIGNOT (dir.), *Clinique et travail et évolution du droit*, Paris, PUF, en cour d'édition. Nous remercions l'auteur de nous avoir permis de consulter le manuscrit et M.-A. MOREAU et R. SAADA, « Regards croisés sur la construction de l'obligation de sécurité de l'employeur en matière de santé à l'épreuve des suicides au travail : retour sur le cas Technocentre Renault », in *ibid.*. Nous remercions les auteurs de nous avoir permis de consulter le manuscrit.

Préalablement, dans le cadre des travaux préparatoires à l'élaboration du Plan « Violence et Santé » en application de la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, a été mise sur pied, en 2005, une commission thématique interdisciplinaire « Violence, emploi, travail, santé »⁵⁵. Sa présidence fut confiée à Christophe Dejours, dont les recherches – précisément celles référencées par la plaidoirie et le jugement précités – sont fondamentales en clinique et en phénoménologie du travail⁵⁶ – du « travail vivant », comme il le précise avec Marx.

⁵⁵ Pour accéder aux travaux de la commission, outre son *Rapport*, voir Chr. DEJOURS (dir.), *Conjurer la violence. Travail, violence et santé*, Paris, Payot, 2007.

⁵⁶ Voir e. a. ID., *Travail, usure mentale. De la psychopathologie à la psychodynamique du travail*, Paris, Bayard, 1980 ; *Le Facteur humain*, Paris, PUF, 1994 ; *Souffrance en France. La banalisation de l'injustice sociale*, éditions du Seuil, 1998 ; *L'Évaluation du travail à l'épreuve du réel. Critique des fondements de l'évaluation*, Versailles, INRA, 2003 ; *Suicide et travail : que faire ?*, Paris, PUF, 2009 ; *Travail vivant*, 2 T., Paris, Payot, 2009 ; *Observations cliniques en psychopathologie du travail*, Paris, PUF, 2010 ; *Le Choix. Souffrir au travail n'est pas une fatalité*, Paris, Bayard, 2015.