

NOTICES POUR L'HISTOIRE DE LA SCIENCE JURIDIQUE

Georg JELLINEK (1851-1911) (*)

1. Né à Leipzig en 1851, Georg Jellinek fut d'abord un haut-fonctionnaire de l'administration autrichienne avant de devenir professeur de science politique et de philosophie du droit à l'Université de Vienne, puis à celle de Bâle et enfin à celle de Heidelberg où il mourut en 1911. Sa pensée sur l'Etat est demeurée à juste titre célèbre ; elle est caractéristique de l'hégémonie allemande de la fin du XIX^e siècle liée au renouveau du kantisme et à la recherche de l'unité politique d'une nation divisée.

— *Allgemeine Staatslehre*, 1900 (Doctrines générale de l'Etat)

2. Partant de la distinction entre les lois qui constatent des rapports de causalité entre les phénomènes naturels et celles qui expriment un devoir-être (*Sollen*) (analyse que reprendra Kelsen !), Jellinek montre que ces dernières, qu'il appelle normes, font l'objet de la science sociale et que parmi elles se trouvent les normes juridiques (le droit impliquant toujours un devoir-être), normes qui sont l'objet spécifique de la science de l'Etat. Mais au sein de cette science, il faut dissocier science sociale et science juridique. Tandis que la science sociale de l'Etat étudiera les rapports de fait qui se manifestent dans l'Etat comme groupement homogène, dans le cours de son développement historique, la science juridique de l'Etat s'intéressera aux normes qui le régissent et qui déterminent l'étendue de son activité.

Les deux démarches doivent cependant aller de pair. On ne saurait ainsi s'en tenir au strict point de vue juridique qui s'attache aux institutions abstraites, indépendamment du comportement concret des individus qui les font naître ou auxquelles elles s'appliquent, et qui néglige le particulier en lui préférant le général. Il est significatif du droit que les traits singuliers de la réalité s'y effacent constamment. En termes plus modernes, il regarde les acteurs de la vie politique en tant que personnes dans l'acception juridique originaire, i.e. à travers leur statut (leur masque) et ne se préoccupe pas de leur rôle effectif. D'avance, le cadre est préparé à une sociologie saisissant les luttes d'influence et les conflits de pouvoir.

(*) Version intégrale d'une notice à paraître dans l'*Encyclopédie philosophique* (P.U.F.).

3. La science de l'Etat globalement considérée se proposera de dégager des *types* (une comparaison s'impose avec Weber...). Qu'entendre par là ? Il ne s'agit pas de ressusciter une théorie des modèles idéaux à la manière platonicienne, produits d'une attitude spéculative. Il s'agit plutôt (mais Platon est injustement critiqué, même si la causalité finale aristotélicienne est retrouvée...) d'induire le type de l'observation, de l'interprétation des faits rattachés aux institutions, et de présenter les événements de l'histoire comme issus de tendances majeures, comme cristallisant des mouvements intellectuels donnés. Ceci est en accord avec le refus permanent de Jellinek d'analyser le possible, le futur, l'hypothétique. La science s'applique au réel, au présent, au possible et au certain. Elle évite le fanatisme qui tendrait à utiliser un type simplement conçu pour le faire entrer de force dans le monde social.

C'est la raison pour laquelle, si le juriste qui examine les institutions se place au plan des abstractions, on doit préciser que ces abstractions ne sont pas des fictions : « l'abstraction repose sur les faits, la fiction sur la fantaisie pure ». La philosophie juridique autrichienne et allemande évolue cependant après Jellinek vers un formalisme (Kelsen) qui connote la fiction...

4. On ne saurait traiter de l'Etat sans parler tout d'abord de la *nation*. La nation n'est pas une formation naturelle mais historico-sociale, qui n'offre que des coïncidences partielles avec une communauté ethnique, linguistique ou religieuse, et, *a fortiori*, avec l'Etat. « Il apparaît donc que la nation n'a pas de réalité extérieure et objective. Elle rentre, bien plutôt, dans la catégorie de ces manifestations sociales qu'on ne peut déterminer à l'aide de mesures. Elle est quelque chose d'essentiellement subjectif et comme le résultat d'un certain état de conscience » ...Le tort du jusnaturalisme, dans une telle optique, est d'avoir forgé la nation à partir du concept abstrait de l'homme en tant qu'individu, en méconnaissant l'aspect juridique de la nation secrétée par la civilisation. Prise ainsi dans son unité subjective, ensemble d'éléments communs de la civilisation, la nation constitue un facteur dynamique en ce qu'elle influence la formation de l'Etat comme organisation destinée à la fortifier et à la développer le plus possible.

5. Quant à l'Etat ramené à un phénomène qu'il est aisé de décrire dans sa configuration externe, Jellinek souligne qu'il a surtout son fondement dans « la vie intérieure de l'homme » et correspond à son tour à une « unité subjective » : les faits ne sauraient recevoir d'interprétation que psychologique pour acquérir un sens.

De là, deux façons de voir qui doivent être rigoureusement séparées. D'une part, l'Etat sera envisagé comme réalité sociale dans sa portée psychologique, subjective, en référence à la nation. D'autre part, il sera appréhendé comme réalité juridique. On s'efforcera alors d'y rechercher une structure de règles effectivement appliquées et permettant de dire « non pas ce que sont les faits, mais comment on doit les penser pour arriver à une conception excluant toute contradiction. Les conclusions que nous déduisons des propositions juridiques, ajoute Jellinek, ne nous donnent donc pas la notion de la chose en soi, mais la notion d'une relation ». Cette théorie relationnelle est liée à une doctrine sociologique qui s'est répandue depuis Montesquieu, Romagnosi et Savigny et qui a montré que la « nature des choses », au fondement du droit, était moins

de l'ordre des essences métaphysiques que de celle des rapports de fait ou d'un certain déterminisme.

Sous l'angle juridique, l'Etat se présente à travers des règles et des institutions qui doivent être référées aux faits politiques réels. Cette conception juridique complète la conception sociale de l'Etat. Voilà qui oblige à réviser les anciennes méthodes, et, en particulier, celle du jus-naturalisme qui définit l'Etat comme un *status civilis* opposé à un *status naturalis*; elle conduit à affirmer que l'Etat est pure puissance de domination (affirmation que les manuels attribuent souvent à Jellinek lui-même!). Au contraire, l'Etat suppose une infinité de « rapports de volonté concrets », et c'est méconnaître leur portée profonde que de les *objectiver* en les traduisant en rapports de puissance publique. L'unité de l'Etat embrassant ces divers rapports ne se comprend que dans une perspective subjective, reliée à des facteurs psychologiques.

6. Pas davantage l'Etat ne s'identifie avec l'un de ses éléments, de la population au gouvernement (le souverain uni par contrat au peuple — Hobbes — ou au prince, maître absolu — Bossuet). Il n'est pas enfin semblable à un organisme naturel soumis à des lois propres, qu'il s'agisse d'un organisme intellectuel et social (Platon, J. de Salisbury), car c'est faire de l'Etat une institution originaire indépendante de la conscience des individus (ce que reprendrait l'Ecole historique, Savigny, Wundt..., ce qui réapparaîtrait dans les hypothèses organologiques où se projettent les acquis de la biologie moderne...), ou qu'il s'agisse d'une unité collective d'association (Gierke)...

Jellinek s'en tient à l'idée que l'Etat est « fonction d'une communauté humaine ». S'il soutient qu'il consiste en une formation naturelle reposant sur des « rapports de volonté » et désignant une « unité téléologique », il ne faut guère s'y méprendre. Cette unité se compose certes de rapports de volonté qui sont des rapports de domination, mais ce n'est pas à dire que la nature de l'Etat soit dans la domination. L'Etat a la puissance souveraine en ce sens qu'il domine grâce à un pouvoir qu'il tient de lui-même et non d'une quelconque autorité, et en ce sens qu'il assujettit toute volonté étrangère. C'est pour cela qu'il ne renvoie à aucun « concept subordonné à une catégorie plus vaste ».

En fin de compte, l'Etat se présente à Jellinek comme un sujet juridique et comme une sorte de corporation, car en toute corporation, il y a un substratum « constitué par les hommes qui forment une unité d'association dont la volonté dirigeante est assurée par les membres de l'association ». Le danger est toutefois de forger une hypostase ou une fiction, la personnalité n'étant autre chose que le sujet juridique, lequel vise la « relation d'une individualité particulière ou collective avec l'ordre juridique ». A condition seulement de respecter ces conditions, l'Etat peut être traité comme « la corporation territoriale dotée originairement de la puissance dominatrice ».

7. Dans tout ce qui précède s'affirme un concept qui a été malheureusement perçu dans des acceptions dérivées, favorisées par les courants de germanophobie au xx^e siècle : le concept de *souveraineté*. L'Etat aristotélien ne se distinguait des autres communautés humaines que parce qu'il était une *autarchie*, comme propriété de se suffire à soi-même. La souveraineté ne s'impose comme un caractère clef de l'Etat qu'au Moyen Age dans la mesure où c'est à cette époque que le pouvoir politique doit se démarquer de pouvoirs concurrents (l'Eglise, l'Empire)

et lutter contre eux pour justifier son existence. L'exemple de la France est le plus significatif. Au début, la souveraineté se dégage de la *superioritas* ou de la *suprema potestas*, éléments que Bodin s'efforce de synthétiser ; mais le pouvoir souverain est essentiellement indépendant de tout autre et il n'est lié par aucune disposition de droit public : il coiffe l'ordre tout entier de l'Etat. Progressivement, et au-delà des théories théologiques centrées sur l'*imperium*, on restituera et défendra la théorie romaine de l'*auctoritas* qui situe le pouvoir dans l'Assemblée du peuple. Si cependant le droit moderne entrevoit cette idée en assignant une nature corporative à l'Etat, il n'en développe pas toutes les conséquences. Il faut en effet reconnaître dans le peuple, source du pouvoir, non le peuple antérieur à l'Etat, mais celui qui est déjà organisé en Etat. Et la question demeure de savoir si la Constitution est fidèle ou non à cette souveraineté populaire. Le risque est de confondre la souveraineté de l'organe et la souveraineté de l'Etat.

Le plus important aux yeux de Jellinek est de regarder l'aspect juridique de la souveraineté. L'indépendance dont il s'agit est juridique (*cf.* la domination de la volonté générale, source du droit, chez Rousseau). C'est par conséquent une erreur d'estimer que le pouvoir souverain est placé au-dessus du droit. Mis à part le droit international, l'Etat souverain ne paraît pas se voir opposer une limite de droit quelconque. Mais il est de l'essence du droit de lier, outre les sujets, le pouvoir politique lui-même. « Quand l'Etat édicte une loi, cette loi ne lie pas seulement les individus mais elle oblige l'activité propre de l'Etat à l'observation juridique de ses règles. L'Etat, par la loi, ordonne aussi aux personnes qui lui servent d'organes, de diriger leur volonté d'organe dans un sens conforme à la loi » ...Pour paradoxale qu'elle soit (puisque le droit est postérieur à l'Etat, « simple fait » à qualifier par lui, *cf.* G. Burdeau, *op. cit.*, in Bibliogr. n. 15, qui dissocie nettement « Etat de droit », eu égard au respect du principe de légalité dans l'activité des gouvernements, et « Pouvoir de droit », relativement au fondement du pouvoir, n. 27), cette doctrine de l'auto-limitation étatique est l'un des points les plus connus de l'enseignement de Jellinek, suivi en particulier en France par Carré de Malberg (*Contribution à la théorie générale de l'Etat*, 2 vol., 1920).

8. Restent les problèmes de la justification de l'Etat et de la situation de l'individu face à lui.

La meilleure justification réside dans l'ordre juridique que l'Etat impose en assignant des limites à l'activité de chacun et à d'autres puissances régulatrices. Ce qui pose aussitôt la question du fondement du droit lui-même. Victime des déformations déjà signalées, la philosophie de Jellinek est ici de nouveau méconnue. Que l'Etat précède le droit paraît devoir signifier que le droit dépend arbitrairement de la force. Or, s'il y a un positivisme, il est incontestablement nuancé : d'abord, parce que, comme on l'a vu, le pouvoir souverain de l'Etat condamne la loi de la force ; ensuite, parce que l'Etat ne décide du droit qu'en vertu d'une certaine *idée de la justice*, indique Jellinek citant Aristote (*Pol.* I, 2, 1253). Mais c'est sans doute l'hégélianisme, que les commentateurs devinent à l'arrière-plan, qui est le plus mal compris ; et la confusion s'aggrave lorsqu'on rapproche Jellinek de Ihering en les plaçant tous deux sous l'influence de Hegel (*cf.* par ex. P. Roubier, *op. cit.*, in Bibliogr., pp. 52-53), puisque l'opposition de Ihering à Hegel est explicite (dès la définition du droit dans le *Geist*) et que l'orientation

sociologique de Ihering, son lien avec l'*Interessenjurisprudenz*, fait obstacle à toute association avec Jellinek dont les tendances demeurent volontaristes (Duguit le lui a assez reproché) et qui se rattache au mouvement de la *Begriffsjurisprudenz*, parallèlement à l'*Analytical School* d'Austin (cf. in N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1979).

Pour autant, aucune forme d'Etat ne pourra se laisser déduire, d'après Jellinek, d'un principe général de justice. Chaque Etat doit être regardé dans sa forme historique concrète, sans prétendre avoir une valeur rationnelle absolue. Ce qui est seulement absent de la pensée de Jellinek, c'est que l'Etat ne puisse exister et être reconnu sans une référence immuable à des exigences de droit naturel tournées vers la dignité de la personne (comp. G. del Vecchio, *op. cit.*, in Bibliogr., p. 66 s.). Mais la difficulté du rapport de l'individu avec l'Etat n'est pas écartée par Jellinek qui y consacre de longs développements.

9. L'individu appartient au peuple et l'Etat lui accorde un ensemble de droits subjectifs (comp. à cette époque avec l'analyse de Thon), de prétentions qu'il peut faire valoir contre lui. C'est, dit Jellinek, « sur le droit public subjectif que repose le caractère corporatif de l'Etat ». Evidence qui n'a été que tardivement établie, conclut-il, car la tradition du droit naturel est plutôt partie de l'individu pour en tirer la souveraineté de l'Etat (ainsi, la volonté générale chez Rousseau). Il a fallu attendre, à la fin du XVIII^e siècle, les principes constitutionnels. Et encore doit-on se garder d'une confusion entre droits publics et droits privés ; les premiers que retient exclusivement Jellinek, se distinguent des seconds, explique-t-il, en ce qu'ils ont pour fondement immédiat la personnalité et n'ont pas d'objet autre que la personne ; il s'agit donc de ce que nous appellerions les « droits primordiaux » ou « extra-patrimoniaux », joints aux « libertés publiques »... « La reconnaissance de l'individu comme personne est le fondement de tous les rapports juridiques. Mais par cette reconnaissance, l'individu devient membre du peuple au sens subjectif du mot » (cf. également, G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Grunhuts Zeitschrift, 1892).

10. Tel est, pour l'essentiel, l'apport de Jellinek à la doctrine de l'Etat. En dehors des thèmes techniques qui alimentent toujours la littérature juridique ou de science politique (la personnalité de l'Etat, sa souveraineté, la fonction des « organes », etc.) et qui ne se situent pas directement dans notre propos, trois points majeurs méritent d'attirer l'attention de l'interprète :

— l'option de Jellinek en faveur du positivisme le plus traditionnel qui soit, de type volontariste (cf. notre notice *Positivismes*), mais non sans le nourrir des éléments puisés dans la sociologie naissante dans l'Allemagne de l'époque, concernant tout particulièrement les notions de communauté et de groupe et non sans y inclure des données véhiculées par le jusnaturalisme (respect fondamental de la personne) ;

— le contact de Jellinek avec le néo-kantisme de l'Ecole de Marburg (cf. in E. Diaz, *op. cit.*, in Bibliogr., 112), ce qui prépare, au sein même de ce courant, la critique de sa conception et son dépassement vers le formalisme kelsénien où le vocabulaire subjectiviste est répudié en raison de ses présupposés jusnaturalistes et de sa « fonction idéologique » et où s'affirme l'identité de l'Etat et du droit (« l'Etat est l'ordre juridique », déclare Kelsen, *op. cit.*, in Bibliogr., n° 40, p. 378) ;

— la réserve de Jellinek à l'égard du positivisme sociologique, liée à son attachement profond au volontarisme et aux catégories dont il est porteur (la personnalité juridique, le droit subjectif), constitue enfin le principal motif de son rejet par des auteurs tels que Duguit et par les marxistes qui, bien qu'ils ne nient pas son réalisme par opposition aux formalistes suivant Kelsen, l'accusent de privilégier dans l'Etat et dans le droit, l'*expression*, comme superstructure, en négligeant la signification du contenu social dont elle est inséparable (comp. R. Lukic, *op. cit.*, in Bibliogr., 176 s.).

Jean-Marc TRIGEAUD

BIBLIOGRAPHIE

G. JELLINEK, *L'Etat moderne et son droit*, trad. G. FARDIS, 2 vol., Paris, Giard et Brière (Bib. interna. dr. publ.), 1911.

Sur la philosophie qui ressort de cet ouvrage et afin de le situer : BALLADORE PALLIERI, *Dottrina dello Stato*; R. BONNARD, « La conception juridique de l'Etat », in *Rev. dr. public*, 1922, 44 s.; G. BURDEAU, *Traité de science politique*, t. II. *L'Etat*, L.G.D.J., 3^e éd., 1980; J. DABIN, *Doctrines générale de l'Etat*, Bruxelles-Paris, 1939; *L'Etat ou le politique*, Paris, 1957; E. DIAZ, *Sociologia y Filos. der.*, Madrid, Taurus, réimpr. 2a éd., 1982; L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901; G. FASSO, *Histoire de la philo. du dr.*, XIX^e-XX^e, trad., L.G.D.J., 1976; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad., Dalloz, 1962; R. LUKIC, *Théorie de l'Etat et du droit*, trad., Dalloz, 1974; ORLANDO, *Recenti indirizzi circa i rapporti fra diritto e Stato*, in *Riv. dir. publico*, 1926, 1; R. MASPÉTIOL, *L'Etat et son pouvoir*, 1937; Cl. DU PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philo. dr.*, Delachaux et Niestlé, 3^e éd., 1948; P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Sirey, 2^e éd., 1951; G. DEL VECCHIO, *L'Etat et le droit*, trad., Dalloz, 1964.

Cons. la trad. ital. donnée avec introduction et notes par V.E. ORLANDO, sous le titre *La dottrina generale dello Stato*, 2 vol., 1921-1949.

Raymond SALEILLES (1855-1912) (*)

1. Né en 1855, Raymond Saleilles a été l'un des premiers membres de la direction de la *Revue trimestrielle de droit civil*. Il disparut prématurément en 1912 au moment où il enseignait à la Faculté de droit de Paris. Il a laissé une œuvre très riche d'aperçus suggestifs, de nature à renouveler la science juridique enfermée dans l'exégèse. Il a contribué à faire connaître le droit allemand codifié au début du siècle. S'il est une originalité de sa pensée éclectique, c'est d'une part au plan général des sources du droit privé et, d'autre part, au plan particulier de certaines institutions marquées par l'évolution sociologique, du domaine civil au domaine pénal.

2. En ce qui concerne les sources, Saleilles paraît suivre la conception de Gény dont il préface en 1899 la première édition de l'ouvrage

(*) Version intégrale d'une notice à paraître dans l'*Encyclopédie philosophique* (P.U.F.).

Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif (v. notre notice sur Gény). Comme Gény, il entend restaurer les données « réelles », autant philosophiques qu'historiques, sociales et économiques, du droit positif. Il s'attache à dénoncer l'abstraction et le formalisme de l'École de l'exégèse, bien qu'il lui reconnaisse le mérite d'assurer la sécurité dont le droit a besoin en pratiquant une rigoureuse et scrupuleuse analyse déductive. Son attitude ne lui semble pas acceptable dans la mesure où elle conduit à ignorer les changements intervenus dans la société au cours du XIX^e siècle, sous l'impulsion du progrès technique. Les relations du capital et du travail, « de ceux qui produisent et de ceux qui consomment », ne sont plus les mêmes et ne peuvent plus prendre le même aspect juridique. Mais il ne s'agit pas, comme le veut l'École historique allemande qui a dégénéré dans le Pandectisme (v. nos notices Savigny, Windscheid), d'essayer de réintroduire dans un cadre législatif préconstitué des éléments circonstanciels et contingents (v. Saleilles, « Le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit », in *Rev. interna. enseignement sup.*, 1890, t. XIX, 482 s.; il reproche de toutes façons à l'historicisme d'avoir une religion positiviste du fait accompli au détriment des exigences du droit naturel, v. « L'École historique et le droit naturel », in *Rev. trim. dr. civ.*, 1902, 80 s.). Ainsi que le prétend Gény, il faut admettre des sources parallèles à la loi dont la portée et le champ d'application tendent sans cesse à se réduire. « La coutume, la tradition doctrinale et scientifique, au lieu de n'offrir à l'interprète que des créations amorphes qu'il doit transformer en formules juridiques par leur rattachement à la loi, créent immédiatement du droit positif » (Préface, *op. cit.*, XXI). Il convient donc de favoriser un libre épanouissement du droit indépendamment du système des lois et des codes qui sont devenus désuets dans leur prétention à régir toute l'activité juridique. La science du droit doit être dans cette perspective une « science du dehors », puisant dans la « nature des choses » (*ibid.*, XXV). Ce qui ne saurait s'entendre toutefois dans le sens des déclarations faites par les partisans du *Freirecht*, quelles que soient les sympathies que Gény affiche pour eux, car leur doctrine engendre l'insécurité en refusant de se soumettre au contrôle d'une nature des choses...

3. Considérant les institutions, Saleilles est surtout inspiré par les auteurs allemands et autrichiens attirés par le mouvement de l'*Interessenjurisprudenz*. C'est ce qu'il révèle dans de nombreuses monographies, les unes consacrées précisément aux dispositions législatives adoptées dans l'Allemagne de l'époque, les autres portant sur les sujets les plus classiques du droit privé. Il met, par exemple, en évidence les rapports sociaux sous-jacents au contrat consensuel et commutatif, en dégagant la catégorie du « contrat d'adhésion » dans lequel il voit une véritable loi imposée par un partenaire puissant à une collectivité d'individus (v. *De la déclaration de volonté*, Paris, 1901). Il analyse de même la personnalité juridique en la ramenant à une structure organique et institutionnelle qui s'affirme spontanément dans la vie sociale (v. *De la personnalité juridique, histoire et théorie*, Paris, 2^e éd., 1922). Mais on peut retenir comme étant les plus significatives ses études sur la possession du droit civil et sur la peine :

« Etude sur les éléments constitutifs de la possession », extr. *Rev. bourguignonne de l'enseignement supérieur*, Dijon, 1894; « La théorie possessoire dans le Code civil allemand », in *Rev. crit. lég. et jurispr.*, 1903. *La possession des meubles*, Paris, L.G.D.J., 1907.

4. Dans ce domaine de la possession exploré par les romanistes allemands du XIX^e siècle, Saleilles a eu au départ l'intention de présenter et de diffuser les idées de R. von Jhering (v. notre notice sur Jhering et notre ouvrage signalé dans cette notice sur les commentaires de Saleilles). Mais il en a proposé une interprétation quelque peu restrictive. Il ne s'intéresse en effet qu'au seul « rapport possessoire » et il ne fait aucune allusion au corpus objectif (v. *ibid.*). Il replace il est vrai le rapport qu'il observe « dans son milieu, dans la complexité de ses tenants et aboutissants », et il y voit un « rapport de service, d'utilisation économique entre chaque chose et quelqu'un qui s'en sert ». C'est cependant l'opinion sociale, et non comme chez Jhering la « nature de la chose », qui fixe directement la configuration du rapport, bien que l'opinion se traduise dans les usages qui peuvent être présumés être le reflet des choses elles-mêmes, puisque Saleilles ne les perçoit pas sous un aspect conventionnel, mais les regarde comme un produit de l'expérience, une sorte de coutume. Si les usages se réfèrent alors à des besoins, ils ne justifient pas le besoin pour le besoin, mais le besoin que la chose est en mesure de satisfaire. En tout cela, Saleilles suit la conception de Goldschmidt (v. *ibid.* ; cet auteur invoque fréquemment les *Strukturvorstellungen*, les « représentations structurelles » de la vie sociale). En termes subjectivistes (étrangers à la pensée de Jhering), la possession constitue pour Saleilles une « maîtrise » ou une « appropriation économique » de la chose. Et tout naturellement, il est amené à reconnaître un rôle à l'animus possessoire que Jhering réprovoque : il adapte l'*animus rem sibi habendi* du pandectiste Windscheid (v. notre notice), défini comme volonté d'avoir le bien pour le profit que son exploitation économique procure et non pour le droit ou l'appartenance juridique qu'il désigne. Quant au fondement de la possession, il est tiré de l'intérêt économique que la conscience commune décèle et apprécie dans les choses ; d'où l'élaboration chez Saleilles d'une véritable science de l'opinion, d'une « doxographie », par laquelle le droit apparaît dépendre d'une sociologie empirique dans le prolongement de l'*Interessenjurisprudenz*.

De l'individualisation de la peine,
Paris, Alcan, 1898. Préf. de G. de Tarde.

5. Saleilles doit aussi sa renommée à cette œuvre qui a exercé une influence durable sur la doctrine. Elle réussit à établir la synthèse de plusieurs courants en vogue à la fin du XIX^e siècle, en limitant le déterminisme positiviste et en réhabilitant la fonction traditionnelle de la liberté morale et de la faute.

Dans le domaine de la responsabilité civile, les thèses de Saleilles sur la possession ont été transposées afin d'éliminer la faute prise sous un angle trop subjectif. La notion de risque est apparue, qui consacre une conception socio-économique particulièrement extensive de la faute (v. *ibid.* sup. notre ouvrage, sur la responsabilité civile du fait du « gardien »). Dans le domaine pénal, Saleilles a dû cependant réagir aux excès de certaines explications positivistes pour, directement ou non, maintenir son attachement à la faute, ou, du moins, à la liberté.

La première explication dont il a le souci de modérer la portée, est l'explication de la responsabilité pénale fondée exclusivement sur des causes sociales. Saleilles admet, avec Tarde, Durkheim, Von Liszt et Ferri, que les facteurs sociaux conditionnent la criminalité et il s'oppose

à une méthode formaliste qui déduirait d'une intention abstraite et uniforme l'existence du délit. Mais il estime insuffisante cette démarche qui n'envisage guère les motivations psychologiques et morales du délinquant, qui néglige en un mot sa liberté sous prétexte qu'elle n'est pas mesurable. « Le glaive de la justice pénale ne peut pas se rouiller dans son fourreau, dira-t-il, à attendre que le caractère intelligible de l'homme entre enfin dans le monde des apparences » (cit. par Würtenberger, *in* Liszt, *La responsabilité pénale* ; et v. Léauté, *Criminologie*, Paris, P.U.F. (Thémis). On ne saurait donc s'intéresser uniquement à l'homme réel ; il faut aussi accorder une place à l'homme personnel et capable de choix.

La seconde explication que Saleilles juge inadéquate est celle issue de l'Ecole italienne (Lombroso) se fondant sur une causalité psychique et génétique quantifiable comme la précédente. Ce nouveau positivisme axé sur la recherche des coefficients de « dangerosité » est tout autant négateur de la liberté que tient à affirmer Saleilles. Sans être erronée dans son principe, cette analyse est fautive dans l'ampleur exagérée de son application. Saleilles souhaite par conséquent trouver un point d'équilibre entre ces diverses théories déterministes à partir de la constatation d'un noyau irréductible de liberté.

6. Si l'on accepte cette critique qui a fait souvent dire que Saleilles était d'un côté positiviste mais de l'autre humaniste (dans la tradition finalement d'un Montesquieu...), on doit avoir comme préoccupation majeure d'étudier les *particularités* du délinquant afin de permettre une *individualisation* de la peine qui lui est infligée — ce que le droit pénal classique du début du XIX^e siècle ignore en se bornant à examiner une faute au contenu idéal et désincarné.

Mais Saleilles suggère une distinction précise qui a une incidence sur la peine. Tandis que la « criminalité active » (dérivée objectivement de l'acte délictueux) aide à fixer la *durée* de la peine, la « criminalité passive » (qui renvoie au « fond même » de la nature humaine) sert de référence à la détermination de sa *nature*. Certes, de part et d'autre, l'observation doit viser au respect des particularités qui se révèlent, mais dans le cas de la « criminalité passive » surtout, elle ne peut prétendre épuiser l'inventaire des causes spécifiques : il est une liberté radicale qui échappe à toute réduction positiviste. Il reste que le projet d'individualiser qui doit inspirer le législateur, le juge et l'administration pénitentiaire ne saurait faire oublier la signification sociale du délit. La peine a aussi pour but de protéger la société ; plus exactement, la peine, comme instrument de cette protection, doit produire un « rendement maximum ». Reprenant une doctrine bien établie (Von Liszt...), Saleilles montre que la peine doit empêcher une nouvelle lésion de l'ordre social, autrement dit la récidive. La criminalité active et passive est donc à examiner de ce point de vue, afin de scruter au mieux ce que nous appellerions aujourd'hui les risques d'aggravation de la déviance ou les possibilités de réinsertion.

J.-M. T.

BIBLIOGRAPHIE

V. *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, ouvrage collectif, Paris, 1914.

Gustav RADBRUCH (1878-1949) (*)

1. Gustav Radbruch, le plus grand nom de la philosophie juridique allemande du milieu du xx^e siècle, est né à Lübeck en 1878 et décédé à Heidelberg en 1949. Professeur de philosophie du droit, il fut tout particulièrement spécialiste de droit pénal et de criminologie, mais fut aussi métaphysicien. Il était de formation luthérienne. Sollicité par le monde politique, il accepta la charge de Ministre de la Justice du *Reich* après la première guerre et à la veille de l'ascension de Hitler. Douloureusement éprouvé sous le régime nazi (sa chaire universitaire lui fut retirée, il perdit son fils sur le front de l'Est en 1942), il traversa une profonde crise de conscience qui le conduisit à abandonner l'idéalisme kantien qui l'avait inspiré et à renouer dès 1945 avec la tradition du réalisme aristotélécien. Cf. éléments biographiques, in Erik Wolf, *Grosse Rechtsdenker*, Tübingen, Mohr/Siebeck, 1963, 4 Aufl., 713-765.

I. — *Rechtsphilosophie*, 1932 (Philosophie du droit).

2. Cette œuvre peut être considérée comme la synthèse intellectuelle de la première réflexion de Radbruch.

Le droit est un *donné de fait* qui doit être rapporté à une *valeur*. Tandis que la science du droit se préoccupe d'analyser ce donné en lui-même, le rôle de la philosophie du droit est d'examiner la relation qui l'unit à une conception déterminée de la valeur de justice : il consiste à reconnaître au phénomène juridique une signification et une portée culturelles.

Mais les deux termes sont distincts et la valeur demeure coupée du fait que constitue positivement le droit. Sans compter qu'elle est insaisissable par la raison et qu'elle ne peut faire l'objet que d'une croyance. D'où la relativité de toute représentation de la justice. L'enseignement de l'axiologie néo-kantienne est ici sous-jacent, combiné avec l'influence de Georg Jellinek (cf. notre notice), Weber et Kelsen.

Cependant, Radbruch, se dissociant en l'occurrence du formalisme de Stammler (*Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911), estime que le concept de droit, si l'on veut en proposer une définition dans l'ordre culturel, est intrinsèquement solidaire d'une *notion de la Justice*. Cette notion correspond à l'Idée du droit en même temps qu'à sa réalisation. De plus, elle ouvre l'horizon de son but.

3. Valeur transcendante, la justice est en soi toute *formelle*. Elle reproduit de ce point de vue la distinction aristotélécienne entre fonction distributive, désignant des rapports de subordination, et fonction commutative, désignant des rapports de coordination. Elle s'oppose par nature à une valeur purement morale, puisqu'elle s'applique aux hommes en société et non à un homme abstrait et désincarné. Il n'empêche que la différence d'objet entre légalité juridique et moralité n'exclut pas une certaine identité d'orientation. La justice du droit devra s'efforcer de suivre l'idéal moral. C'est dans cet idéal que le droit puise sa force obligatoire. Ainsi, le législateur (droit objectif) cherche à permettre à

(*) Version intégrale d'une notice destinée à l'*Encyclopédie philosophique* (P.U.F.).

chacun d'accomplir les devoirs dont la conscience éthique éprouve la nécessité, par l'attribution de droits subjectifs. Le lien droit et morale devient un lien de moyen à fin.

4. Mais quel est donc le but du droit, la fin qui, au-delà de sa forme, fixe le contenu *réel* de la Justice ? A cet égard, une antinomie radicale (cf. l'opinion de Gurvitch) apparaît entre droit et morale, celle-ci se voyant reprochée de ne regarder que l'homme individuel. Malgré son attitude relativiste de départ et bien qu'il affirme l'impossibilité en pareil domaine d'un jugement scientifique, Radbruch donne nettement son adhésion à ce qu'il appelle le « transpersonnalisme ». Il s'agit de retenir comme valeur principale, non celle de l'individu ni celle de la collectivité, mais celle de l'*œuvre* (*Werkwerte*). Ce qui suppose la volonté de construire une communauté (*Gemeinschaft*, au sens de Tönnies) promouvant et objectivant le droit, non plus comme liberté ou comme facteur de cohésion nationale, mais comme *valeur de culture* (cf. Emil Lask, *Rechtsphilosophie*, 1905). Dans cette valeur qui singularise l'« œuvre », l'homme, sujet de droit, cesse de se définir abstraitement, comme dans la tradition jusnaturaliste et individuellement, comme dans l'optique morale, pour se présenter concrètement, en fonction de sa situation économique et sociale effective. La justice-égalité se transforme par là plus rigoureusement en justice-*adéquation*.

5. Toutefois, un deuxième élément de l'Idée de droit, et qui se déduit du concept de droit, entre en concurrence sinon en conflit avec la Justice ainsi définie : la *sécurité*. En cas de contradiction avec la Justice, la sécurité l'emporte, ce qui parachève le positivisme relativiste.

Valeur immanente, la sécurité exige de se conformer au droit positif, fut-il « injuste » (prescription acquisitive garantissant la paix sociale, réglementation policière...), et de s'arrêter au droit tel qu'il est, à sa *validité* (*Geltung*, au sens du normativisme kelsenien). Et l'on retombe alors dans un droit général et abstrait.

L'esthétique du droit permettra cependant de compenser cet inconvé- nient en introduisant le sens de l'ironie (cf. Anatole France, Daumier) et un scepticisme tout pascalien dénonçant les limites du droit qui ne se confond pas avec une science exacte.

6. Mais la voie qu'indique la sécurité n'est qu'un pis-aller dont il faut s'accommoder selon les circonstances. C'est la justice-*adéquation* qui reste le but essentiel du droit et il convient de suivre les prolongements de cette vue fondamentale dans les moindres détails. C'est ainsi que la personne juridique, le contrat, la société civile ou commerciale, la propriété, la responsabilité civile ou pénale sont à réviser à la lumière de cette réflexion. Le souci ultime sera d'éviter les positions de domination ou, en termes marxistes, d'exploitation, que masquent dans la société capitaliste moderne, ces institutions d'une « abstraction nivellatrice » (cf. aussi Radbruch, « Du droit individualiste au droit social », in *Archives ph. dr.*, Sirey, 1931). Quant à la distinction du droit public et du droit privé, elle doit prendre un nouveau sens dans cette perspective : il semble y avoir un certain primat du premier droit sur le second. Le droit public, droit de la subordination, passe avant le droit privé qui place les hommes concrets sur un faux pied d'égalité. Et certes le droit public est rattaché à l'Etat, mais l'Etat lui-même doit servir l'Idée du droit, la normativité de la Justice domine la facticité de l'Etat. D'ailleurs,

il existe un droit international, supra-étatique, où culmine la valeur de paix qui n'est pas un avatar de la sécurité et ne doit rien à la volonté des gouvernants. On s'achemine de la sorte vers un droit unique, résultant d'abord de la compénétration du droit public et du droit privé, se mesurant aux réalités contingentes du moment et représentant l'œuvre de culture : le *droit social*.

BIBLIOGRAPHIE

G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 6 Aufl., eingeleitet von E. Wolf, Stuttgart, Koehler v., 1963.
Sur cette œuvre, cf. Bibliogr. gén. infra.

II. — *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 1948

(Propédeutique à la philosophie du droit) ;

Die Natur der Sache als juristische Denkform, 1948

(La nature des choses comme forme de la pensée juridique).

7. Le droit naturel : « jamais plus ! » fut l'anathème proféré par le « grand inquisiteur » Bergbohm, comme l'appelle Radbruch. L'expérience de la guerre a cependant amené Radbruch à un spectaculaire revirement intellectuel et à une véritable conversion au droit naturel dans un sens rénové. Renonçant à son positivisme relativiste, il restaure un jusnaturalisme axé sur « la nature des choses » qui ébranle les fondements néo-kantiens de sa théorie originaire de la valeur et de la justice en retrouvant les intuitions les plus anciennes du réalisme greco-romain. Cette notion de « nature des choses » admise depuis toujours (de l'*Ethique à Nicomaque*, V et du *Digeste* au *Geist* de Ihering, en passant par la *Somme Théologique* — l'« *ipsa natura rei* » de saint Thomas) ne désigne pas un droit naturel déduit de la nature rationnelle de l'homme : elle ressort concrètement de différentes représentations historiques et nationales du droit. Droit naturel plus proche en somme de la tradition réaliste aristotélicienne qui a influencé le droit romain que de l'idéalisme moderne qui va de Grotius à Kant et que tente de renouveler l'École de Marburg du point de vue de la théorie de la connaissance et de la raison pure ou spéculative.

8. Radbruch était parti de la constatation que l'Idée du droit (*Rechts Idee*) se distingue de la matière du droit (*Rechtsstoff*), de la réalité sociale, autrement dit que le *Sollen*, la normativité, se sépare du *Sein*, de la facticité, selon un « dualisme méthodique » irréductible. Il y aurait d'un côté la valeur, d'un autre le donné de fait dépourvu de toute substance ontologique ou axiologique. Or, les thèses de l'après guerre démentent avec force cette position. Si le droit doit se réaliser, se déterminer, se construire sur la base de la *Natur der Sache*, en dégageant ou en libérant un élément d'être et de valeur contenu dans le fait, c'est un renversement de la démarche criticiste (cf. l'analyse de Baratta) et une condamnation de la coupure du *Sein* et du *Sollen*.

9. La difficulté est de définir la « nature de la chose », concept compris dans une acception beaucoup plus sociologique depuis Montesquieu, Savigny et Romagnosi (cf. notre note in *Filos. Oggi*, 1984, IV).

La « chose » est le substrat, la matière, l'étoffe qui sert au droit à

s'élaborer et à prendre forme. Ce qui renvoie à l'ordre de vie existant entre les hommes au sein de la société, relativement à des biens partagés et revendiqués. Quant à la « nature », elle représente le sens objectif, exprimé par le droit, de cet ordre saisi comme « étant ». Elle désigne la structure onto-axiologique de la réalité sociale (comme chez Rosmini par opposition à Romagnosi, *cf.* notre note *ibid.*) et elle vise l'Idée du droit à réaliser en sa vérité intrinsèque. Les situations caractéristiques de l'ordre comportent des tendances susceptibles d'être conceptuellement traduites en « types » — « types idéaux » dont la genèse est tout empirique à la manière de G. Jellinek et de Weber. Voilà donc comment la norme sort du fait, le devoir-être de l'être factuellement manifesté. Le fait n'est plus à rapporter à une *RechtsIdee*, mais la *RechtsIdee* est à induire de la situation typique de la vie sociale dans laquelle elle est incarnée.

10. Savigny, surtout, avait déjà invoqué une « nature de la chose » située en dehors de la nature de l'homme, siège de la liberté morale, et recouvrant « les institutions juridiques avec les effets pratiques qui découlent de leur nature et de leur vocation ». Le propos peut aisément être transposé, en regardant l'être de l'institution, la valeur qu'elle véhicule comme la juridicisation d'un modèle social et comme le reflet de l'ordre de vie réel. Le retour à ce modèle et à cet ordre permet d'ailleurs très opportunément de combler les « lacunes » de la règle de droit en suivant une méthode d'interprétation téléologique ignorée par l'esprit légaliste qui a dominé, en France, l'Ecole de l'Exégèse, en Allemagne, l'Ecole Pandectiste ou *Begriffsjurisprudenz*.

Cette conception de la « nature de la chose » qui donne une dimension nouvelle à l'Ecole de Heidelberg, se retrouve dans la pensée d'Erich Fechner (*Rechtsphilosophie*, 1956). Mais une question ne cesse de se poser : celle de l'origine (en langage heideggérien) de ces significations inhérentes à la vie sociale. C'est ce qui a suscité la réflexion contemporaine de divers auteurs allemands, dont W. Maihofer s'attachant à analyser la notion d'existence.

J.-M. T.

BIBLIOGRAPHIE

G. RADBRUCH, *Vorschule der Rechtsphilosophie*. Nachschrift einer Vorlesung von H. SCHUBERT u. J. STOLZENBURG, 2 Aufl., Göttingen, 1959; *Die Natur der Sache als juristische Denkform*. Wissenschaft Buchgesell., Darmstadt, 1948; sonderausg., 1960.

Recueil complet des œuvres en 20 volumes (les quatre premiers volumes étant consacrés à la philosophie du droit) : G. RADBRUCH-GESAMTAUSGABE, in 20 Bänden, Herausgeb. A. Kaufmann, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1987 — Bd 1-4, bearbeitet von A. Kaufmann, W. Hassemer, H. Krämer).

Sur la philosophie juridique de RADBRUCH :

— en général : A. KAUFMANN, *G. Radbruch : Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat*, München, Pieper, 1987; A. VERDROSS, *Abendländische Rechtsphilosophie*, 2 Aufl., Wien, Springer, 1963; Erik WOLF, *op. cit. supra*; E. DE TEJADA, *Tratado de filos. del derecho*, t. II, Univ. Sevilla, 1977;

— en particulier : A. BARATTA, « Relativismus und Naturrecht im Denken G. Radbruchs », in *Archiv. für Rechts und Sozialphilosophie*, 1959, 505 s., « Natura del fatto e diritto naturale », in *Riv. internaz. filos. dir.*, 1959, 177 s.; P. BONSMANN, *Die Rechts- und Staatsphilosophie Radbruchs*, Bonn, Bouvier, 1966; M.A. CATTANEO, « L'ultima fase del

pensiero di Radbruch », in *Riv. di filos.*, 1959, 61 s.; CHROUST, « The Philosophy of Law of Radbruch », in *The Philos. Review*, 1944, 23 s.; A. GRAF ZU DONA, *Die Rechtswidrigkeit als allgemeinsgültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handl.*, 1905; K. ENGISCH, « Radbruch als Rechtsphilosoph », in *Archiv. Rechts-S.Ph.*, 1949, 305; G. GURVITCH, « Une philosophie antinomique du droit », in *Archives Ph. dr.*, Sirey, 1932; F. von HIPPEL, « Radbruch als rechtsphilo. Denker », in *S.J.Z.*, 1950, 466 s.; W. JELLINEK, « Zu Radbruchs siebzigstem Geburtstag », in *Deutsche Rechtszeitschrift*, 1948, 434 s.; A. KAUFMANN, « Der Mensch im Welt. Zum 80. Geburtstag von Radbruch », in *Ruperto Carola*, 10, Heidelberg, 1958; *Ein Leben im Geiste*, in *Heidelberger Tag*, 1958/18.11; R. LAUN, « Radbruch », in *Archiv Rechts-S.Ph.*, 1949, 161; S. LISSARAGUE, « Radbruch », in *Rev. estud. politicos*, 1950, 211 s.; W. MAIHOFFER, « Droit et nature des choses », in *Travaux Fac. Toulouse*, Dalloz, 1965; *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, 1953; G. NIRCHIO, « Intorno al pensiero di Radbruch », in *II Politico*, 1953, n. 3; V. PALAZZOLO, « La Filosofia del Diritto di Radbruch », *Arch. Cultura Ital.* 1941, III; V. PALAZZOLO, *La filosofia del diritto di Radbruch e di Binder*, Milano, Giuffrè, 1983; D. PASINI, *Introduzione alla ed. ital. Vorschule...*, Torino, 1959; O. WEINBERGER, « Die Rechtsphilosophie Radbruchs », in *Österr. Zeitschrift für öffentl. Recht*, Bd V, 1952, 254 s.; T. YAGI, « Relativism and Natural Law in Radbruch's Legal Philosophy », *Doshisha Law Review*, 1957; Z.Uk TJONG, *Der Weg des rechtsphilosophischen Relativismus bei Radbruch*, Bonn, Röhrscheid, 1967; « Über die Wendung zum Naturrecht bei Radbruch », in *Archiv. Rechts-S. Ph.*, 1970.

Gedächtnisschrift für G. Radbruch, 1968.