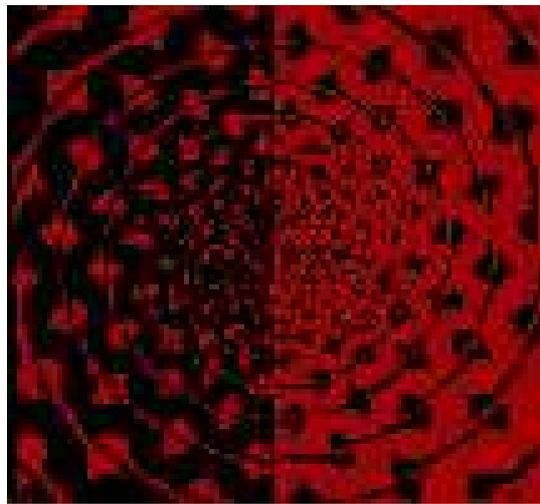


Les Carnets du Centre de Philosophie du Droit



Titre: *Les fondements a priori du droit civil d'Adolf Reinach :
une contribution phénoménologique à la question du sujet de la loi.*

Auteur: Sylvain Camilleri

N° 129

Année : 2007

© CPDR, Louvain-la-Neuve, 2007

This paper may be cited as: Sylvain Camilleri, " Les fondements a priori du droit civil d'Adolf Reinach : une contribution phénoménologique à la question du sujet de la loi. ", in Les Carnets du Centre de Philosophie du Droit, n°129, 2007.

Les fondements a priori du droit civil d'Adolf Reinach : une contribution phénoménologique à la question du sujet de la loi.

Par Sylvain Camilleri

I. Quelques éléments sur Adolf Reinach

Avant de présenter la teneur de l'ouvrage clé d'Adolf Reinach et son rapport à la thématique du sujet de loi¹, une brève présentation de l'auteur s'impose. Car en effet, le philosophe est aussi mal connu dans les cercles philosophiques que dans les milieux de la pensée juridico-politique. Un survol de sa biographie ainsi que de sa bibliographie explique les raisons de cette relative méconnaissance. Je cite un extrait de l'argument du colloque qui lui a été consacré à Paris il y a à moins de deux ans, preuve du regain d'intérêt pour cet auteur, auquel s'ajoute la récente traduction française de son œuvre maîtresse² :

« Adolf Reinach (1883-1917) fut le disciple le plus proche, et probablement le meilleur, d'Edmund Husserl durant la période qui précéda la première guerre mondiale. A ce titre il a contribué à la fondation et au développement de la phénoménologie. Mais, loin d'être le simple assistant de Husserl (il a édité le *Jahrbuch für Phänomenologie*, qui fut l'organe d'expression officiel du nouveau courant philosophique), il s'est très tôt distingué en proposant un rapport original à cette philosophie naissante. Il a, contre le maître, refusé le tournant transcendantal de la phénoménologie, et a jeté les bases d'une phénoménologie réaliste [...] Du point de vue ontologique, comme de celui de la philosophie du langage, Adolf Reinach est l'auteur de découvertes fondamentales – doctrine des états de choses, du jugement négatif, des « actes de langage » avant la lettre et de l'a priori social – qui auraient dû le placer au rang d'un des plus grands

¹ Ce texte constitue la reprise d'un exposé tenu dans le séminaire « Le sujet de la loi » conduit par Luc Vincenti à l'université Paul Valéry – Montpellier III au semestre d'hiver 2005-2006.

² Colloque « Reinach : Philosophie des normes et théories du droit », organisé les 17 et 18 Juin 2005 à l'université Paris I, par Jocelyn Benoist (Archives Husserl) et Jean-françois Kervegan (Nosophi). La traduction française est celle sur laquelle nous utilisons : A. Reinach, *Les fondements a priori du droit civil*, trad. fr. R. De Calan, Paris, Vrin, 2004/2005 (abrégé *Fondements* dans la suite de l'étude). Pour une biographie plus complète, on se reportera avec profit à K. Schumann & B. Smith, « Adolf Reinach : An intellectual biography », in K. Mulligan (éd.), *Speech Act and Sachverhalt: Reinach and the foundations of realist phenomenology*, Dordrecht/Boston/Lancaster, Nijhoff, 1987, pp. 1-27.

philosophes du XXe siècle s'il n'avait pas été fauché prématurément par la guerre de 14 comme toute une génération d'intellectuels allemands [...] L'un des aspects intéressants de son réalisme phénoménologique est son réalisme des normes, conquis sur le terrain d'une philosophie du droit, bien qu'à portée plus générale. Reinach est d'abord un philosophe du droit. Il a fait une première thèse sur la causalité dans le droit pénal. Puis, après la rencontre avec Husserl, il consacre son chef d'œuvre, *Grundlagen des bürgerlichen Rechts* (1913), au droit civil, dont il essaie de donner une théorie fondationnelle. Celle-ci tourne autour du concept d'« acte social » qui est une première forme de celui d'« acte de langage », tel qu'il jouera un rôle central dans la philosophie du droit contemporaine (on peut penser à Hart, plus tard). Selon Reinach, par certains types d'actes que nous accomplissons, qui ont pour caractéristique de supposer une certaine forme de partage social de leur signification entre plusieurs acteurs, nous créons dans le monde un certain type d'entités (d'« états de choses »), à la fois temporellement déterminées (elles ont une date de naissance et peuvent s'annuler et disparaître) et idéales (elles sont soustraites à l'arbitraire des sujets, une fois produites) : les obligations. C'est dans la logique même des actes sociaux, en tant qu'eux-mêmes porteurs de réalité, que s'inscrit l'objectivité du droit ».

II. En partant de Husserl – Un tableau de la situation

Concernant la philosophie des normes, il est possible d'opposer deux postures distinctes. D'une part, la théorie pure du droit envisagée par Kelsen qui entend construire une théorie politique vide de toute morale et de toute physique. Le positivisme politique qui en découle ne va pas sans poser de problème en tant qu'il dit étudier un droit dénudé de tout jugement de valeur, ce qui semble difficile à admettre³. On est alors en droit de se demander si le point de vue [du] <normatif descriptif>, point de départ de Kelsen, est bien le mieux placé en vue d'indiquer l'origine, la nature et le fonctionnement du sujet de la loi. Que Kelsen souhaite laisser derrière lui les universaux politiques, ainsi que Foucault une trentaine d'années plus tard, cela se comprend aisément en regard du soupçon justifié de classicisme philosophico-politique qui pèse sur ces notions par trop générales et menace, en ramenant le politique des siècles en arrière, de lui retirer l'efficace qu'il est pourtant susceptible de briguer si l'on s'efforce de le repenser

³ Nous reprenons la critique formulée par E. Picavet, *Kelsen et Hart. La norme et la conduite*, Paris, PUF, 2000, p. 36. A propos du système kelsénien de conformité du jugement à la norme, Picavet remarque de manière particulièrement pertinente que « cette approche est à la fois intéressante et contestable. Elle enveloppe une thèse définie sur la nature des jugements de valeurs, et cette thèse exclut des positions qui, à première vue, peuvent sembler convaincantes. Ainsi il pourrait sembler naturel de dire que la polarité « conforme / non-conforme » ne coïncide avec la polarité « bon / mauvais » que si la norme elle-même est bonne selon certains critères bien définis. Après tout, dire qu'une conduite est bonne, n'est-ce pas affirmer qu'elle comme elle doit être, non pas en vertu d'une norme qui, tout d'abord, sélectionne convenablement les conduites qui doivent être ? Pour Kelsen, rien de tel. Le « bien » est la conformité à des normes considérées comme valables. Il n'y a rien à chercher au-delà ».

plus radicalement et plus concrètement. Or non seulement le positivisme juridique de Kelsen ne semble pas détenir le monopole de cette radicalité mais, plus important encore, il y a toute les raisons de penser qu'il relève bien plus d'une *abstraction* philosophique du politique plutôt que de la concrétude requise pour penser à nouveau frais cet efficace du politique, ne serait-ce que sur le plan philosophique.

En face, on peut thématiser la position inverse de Kelsen en prenant pour exemple la pensée des normes telle qu'elle se donne à lire dans la première des *Recherches Logiques* de Husserl, œuvre symbolisant sa « première » philosophie⁴. Même si le propos husserlien considéré en lui-même ne fait pas directement ou explicitement signe vers le politique, comme c'est déjà plus ou moins le cas chez Kelsen, on peut tout de même en tirer quelques règles qui serviront à la considération de celui-ci qui, précisément, doit être (com)pris dans un *système* ou un *ensemble* plus vaste. La logique de Husserl est principalement normative. Elle s'efforce d'énoncer des règles, et elle est téléologique en ceci qu'elle est liée à son propre but qui est de normer la science. On devrait même ajouter : *toutes* les sciences. On comprend donc que le politique tombe lui aussi sous le coup de la logique philosophique. Cette dernière est en fait supérieure en vertu de ce qu'elle est : une théorie de la connaissance elle-même normative. Pour toutes ces raisons, le point de vue de Husserl peut être qualifié de <normatif prescriptif>, en opposition avec la dimension descriptive que nous avons mise en exergue chez Kelsen.

Ce n'est pas le lieu ici pour confronter les points de vue de Husserl et de Kelsen. On se contentera donc de noter que si Kelsen vise *en* politique *implicitement* le bien ; Husserl, lui, vise *en* philosophie *explicitement* le vrai, et donc aussi *implicitement* en politique. Force est de constater que le politique contemporain suivra davantage Kelsen et le normatif descriptif plutôt que Husserl et le normatif prescriptif. Mais malgré cet état de fait, on peut tout de même faire remarquer que le politique contemporain, bien qu'ayant privilégié le normatif descriptif, n'arrivera jamais à faire l'économie de son rapport au normatif prescriptif. En regard de cet autre état de fait, nous avons donc choisi d'aller en quelque sorte à contre-courant en partant du point de vue husserlien. L'adoption de cette posture initiale a pour but de se donner la possibilité d'étudier notamment deux philosophèmes centraux et complémentaires : l'obéissance et le sujet. Deux thèmes qui font particulièrement corps dans le politique, y compris contemporain. Ainsi, on parle volontiers de l'*obéissance du sujet* ou inversement d'un *sujet obéissant*. La réunion de ces deux termes dans le cadre du politique permet de penser ensemble le rapport du prescriptif à la subjectivité et le rapport du sujet à l'acte de prescription. Dans quelle mesure le sujet est informé, influencé et dirigé par la norme ? Dans quelle mesure le sujet pense, crée, applique et fait appliquer la norme. En somme, il s'agit de

⁴ Celle qui précède le tournant transcendantal des *Ideen*, à partir de 1912-1913.

s'interroger tout à la fois sur *le sujet qui édicte la norme ET le sujet qui s'y soumet*. Etant entendu que, théoriquement au moins, il doit être question d'un seul et même sujet⁵.

III. La réflexion sur le sujet comme point d'entrée et d'ancrage de Reinach dans la problématique

La question du rapport entre le sujet normant et le sujet normé constitue à nos yeux le point d'entrée et d'ancrage de Reinach dans la problématique du *sujet de la loi*. Comme nous l'avons expliqué, le point de vue husserlien permet d'accéder de droit à la question de la norme, qui elle-même n'a de sens que rapporté à un sujet. L'intentionnalité et l'intersubjectivité sont deux dimensions essentielles de la norme. Une norme est toujours implicitement prescrite à un individu ou à un groupe d'individu. Faut-il choisir entre l'individuel et le collectif ? Dans le cadre d'une philosophie politique ou d'une philosophie du politique, on aurait tendance à céder au réflexe classique (Hobbes, Locke, Rousseau, etc.) en voulant privilégier l'entité collective au sens traditionnel, c'est-à-dire le peuple. Mais notre approche phénoménologique implique qu'à l'instar de Reinach, nous abandonnions au moins provisoirement l'usage par trop spéculatif des universaux politiques auxquels le peuple se rattache et dont il constitue même l'un des piliers. En effet, si le but est de penser le politique à *nouveau frais*, alors on admettra que cette opération ne peut être réalisée qu'au prix de l'abandon ou au moins de la refondation des schèmes de pensées de la philosophie politique classique. Si Reinach peut être classé parmi les philosophes politiques du renouveau, c'est parce qu'il est certainement l'un des premiers à tourner ses recherches vers les *pratiques* et non plus tant vers les abstractions politiques. C'est ainsi que l'on a pu qualifier la pensée de Reinach de phénoménologie réaliste. Ce réalisme là, il le doit sans conteste aux *Recherches Logiques* de Husserl⁶, lesquelles nous ont précisément mené, à travers le point de vue [du] normatif descriptif, à nous intéresser au *sujet* de la loi en propre et donc à son rapport à l'obéissance. La phénoménologie réaliste de Reinach « se caractérise par son enracinement ontologique ». Ce qui signifie que « la prise en compte des actes de conscience y est toujours corrélée, ou subordonnée, à celles de structures présentes dans le monde – ce que Reinach nomme états de choses (*Sachverhalte*) »⁷.

⁵ Théoriquement au moins, car on présuppose ici un régime « équilibré », voire juste, ou du moins qui se revendique comme tel. On note au passage que ces deux dimensions font signe vers la double-définition que Althusser donne du sujet à la fin du texte que nous avons vu, « L'idéologie interpelle les individus en sujet », in *Positions*. Il y a le sujet comme « subjectivité libre : un centre d'initiatives, auteur et responsables de ces actes », auquel Althusser ne croit pas dans ce contexte idéologique. Et il y a un « être assujetti, soumis à une autorité supérieure, donc dénuée de toute liberté, sauf d'accepter librement sa soumission ».

⁶ Sur ce point, on se reportera à l'« Introduction » de R. De Calan à sa traduction française de l'ouvrage de Reinach, *op. cit.*, p. 10 (et n. 2.).

⁷ Cf. infra note 2. Présentation du colloque sur Reinach.

C'est à partir de cet argument que l'on peut raccrocher l'œuvre de Reinach à la problématique du sujet de la loi. Selon ce nouveau point de vue, il devient possible d'avancer que « le sujet de la loi » est en fait une expression intentionnelle, et même dialectique. Le comportement du sujet assujetti comme celui du sujet libre (les deux types de sujet selon Althusser) est pareillement déterminé par des structures mondaines pré-établies, autrement dit par des normes pré-existantes à sa liberté comme à sa soumission. Mais l'inverse est vrai lui aussi : l'acte de conscience du sujet qui édicte une loi ou qui s'y soumet participe de la détermination elle-même de la norme, c'est-à-dire de l'état des choses, fondamentalement mobil ou changeant⁸. Juger de l'origine et de l'impact de la norme et de ses déclinaisons à l'aune du vécu, telle est, définie généralement, la tâche que Reinach s'est fixée dans *Les fondements a priori du droit civil*. La donnée première et fondamentale, censée permettre au philosophe de mener cette tâche à bien, c'est déjà la prise en compte de ce que Reinach appellera dans un écrit plus tardif le « poids du vécu » [*Erlebnisgewicht*]⁹. Il ne s'agit pas tant du sujet en lui-même, du pur *ego*, mais de tout ce qui fait son poids, son armature. Tout ce qui le détermine, c'est-à-dire tout ce qu'il le précède, et tout ce qu'il détermine, ce qui lui fait suite. En d'autres termes et pour parler phénoménologiquement : tout ce qui, moyennant synthèse active ou passive, permet de raccrocher l'idée de sujet à l'idée de norme (dans notre cas à l'idée de norme politique).

IV. Vers une nouvelle topologie – la condition manifeste d'une contribution de Reinach à la question du sujet de la loi

Une contribution phénoménologique à la question du sujet de la loi nécessite de partir du *sujet*, mais, en quelque sorte, pour mieux s'en écarter. Pour Reinach, l'*a priori* de la soumission du sujet à la loi n'est pas totalement indépendant de l'expérience vécue au sens propre, puisqu'il naît bien souvent d'elle, cependant qu'il existe et subsiste sans elle. L'*a priori* est donc un *a priori* matériel, « au sens des *Recherches logiques*, car fondé sur la teneur de sens des concept, bien plus qu'au sens restreint, formel, du transcendantal retenu par Kant comme la condition de possibilité de l'expérience »¹⁰. Transposé au domaine politique, l'*a priori* matériel appelle une réalité *de type normative*, qui se remplit de différents actes à l'origine de l'obéissance à la loi : prétention, obligation, promesse (entre autres). Ces actes, que Reinach qualifie de sociaux au sens large (surtout langagier) sont porteurs de sens et ontologiquement créateurs de normes

⁸ On voit bien ici que nous avons à faire à une variation particulièrement pertinente du concept husserlien d'intentionnalité. Les contours de cette variation seront précisés dans la suite de cet exposé. A cet égard, on trouvera des pistes extrêmement intéressantes dans J. Benoist, « Reinach et la visée (*das Meinen*) : décliner l'intentionnalité » in *Les Etudes philosophiques*, Février 2005, pp. 19-37.

⁹ Cf. A. Reinach, *Sämtliche Werke*, éd. K. Schumann, München, Philosophia Verlag, 1989, Bd. I., pp. 608-610.

¹⁰ R. De Calan, « Introduction » in *op. cit.*, p. 10.

juridiques¹¹. La question qui se pose alors est celle de savoir si, finalement, les fondements de la question du sujet de la loi ne résident pas ailleurs que dans le législatif purement politique – c’est-à-dire au niveau du droit positif – [mais] plus exactement dans le législatif ontologico-judicatif, sphère à proprement parler *pré-politique* du point de vue de la philosophie politique traditionnelle, mais en réalité *déjà* politique à part entière du point de vue de la phénoménologie reinachienne des fondements a priori du droit.

En réalité, il se pourrait que le véritable lieu d’identification du sujet de droit soit le *Sachverhalt*, l’état des choses ontologique qui, conjugué à des actes de conscience dits sociaux, représente les conditions de possibilités du vivre politique au sens où nous le reconnaissons généralement, c’est-à-dire comme espace double, de soumission à la loi d’une part, de la disposition à certains droits d’autre part. Avant de commencer l’examen de l’ouvrage proprement dit, on insistera sur la donnée fondamentale de cette nouvelle topologie du droit ouverte par la phénoménologie : la loi est bien ce qui oblige en constituant le lieu même de l’identification du sujet ; mais la loi dont il est question avec Reinach n’est plus celle qui est soi-disant *initialement* issue du droit positif, mais la loi inhérente à l’état des choses, que Reinach appelle une loi d’essence : *<Wesengesetzlichkeit>*. Une loi qui s’enrichit et se modifie des actes intentionnels qui s’y enracinent et qui y font retour¹².

V. L’idée d’une théorie a priori du droit (§ 1) : topique théorique

L’exposition par Reinach de sa fondation d’une théorie *a priori* du droit civil nécessite tout d’abord d’en présenter l’*idée*. C’est ce à quoi il s’attèle dans le § 1. Cette introduction théorique n’est pas là pour intellectualiser le projet, car nous demeurons toujours bien dans une phénoménologie des pratiques. Il s’agit plutôt de déconstruire ce qui l’a précédé. Reinach commence donc par se livrer à démonstration censée montrer tous les avantages et toutes les vérités philosophiques de la conception du droit positif, cela afin de mieux s’en écarter. Nous citons :

« Le droit positif engendre, par sa toute-puissance, les prétentions des uns et les obligations des autres. C’est là, et là seulement, que réside la force liante des contrats, en ce que le droit positif exige son accomplissement. Le problème que le droit naturel ancien a vu au-delà, dans la contrainte même que suppose la promesse et le contrat, n’est en vérité, d’après cette conception [le droit positif], qu’un problème apparent et vide »¹³.

¹¹ A. Reinach, *Fondements*, p. 40.

¹² On prendra bien soin de distinguer le parti de Reinach de celui de plusieurs philosophies politiques classiques, qui font reposer le droit sur une anthropologie. La corrélation noématique-noétique décrite par Reinach, entre *Sachverhalt* et actes sociaux, ne renvoie en aucune manière à une quelconque anthropologie, mais bien à une ontologie.

¹³ A. Reinach, *Fondements*, p. 41 ; *SW*, p. 143.

Reinach qui embaume dans ce passage le droit positif : le lecteur l'aura compris d'emblée, ce n'est qu'un subterfuge. En vérité, il ne détruit pas la fonction du droit positif. Il se contente, et en même temps c'est déjà beaucoup, de mettre à terre les idées concernant son institution. Les propositions et concepts du droit ne tombent pas du ciel. Ils ne sont pas le produit d'une pure volonté législatrice, c'est-à-dire une volonté humaine qui, dès l'initiale, légiférerait pour ainsi dire naturellement ou automatiquement ; non plus le produit d'une main invisible qui aurait pour fonction de sécréter du droit. Pour Reinach, ces différentes conceptions, qui ont le droit positif comme origine ou comme fin, sont toutes semblables en ce qu'elles se rejoignent sur le plan de leur mode de donation qui est l'*artificialité*. Difficile ici de ne pas penser à la pyramide de Kelsen et à son système de fiction qui englobe tout (ou presque) : volonté de la personne morale, personnalité de l'Etat, volonté de l'Etat, la norme originelle en elle-même, et même le *pacta sunt servanda*, son contenu. Bien que tout ce système ne soit pas encore théorisé par Kelsen à l'époque où Reinach écrit les *Fondements*, c'est exactement cela qu'il vise et qui existe déjà à n'en point douter en puissance dans les théories allemandes du droit qui ont alors cours¹⁴. Ce que Reinach entend explicitement déconstruire, ce sont les doctrines que l'on pourrait regrouper sous l'appellation de « positivismes » et dont le défaut commun est une « réductionnisme normativiste »¹⁵ certain. On peut ensuite – et cela n'est pas inutile – détailler formellement les déclinaisons majeures de ce défaut commun : « Le positivisme juridique sous sa forme certes primitive, mais déjà élaborée, mêle un décisionnisme politique fort (exprimé dans le champ lexical de l'institution), autrement dit un conventionnalisme strict, avec un immanentisme (le droit n'a rien d'extérieur à lui-même), et une philosophie de l'interprétation pour le moins ambiguë : les propositions normatives sont constituées de concept qui sont eux-mêmes des descriptions de ces normes »¹⁶. (Picavet à Kelsen).

Reinach accuse : toutes ces écoles du droit positif souffrent d'une lacune certaine en ce qui concerne « l'articulation entre discipline normative et discipline théorique »¹⁷. Conséquence, elles manquent systématiquement la détermination systématique des concepts juridiques. Aux antipodes de toutes ces conceptions, Reinach se pose en phénoménologue et entend apporter une « réponse fondamentalement différente » :

« Nous montrerons que les formations que l'on décrit le plus souvent comme spécifiquement juridiques, possèdent tout autant que les nombres, les arbres

¹⁴ Sur ce point, cf. l'explication de R. De Calan qui, dans son « Introduction » (pp. 11-20), fait un résumé très clair de ces différentes tendances : école historique du droit (Savigny et les Pandectes) ; *Begriffjurisprudenz* ; *Interessenjurisprudenz* ; *Geltungjurisprudenz*.

¹⁵ *Ibid.*, p. 19.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

ou les maisons, une *existence propre* ; que cette existence est indépendante de ce que les hommes peuvent en concevoir [sans pour autant qu'ils y soient étrangers], qu'elle est tout particulièrement indépendante du droit positif [...] le droit positif trouve les concepts qu'il utilise ; *il ne les crée en aucun cas* »¹⁸.

Avant d'aller plus avant dans la présentation de l'*idée* d'une théorie *a priori* du droit, il nous faut évacuer un problème déjà évoqué plus haut en notes : c'est celui de la parenté que le lecteur est tenté d'établir entre le droit naturel et les réflexions de Reinach. Sur la foi de l'avant-dernier passage que nous avons cité, on pourrait croire que Reinach prône un retour au droit naturel des anciens. Selon nous, il faut se garder de tout rapprochement hâtif. Il est vrai que Reinach cite le droit naturel comme le modèle d'une théorie qui a cherché en amont du droit en vue de retrouver les racines de l'obéissance du sujet. Certes, Reinach est, d'un point de vue formel, partie prenante de cette remontée. Mais cela ne veut pas dire pour autant qu'il oriente ses recherches vers la fondation d'un nouveau droit naturel. Car, en phénoménologue convaincu, il situe son entreprise au niveau des fondements *a priori* du droit, ce qui implique de poursuivre non pas le droit naturel mais le *droit essentiel* ou l'essentialité du droit. Cela implique de la part du philosophe une réduction eidétique, qui entraîne à son tour et nécessairement une posture ou une attitude anti-naturaliste.

L'analyse phénoménologique vise l'essence des formations juridiques. Cela signifie qu'elle cherche à extraire ce qu'il y a de « légalité stricte »¹⁹ dans de telles formations. Qu'est-ce que cela peut bien nous apprendre sur la manière d'appréhender *le sujet de la loi*. A cette question, nous répondons en usant d'un concept heideggerien : l'extraction de la légalité stricte constitue une *indication formelle* [*formale Anzeige*] quant au traitement philosophique du sujet de la loi. En d'autres termes, l'*idée* reinachienne d'une théorie *a priori* du droit présente la façon dont il faudra désormais discerner un certain *mode de donation* propre aux phénomènes qui gravitent dans et autour du sujet de la loi, étant entendu que ce dernier est *essentiellement* sujet d'une légalité stricte, c'est-à-dire *a priori*²⁰. A partir du propos du § 1, il est possible de formuler un premier axiome quant au sujet de la loi selon Reinach : *Qu'un acte de soumission instaure une obéissance, ceci se fonde sur l'essence de l'obéissance en tant que telle, et vaut par là même nécessairement et universellement*. Donc aux formations juridiques, comme au sujet de la loi, celui à qui ces formations sont destinées, s'appliquent des propositions *a priori*²¹.

Par où l'on voit se profiler le cadre général de la contribution de Reinach au problème de l'obéissance : les actes sociaux – ici l'acte de soumission – sont déterminés *a priori* par l'être de l'obéissance. Mais on prendra la peine de

¹⁸ A. Reinach, *Fondements*, pp. 41-42.

¹⁹ A. Reinach, *Fondements*, p. 42.

²⁰ Sur l'indication formelle, cf. M. Heidegger, GA 60, pp. 55-65.

²¹ A. Reinach, *Fondements*, p. 42.

souligner que si l'acte de soumission ne modifie en rien l'ontologie de l'obéissance (puisqu'il y trouve en réalité son fondement), il n'en agit pas moins sur l'état des choses [*Sachverhalt*] juridique, provoquant par là la variation du *rapport* du sujet à la loi. Non seulement – ici cela est évident – à la loi positive (1), mais également – là cela l'est peut-être moins – à la loi d'essence (2) éternellement valable et indépendante de notre appréhension²². (1) n'a guère besoin d'être précisé, puisqu'il va de soi que l'acte de se soumettre engendre la création d'un certain nombre de paramètres psychiques ou psychologiques chez le sujet, qui déterminent en retour son rapport à la loi étatique. Bien entendu, c'est bien souvent l'injonction qui amène à l'acte de soumission. Que la proclamation d'une législation par le souverain quant à l'interdiction de voler, sous peine de se voir sévèrement puni, entraîne chez le sujet une réaction d'allégeance, un acte de soumission qui va définir et régler son rapport à cette législation, rien de plus naturel dans le droit positif. Ce qui l'est moins, c'est que (2), le rapport à la loi d'essence, à l'être de l'obéissance, soit lui aussi touché, activé, modifié en profondeur. Entendons-nous bien : l'essence de la loi juridique, elle, est et demeure valable éternellement, indépendamment du *rapport* que nous entretenons avec elle. Elle n'est donc en rien bouleversée par l'acte de soumission. Ce qui l'est, c'est simplement ce *rapport* que nous, sujets de la loi, entretenons avec elle. Or, ce rapport, dans l'esprit de Reinach, n'est autre que le *Sachverhalt*. L'état des choses, fondamentalement mobile ou changeant, c'est pour Reinach le corrélat objectif d'un acte intentionnel, l'acte intentionnel de soumission, c'est-à-dire du jugement originel, fondé sur l'être-causal propre à l'obéissance, selon lequel il *faut que* (prescriptif) que je me soumette à la loi de l'obéissance.

On distingue en fait deux processus qui, en quelque sorte, se superposent : A/ l'acte de soumission psychologico-politique à la loi issue de droit positif ; B/ l'acte de soumission à caractère ontologico-judicatif motivé *dans* la loi d'essence de l'obéissance²³. La différence entre les deux est claire et on ne se lasse pas de la répéter : B/ est véritablement essentiel et se caractérise par un certain type d'immanence, un enchaînement de l'expérience de la soumission déterminé par sa conformité à la configuration eidétique. Tandis que A/, pour sa part, ne rend pas ce rapport d'imbrication, ce que nous avons appelé, en accord avec la terminologie phénoménologique, la motivation²⁴. Au contraire, il se présente comme clairement artificiel, monté de toute pièce, et ne marque pas la moindre continuité – a fortiori aucune continuité d'essence – entre l'acte légiférant et le sujet légiféré (sommairement entre la loi et le droit). En d'autres termes, en A/, la soumission ou l'acte de soumission est en quelque sorte exogène à l'injonction de l'obéissance et lui retire par là même toute originarité.

²² A. Reinach, *Fondements*, p. 44.

²³ Et on pourrait préciser, à propos de ce B/ : qui part – nécessairement – d'un certain *Sachverhalt* et qui y fait retour en le modifiant.

²⁴ Cf. E. Husserl, *Ideen I*, pp. 89-90 ; trad. fr. Ricœur, pp. 157-158.

L'avantage, donc, d'étudier le sujet de la loi du point de vue de la phénoménologie reinachienne, c'est la possibilité d'atteindre à un niveau d'explication essentielle qui, en se raccrochant au fil d'Ariane de la causalité eidétique des formations juridiques, permet de tracer ou de retracer le chemin qui mène de l'essence de l'obéissance à l'acte de soumission, ou inversement, de l'acte de soumission à l'essence de l'obéissance. Cette vision eidétique que nous procure la phénoménologie, le simple examen du droit positif ne peut pas nous la donner en tant que le droit positif est constitué par l'ensemble des règles juridiques en vigueur dans un État, à un moment donné²⁵. Or, ce sont les raisons que le sujet de la loi a de s'y soumettre que nous poursuivons ; et ces raisons, selon Reinach, ne relèvent en rien de la contingence historique et théorique qui caractérise le droit positif²⁶.

VI. Une Phénoménologie juridique de la promesse ou comment naît le sujet du droit et de la loi d'actes sociaux (§ 2–4)

A/ Prétention et obligation (§ 2).

Le chapitre I des *Fondements* est sans aucun doute le plus passionnant de l'ouvrage. Reinach se livre à une phénoménologie juridique appliquée aux phénomènes de la prétention, de l'obligation et de la promesse. La présentation de l'idée de fondation a priori du droit et la polémique avec les écoles du droit allemand se tasse et c'est toute l'originalité et la primauté de la pensée de Reinach qui se déploient dans ces quelques pages.

Le philosophe décide de procéder par induction. Il commence par constater qu'il y a de la promesse. Il arrive souvent en effet qu'un homme promette à un autre. C'est là le constat de la *factualité* de la promesse. Or la factualité, chez Reinach, n'a qu'un intérêt limité²⁷. A l'instar de Heidegger, il est d'avis que l'authenticité ne peut être véritablement attribuée qu'à la *facticité*. Où peut-on donc situer la facticité de la promesse ? Si elle ne réside pas dans le simple *fait* de la promesse, elle ne peut être que dans le *sens référentiel* [*Bezugssinn*] qui lie les deux personnes concernées par elle. Reinach : « La promesse crée un lien particulier entre deux personnes, en vertu duquel la première personne peut exiger quelque chose et la seconde est contrainte de l'accomplir ou de l'accorder. Ce lien apparaît comme la *conséquence*, et aussi bien comme le *produit* de la promesse »²⁸. Reste à se demander comment vient cette promesse

²⁵ On pourrait alors mettre Reinach dans l'embarras en suggérant que le droit positif est en fait une expression du *Sachverhalt*. Cela n'est pas tout à fait faux, excepté que le droit positif n'est qu'un reflet très imparfait, voire déformé, de l'état des choses. Pour s'exprimer en terme heideggerien, le vrai *Sachverhalt*, selon Reinach, est une couche ontologique, tandis que le droit positif ne dépasse jamais l'ontique.

²⁶ Plus de plus amples explications sur ce point, cf. A. Reinach, *Fondements*, Chapitre III, notamment le § 9, pp. 161-181.

²⁷ Cf. A. Reinach, *SW*, p. 594 ; p. 611 (note 1).

²⁸ A. Reinach, *Fondements*, p. 47.

d'une part, et quel visage prend ce lien qu'elle instaure d'autre part. A cela, Reinach répond : « Que cette promesse soit énoncée, alors quelque chose de nouveau vient au monde. Il naît, d'un côté une prétention, de l'autre une obligation »²⁹. On peut raisonnablement dire de cette phrase qu'elle concentre l'essentiel de la phénoménologie juridique de la promesse réalisée par Reinach. On a l'origine de la promesse : elle vient au monde par le biais de l'énonciation, et donc du langage. On a les deux visages du lien qui s'instaure entre les deux personnes liées par la promesse : une prétention et une obligation. Ce qui manque encore, c'est le détail de l'*effectuation* [*Vollzug*] de chacun de ces processus, ainsi que de leur articulation.

Reinach s'intéresse à la formation de la promesse. A quel type de formation peut-elle se laisser ramener ? La formation de la promesse peut-elle se laisser ramener aux vécus [*Erlebnisse*] de ceux qui sont liés par la prétention et l'obligation ? Cette thèse de facture psychologique est en soi intéressante, dans la mesure où elle permet de ramener la prétention, l'obligation, et par conséquent la promesse, au modèle type du sujet. L'individu serait alors fait sujet du droit et sujet de la loi en raison de son *interpellation en sujet* – psychologique par excellence – effet ou avatar de la promesse elle-même. Mais Reinach refuse cette solution pour la simple et bonne raison que la prétention et l'obligation peuvent rester plusieurs années inchangées, alors même que les vécus censés les porter ne sont plus³⁰. Même si Althusser a raison lorsqu'il écrit que l'*interpellation du sujet* en (tant que) sujet libre est la cause de sa soumission, il n'est pas vrai de dire que c'est là la cause ultime de l'établissement du sujet en tant que sujet de la loi. Il doit y avoir une raison plus essentielle, puisque en l'interpellation est une structure (certainement une manipulation idéologique selon Althusser) qui pré-existe au sujet et à l'application au sujet. C'est, au demeurant, la seule façon d'expliquer sa reproduction historique. D'ailleurs, Althusser en vient à le reconnaître dans un texte de *Positions* : « Ils [les sujets] <reconnaissent> l'état des choses existant [*das Bestehende*] »³¹. Pour Reinach, ce qui subsiste, qui est *re*-connu dans sa subsistance, c'est précisément l'être de la promesse. Ni physique-physicaliste, ni psychique-psychologique, non plus véritablement idéal tel un nombre puisque temporel – en un sens bien particulier, cet être reste encore mystérieux. Il est « d'un type spécifique, jusqu'ici ignoré »³².

Reinach continue donc son investigation et précise qu'il entend « simplement enquêter sur la prétention et l'obligation, et encore seulement dans la mesure où

²⁹ A. Reinach, *Fondements*, p. 48.

³⁰ *Ibid.* L'argumentation se poursuit ainsi : « Plus encore : les prétentions et les obligations ne se maintiennent-elles pas y compris lorsque le sujet n'est le siège d'aucun vécu, où n'en nécessite aucun, comme pendant son sommeil ou dans un état de profonde inconscience ? ».

³¹ L. Althusser, « L'idéologie interpelle les individus en sujet », in *Positions*. Il est frappant que l'expression *das Bestehende*, utilisée ici par Althusser et le *Sachverhalt* de Reinach soient rendus par la même traduction française : état des choses.

³² A. Reinach, *Fondements*, p. 48.

elles résultent d'actes de promesse »³³. C'est une précision non-négligeable du point de vue de la topique phénoménologique. Mais plus important encore, du moins pour nous, est la triple assertion qui suit : « Pour l'instant, nous ne savons encore rien d'un droit positif. Nous choisissons nos exemples dans une sphère qui ne lui est pas subordonnée ; il est donc fondamental de saisir notre sphère dans toute sa pureté »³⁴. Cela confirme que nous sommes bien en train de nous mouvoir dans une sphère essentielle, au sein de laquelle le sujet de la loi est sujet de lois a priori, et non pas, déjà, sujet assujéti par un sujet absolu.

Dans la suite de l'analyse, Reinach met l'accent sur une forme de vécu toute particulière, une couche personnelle et plus originaire qui s'enracine dans la forme de la conscience de la prétention et de l'obligation. Cette nouvelle forme de vécu mise au jour par Reinach se nomme, un peu maladroitement pour l'instant : « le fait de se sentir autorisé ou contraint, qui [au contraire] n'est possible qu'à partir de ses *propres* prétentions et obligations »³⁵. Même si on ne s'en rend pas compte d'emblée, il s'agit – à l'époque – d'une avancée majeure dans le champ philosophique, *grâce* à la phénoménologie et *contre* le néo-kantisme. Reinach résume en même temps qu'il dépasse le point de vue néo-kantien comme suit : « On peut bien parler d'un sentir à propos des vécus dans lesquels entrent en jeu des *valeurs*. Mais tandis que dans ces cas il faut faire une distinction très nette entre la valeur auquel le sentir se rapporte, et ce sentir lui-même, qui prend connaissance de la valeur, le fait de se sentir autorisé ne semble pas tolérer une telle séparation »³⁶. Reinach découvre, dans le champ de sa phénoménologie de l'*ur*juridique (ici avec la promesse), l'existence d'un « vécu absolument unifié du point de vue phénoménal »³⁷. Les contours de notre sphère originaire – ainsi que sa singulière singularité – se précisent : le vécu de la promesse n'admet pas en lui la séparation de l'être et du devoir-être. Ainsi, on peut dire que la conscience de la promesse instituant une loi, une obligation, et un droit, une prétention, relève d'un *vécu unique et unifié*. La conséquence de cette proposition s'impose maintenant de manière claire : dans la sphère *ur*juridique de la promesse, le sujet de la loi est *formellement* sujet du droit, et inversement³⁸.

Mais comme nous le disions déjà plus haut, la réflexion de Reinach sur le sujet est en quelque sorte un moyen de mieux s'en écarter pour aller vers l'encore-plus-originaire. Le vécu de la promesse, l'expérience sub-jective de l'obligation et/ou de la prétention fait signe vers cette loi originaire a priori, au fondement de la sphère juridique, à la poursuite de laquelle Reinach s'est lancé depuis le début de l'étude. Ainsi il peut écrire du vécu absolument unifié de la

³³ A. Reinach, *Fondements*, p. 49.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*, p. 50.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Ce qui revient à dire que la sphère essentielle que décrit Reinach ne connaît la *domination naturelle* du droit naturel, non plus la *domination instituée* du droit positif.

promesse que « sans être lui-même une claire conception de la prétention, il présuppose pourtant une telle conception comme le principe même de sa validité »³⁹. Le *principe des principes* de la phénoménologie du droit est ce qu'il faut découvrir à tout prix, dans la mesure où ce principe préside effectivement au sujet de la loi. Le vécu unique-unifié vaut donc en tant que « porteur »⁴⁰ d'une loi a priori, d'une « représentation vide » (Husserl⁴¹) et sans sujet qui rend [cependant] *initialement* possible l'existence d'une *Geltung* juridique. Pour différents qu'ils soient, les deux demeurent, dans l'esprit de Reinach, strictement indissociables.

Afin d'illustrer son raisonnement, Reinach donne dans une petite interlude une démonstration assez instructive, qui renseigne et fait le point sur l'avancée que nous avons opérée. Nous avons dit et répété plusieurs fois depuis le début de cette étude que le sujet de la loi est, à tort, couramment entendu au sens d'un sujet d'une loi issue d'un système juridique positiviste. Il faut bien plutôt comprendre qu'en réalité, selon le jugement de Reinach que nous avons anticipé, la formation du sujet de la loi trouve son origine dans des actes plus originaires que ceux qui résultent directement ou indirectement de l'Etat, plus exactement du pouvoir étatique. Ce conflit de positions reflète en fait l'opposition de Reinach aux philosophies politiques classiques, et peut-être plus particulièrement à Kant. On sait qu'en 1784, dans l'*Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique*, le premier Kant s'efforce de rapprocher le problème moral du problème juridico-politique, au point que le traitement du second devient conditionné par le traitement du premier⁴². Cette proto-position kantienne représente ce que contre quoi Reinach s'efforce de construire sa théorie des fondements a priori du droit civil. « Il est de la plus grande importance de distinguer entre, d'une part les obligations et les droits – i.e. ici les prétentions [...] d'autre part, les devoirs moraux et les autorisations morales »⁴³. Afin de particulariser encore un peu plus sa conception de la fondation juridico-politique, Reinach insiste sur le fait que malgré certaines ressemblances (notamment le fait que les deux aient nécessairement un porteur et un contenu), ils diffèrent fondamentalement « en regard des formes de légalité qui valent chez eux »⁴⁴. Distinguer le droit et la morale en vertu du type de légalité qui prévaut dans chacun d'entre eux, voilà une avancée significative qu'a rendue possible la réduction phénoménologique du politique. En vertu de cette distinction, on peut maintenant affirmer que le sujet de la loi juridico-

³⁹ A. Reinach, *Fondements*, p. 50.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 51.

⁴¹ Cf. E. Husserl, *La représentation vide*, J. Benoist & J-F. Courtine (éds.), Paris, P.U.F., collection «Epiméthée», septembre 2003.

⁴² On précise bien que c'est là la position de celui que nous avons appelé le premier Kant. Car l'on sait aussi pertinemment qu'à partir de 1793 avec *Théorie et pratique*, et ensuite en 1795 avec le *Projet de paix perpétuelle*, Kant changera assez radicalement d'opinion en abolissant la dépendance du juridico-politique vis-à-vis de l'éthique. Cf. par ex. E. Kant, *Projet de paix perpétuelle*, Paris, Vrin, p. 45.

⁴³ A. Reinach, *Fondements*, p. 53.

⁴⁴ *Ibid.*

politique originaire n'est pas, ou pas exactement, le sujet de la loi morale. En cela, nous rejoignons la ligne officielle de la phénoménologie qui affirme découvrir un ego originel, pour ainsi dire « anté-moral »⁴⁵. La prétention et l'obligation sont selon Reinach, *possiblement* dérivées d'actes libres ; ce qui n'est pas le cas des formations morales. La confrontation avec Kant n'est pas de mise ici, bien qu'il y aurait beaucoup à dire. Il faut se contenter de remarquer que Reinach attribue le privilège de l'origine à l'obligation juridique (a priori), au détriment du devoir moral. Reinach n'hésite pas à écrire que le devoir moral « présuppose » l'obligation pure⁴⁶. Cette obsession phénoménologique de l'origine ou du fondement n'est pas aveugle. Bien au contraire, Reinach la tient pour indispensable à la progression de l'étude de la promesse, conçue comme source commune créatrice de la loi (obligation) et du droit (une prétention) dont le sujet fait l'expérience⁴⁷. Nous citons Reinach pour conclure provisoirement sur la prétention et l'obligation :

« [...] tout type d'objet est ordonné à un certain type d'acte par lequel il peut en venir à être donné pour lui-même [...] Dans le cas des prétentions et des obligations il est indispensable de revenir sans cesse à leur fondement. C'est seulement parce que j'établis à nouveau l'existence de la promesse qu'il m'est possible d'établir ce qui en suit »⁴⁸.

B/ Les actes sociaux (§ 3)

Nous avons déjà évoqué que pour Reinach l'origine du juridico-politique est à chercher dans ce qu'il appelle des *actes sociaux*, expression à comprendre au sens large et qui englobe plusieurs types d'actes particuliers. Selon Reinach, par certains types d'actes que nous accomplissons, qui ont pour caractéristique de supposer une certaine forme de partage social de leur signification entre plusieurs acteurs, nous créons dans le monde un certain type d'entités, à la fois temporellement déterminées (elles ont une date de naissance et peuvent s'annuler et disparaître) et idéales (elles sont soustraites à l'arbitraire des sujets, une fois produites) : les obligations. Ces entités constituent une certaine forme de « réalité » : une réalité qu'on aura envie de dire normative. Elles sont indispensables, selon Reinach, pour délivrer une théorie métaphysiquement réaliste du droit, théorie qui, selon lui, est seule en mesure de garantir l'objectivité logique de celui-ci, contre tous les relativismes, sans non plus retomber dans des formes de jusnaturalismes transcendants. C'est dans la logique même des actes sociaux alors (car il s'agit bien de logique), en tant qu'eux-mêmes porteurs de réalité, que s'inscrit l'objectivité du droit.

⁴⁵ Ce qui n'empêche pas que le sujet phénoménologique absolu soit *aussi bien* sujet d'une éthique, caractérisée par Max Scheler comme *éthique des valeurs*.

⁴⁶ A. Reinach, *Fondements*, p. 54.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 57 (deuxième alinéa).

⁴⁸ A. Reinach, *Fondements*, p. 56.

De manière générale, l'acte social est pour Reinach *la réalisation* et *l'expression (Ausdruck)* du vécu unique-unifié que nous évoquons plus haut⁴⁹. Mais ce qui intéresse encore davantage, c'est la genèse de ce type d'acte. Nous ne pouvons pas ici rendre compte du raisonnement qui mène Reinach à cette définition dans son entier. Contentons-nous de noter quelques réflexions fort intéressantes :

(1) L'acte social naît au sein d'une expérience « où le je se révèle actif »⁵⁰ ; (2) L'acte social est un acte spontané en ceci qu'il est caractérisé par une activité interne du sujet⁵¹ ; (3) l'acte social est originairement l'action d'un je actif qui *décide*, se *positionne* dans le monde, donc qui extériorise⁵² ; (4) cet acte de décision ne participe pas d'un solipsisme mais, au contraire, se réfère nécessairement à une altérité, de sorte que Reinach peut qualifier ce vécu actif et décisionnel de vécu « *impliquant autrui* »⁵³. (4) Non seulement ce type vécu implique autrui, mais surtout, « *il s'adresse à lui* »⁵⁴, à sa réceptivité et donc à sa perception ; (5) Reprise et conclusion : « nous appellerons les actes spontanés et nécessitant une perception d'autrui des *actes sociaux* »⁵⁵.

Si cette définition rigoureuse de l'acte sociale à laquelle se livre Reinach semble un peu formelle et ennuyeuse, Reinach souligne la dimension *communicative* de l'acte social. L'intersubjectivité de l'acte sociale est d'emblée posée comme nécessaire et indubitable. Plus loin dans l'étude il écrira de l'acte social que « la nécessité d'être perçu lui est essentielle »⁵⁶. L'axiome est le suivant : le lien juridico-politique originaire ne se constitue pas à partir de l'agrégation de consciences individuelles, mais bien à partir de relations intersubjectives structurées par la communication⁵⁷. Soulignons encore une dernière dimension de l'intersubjectivité de l'acte social que Reinach tient pour particulièrement importante. Il appartient à l'essence de tels actes de pouvoir d'avoir plusieurs agents et plusieurs destinataires. De cela découle également qu'un seul acte social puisse s'adresser à plusieurs sujets⁵⁸. Il n'est pas difficile de voir que cette dimension de l'intersubjectivité de l'acte social préfigure les

⁴⁹ A. Reinach, *Fondements*, p. 61.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 58.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*, p. 59.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*, p. 60.

⁵⁵ A. Reinach, *Fondements*, p. 60.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 111.

⁵⁷ On nous objectera que Reinach oppose pourtant différents actes sociaux : ici l'empiricité de la communication à l'a priorité de la règle et de l'ordre (*Fondements*, p. 62). Mais il n'en reste pas moins que même l'ordre et la règle, plus directement juridico-politiques il est vrai, sont également *communicationnels* au sens strict. NB : On se contente de suggérer qu'il serait extrêmement intéressant de comparer ici les vues de Reinach et la théorie de l'agir communicationnel développé par Habermas. Que le second ait trouvé des éléments de réflexions dans l'œuvre du premier n'est absolument pas exclu. Notre rapprochement ne se base pas bêtement et simplement sur la présence chez Habermas de notions jouant déjà un rôle actif chez Reinach comme l'acte (l'agir) et la communication ; il prend également en compte le rôle de la *médiation langagière* chez Habermas qui rappelle à maints égards certains arguments de Reinach.

⁵⁸ A. Reinach, *Fondements*, p. 65.

notions politiques de loi et de pouvoir au sens positiviste. C'est-à-dire un individu ou un group d'individu concentrant le pouvoir et édictant des lois destinées à un autre groupe d'individus. Or Reinach entend montrer – toujours de la même manière – que la *multilatéralité* de la loi n'est pas une propriété du droit naturel, non plus une invention du droit positif, mais qu'elle appartient à l'essence même de la loi qui régit l'intersubjectivité de l'acte social⁵⁹. Par conséquent, il est possible d'affirmer que le politique ou le juridico-politique naît de ces actes sociaux intersubjectifs. Ainsi la loi inhérente à ce type d'acte peut être dite *politique* en un sens originaire, tout comme les individus engagés dans ce processus authentique méritent d'être appelés *sujets de la loi* qui régit l'intersubjectivité des actes sociaux.

Revenons maintenant vers la notion qui a conduit Reinach à l'explicitation de la nature d'un acte social, c'est-à-dire la promesse. Loin de s'être écarté du vif du sujet, nous avons au contraire mis à jour des éléments capitaux pour l'analyse. La promesse fait partie intégrante de ces actes sociaux que Reinach s'est efforcé de décrire. La fin du § 3 est d'ailleurs destinée à le montrer⁶⁰. Mais aussi à démontrer que la promesse, en tant qu'acte social, a un fondement particulier qui n'est pas celui que lui attribue la science politique traditionnelle et pour Reinach, notamment le code civil allemand [*Bürgerliches Gesetzbuch*].

Il faut commencer par souligner de nouveau que « le monde des rapports juridiques ne se construit pas sur d'impuissantes déclarations de volonté, comme on l'a souvent cru, mais sur la stricte efficacité légale des actes sociaux »⁶¹. Ainsi l'efficace spécifique des lois n'a de sens que rapporté aux actes sociaux, que l'on pourrait qualifier de *performatifs* en ceci qu'ils instituent le rapport qui rend possible l'efficacité de la loi sur le sujet (autrement dit l'obéissance). Ce que Reinach cherche à prouver à l'aide de la méthode phénoménologique, c'est qu'avec l'examen de la promesse, « un mécanisme strictement légal d'interactions sociales s'offre à nous ; il s'agit de relations d'essence immédiatement évidentes, rien de semblables à des “créations” ou des “découvertes” d'un quelconque droit positif »⁶².

⁵⁹ Si, d'après ce que semble dire Reinach, il y a toujours et forcément un groupe de sujets qui concentre le pouvoir et édicte des lois (en fait un groupe de sujet *libres* qui décide) et un autre groupe auquel on les applique (un groupe d'*assujettis*, qui subit les lois) ; alors la « faillite » du droit positif détient une explication. Le problème ne réside pas dans la manière dont le droit positif conçoit et formule la loi, mais dans l'essence même des actes sociaux et des rapports intersubjectifs. Loin de Reinach l'idée d'essayer de démontrer que l'égalité, l'uniformité, la justice et [donc] la démocratie dans la vie politique sont impossibles. Il se contente plutôt d'étudier la *directionnalité* du droit et nous constatons que, bien qu'un législateur puisse également être sujet de la loi qu'il édicte, il n'en reste pas moins que tous ne sont pas législateurs. Or on est en droit de se demander si {1} le sujet de la loi « centre d'initiatives, auteur et responsable de ses actes » vit sa condition [de sujet de la loi] de la même manière que {2} le sujet de loi qui n'est qu'un « être assujetti, soumis à une autorité supérieure », dénué de la liberté d'agir socialement à sa guise. La critique d'Althusser se révèle ici particulièrement pertinente. Cf. *Positions*.

⁶⁰ A. Reinach, *Fondements*, pp. 67-70.

⁶¹ *Ibid.*, p. 67.

⁶² *Ibid.*, p. 69.

« De là, on peut éclairer la difficulté que l'on a rencontré à propos de la "contrainte" par la promesse [...] nous avons trouvé dans la promesse un acte d'un type particulier et nous affirmons qu'il est dans l'essence même de cet acte de produire des prétentions et des obligations »⁶³. On peut gager que Reinach n'a pas choisi la promesse par hasard. « En tant qu'acte social, la promesse admet toutes les modifications que nous avons relevées auparavant ». Il existe bien des types de promesse et il en va de même des propriétés qu'on leur attache. Parmi ceux-ci, Reinach n'attribue d'importance qu'aux promesses dites « authentiques »⁶⁴, c'est-à-dire les promesses qui promettent véritablement et qui sont par conséquent susceptibles d'être placées à la base de la constitution du politique. Ce genre de promesse authentique a pour particularité d'être *motivé* (en amont) dans une « volonté véritable de faire ce qui est dit »⁶⁵. Mais surtout, « de ces promesses résultent (en aval) des prétentions auxquelles plusieurs personnes ont part ensemble, tout comme des obligations auxquelles sont astreintes plusieurs personnes ensemble »⁶⁶. Dès lors, on comprend mieux en quoi une phénoménologie de la promesse peut nous aider à interpréter le sujet de la loi.

C/ La promesse comme origine de la prétention et de l'obligation (§ 4)

Ce dernier paragraphe du premier chapitre a valeur synthétique. Il revient sur ce qui a été vu et conclut au vu des résultats de l'investigation acquis grâce à la méthode phénoménologique. En effet, la promesse est l'événement liminaire qui seul rend possible l'avènement du droit et de la loi. Mais il ne faut pas s'arrêter là, car cette assertion n'explique pas encore comment la promesse elle-même *s'active*, c'est-à-dire comment les lois d'essence qui la concerne sont mises en application avec une conscience, un vécu ou un sujet. Or cette information a pourtant son importance, puisque le premier sujet de l'obligation a priori est la forme première du sujet de la loi politique. La façon dont la promesse devient *effective* doit donc révéler un mécanisme qui, en nous présentant l'attitude [*Einstellung*] juridique originaire, va nous aider à mieux comprendre le comportement [*Verhalten*] politique qui en dérive et ses différentes déclinaisons, telles l'obéissance. Reinach formule son raisonnement en ces termes : « On voudra savoir – en particulier pour ceux qui sont habitués à raisonner dans les cadres du droit positif – si la simple prise de conscience de la promesse n'est pas insuffisante, si elle ne nécessite pas bien plus à chaque fois une acception pour être efficace »⁶⁷. La réponse est donnée en même temps que la question-objection que le philosophe se pose ou s'oppose à lui-même. L'acceptation, l'acquiescement à la promesse est certainement indispensable à son *effectivité*.

⁶³ *Ibid.*, p. 68.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 70.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 69.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 68.

⁶⁷ A. Reinach, *Fondements*, p. 71.

Mais l'acceptation dont il est ici question se distingue en ceci qu'elle se caractérise par une extériorisation doublée d'une *performance linguistique* qui en font un *acte social*. C'est le moyen de sceller le contrat originaire que représente la promesse en le manifestant phénoménalement⁶⁸. La promesse que nous sommes en train de décrire est un acte social tout à fait exceptionnel si l'on en croie la description qu'en donne Reinach : « Dans notre cas [cependant], il y a une similitude entre le vécu interne et l'acte social. Il y a un "accepter" ou un acte d'acceptation purement interne, et il y en conséquence naturellement l'extériorisation par la communication de ce vécu. Au "je veux" correspond un "j'accepte" »⁶⁹.

Reinach reprend, résume et tire les conclusions de son propre propos : « Nous énonçons la loi d'essence, selon laquelle la prétention ne peut apparaître que dans la personne du destinataire. Il est *a priori* exclu qu'une personne à laquelle la promesse ne s'adresse pas, puisse tirer d'elle une quelconque prétention [...] Avec la prise en compte de la promesse naissent – rigoureusement simultanément – la prétention et l'obligation. Ses porteur et bénéficiaire se trouvent dans la relation décrite auparavant »⁷⁰. L'une des particularités de la contribution phénoménologique de Reinach tient dans les deux mots qu'il place entre tirets : *rigoureusement simultanément*. La contraction de la promesse, en tant contrat originaire, ne nécessite pas un accord de volontés comme il a été précisé plus haut. Dès lors qu'il y adéquation entre le vécu interne (l'avoir-conscience de la promesse) et l'acte social qui lui correspond (l'expression qui est partagée, d'une manière ou une autre avec une altérité), alors la promesse est présentifiée au monde, elle existe effectivement et rigoureusement.

Il en va de même pour ce que le droit positif considère comme ses effets, c'est-à-dire la prétention et l'obligation. Le droit et la loi sont coextensifs ou mieux *consubstantiels* et *coessentiels* à la promesse. Ils naissent d'elles non pas comme un produit exogène issu de l'accord de plusieurs volontés, mais comme le prolongement continu ou la ramification *a priori* du concept de la promesse essentielle. Plus important pour nous est la naissance *simultanée* du droit et de la loi dans cette sphère juridique originaire que décrit Reinach. Cette information capitale nous permet de comparer de manière instructive la sphère juridique originaire, telle qu'elle est décrite par Reinach, à la sphère politique classique, soit dans sa déclinaison naturelle-naturaliste, soit dans sa version positiviste. Le

⁶⁸ *Ibid.* Reinach dégage dans le paragraphe en question cinq acceptations de l'acceptation. Si Reinach prévient de ne pas confondre l'acceptation comme acte social avec sa fonction de communication, cela ne veut pas dire que l'essence de ce type d'acceptation n'est pas, au moins en partie, communicationnelle. Du moins est-ce qu'il est permis de penser à la lecture de la meilleure contribution à ce sujet. Cf. K. Mulligan, « Promising and other social acts », in K. Schumann & B. Smith, *op. cit.*, pp. 29-90, notamment le § 1. Cette contribution est extrêmement intéressante, mais en même temps, selon nous, elle formalise un peu trop la pensée de Reinach, de sorte à pouvoir mieux la rapprocher de la logique et de la philosophie analytique. C'est d'ailleurs la seule et unique chose que l'on peut lui reprocher.

⁶⁹ A. Reinach, *Fondements*, p. 71.

⁷⁰ *Ibid.*

droit naturel pose l'existence d'un droit avant la loi. Le droit positif part du principe que c'est la loi qui doit définir, énoncer et servir à faire respecter le droit.

Chez Reinach, le droit et la loi naissent *simultanément* de la promesse, acte social le plus générique qui soit. Par conséquent, aucun ne domine ou ne prédomine et le sujet est autant sujet de la loi que sujet du droit. Ce qui lui permet donc de s'identifier, c'est non seulement la loi qui l'oblige, mais autant le droit qui l'autorise à prétendre. C'est ce que Reinach montre dans les pages suivantes en formulant le *droit de résistance* propre à sa description de la sphère juridique originaire. Certes, « l'obligation exclut de par son essence et son sens même qu'un quelconque acte de renonciation puisse lui être apposé »⁷¹ ; mais l'obligation admet toutefois une « annulation » que seul le porteur de la prétention a le droit de revendiquer⁷². Malgré l'aspect pré-politique ou anté-politique de cette description, on ne peut s'empêcher d'imaginer le tableau en se représentant un Etat, des sujets, une loi et des droits.

VII. Problème de la « surface d'application » et possibles développements du modèle reinachien

La pertinence de l'analyse déployée n'est pas toujours évidente en tant qu'elle concerne une sphère particulière – le juridique originaire – et particulièrement étrangère aux philosophes politiques comme aux phénoménologues⁷³. C'est en partie la raison pour laquelle Reinach prend la peine de préciser qu'il ne propose pas de *théorie* de la promesse au sens strict, mais qu'il avance simplement une proposition essentielle qu'il étaye au moyen d'une analyse éclairante. « Vouloir l'expliquer aurait exactement le même sens que tenter d'expliquer la proposition : $1 \times 1 = 1$ » rajoute-t-il⁷⁴. Il en profite pour glisser l'argument que nous tenons pour le plus fort dans l'ensemble de l'ouvrage :

« C'est la *peur du donné*, une étrange *crainte* ou une incapacité à regarder en face ce qui apparaît en tout premier lieu et à le reconnaître, qui a conduit une philosophie d'orientation non phénoménologique, face à ces problèmes ou à tant d'autres plus fondamentaux, à des constructions intenable et finalement périlleuses »⁷⁵.

⁷¹ A. Reinach, *Fondements*, p. 76.

⁷² *Ibid.*

⁷³ A notre connaissance, cela n'est jamais arrivé que le philosophe politique pense à associer la phénoménologie à sa réflexion. Inversement, le phénoménologue n'est pas traditionnellement familier de la sphère politique, même si dans ce sens, on peut trouver certains contre-exemples. On pense notamment aux associations marxisme/phénoménologie de Tran Duc Thao, Henry, Sartre et quelques autres.

⁷⁴ A. Reinach, *Fondements*, p. 90.

⁷⁵ *Ibid.*

Sans affirmer que c'est là la visée propre de l'argument de Reinach, il est selon nous possible de lire ce passage comme une attaque en règle contre les philosophies politiques classiques. Lesquelles exactement ? Celles qui ne sont pas d'inspiration phénoménologique, c'est-à-dire toutes sans exception. Inversement, on peut également voir dans cette phrase un appel à la construction d'une nouvelle philosophie du politique fondée sur les analyses phénoménologiques du droit a priori. En partant de l'acte social, qui constitue une forme de réalité normative, il sera possible de délivrer une conception métaphysiquement réaliste du droit. Reinach conçoit cette conception comme le seul et unique moyen de garantir l'objectivité logique du droit, tout en réussissant à se prémunir contre tous les relativismes et en évitant de retomber dans des formes de jusnaturalismes transcendants. Ainsi, c'est dans la logique interne aux actes sociaux, en tant qu'eux-mêmes porteurs de réalité, que s'inscrit l'objectivité du droit⁷⁶.

Aux yeux de Reinach, il est également important de montrer que cette conception qui pourrait émerger de son analyse n'est pas exclusivement idéale, en ce sens qu'elle n'aurait d'existence *qu'*intelligible. Bien au contraire, elle concerne directement les hommes et possède donc ses propres sujets, au sens phénoménologique du terme. On parle donc d'un sujet doté d'une conscience [*Bewusstsein*] et capable d'expérience vécue [*Erlebnis*]. La question de savoir si l'on parle d'un être « auteur et responsable de ses actes » ou d'un être « soumis à une autorité » (Althusser) n'est pas de mise, du moins pour le moment. Alors que pour Althusser, « la vraie ontologie, c'est la politique »⁷⁷ ; pour Reinach, *le politique ne peut se déployer qu'à partir de l'ontologique*. Le problème de la sujétion ne se pose que conséquemment à celui de la subjectivation par certains actes sociaux. Il importera de mesurer l'origine, la nature et les effets, afin de *pré-voir* dans quelle direction le politique devra être orienté pour rester conforme aux lois d'essence [*Wesengesetzlichkeitmässig*] qui le rendent possible et de le prévenir d'aller dans une direction intenable, périlleuse et même fâcheuse⁷⁸.

Dans une chute aux allures fortement kantienne, Reinach finit sa démonstration en avançant que « la nature du sujet agissant est évidemment sans importance pour le rapport d'essence ; par là on veut dire que tous les sujets en général, quelle que soit l'audace de la représentation que l'on donne à leur nature, et pour autant qu'ils soient en mesure de promettre, sont liés par leurs promesses »⁷⁹. Peu importe qu'il s'agisse d'un ange, d'un diable ou de Dieu lui-même. Le vestige de Kant est emprunté à l'exemple utilisé dans le *Projet de paix perpétuel* : « Le problème de la formulation de l'Etat, pour tant que ce soit dur à entendre, n'est pourtant pas insoluble, même s'il s'agissait d'un peuple de

⁷⁶ Cf. L' « argument » du colloque précité.

⁷⁷ Cf. E. Balibar, « Une philosophie politique de la différence anthropologique », entretien avec Etienne Balibar réalisé par Bruno Karsenti in *Multitudes*, juin 2002.

⁷⁸ A. Reinach, *Fondements*, p. 90.

⁷⁹ *Ibid.*

démons (pourvu qu'ils aient quelque intelligence) ; il se formule de la façon suivante : ordonner une foule d'être raisonnables qui réclament tous d'un commun accord des lois générales en vue de leur conservation, chacun d'eux d'ailleurs ayant une tendance secrète à s'en excepter ; et organiser leur constitution de telle sorte que, ces gens qui par leurs sentiments particuliers s'opposent les uns les autres, réfrènent réciproquement ces sentiments de façon à parvenir dans leur conduite publique à un résultat identique à celui qu'ils obtiendraient s'ils n'avaient pas ces mauvaises dispositions »⁸⁰. Mais la ressemblance s'arrête à l'exemple. L'insociable sociabilité décrite par Kant dans ce passage ne trouve aucun écho chez Reinach. Pour ce dernier, il y a différents actes sociaux, dont les paramètres sont réglés a priori par une loi d'essence ; ce qui exclut qu'ils puissent se neutraliser et encore moins former un paradoxe. Par exemple en ce qui concerne la promesse. Nous avons dit que c'est n'est pas dans l'essence de l'acte social « promesse » de connaître une rétractation. Seule une « annulation » peut la faire tomber⁸¹. Mais pour autant, cette annulation est un *autre* acte social, à son tour défini a priori et dont l'essence ne contredit en rien celle de la promesse. La perfection des combinaisons des rapports d'essence – et par suite des actes sociaux – a nécessairement des conséquences sur la conception du sujet. *Il n'y a de véritable sujétion (d'assujettissement) qu'à la loi d'essence et de subjectivation véritable qu'en regard de certains actes sociaux.* Terminons cet interlude par une citation de Reinach :

« 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 de 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 »⁸².

Dans le second chapitre, Reinach affine encore un peu plus son analyse, tout en se défendant de vouloir ou même de pouvoir donner une explication exhaustive des fondements *a priori* du droit. Le § 5 intitulé « Droits et obligation – la propriété » ne contient pas en lui-même d'éléments absolument novateur. Reinach y présente une « phénoménologie de la propriété » tout à fait remarquable qui, cependant, ne change en rien la face de l'étude telle qu'elle a été développée jusqu'ici. Mais dans le droit fil de notre partie précédente sur l'éventualité de fonder ou refonder une philosophie du politique, on trouve dans ce paragraphe une distinction qui, selon nous, pourrait être posée à la base de cette nouvelle philosophie phénoménologique appliquée au domaine juridique. Reinach prend la peine de séparer deux types de droits, répondant à deux lois d'essence (par ailleurs tout à fait compatibles) d'une manière particulièrement

⁸⁰ E. Kant, *Projet de paix perpétuelle*, trad. cit. (Vrin), p. 45.

⁸¹ A. Reinach, *Fondements*, p. 77.

⁸² A. Reinach, *Fondements*, p. 91.

pertinente. Il y a les « *droits formateurs* » et les « *droits sur les choses* »⁸³. Nous citons le passage dans son entier, tant il nous paraît susceptible d'acquiescer de l'importance s'il s'avérait que l'on souhaite réellement et effectivement créer une philosophie politique sur la base de considérations phénoménologiques : « Il y a des droits à un comportement disposant d'une efficacité juridique immédiate – on en a déjà rencontré quelque-uns : le droit de renoncer, de révoquer, etc. Il s'agit là d'actes sociaux qui ont, par leur exercice, un effet immédiat sur les rapports juridiques, qui, par exemple, y mettent ou les modifient. Nous appellerons les droits qui ont de tels effets, en suivant une terminologie juridique bien connue, des *droits formateurs*. Nous distinguons d'eux les droits à un comportement auquel ne correspond immédiatement et essentiellement aucune sorte d'effet juridique. Nous relevons en particulier ces types de comportements qui se rapportent aux choses et se présentent comme une façon d'agir sur les choses. Conformément aux relations inscrites dans leur contenu, ces droits se rapportent eux-mêmes aux choses : on pourra ainsi les définir comme des *droits sur les choses* »⁸⁴. L'intérêt de cette distinction dans le cadre de notre thème est évident. Si le droit est toujours le droit d'un sujet, il n'est pas toujours un droit *sur* un sujet. La question se pose alors de savoir si la loi est un personne, c'est-à-dire si elle s'identifie avec le ou les législateurs, ou bien si elle est une chose. Le positivisme du droit positif aura tendance à répondre que la loi ne doit pas avoir de visage, qu'elle est initialement un cadre vide. Reinach : « Le concept de chose ne coïncide pas avec celui de chose corporelle, même si les dispositions juridiques [i. e. le droit positif] ont tendance à l'y restreindre »⁸⁵. Certes, Reinach ne se prononce pas sur la question du sujet de la loi, mais sa réflexion ouvre sur une possibilité herméneutique qui nous semble particulièrement intéressante. Le droit d'être un sujet de la loi doit selon nous être conçu comme un *droit formateur* fondamental, puisque d'un point de vue phénoménologique – comme nous l'avons vu – il s'agit d'une propriété d'être s'enracinant dans un état des choses et se traduisant *nécessairement* par un acte social. En faisant de l'état « sujet de la loi » un droit, et en l'élevant au rang de *droit formateur*, on lui octroie un effet immédiat sur les rapports juridiques et on permet d'expliquer l'obéissance au moyen des seuls rapports d'essence régissant le juridique originaire. Le problème du sujet de la loi est donc en réalité un problème *social* – et non un problème politique – puisqu'il concerne avant tout le rapport aux droits formateurs entre des choses corporelles, autrement dit des êtres humains. La formation du sujet de la loi s'effectue ainsi indépendamment du domaine moral et politique et l'efficacité spécifique des lois trouve sa justification dans le vécu unitaire-unifié de l'acte social « être-sujet-de-la-loi ». Étant donné que l'on se situe hors de l'éthique et du politique classiques – on peut même dire en deçà d'eux – il n'existe pas de rapport dialectique entre obéissance et conscience de

⁸³ *Ibid.*, p. 95.

⁸⁴ A. Reinach, *Fondements*, p. 95.

⁸⁵ *Ibid.*

soi. Il appartient à l'essence de la conscience de soi d'obéir et d'*exprimer* cette obéissance par un acte social – l'acte formateur d'obéir dont l'effet immédiat est la subjectivation. On dira ainsi que le droit issu de la loi d'essence originaire précède la loi non-originaire politiquement créée. S'il est donc toujours possible de dire que la loi oblige en constituant le lieu même d'identification du sujet, c'est parce que l'on parle désormais d'une *loi a priori* qui n'a plus rien avoir avec une formation artificielle qui déterminerait le sujet par une opération hétéronome et donc *a posteriori*. Bien sûr, le prolongement herméneutique que nous avons donné mériterait d'être davantage précisé. On se contentera de noter que son rôle est de *refonder* au sens propre la théorie du droit et donc, par suite, la définition du sujet de la loi ; de sorte à ce que la construction ultérieure de l'appareil politique dispose de bases vraies et assainies. En effet, on ne peut attendre de la théorie *a priori* du droit qu'elle construise l'ensemble de l'édifice politique. Son rôle est essentiellement normatif et non pas constructif. C'est la raison pour laquelle Reinach peut écrire : « Ainsi se développe – sur la base de simples analyses de la théorie *a priori* du droit – la tâche de la science juridique positive, à savoir construire une théorie générale des droits avec un contenu conditionné et rechercher dans les institutions singulières celles qui s'ordonnent à son concept »⁸⁶.

VIII. Les lois juridiques originaires et la représentation (§ 6-7)

Si ni la philosophie politique traditionnelle ni la science juridique classique n'ont réussi à définir les concepts de droits et de d'obligation (i. e. de loi), cela tient à deux raisons connexes. La première – qui est aussi la plus profonde : ces deux disciplines ont cherché à fixer une définition de ces concepts alors même qu'elles n'ont jamais pris la peine de clarifier le problème de leur essence. D'un point de vue phénoménologique, il est donc logique les définitions issues de cette réflexion sans fond n'aient jamais tenu. La seconde, complémentaire : elle ne s'est jamais interrogé sur l'origine et la dynamique de la *couche eidétique des vécus* qui font exister ces concepts, qui les portent au monde.

Tous les courants et toutes les philosophies ont misé sur la définition du droit et de l'obéissance à la loi au moyen de la volonté. A tort, dit Reinach : « Comment pourrions-nous déterminer les droits comme “pouvoir de vouloir”, alors que les droits ne se rapportent pas au *vouloir* mais au *comportement* d'une personne [...] Ou bien comment pourrions-nous accepter la définition : “le droit est le pouvoir ou la domination de la volonté”, quand la théorie *a priori* du droit fait valoir que ce n'est pas la volonté mais la *personne* qui a un pouvoir et que celle-ci réalise son pouvoir non pas à travers son vouloir, mais par des actes sociaux, et qu'enfin le pouvoir de la personne se réalisant dans les actes sociaux

⁸⁶ A. Reinach, *Fondements*, p. 106. Nous soulignons. Lequel concept, bien entendu, est issu de l'analyse phénoménologique des fondements a priori du droit.

n'est en aucun cas *identique* avec son autorisation, mais est immanent à un certain type de droits [ceux dits *formateurs*] »⁸⁷ ? Ce qu'il manque à la philosophie politique ainsi qu'aux sciences juridiques classiques, c'est une profonde et véritable réflexion sur le *sujet* de la loi et du droit, laquelle réflexion ne trouve de bases assurées que par et dans une phénoménologie qui descend jusqu'aux ultimes éléments juridiques et jusqu'aux rapports de légalité essentielle⁸⁸. La phénoménologie réaliste de Reinach a, par rapport à celle de Husserl (celui des *Logische Untersuchungen*) l'avantage de ne concevoir de devoir-être que pour un être. Ainsi, on peut dire qu'il n'y a de lois juridiques originaires et de rapports de légalité essentielle *que pour* un *Dasein*, un sujet ontologique. En effet, il n'y aurait aucun intérêt à dégager les fondements *a priori* du droit si ceux-ci ne concernaient en rien l'être du sujet, l'état des choses dans lequel il évolue et l'usage ontologique individuel et collectif que leur découverte est susceptible d'entraîner. Dans la suite de l'étude, Reinach étudie la notion de *représentation*, en essayant tant bien que mal de l'arracher au droit positif qui lui a imprimé un sceau dont elle peine à se défaire⁸⁹. Nous pensons qu'il n'est pas de rigueur d'entrer maintenant dans le détail complexe de cette analyse phénoménologique de la représentation. On se contentera de noter que Reinach fait une nouvelle fois de ce problème politique un problème concernant de plein droit le juridique originaire. La question de la représentation a son importance lorsqu'il s'agit de se demander quel est le mode de l'obéissance du sujet à la loi. Elle revient plus exactement à se poser la question de la répartition des rôles. Savoir à *qui* j'obéis et *au nom de quoi*, cela permet d'expliquer bien des mécanismes dans la sphère essentielle qui nous occupe.

« C'est un signe d'inculture philosophique que d'attendre des définitions là où il n'est pas possible d'en donner, ou bien là où elles ne peuvent être employées »⁹⁰. Finalement, c'est un jugement que Reinach aurait très bien pu utiliser au sujet du *sujet de la loi*. Il est peu probable que Reinach ou un autre nous donne une définition claire de ce qu'*est* un sujet de la loi. Néanmoins, il reste possible de retracer quelques aspects de sa genèse. C'est ce à quoi nous nous sommes employé depuis le début de cette étude. Il nous reste maintenant à voir brièvement et de manière générale quels rapports entretient le droit *a priori* avec le droit positif. On a vu à plusieurs reprises tout ce qui les séparait, mais également le souhait de Reinach de fonder le second dans le premier⁹¹.

IX. Confrontation entre le droit a priori et le droit positif (§ 8-9)

⁸⁷ *Ibid.*, p. 110. On note la proximité de Reinach avec la notion schélérienne de la personne en tant que « *centre d'actes* » [*Aktzentrum*]. Cf. M. Scheler, *Le formalisme en éthique et l'éthique des valeurs*, Paris, Gallimard, 1955, p. 404. Il est frappant que la première partie du *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik* de Scheler et le *Die apriorischen Grundlagen des Bürgerlichen Rechtes* de Reinach aient paru tous les deux dans la première livraison du *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung* (1913).

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*, § 7, pp. 129-145.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 109.

⁹¹ Cf. *Ibid.*, pp. 144-145.

A cette étape de l'étude, deux questions déjà évoquées prennent une importance toute particulière. Dans quelle mesure peut-on dire – ou même : peut-on seulement dire – que le droit positif est, peut-être à son insu, une projection du droit *a priori* ? Si tel est le cas, on se demandera alors quel est le degré de fidélité de la reproduction par rapport au modèle, et le cas échéant, la marge de perfectibilité de cette correspondance ?

Reinach, pour sa part, commence par émettre un sérieux doute sur l'existence même d'une correspondance entre le droit *a priori* et le droit positif. Il remarque qu'à première vue, ils entretiennent un rapport paradoxal : « il n'est presque aucune proposition que nous avons adopté à titre de loi d'essence à laquelle nous ne puissions trouver une objection dans une proposition contradictoire tirée du droit positif. Et – pour le dire de manière principielle – ; il n'est pas en général de proposition pour laquelle une telle contradiction ne soit envisageable »⁹². Ce premier constat semble interdire toute possibilité de rapport fécond entre le droit *a priori* et le droit positif et donc, par extension, toute refondation de la conception du sujet de la loi dans la philosophie politique. Mais ce constat n'est en réalité qu'une description de façade et il peut être facilement dépassé. Il n'y a pas de véritable contradiction entre les lois d'essences régissant le droit *a priori* et les propositions issues du droit positif. Cela s'explique par le fait que, tandis que le droit *a priori* relève d'un jugement sur l'état des choses (i.e. « la position d'un être »), le droit positif relève d'une « *disposition*, qui est par-delà l'opposition du vrai et du faux »⁹³. D'un côté, on a le droit *a priori* qui énonce des jugements thétiques ; de l'autre, on a le droit positif qui énonce des jugements hypothétiques, que l'on a coutume d'appeler des *normes*⁹⁴. Pourquoi l'apparition de ce concept à ce stade là du raisonnement ? Le lecteur en trouve l'explication dans la démonstration immédiatement suivante, assez subtile. Reinach souligne la plurivocité notable du terme de « norme ». Il tient ensuite à en distinguer deux modèles particulièrement synthétiques. 1) D'une part, la norme qui se fonde sur la rectitude morale d'états des choses. « Parce que cela est juste moralement, cela *doit être* [...] un tel devoir-être ou un tel devoir agir subsiste selon ce sens en soi, indépendamment de sa connaissance ou de sa position dans une conscience »⁹⁵. 2) D'autre part, la norme comme *disposition*, qui présuppose selon son essence une personne qui l'édicte. Il est tout à fait possible que ce type de norme soit motivé dans la rectitude morale de l'état des choses, mais il n'en reste pas moins que la disposition nécessite une personne comme origine et comme porteur. Là encore, il n'y a pas de contradiction insurmontable entre ce que nous appellerons la *norme normante idéale* ET la *norme normante*

⁹² *Ibid.*, p. 148 (traduction modifiée).

⁹³ *Ibid.*, p. 149.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 150.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 150.

incarnée. Mais cela nous amène à reconnaître un fait capital pour ce qui est de notre étude : pour Reinach, le devoir-être est absolument inséparable de [sa position dans] l'être. En fin de compte, Reinach a impérativement besoin du droit positif, car c'est bien celui-ci qui fait intervenir le sujet dans le cadre d'une *ontologie de l'action incarnée* ; tandis que dans la théorie a priori du droit l'être du sujet se posant dans l'acte social n'est en quelque sorte que *théoriquement* présumé. La phénoménologie réaliste du droit doit nécessairement incarner l'idée, ne serait-ce que pour prouver l'universalité de la validité des lois d'essences. Le droit positif apparaît comme l'outil de cette incarnation, sans pour autant qu'il conditionne l'en-soi de la validité des lois d'essences et de celle des descriptions des actes sociaux. Naturellement, il y a des « actes sociaux existants » hors du droit positif, mais dans la mesure où ce genre d'actes présuppose toujours et nécessairement le sujet, le droit positif formulé par et pour des individus sujets (de tels actes sociaux) est le lieu tout désigné de l'*application* de la théorie a priori du droit. L'avantage du modèle reinachien est qu'il nous laisse voir la *genèse intégrale* du sujet de la loi, depuis son assujettissement initial par la légalité essentielle jusqu'à son assujettissement hypothétique par la loi issue de dispositions – que l'on pourrait elles-mêmes qualifier de sub-jectives. Il tend également à souligner – ce qui n'est pas chose aisée – l'absence de rupture du premier au second état.

Au passage et dans le prolongement de ce qui vient d'être dit, on remarque que l'explication de Reinach quant au couple sujet de la loi – sujet du droit ne va pas forcément de soi. Certes, le plus souvent, le sujet de la loi est également sujet du droit, ce qui prouve un minimum de fonctionnement du régime dans lequel il évolue. Mais si l'on décortique le sujet en question, on s'aperçoit qu'il est sujet de la loi en tant qu'il reçoit ou perçoit un *ordre*, tandis qu'il est dit sujet du droit en vertu de plusieurs *dispositions*. Que le même sujet puisse être porteur et destinataire d'un ordre et d'une disposition, cela n'est pas remis en cause par Reinach. Mais ces deux actes sociaux ne peuvent pas être confondus pour autant⁹⁶. Il est dans l'essence de chacun d'entre eux de se formuler dans le vécu interne et de s'extérioriser, c'est-à-dire que, comme nous l'avons déjà dit à maintes reprises, « la nécessité d'une perception par autrui leur est essentielle »⁹⁷. La différence entre les deux réside en ceci que « tout ordre présuppose, selon son essence, une personne ou un cercle de personnes à qui il est [directement] adressé, tout comme la promesse ou la cession » tandis que dans la disposition, « une telle relation a une personne n'est pas nécessaire, aussi pu par exemple que pour la renonciation que pour la révocation »⁹⁸. On a vu que le propre de la disposition est d'avoir un énonciateur. On voit maintenant qu'il ne lui est pas nécessaire d'avoir un ou des destinataires. Inversement en ce qui concerne l'ordre, lequel possède *par essence un énonciateur ET un destinataire*.

⁹⁶ *Ibid.*, pp. 150-151.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 151.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 151.

Qu'en conclure, sinon que d'après les fondements a priori du droit mis au jour par l'entreprise reinachienne, le sujet de la loi précède dans l'ordre des essences (ou dans l'ordre de la légalité essentielle) le sujet du droit, ou du moins que le sujet de la loi peut être dit premier en vertu de son surcroît de *socialité* par rapport au sujet du droit. Voilà un aspect de ce qu'il est de rigueur d'entendre dans le discours du juridique originaire et dans le droit positif qui en est éventuellement dérivé à propos du sujet de la loi.

Mais encore une fois, le sujet de la loi ne va pas sans le sujet du droit. Les états des choses montrent que bien souvent, l'ordre ne se suffit pas à lui-même et qu'un sujet de la loi ne peut subsister s'il n'est en même temps sujet du droit, c'est-à-dire encore impliqué dans des dispositions. Or, comme nous l'avons vu, les dispositions sont des positions d'être issues du droit a priori mais qui ne deviennent véritablement performative que dans le cadre du droit positif, lui-même censé en constituer le prolongement. Selon Reinach, il semble que la racine commune au droit et à la loi soit proprement ontologique. Le devoir-être se crée à partir de l'être et influence l'être en retour. L'acte de la personne qui prescrit une disposition part du *Sachverhalt* et n'est de toute façon possible que la mesure où ce que la disposition pose est réellement et en soi⁹⁹. Conséquence : Reinach est d'avis que même le droit positif fasse retour à cette source. Le devoir-être du droit positif doit reconnaître l'être qui rend possible ses prescriptions et mieux l'appréhender, dans l'espoir d'être tout à la fois plus juste, plus universellement valide, plus essentiel et au plus près des choses [*Sachen*].

Finalement, c'est Reinach lui-même qui nous donne une magnifique occasion de clore cette partie consacrée à l'examen comparé du droit a priori et du droit positif. D'une façon inespérée, il en vient à s'expliquer explicitement sur le problème du sujet de la loi. Nous citons longuement :

« On ne peut parler d'une "contradiction" entre la théorie *a priori* du droit et le droit positif, mais seulement d'écarts des dispositions du devoir par rapport aux lois d'être. Ces divergences ne peuvent jamais être mises en avant contre la validité des lois *a priori* de l'être, car, comme on l'a montré, seules les lois d'essences sont en mesure de rendre ces déviations possibles et compréhensibles [...] En quoi l'efficacité du droit positif – pour autant qu'elle existe – est fondée, ceci constitue un problème auquel seule la philosophie du droit positif doit se confronter, et en aucun cas la théorie *a priori* du droit. Il fallait ici seulement réfuter les objections qui menaçaient l'existence de cette dernière. On veut insister maintenant sur le fait que ce point de vue offre un nouvel éclairage sur les théories philosophiques du droit. Ces théories – dans les faits naturellement intenable – qui font se constituer la communauté étatique et juridique à partir d'un *acte de sujétion* des membres de l'Etat et de

⁹⁹ *Ibid.*, p. 154.

l'ordre juridique, rendent sans aucun doute intelligible l'efficacité immédiate des dispositions faites dans cet Etat pour les citoyens. Cependant, à la sujétion appartient essentiellement une orientation personnelle. Elle ne peut être introduite que là où les dispositions du droit sont réalisées par une personne singulière – par exemple, par le monarque absolu. On peut chercher à fournir une explication de l'efficacité juridique des dispositions par d'autres actes. Comme il y a une sujétion à des personnes, il existe également des actes particuliers de reconnaissance qui se rapportent directement au contenu d'actes de dispositions ou de propositions dispositives. Nous ne voulons pas chercher ici si, dès lors qu'un ensemble de personnes reconnaît un système de propositions juridiques – explicitement ou par des actions symboliques – l'efficacité du système s'étend de la même manière qu'à travers des actes de sujétion personnelle. Contentons-nous de poser qu'au principe des théories qui cherchent à dériver la "positivité" du droit de la reconnaissance des membres de la communauté juridique, il y a probablement l'intention de rendre compréhensible de cette manière l'efficacité immédiate de ce droit positif »¹⁰⁰.

X. Conclusion – le « Zu den Sachen Selbst » selon Reinach

Nous avons finalement renoncé à parler du dixième et dernier paragraphe qui confronte la théorie a priori du droit avec la théorie du droit naturel. Nous avons déjà mis en garde contre cette confusion dans le début de l'étude et de plus, le paragraphe en question est particulièrement clair, à l'inverse de certains autres qui nous ont semblé mériter une explicitation spécifique. On pourra donc se référer à ces quelques pages conclusives sans plus de précautions.

On a dégagé – en s'efforçant de les *signaler* de manière un tant soi peu claire et distincte – au cours de l'interprétation plusieurs résultats quant à la modification du traitement de la problématique du sujet de la loi. Il nous a semblé inutile de les répéter en conclusion de cette enquête, vu sa longueur. On se contentera donc de noter que Reinach, s'il est bien un digne héritier des *Recherches Logiques* de Husserl pour ce qui est de la méthode, n'en demeure pas moins réellement original pour ce qui est du contenu de sa pensée. Appliquer la méthode phénoménologique à la science juridique, mettre à profit la capacité et la prétention normative de l'analyse husserlienne pour la découverte d'une structure juridique originaire qui ne doit rien ni au droit positif ni au droit naturel mais qui est néanmoins capable de les éclairer dans leurs natures et dans leurs fonctionnements ; tout cela représente un tour de force philosophique que Reinach a manifestement brillamment réussi. Reste que cette tentative est quasiment demeurée insuivie, en philosophie du droit, comme en science juridique. Il y a bien quelques penseurs qui ont repris certaines de ses

¹⁰⁰ A. Reinach, *Fondements*, p. 161 et 163.

idées, concernant par exemple la *performativité* du langage dans le domaine juridique – on pense notamment à Hart, mais personne n’a réellement poursuivi cette entreprise de démythologisation du droit. De cet insuccès dans le paysage philosophique se déduit également le fait que la possible contribution de Reinach à la question du sujet de loi reste majoritairement impensée. Nous avons tenté de manière très imparfaite de palier ne serait-ce que partiellement à cette défaillance, sans pour autant garantir d’être parvenu à un résultat honorable. Mais s’il passe au moins pour *discutable*, ce que nous espérons, alors nous aurons rempli une partie de l’objectif que nous nous étions fixé en présentant ce livre.