

Vers une phénoménologie de l'a-légalité

Fabio Ciaramelli

Dipartimento di Giurisprudenza

Università di Catania

fciamelli@lex.unict

ABSTRACT

This paper analyzes Lindahl's phenomenological coordinates and thereby his understanding of the delimitation of legal orders as normative orders. In particular, by drawing on the legal and political-philosophical mainstay of important authors such as Hart, Arendt and Waldenfels, it inspects the extent to which *Fault Lines of Globalization* accurately frames and discloses the constitutive relation between legal and social normativity.

KEYWORDS

A-legality, primary/secondary rules, legal order, society, Lindahl

1. *Ordres juridiques et civilisations comme facteurs de stabilisation sociale*

On sait que Hannah Arendt déclinait le titre de “philosophe” du politique, étant donné qu’à ses yeux la philosophie politique, née avec Platon, revenait à la négation de la pratique démocratique et pré-philosophique de la *polis*. Par contre, comme le rappelle volontiers Jacques Taminiaux, il lui arrivait de se présenter comme une “sorte de phénoménologue”.¹ C’est pourquoi je commencerai par une référence arendtienne ma discussion avec Hans Lindahl, auteur d’un excellent ouvrage de philosophie du droit, inspiré à part entière par la phénoménologie.² Il n’est pas usuel – ni facile – de combiner en connaissance de cause la théorie du droit à la relecture phénoménologique de l’expérience de vie dans le monde chaque fois commun. D’autant plus que cette tâche, dont Hans Lindahl s’acquitte avec une adresse et une subtilité qui forcent l’admiration, a encore ceci de remarquable, qu’elle contribue à repenser à nouveau frais la querelle entre universalisme et particularisme, dont la soi-disant “mondialisation” ou “globalisation” (*globalization*)

¹ Cf. Jacques Taminiaux, “Le paradoxe de l’appartenence et du retrait”, dans *Ontologie et Politique*, édité par M. Abensour, C. Buci-Glucksmann, B. Cassin, F. Collin, M. Revault d’Allonnes, Tierce, Paris 1989, p. 85.

² Hans Lindahl, *Fault Lines of Globalization. Legal Order and the Politics of A-Legality*, Oxford University Press (Oxford Constitutional Theory), Oxford 2013 (désormais cité dans le texte par simple indication du numéro de la page).

du droit (et du marché) semble fournir à la fois l'énigme spécimen et le prétendu dépassement.

J'en viens donc à Arendt. Dans la deuxième section de son essai sur *La désobéissance civile*, elle isole la "caractéristique commune" de "phénomènes aussi différents que la *lex* romaine, le *nomos* grec, la *torah* hébraïque" dans la circonstance qu'"ils ont tous été conçus dans le but d'assurer la stabilité".³ Mais les ordres juridiques ne sont pas les seuls facteurs de stabilisation sociale. Arendt s'empresse de préciser qu'ils règlent l'être-au-monde et les relations d'échanges de notre existence collective d'une manière beaucoup "plus durable" que les us et coutumes, les *mores* et les traditions, sans lesquels pourtant il n'y auraient jamais eu de civilisations. Dès lors, celles-ci, en tant que "constructions faites par les hommes pour défendre la succession des générations",⁴ partagent avec les ordres juridiques à la fois le "*concern for stability*" et une validité limitée. Les systèmes totalitaires du XX siècle ont montré que le défaut de ces deux caractéristiques fondamentales au nom de l'obéissance aux prétendues lois universelles de l'Histoire ou de la Nature – donc à des lois censées être, à la fois, nécessaires et à validité illimitée – aboutit à un "ordre sans loi" où l'appareil d'état finit par assumer un caractère criminel. La question ici sous-jacente concerne l'idéologie totalitaire, déjà analysée dans la troisième partie des *Origines du totalitarisme*, revenant à l'abolition de la distinction irréductible de légalité et de légitimité, la seule qui permette d'éviter la consécration de l'ordre établi et de tous ses abus.

Le statut phénoménologique de cette remarque arendtienne tient à son refus de voir dans l'ordre juridique l'expression accomplie d'une nécessité universelle, qu'elle soit basée sur la prétendue objectivité de la raison ou sur n'importe quel autre fondement logico-ontologique; au contraire, les traits de caractères que les ordres juridiques partagent avec les civilisations ou les cultures – au sens où en parlait Merleau-Ponty lorsqu'il écrivait: "Nous proposons [...] d'admettre l'ordre de la culture ou du sens comme un ordre original de l'*avènement*, qui ne doit pas être dérivé de celui, s'il existe, des événements purs"⁵ – montrent leur teneur propre du fait même qu'ils sont l'expression et le reflet de la société concrète qu'ils présupposent et qui les institue.

Hannah Arendt se borne à souligner que les ordres juridiques règlent la vie sociale d'une façon "plus durables" que les mœurs, sans éclairer le fondement de cette différence.⁶ J'y reviendrai dans la suite de ce texte. Toujours est-il que l'enracinement social de l'ordre des significations et des valeurs culturelles ainsi que

³ Hannah Arendt, "La désobéissance civile", dans Ead., *Du mensonge à la violence. Essais de politique contemporaine*, trad. G. Durand, Calmann-Lévy, Paris 1972, pp. 53-104, ici p. 81.

⁴ Ibid.

⁵ Maurice Merleau-Ponty, *Signes*, Gallimard, Paris 1960, p. 85.

⁶ Pour une discussion élargie des questions destinées ici à demeurer implicites, l'on se référera à l'ouvrage collectif *Hannah Arendt and the Law*, édité par M. Goldoni et Ch. McCorkindale, Hart Publishing, Oxford 2012.

de sa dimension juridique proprement dite acquiert une dynamique inévitablement traversée par la contingence. C'est exactement cette référence capitale à la contingence – à la dimension chaque fois déterminée ainsi et pas autrement de l'institution concrète du social – qui apporte un démenti radical à la prétention universaliste que, dans le discours philosophique dominant, l'ordre juridique partage avec l'ordre des cultures ou des civilisations. L'instauration croisée des deux – à savoir du système symbolique des significations et des valeurs et de l'ordre institutionnel des comportements légaux et des normes juridiques – instauration à chaque fois effectuée, répétée, mais jamais achevée, s'avère par contre phénoménologiquement dépourvue de nécessité (qu'elle soit ontologique ou transcendantale) autant que de validité illimitée.

2. La délimitation phénoménologique du juridique et son enracinement social

L'attitude proprement phénoménologique, en effet, implique le démantèlement de ce que Merleau-Ponty appelait la "pensée de survol", dont la prétention – théoriquement illusoire et politiquement dangereuse – serait l'accès immédiat à l'unique ordre idéal de la signification et du sens. Fidèle à cette inspiration phénoménologique faisant le deuil de toute auto-donation directe d'un ordre unique rassemblant ou reflétant la totalité du réel, Hans Lindahl construit son analyse systématique des ordres juridiques dans leur pluralité intrinsèque et irréductible. En concevant le droit comme action concertée mise en place par une société déterminée, il se propose de comprendre l'ordre juridique dans sa relation constitutive à ses limites (ou frontières: *boundaries*), à ses bornes (*limits*) et à ses failles (ou lignes de fractures: *fault lines*). Pour recentrer le statut de l'ordre – dans ses composantes culturelles et juridiques – à partir de sa genèse concrète, impliquant donc la reconnaissance de l'œuvre collective qui préside à la disposition réglée de ses différents éléments, il faut poser les *boundaries*, les *limits* et les *fault lines* comme instances constitutives de l'ordre lui-même, du moment que celui-ci ne découle pas d'une structure ontologique préalablement donnée, mais bel et bien d'une action collective qui inclut dans un ensemble certains éléments pour en exclure d'autres. Dès que l'on sort de la présupposition naïve ou idéologique d'un ordre idéal, en tant que principe universel et absolu d'intelligibilité du réel, dès que l'on passe de la fiction d'un ordre substantiel unique à saisir par l'esprit, à l'éprouvé phénoménologique de la pluralité des ordres symboliques – culturels et juridiques – à instituer par les sociétés humaines, l'on se rend compte que l'institution de l'ordre comporte avant tout une articulation stratifiée de l'intérieur et de l'extérieur.

Toute l'originalité de l'analyse proposée par Hans Lindahl tient à ceci, qu'il inscrit la théorie du droit et l'analyse structurelle et dynamique des ordres juri-

diques dans l'horizon du constat phénoménologique que chaque ordre est tel qu'il est dans la mesure où il inclut certaines significations sociales – comportements, valeurs, idéaux, normes – mais, pour ce faire, il doit inévitablement en exclure d'autres. L'ouverture est ici toujours corrélative d'une clôture, l'inclusion d'une exclusion. La première opération qui préside à l'instauration de l'ordre juridique est donc l'établissement de ses limites ou de ses frontières, permettant d'identifier le dedans et le dehors. Par conséquent, comme le remarque Hans Lindahl dès le début de l'ouvrage, pour le répéter ensuite maintes fois, l'on ne saurait pas imaginer un ordre juridique qui n'ait pas une clôture dans une unité concrètement délimitée – pas même un ordre juridique global ou mondialisé des droits de l'homme.

3. *A-légalité comme extranéité à l'ordre juridique*

Cette revendication de la contingence et de la délimitation, en tant que conditions des ordres juridiques, aboutit dans la démarche phénoménologique de Lindahl, qui fait dialoguer théorie de l'action et théorie des systèmes, à une analyse attentive des figures liminales qui marquent la transition ou le seuil entre dedans et dehors. C'est précisément à partir de ces endroits apparemment périphériques qu'on peut comprendre, à la fois sur le plan structurel et génétique, le statut des ordres juridiques, dont l'identité n'est que le point d'équilibre occasionnel et transitoire d'une altération incessante. C'est ainsi qu'on peut aussi comprendre les métamorphoses du droit, dont les changements historiques et sociaux arrivent à inclure – à considérer comme légal – ce qui autrefois avait été exclu de la légalité, ou bien à exclure – à poser comme illégal – ce qui jusqu'alors y avait été inclus. Mais cette opposition, par laquelle la légalité dans son identité ne s'institue que de sa démarcation eu égard à son altérité (à savoir, l'illégalité du dés-ordre), n'est pas l'unique instance d'altération de l'ordre juridique. Avant le registre légal/illégal, qu'il faut chaque fois reconduire à la pleine maîtrise de soi de l'ordre juridique accompli et réalisé, Lindahl évoque jusque dans le sous-titre de son ouvrage la place capitale de ce qu'il appelle *a-légalité*.

En effet, si l'illégalité est l'*autre* de la légalité, et si elle se situe nécessairement en dehors de celle-ci, à l'extérieur de ses frontières ou de ses limites, ce qu'il faut appeler "a-légalité" lui est, à proprement parler, *étranger*, sans lui être nécessairement "autre". L'extranéité de l'étranger est donc, dans le discours de Lindahl, le domaine de l'a-légalité. Pour éclairer cette analogie entre ce qui est *a-légal* et ce qui est *étranger*, il est peut-être utile une courte digression par la phénoménologie de l'étranger [*Phänomenologie des Fremden*], proposée, dans le sillage de Husserl et de Merleau-Ponty, par Bernhard Waldenfels. Qu'on se borne à lire ce passage: "Tout ce qui est étranger [...] est un autre, alors que chaque autre n'est pas déjà un étranger. L'autre depuis toujours s'oppose au *même* [*zum Selben*], dont il est distingué; mais il ne relève pas pour autant de l'espace d'un soi [*eines Selbst*] se détachant

d'autrui. [...] Le même et l'autre peuvent être rassemblés dans un collectif, alors que le propre peut seulement se nouer à l'étranger. Si la différence entre le même et l'autre surgit moyennant une démarcation [*Abgrenzung*]” présupposant le point de vue d'un tiers, la différence “entre le propre et l'étranger n'émerge qu'à travers une inclusion et une exclusion [*Ein- und Ausgrenzung*]. C'est pourquoi, la référence à l'étranger comporte une relation *sui generis*, c'est-à-dire d'une référence [*Bezug*] qui procède d'un retrait [*Entzug*]. L'étranger auquel nous nous lions, se dérobe à notre emprise”.⁷

Dans le contexte de cette problématique, et en faisant sienne la critique adressée par Waldenfels à Ricoeur – dont l'accentuation de “l'altérité de l'étranger” risquerait de réduire l'étrangeté à l'altérité⁸ –, Lindahl écrit: “Alterity is a far broader category than *strangeness*, the domain of a-legality” (p. 157). C'est pourquoi, à propos des attitudes qu'il qualifie d'a-légales, il parle de “xenonomy” au lieu d’"heteronomy” (p. 37). Par conséquent, dans son extranéité à l'ordre juridique, l'a-légalité traverse celui-ci de part en part: “Any of the spatial boundaries of a state, including but not limited to its territorial boundaries, can be the locus of a-legality” (p. 42). Si les frontières de l'ordre juridique délimitent le domaine de la légalité, si ces frontières en sont aussi les bornes qui séparent la légalité de l'illégalité qui s'y oppose, l'extranéité de l'a-légalité met l'ordre juridique en face de ses failles (ou de ses lignes de fracture). Lindahl écrit:

In its strong dimension, a-legality no longer summons a collective to shift the limit between legal (dis)order and the unordered; it lays bare a *fault line* between what a collective can order – the orderable – and what it cannot order – the unorderable. As is the case with limits, so also the fault lines of a legal order run along each of its boundaries. The distinctive feature of fault lines is that, unlike limits, they cannot be shifted; they must be *overstepped*, and in being overstepped lead over from one legal collective into another. (p. 175)

Ce qui est a-légal procède donc d'un “lieu” irréductible au domaine de l'ordre juridique désormais établi et par conséquent bâti sur le registre légal/illégal; cependant ce “lieu” *sui generis* s'avère être toujours localisable par-delà un *seuil*, dont le franchissement fait inévitablement bouger les frontières juridiques données, en dépassant leurs bornes, et en impliquant la transition d'un ordre juridique à un autre.

⁷ Bernhard Waldenfels, *Antwortregister*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1994, p. 235. Pour une première discussion de la phénoménologie de Waldenfels, je me permets de renvoyer à mon étude critique “L'inquiétante étrangeté de l'origine”, in *Revue philosophique de Louvain* XCVI(1998), pp. 512-524.

⁸ Cf. B. Waldenfels, “L'autre et l'étranger”, dans *Paul Ricoeur. L'herméneutique à l'école de la phénoménologie*, édité par Jean Greisch, Beauchesne, Paris 1995, p. 331 (la version originale de ce texte, un peu augmentée à l'égard de la traduction française, est reprise dans B. Waldenfels, *Deutsch-Französische Gedankengänge*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1995, pp. 284-301).

4. *De la normativité sociale à la normativité juridique*

L'horizon de toute la recherche de Lindahl est donc constitué par le souci de ne pas réduire l'a-légalité à un contenu défini au préalable qui, à l'instar d'une qualité objective ou d'une détermination ontologique, pourrait être imputé à des comportements concrets. Une telle imputation se donnerait comme allant de soi la démarcation du légal et de l'illégal que la notion d'a-légalité met précisément en question. Il s'agit donc d'une recherche rigoureusement phénoménologique, pour autant qu'elle repose sur l'impossibilité principielle de séparer un *Sachverhalt* de sa manière d'apparaître, c'est-à-dire d'une façon déterminée d'y accéder. Lindahl a raison de se référer à cet égard à l'intentionnalité, notion-clé de la phénoménologie husserlienne, d'après laquelle quelque chose apparaît nécessairement *en tant que* quelque chose, ce qui signifie simultanément qu'il apparaît *ainsi et pas autrement*, qu'il y a donc des possibilités déterminées de l'expérience qui sont sélectionnées et d'autres qui sont exclues. Appliquée au droit, cette préoccupation phénoménologique avec la manière concrète dont "quelque chose apparaît en tant que quelque chose" invite à mettre en question la prétention – l'illusion – "inclusive" d'un ordre juridique global qui n'aurait plus d'extériorité; mais encore plus radicalement, elle invite à chercher dans toute l'extension du champ social le pré-supposé extra-juridique du droit.

Pour Lindahl, la grande contribution de Hans Kelsen à la théorie du droit montre et cache à la fois cette dimension contingente et délimitée du droit comme ordre normatif. Elle la montre, en soulignant l'enracinement du droit dans l'ordre des conduites humaines, mais elle la cache, en réduisant la question de l'unité de l'ordre juridique à celle de l'unité d'une multiplicité de normes. Cette prise de distance eu égard aux attitudes et aux comportements humains concrets aboutit au privilège d'une dimension "normativiste" qui finalement refoule l'enracinement social des normes.

Derrière cette ambiguïté de la théorie pure du droit, s'en cache une autre, à laquelle Hans Lindahl ne se réfère que d'une manière indirecte au cours du quatrième chapitre de son ouvrage (pp. 117-155). Je vais essayer ici de l'explicitier, ce qui me permettra de revenir à la question, évoquée mais pas développée par Hannah Arendt, relative à la différence entre la stabilisation des conduites humaines effectuée par l'ordre symbolique des civilisations ou des cultures et leur stabilisation "plus durable" due aux ordres juridiques. A mon avis, le point essentiel qu'une analyse phénoménologique se doit de souligner d'emblée, c'est que le domaine de la culture et le domaine du droit sont *tous les deux normatifs*. La normativité de l'ordre juridique tranche sur la normativité de l'ordre symbolique, qui traverse d'une façon anonyme, pré-réflexive et inconsciente l'ensemble de la vie sociale. Les faits auxquels les normes – considérées par Kelsen comme leur "schème

d'interprétation" – imputent une signification juridique, sont considérés par la théorie normativiste à l'instar de "faits purs", dépourvus de significations et de valeurs. Mais en réalité, ils ne le sont pas du tout, car ils sont déjà *institués*. En effet, les faits – auxquelles les normes donneront une signification juridique – font déjà partie d'un monde commun, où ils apparaissent "en tant que" ceci ou cela. Cette intentionnalité pré-juridique n'est pas du tout dépourvue de normativité. Les faits auxquelles les normes *juridiques* vont donner une signification *juridique*, ont en eux-mêmes une signification sociale et culturelle, qui, à son niveau pré-juridique, s'avère être *déjà* normative.

Cette dimension pré-juridique plongeant ses racines dans l'institution du social, lieu d'émergence de significations et donc de normes qui règlent la vie individuelle et collective, constitue la limite extra-juridique des ordres juridiques: mais il ne s'agit pas d'une limite extra-sociale. Ce qui manque au monde pré-juridique n'est donc pas la normativité en général, mais son institutionnalisation réglée et contrôlable. Dans ce sens, la transition 'épochnale' du monde pré-juridique au monde juridique comporte l'invention de ces normes ou règles appelées par Hart "secondaires" et qui, au lieu de régler directement les conduites humaines, règlent le mode de production des normes réglant les conduites, à savoir des normes qui imposent des obligations et établissent des interdits aux actions humaines, appelées par Hart "primaires". Les "normes primaires" existent dans toutes les sociétés humaines, mais elles peuvent être considérées comme juridiques uniquement après l'institution du monde juridique impliquant l'institutionnalisation explicite, réglée et contrôlable de leur mode de production. Ainsi, l'invention du droit, pour parler comme Aldo Schiavone,⁹ réalise-t-elle une stabilisation plus durable des conduites humaines, pour autant que le droit, comme le répète toujours Hans Kelsen, se pose explicitement comme réglant sa propre production.

5. L'a-légalité comme irruption du magma social

La stabilisation de la vie sociale effectuée par l'ordre juridique a donc ceci de caractéristique, vis-à-vis de la stabilisation anonyme et irréfléchie, réalisée dans toute l'extension du champ social par l'ordre de la culture, qu'elle a la prétention d'institutionnaliser le régime de production et d'exécution des normes primaires. Par rapport à l'ordre juridique ainsi structuré, l'a-légalité en constitue à la fois la limite interne qui y échappe et la ressource secrète qui le fait bouger.

⁹ Cf. Aldo Schiavone, *Ius. L'Invention du Droit en Occident*, trad. G. et J. Bouffartigue, Belin, Paris 2008.

En effet, en tant que revendication acharnée d'une troisième voie échappant à l'opposition légal/illégal, l'a-légalité en exige une mise en question qu'il faut penser comme une "exception" défiant l'ordre juridique au fur et à mesure qu'elle s'y soustrait. Dans son sens radical, l'a-légalité ne vise pas un simple élargissement de l'ordre juridique en vue de l'inclusion de comportements et attitudes qu'il avait exclus. Le défi radical représenté par l'a-légal eu égard à la légalité de l'ordre juridique n'aboutit donc pas à son inclusion – qui en serait une forme d'englobement et de neutralisation, fonctionnels à un élargissement de l'ordre établi et de sa clôture auto-référentielle sur soi – mais il a en vue la possibilité légitime de l'exclusion, de l'asymétrie, de la retenue [*self-restraint*]. "Only indirectly, in the mode of collective self-restraint, can legal rationality respond to normative claims which surpass its practical possibilities" (p. 260).

Il est dès lors impossible de codifier au préalable l'avènement de l'exception et la réponse à celle-ci, d'autant plus que l'a-légalité exclut la répétition ou la reprise d'une quelconque signification préétablie. L'a-légal, écrit Lindahl, "is the domain whence something appears to the members of a legal collective which they could not anticipate because it does not simply reiterate what has gone before it" (p. 162). Ainsi, les failles de l'ordre juridique ne se manifestent-elles qu'après coup et d'une manière indirecte. Même si l'a-légal fait référence à ce qui précède l'établissement de l'ordre juridique et du registre oppositif légal/illégal, son antériorité n'apparaît comme telle qu'après coup: "Whether an event is a-legal, and how it calls into question the limit between legal (dis)order and the unordered, is established *retroactively*, in the responses it calls forth" (p. 163). Finalement, "what is decisive for the thesis that fault lines are constitutive elements of legal orders is that a collective never merely has at its disposal which possibilities are its own and which possibilities exceed the compass of what its members can do jointly" (p. 177).

Dès lors, l'attention à l'a-légalité, en tant qu'"irruption du magma social dans l'ordre juridique" (p. 186), n'ignore pas la signification normative des droits de l'homme. Cependant, au lieu de la réduire au triomphe de l'universalisme, Lindahl l'oriente vers "une asymétrie dérangeant la réciprocité" (p. 248). Il faut ici remarquer que la visée cosmopolite de l'universalisme, en dépit de son opposition généreuse à l'exaltation de l'attachement au propre affectant le particularisme, partage avec ce dernier l'illusion qu'à la base de l'enracinement il y aurait l'unité objective d'un contenu préalablement donné. Lindahl a raison de remarquer qu'à ce niveau il y a une solidarité profonde entre le particularisme des "communautaristes" et l'universalisme des "libéraux", car le simple pluralisme des premiers laisse inaltéré le monisme des seconds, même s'il s'emploie à le "multiplier" (cf. p. 265). En s'opposant à de telles lectures monistes de la mondialisation, Lindahl fait remarquer que l'a-légalité comme exception qui se dérobe à l'ordre juridique en vigueur, tout en le défiant, fait apparaître en tant que telles les failles qui le constituent et que l'âge de la mondialisation n'arrive pas à résorber.

A-legality retains its irreducibly ambiguous status when it is acknowledged that, although the limits of legal orders can be shifted by resetting the boundaries of (il)legality, political pluralism is irreducible to an all-encompassing legal unity, that is, when it is recognized that globalization gives rise to fault lines. [...] To deny, with universalism, that globalization gives rise to fault lines, is to endorse, however unwittingly, *globalization as imperialism*. (p. 267)

Le livre de Hans Lindahl fourmille de développements analytiques consacrés à une politique de l'a-légalité. Malheureusement je dois en faire l'économie. Pour conclure, je me bornerai à indiquer la notion assez originale de retenue collective ("collective self-restraint", pp. 248-9, p. 260) en tant que réponse indirecte à l'a-légalité. Je serais tout à fait d'accord pour dire que l'auto-limitation est probablement aujourd'hui la forme de politique la plus lucide, car, au lieu de se proposer la tâche irréalisable de stabiliser le magma social, en prolonge la créativité.