

QUELQUES TENDANCES FONDAMENTALES DE LA PHILOSOPHIE DU DROIT DEPUIS DEUX SIÈCLES

Robert M. LEGROS

A propos du livre de Guido Fasso. *Histoire de la philosophie du droit*, XIX^e et XX^e siècles, traduit de l'Italien par Catherine Rouffet, Avant-propos de Michel Villey, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (Bibliothèque de Philosophie du Droit) 1977. Un volume 16 x 24 cm, 312 pages.

Le centre de philosophie du Droit de l'Université Paris II a fait paraître une traduction du troisième tome de la *Storia della filosofia del diritto* de Guido Fasso, qui enseignait à l'Université de Bologne et à qui l'on doit notamment, en-dehors de cette grande œuvre en trois volumes, *Cristianesimo e società* (1956) et *La Legge delle ragioni* (1964, 2^e éd. 1972 sous le titre *Il diritto naturale*).

Le troisième tome de cette *Histoire de la Philosophie du droit* passe en revue les différentes réflexions sur le droit qui se sont développées depuis la fin du XVIII^e siècle jusqu'à nos jours. Tous les modes d'expression de la philosophie du droit sont pris en considération: aussi bien la réflexion sur le droit à laquelle conduit explicitement ou implicitement, naturellement ou de manière détournée, une philosophie — par exemple celles de Bentham, Hegel, Fichte, Schelling, John Stuart Mill, Schopenhauer, Kierkegaard, Stirner, Marx, Nietzsche, Comte, Spencer, Dilthey, Croce — que les pensées d'un auteur qui s'est consacré essentiellement à l'étude du droit et qui, sans prétendre fonder une philosophie, a cherché à étayer philosophiquement ses conceptions juridiques — par exemple celles de Savigny, Jhering, Ehrlich, Geny, Saleilles, Ripert, Gierke, Duguit, Del Vecchio, Kelsen, Radbruch; aussi bien les théories juridiques issues d'un courant philosophique — de la phénoménologie, de l'existentialisme — que d'un régime politique — du communisme soviétique,

du fascisme italien, du nazisme. En dehors des philosophies du droit françaises et allemandes, les plus connues du public français, une large place est faite aux auteurs italiens; signalements, puisqu'il s'agit de courants rarement analysés par les ouvrages de langue française, qu'un chapitre est consacré à la philosophie juridique italienne à l'époque du Risorgimento, un paragraphe au positivisme en Italie, un autre à la crise du positivisme italien, un autre enfin au positivisme italien lié à la philosophie analytique. Sont aussi examinées les philosophies du droit qui se sont développées en Grande-Bretagne (Bentham, Austin, John Stuart Mill), aux Etats-Unis (Dewey, Holmes, Pound, Cardozo) et dans les pays scandinaves (Hägerström, Lundstedt, Olivecrona).

La diversité des doctrines étudiées apporte une richesse d'information incomparable. Elle risque néanmoins de cacher les tendances fondamentales qui caractérisent la pensée juridique de ces deux derniers siècles. Plaçant pour ainsi dire sur le même pied une vision du droit qui a imprégné toute la vie juridique de plusieurs pays pendant de nombreuses décennies — par exemple celle de l'Ecole de l'exégèse — et la théorie juridique d'un auteur isolé, en marge des courants dominants, l'ouvrage ne met pas en évidence les questions qui sont à la base d'une évolution de la philosophie du droit et de la vie juridique. Reparcourant la multiplicité des doctrines étudiées par Fassio, nous voudrions chercher à faire ressortir quelques orientations fondamentales qui animent les différentes réflexions sur le droit, soit qu'elles imprègnent les représentations des praticiens, soit qu'elles définissent les tendances que les philosophies cherchent à concilier ou à fonder.

Une conception du droit prend naissance à la fin du XVIII^e siècle, qui va dominer et imprégner la vie juridique de l'Europe occidentale pendant plus d'un siècle, et par rapport à laquelle les différentes philosophies du droit chercheront à se définir. Alors que le XVIII^e siècle est dominé par le jurnaturalisme, comme le montre Fassio dans son second volume, au XIX^e siècle l'idée s'impose que le droit se réduit au droit positif, que le raisonnement juridique, par conséquent, ne peut prendre en considération des principes qui ne seraient

pas explicitement exprimés par le droit positif. Le positivisme qui pénètre la vie juridique du XIX^e siècle, doit être compris, selon Fassio, comme le résultat d'un double processus: d'une part le processus au cours duquel la philosophie des lumières, dont la doctrine juridique est le jusnaturalisme, est amenée à renier celui-ci, est entraînée à exiger une codification qui traduise en normes positives les lois universelles de la Raison et à affirmer le caractère exhaustif de la législation établie par des représentants de la nation; d'autre part le processus qui émane d'un mouvement culturel opposé à la philosophie des lumières, l'historicisme. Interrogeons-nous brièvement sur cette double origine du positivisme.

Alors que la pensée rationaliste avait été au fondement d'un point de vue jusnaturaliste et que le positivisme juridique avait toujours été lié aux théories opposées au rationalisme qui voyaient dans le droit le simple produit d'une volonté ou d'une convention (Hobbes), se dessine à la fin du XVIII^e siècle un mouvement qui se prétend à la fois rationaliste et positiviste, qui vise à un droit rationnel (cohérent, complet, fondé sur des principes universels) que traduiraient les normes qui émanent de la volonté du législateur. Ces deux exigences — rationalité et volontarisme — sont à la base tout d'abord des conceptions juridiques issues du despotisme éclairé: seule l'élite éclairée qui dirige l'Etat est en mesure de connaître le droit rationnel, elle a la tâche de codifier tandis que le devoir des juges se réduit à appliquer les lois sans s'interroger sur leur conformité aux principes universels et rationnels sur lesquels repose le droit; elles sont ensuite au fondement des théories de l'Ecole de l'exégèse, selon lesquelles les représentants du peuple, du fait qu'ils expriment la volonté générale, énoncent des normes conformes à la Raison, tandis que les juges, susceptibles d'épouser un point de vue particulier, donc d'être illusionnés, ne peuvent en appeler aux principes sur lesquels repose le droit, doivent s'en tenir aux normes exprimées par le législateur⁽¹⁾. La codification,

(1) Sur l'Ecole de l'exégèse, cfr. L. HUSSON, «Analyse critique de la méthode de l'exégèse», in *Archives de Philosophie du Droit*, tome XVII, Paris, Editions Sirey, 1972, pp. 115-133.

d'abord prussienne, ensuite française, répond à la fois à une recherche de rationalité et à la prétention de l'Etat de régir toute la vie juridique. «En réalité, remarque très justement Fasso, le fait de la codification et la théorie du caractère exclusivement étatique du droit qui en découle apparaissent profondément contradictoires: en effet ils présentent simultanément un aspect rationaliste (le code met en œuvre les préceptes de la raison et le motif de la validité de ses normes est leur rationalité) et un aspect volontariste (les normes du code ne sont valides que parce qu'elles y sont intégrées, c'est-à-dire qu'elles sont édictées par la volonté du législateur, indépendamment de tout jugement sur leur conformité à la raison)». (p. 13) ^(*). En Angleterre, c'est à travers l'utilitarisme de Bentham, la doctrine austinienne et l'«analytical jurisprudence» que se dessine, selon Fasso, un mouvement qui conduisit au positivisme juridique des théories du droit issues de l'esprit des lumières.

Résultat d'un mouvement qui entraîna la philosophie des lumières à renier le jusnaturalisme, le positivisme juridique est aussi, selon Fasso, l'aboutissement d'un courant opposé à la philosophie des lumières, l'historicisme. Prend en effet naissance à la fin du XVIII^e siècle une tendance radicalement opposée au rationalisme, profondément liée à l'esprit romantique, selon laquelle le droit n'est ni le produit d'une volonté souveraine, qu'elle soit celle d'un despote ou des représentants de la nation, ni l'expression d'un ordre universel, qu'il soit fondé sur des principes religieux ou rationnels. Considérant que l'homme tire son être des tendances particulières qui animent la communauté historique et politique en laquelle il est inséré, qui se traduisent dans la langue, les traditions, la religion, les mœurs, les coutumes, le romantisme juridique, qui prend naissance avec Burke (dont parle Fasso aux pp. 323 et 324 du second volume), et trouve son expression achevée avec Savigny et l'Ecole du droit historique, s'oppose à toute entreprise de législation qui viserait à imposer des normes

(*) Aspects, en apparence contradictoires, qui, selon L. Husson (op. cit. p. 123) «s'articulent dans la conviction que le législateur est l'interprète autorisé du Droit naturel».

générales et universelles qui ne pourraient qu'arracher les individus à la totalité vivante dont ils tirent leur être, briser les liens sociaux qui les rassemblent en une communauté unie, faire éclater la collectivité. Produit d'un long processus historique, et non de la volonté arbitraire ou rationnelle des hommes, le droit, selon la conception issue du romantisme, rassemble en lui une grande diversité de tendances qui se sont conciliées peu à peu au cours de plusieurs siècles et forment une sorte d'unité vivante. Toute intervention artificielle qui prétendrait à le soumettre à quelques principes universels, briserait les liens qui l'unissent à l'esprit du peuple, à la tradition, les rapports organiques qu'il entretient avec l'âme populaire. De même que l'homme ne se définit pas, comme le soutient le rationalisme des lumières, par son autonomie — par son aptitude à s'arracher à ses inclinations sensibles pour se conformer à la loi universelle qu'il se donne à lui-même — mais par une fidélité aux tendances qui animent sa propre sensibilité, une capacité à les laisser émerger sans les brider artificiellement selon les exigences d'une réflexion abstraite, de même un peuple ne trouve pas sa liberté mais se détourne de sa nature profonde quand il prétend à se délivrer de ses attaches particulières, des liens qui l'unissent à son passé, quand il vise à se couper de ses coutumes, de ses mœurs, de ses institutions propres en se fabriquant une Constitution fondée sur des principes universels, il rejoint au contraire son être authentique dans une vie conforme à sa propre sensibilité. Le droit, dans cette vision, ne peut trouver son origine dans la loi, il est l'expression des règles qui se forment au cours de l'histoire, dans les coutumes, les mœurs et les institutions d'un peuple ^(*).

En quel sens l'historicisme romantique a-t-il conduit au positivisme juridique ? Tout d'abord en ce sens que, opposé au jusnaturalisme, «il réduit explicitement la valeur à l'histoire et ne reconnaît le droit qu'historiquement réalisé et donc positif» (p. 39). Mais le positivisme que, selon ce point de vue,

(*) Sur l'école du Droit historique, cfr. H. KANTOROWITZ, *Volksgeist und historische Rechtsschule*, *Historische Zeitschrift*, tome 108, 1912. Sur SAVIGNY cfr. A. STOLL, *Friedrich Karl von Savigny*, Berlin 1927-1939, 3 vol.

l'historicisme entraîne, est radicalement opposé, il importe de le souligner, à celui qui est issu de l'esprit des lumières, qui caractérise les théories qui réduisent le droit aux normes édictées par le législateur. Si ces deux formes de positivisme — positivisme rationaliste et positivisme romantique — partagent une même aversion à l'égard du jusnaturalisme, l'un fonde le droit sur la volonté rationnelle du législateur, l'autre sur la sensibilité particulière d'un peuple. L'historicisme a toutefois conduit au positivisme juridique en un autre sens: en tant qu'il fut amené à reconnaître la nécessité de traduire les règles sous-jacentes aux coutumes, aux mœurs et aux institutions d'un peuple en un ensemble scientifique, de donner à la forme spontanée du droit — celui qui émerge de la vie d'un peuple — la forme d'un droit élaboré scientifiquement. Le droit tel que le conçoit Savigny, se manifeste, écrit Fasso, «par des actes symboliques où s'expriment extérieurement les sentiments de la collectivité, et vit comme coutume, qui est la première forme spontanée du droit (si bien que Savigny l'intitule, en avertissant le lecteur de la signification particulière qu'il donne à cette expression, «droit naturel»). Plus tard se superpose à ce droit spontané, le droit élaboré scientifiquement par les juristes, qui toutefois ne cesse pas de participer de toute la vie du peuple: Savigny, qui définit «élément politique» du droit le lien qui le rattache à la vie sociale du peuple, et «élément technique» sa «vie scientifique séparée», a soin d'observer que dans les deux cas ce qui crée le droit — coutume et conviction populaire d'abord, science juridique ensuite — constitue toujours «une force intérieure opérant tacitement, et non l'arbitraire d'un législateur» (pp. 35-36). On comprend en quel sens le pandectisme, l'école qui s'est attachée à donner une expression scientifique aux institutions juridiques romaines, est issu de l'école du droit historique. Mais si l'historicisme a conduit à une exigence de retranscription scientifiquement élaborée du «droit naturel» (au sens de Savigny, c'est-à-dire du droit «spontané» qui se manifeste dans les coutumes et les mœurs d'un peuple) et si de ce point de vue il est positiviste, il ne s'agit pas, cette fois non plus, du positivisme rationaliste: si ces deux formes de positivisme par-

tagent un même souci de systématisme et de scientificité, l'un voit dans l'élaboration écrite du droit l'expression d'un ordre rationnel, l'autre la traduction de règles particulières qui émergent de l'esprit d'un peuple.

C'est par infidélité à sa tendance authentique et originaire que l'historicisme, selon Fasso, en est venu à cette tendance positiviste: s'il s'oppose logiquement au jusnaturalisme «il n'entraîne pas en soi, écrit-il, une conclusion juspositiviste: conclusion à laquelle il ne conduisit que tardivement, lorsque ses caractères originels et essentiels se furent altérés». (p. 28). Cette forme de positivisme ne trahit pas, selon nous, l'esprit essentiel de l'historicisme. Outre qu'elle n'est pas tardive puisqu'elle est présente non seulement chez Savigny mais même chez Burke qui voyait dans la constitution britannique un modèle parfait de retranscription des règles juridiques inscrites dans la vie du peuple anglais, l'expression du droit sous la forme d'un *ensemble unitaire* n'est nullement incompatible, dans l'optique romantique, avec la diversité des règles et des tendances qu'il manifeste sous son aspect «spontané»: «toutes les propositions juridiques singulières qui forment le droit d'un peuple, écrit Puchta, sont reliées entre elles par un lien organique qui s'explique avant tout par le fait qu'elles sont issues de l'esprit du peuple car l'unité de cette source se communique à tout ce qui émane d'elle; (...) c'est la tâche de la science que de reconnaître les propositions juridiques dans leur connexité systématique comme se conditionnant réciproquement et dérivant les unes des autres, pour remonter la généalogie de chacun jusqu'à leur principe et descendre ensuite des principes jusqu'à leurs ramifications dernières» (cité par Fasso, p. 41). Il est donc possible de traduire en un ensemble unitaire — dont l'unité est d'ailleurs «organique» et non celle d'un système déductif — la diversité vivante des règles coutumières, il est normal, en outre, que les avantages de cette traduction aient été soulignés: de même que la doctrine jusnaturaliste a été amenée à reconnaître l'importance de traduire en normes écrites les principes rationnels du droit universel — bien qu'en théorie ceux-ci devraient être connus clairement par tous les êtres ration-

nels —, de même l'historicisme a-t-il été conduit à attribuer au droit législatif la fonction de préciser et d'exprimer les règles coutumières.

Qu'il soit positiviste en ce sens qu'il réduit le droit au droit historiquement réalisé ou en ce sens qu'il justifie la retranscription systématique du droit «spontané», l'historicisme juridique se sépare nettement du positivisme juridique auquel a abouti l'esprit des lumières. C'est méconnaître ou masquer la radicalité de l'opposition entre les mouvements juridiques issus du rationalisme, qu'ils soient jusnaturalistes ou juspositivistes, et ceux qui se rattachent à l'esprit romantique, qu'ils soient opposés à toute codification ou favorables à une législation qui traduise le droit «spontané» qu'engendre la sensibilité d'un peuple, que de comprendre le positivisme comme le terme vers lequel auraient convergé deux courants opposés, comme l'aboutissement d'un double processus, que de concevoir que la philosophie des lumières et l'historicisme conduisirent «au même résultat» (p. 28) parce qu'ils entraînaient tous les deux un positivisme juridique.

La distinction entre le positivisme issu de l'esprit des lumières et le positivisme engendré par l'historicisme nous paraît essentielle. Les tendances fondamentales de la pensée juridique depuis le XVIII^e siècle, qui non seulement alimentent l'interrogation philosophique sur le droit mais déterminent la forme du raisonnement judiciaire, le rapport des juges avec le pouvoir législatif, hiérarchisent les différentes sources du droit, se manifestent en effet, nous semble-t-il, à la lumière des questions que suscite le débat entre le courant rationaliste et le courant romantique: le droit doit-il tendre à faire prévaloir des principes universels, viser à se conformer à un droit idéal qui serait applicable à tous les êtres humains, à respecter ce que Kant appelait le *weltbürgerliche Recht*, ou doit-il exprimer les tendances propres à l'esprit d'un peuple, traduire les particularités auxquelles est attachée la sensibilité d'une communauté? Débat qui, au cours du XIX^e siècle, a pris plus précisément la forme d'une opposition entre la tendance positiviste du rationalisme — le droit est tout entier dans une législation qui, si le législateur représente la

volonté générale de la nation, est nécessairement rationnelle (cohérente, complète et fondée sur des principes universels) — et la tendance historiciste ou sociologique selon laquelle le droit doit correspondre aux règles qui émanent des institutions sociales, des mœurs, de la coutume. Examinons brièvement la manière dont ces deux tendances fondamentales se sont exprimées dans la pensée juridique de ces deux derniers siècles, en nous référant aux analyses de Guido Fasso.

Les auteurs qui suivent immédiatement Kant, auxquels Fasso consacre son quatrième chapitre, sont confrontés aux questions qui surgissent avec la naissance de la pensée politique et juridique issue du romantisme. La corrélation entre le progrès de la raison et la consolidation de la paix civile, la supériorité d'un droit déductible de la nature humaine sur un droit qui porte en lui les traces de son évolution historique et de circonstances locales, l'union étroite entre l'émancipation de l'esprit et l'affranchissement des attaches particulières, autant d'évidences issues de l'esprit des lumières, qui sont soudainement ébranlées au moment même où l'entreprise révolutionnaire tend précisément à traduire dans le réel, c'est du moins la prétention de son idéologie, une Constitution universelle. Cette mise en question des assurances les plus ancrées fait naître, dans les années 1790 et au début du XIX^e siècle, une multitude extraordinaire d'essais sur les fondements du droit, par des juristes qui soit visent à justifier la tendance universaliste kantienne en cherchant à fonder le droit sur la morale ou sur des principes rationnels, tels A. Hufeland (1760-1817) (Kant a toutefois mis en question le principe fondamental de la philosophie du droit de Hufeland, selon lequel il existerait une obligation de contrainte imposée par la nature, dans le compte rendu qu'il a fait, en 1786, du *Versuch über den Grundsatz des Naturrechts*, paru en 1785), J. Chr. Hoffbauer (1766-1827), Ch. H. Gros (1765-1840), F. L. v. Zeiller (1751-1828), Ch. S. Zachariae (1769-1843), d'autres que Fasso ne cite pas, tels Chr. E. Schmid, Maimon, Reinhard, Ehrard, soit prétendent à intégrer les conceptions historicistes, tel Auguste Guillaume Rehberg (1757-1836) qui, loin de se rattacher «plus ou moins fidèlement à la doctrine kantienne» (p. 44), comme

le soutient Fasso, est bien plutôt un disciple de Burke, un précurseur de l'Ecole du droit historique. Humboldt, en revanche, nous semble fidèle à l'inspiration rationaliste kantienne et à la conception du *Rechtstaat* par son individualisme et sa théorie d'un Etat limité dans ses pouvoirs. Sa philosophie du droit ne porte en elle, selon nous, aucune « exigence romantique », comme le prétend Fasso (p. 48) : les romantiques se moqueront d'ailleurs de la théorie humboldtienne de l'Etat conçu comme un « instrument de sécurité ».

A la suite de Rousseau, Fichte, du moins dans son essai sur le droit naturel de 1797, apporte un fondement philosophique au positivisme légaliste par sa théorie d'un *Etat rationnel*, dont les lois, exprimant la volonté générale, traduisent nécessairement les principes de la Raison. Rompant avec la théorie kantienne et humboldtienne du *Notstaat*, selon laquelle l'Etat est un instrument artificiel qui serait superflu dans une société rationnelle, Fichte, même s'il voit dans le droit une exigence de la raison en vue de rendre possible la vie sociale, le moyen d'assurer les libertés individuelles par leur restriction réciproque, rompt avec la conception kantienne du droit naturel : le droit, selon lui, trouve son origine dans l'Etat, est rationnel dans la mesure où celui-ci est l'expression de la volonté générale. Non seulement Fichte s'est, dès 1797, « déjà engagé au-delà de la vision jusnaturaliste du rapport unissant l'individu à la société » (p. 52) mais il a en outre déjà ouvert la voie à la forme rationaliste du positivisme juridique : dès 1797, et non à partir de 1800 comme l'affirme Fasso (p. 54), tentant une justification rationnelle de l'Etat, il est conduit à l'idée que celui-ci, loin d'être limité par les principes d'un droit qui lui serait supérieur ou antérieur, devient, au moins dans son principe, l'instance habilitée à conférer une valeur juridique au droit naturel. Schelling est lui aussi en rupture avec les théories du *Notstaat* mais, s'il est parti d'un point de vue individualiste hostile à toute forme d'Etat dans la mesure où celui-ci est une instance « mécanique » incompatible avec la liberté (à vrai dire la *Nouvelle déduction du droit naturel* de 1796-1797, à laquelle se rapporte Fasso, ne contient aucune référence à l'Etat, mais le *Program-*

me systématique de l'idéalisme allemand de 1796 ou 1797, qui est rédigé de la main de Hegel mais exprime les conceptions de Schelling — et d'ailleurs de Hegel et de Hölderlin à cette époque — affirme clairement: «Je veux montrer que l'Etat, étant quelque chose de mécanique, l'idée de l'Etat n'existe pas, aussi peu qu'existe l'idée de machine. Seul ce qui est l'objet de liberté s'appelle idée. Nous devons donc aller au-delà de l'Etat! ... Je voudrais ... mettre à nu tout le misérable échafaudage humain que représente l'Etat, la constitution, le gouvernement, la législation», dans ses *Leçons sur la méthode des études universitaires* (1802) il se rapprochera, comme le remarque justement Fasso, d'une conception plus romantique de l'Etat et du droit — encore qu'elle n'en soit pas une expression pure, comme l'est selon nous la pensée politique et juridique de Adam Müller dans ses *Elemente der Staatskunst* (1808), dont Fasso malheureusement ne parle pas — conception plus romantique selon laquelle l'ordre politique et juridique ne se traduit pas en concepts abstraits mais forme une Idée, une manifestation intelligible de l'absolu, une réalité comparable à une œuvre d'art mais non à un instrument, une «objectivation de l'Histoire» et non le produit arbitraire ou rationnel des hommes.

La philosophie du droit de Hegel, à laquelle Fasso consacre son cinquième chapitre, peut être comprise comme la tentative de concilier rationalisme et historicisme: historiciste dans la mesure où il conçoit le droit comme le produit de l'esprit d'un peuple ⁽⁴⁾ et de l'histoire («ce sont uniquement l'esprit et l'histoire, écrit-il dans une remarque du paragraphe 540 de l'*Encyclopédie*, l'histoire qui est celle de l'esprit, qui ont fait et font toujours des constitutions», si bien qu'une constitution, souligne-t-il dans le paragraphe 273 de sa *Philosophie du Droit*, doit être considérée «comme quelque chose qui est

(4) Si l'expression *Volksgeist* «fut utilisée pour la première fois au sein de l'école historique par Puchta» (p. 38) — dans *Das Gewohnheitsrecht*, I, Erlangen, 1828 —, c'est Hegel qui fut le premier — dès 1793 — à l'explicitier dans son sens romantique. Cfr. S. BRIE, *Der Volksgeist bei Hegel und in der historischen Schule*, Berlin et Leipzig, 1909.

en dehors de la sphère des choses fabriquées» et, dans le paragraphe 540 de l'*Encyclopédie des sciences philosophiques en abrégé*, il remarque: «se demander à qui, à quelle autorité et au moyen de quels organismes il appartient de faire une constitution, c'est ni plus ni moins se demander qui peut avoir autorité pour faire l'Esprit d'un peuple»), historiciste dans la mesure où il comprend le droit comme un ensemble de coutumes, de mœurs, de traditions qui est vivant dans la mesure où il est adéquat à un peuple, il est néanmoins conduit, par le principe issu de l'esprit des lumières et qui est à la base de sa philosophie de l'histoire, selon lequel l'histoire est le processus de réalisation de la raison, à concevoir que le droit de la société réconciliée avec l'Etat est une expression de l'esprit universel, une manifestation de la raison réalisée. Ecartelée entre deux tendances incompatibles, la philosophie du droit de Hegel manifeste à la fois, montre Fasso, un jus-naturalisme qui est la conséquence de son universalisme et de son rationalisme, et un juspositivisme, issue de son historicisme (p. 71). Juspositivisme, ajouterions nous, qui doit être entendu à la fois dans le sens rationaliste — les lois de l'Etat réconcilié avec la société civile sont nécessairement des expressions de la raison universelle — et dans le double sens historiciste — le droit se réduit dans son contenu aux mœurs, coutumes et traditions vivantes d'un peuple d'une part, il importe d'autre part de donner une forme légale au droit issu de l'esprit d'un peuple. Favorable à la codification, Hegel ne s'écarte pas par là même, comme l'affirme Fasso (p. 69), des principes de l'école historique du droit, hostile certes à un droit universel issu d'une législation mais non nécessairement, on l'a vu, à une législation issue du droit immanent à la vie sociale. Il cherche bien plutôt à justifier dans un cadre historiciste l'importance d'une codification qui traduise les règles du droit vivant formé par l'esprit d'un peuple: «car les lois en vigueur dans une nation, écrit-il, du fait qu'elles ont été écrites et codifiées, ne cessent pas d'être ses coutumes... Dénier à une nation cultivée ou à ses juristes la capacité de faire un code serait l'une des plus grandes injures que l'on pourrait faire à cette nation ou à ses juristes. Il ne saurait

être question pour cela de faire un système de lois nouvelles quant à leur contenu...» (par. 211 des *Principes de la Philosophie du Droit*). La représentation d'une adéquation, au terme de l'histoire, entre les lois rationnelles d'un Etat et les aspirations sensibles d'un peuple, est au fondement de la philosophie du droit de Hegel, adéquation telle que l'accomplissement des particularités individuelles elles-mêmes soit la réalisation effective de l'universalité ⁽⁹⁾.

Si la philosophie de Marx est, elle aussi, centrée sur les principes d'une société réconciliée, elle s'oppose radicalement à la manière romantique de concevoir la réconciliation, et est par conséquent en rupture avec la pensée politique de Hegel. La théorie marxiste du droit, que Fasso étudie dans son septième chapitre, repose certes, comme celle de Hegel, sur la représentation de l'histoire comme processus qui conduit progressivement à la réconciliation sociale, mais elle rompt totalement avec la vision romantique par son volontarisme ou sa conception instrumentale de l'organisation juridique et politique, sans pourtant retourner à une thèse conventionnaliste: ni émanation d'un esprit collectif ni produit d'un accord originaire, le droit et la structure politique sont le résultat de la volonté de ceux qui, après avoir brisé la conciliation originaire de la communauté «naturelle», s'être emparés d'une partie de la richesse commune, avoir pris possession des moyens de production, avoir obligé les démunis à se mettre à leur service, cherchent à garantir leur domination dans le domaine de la production des biens, l'obéissance de ceux qu'ils ont assujettis, par une autorité qui détienne le monopole de la force et revête l'apparence de la légitimité. Le droit *positif* en tant que «volonté d'une classe érigée en loi» s'effacera par conséquent avec la disparition de la division en classes, avec l'instauration de la propriété collective des moyens de production, avec le retour à une société conforme à la nature achevée du social, unie naturellement, adéquate à la société juste, en laquelle se réalise «spontanément» le droit conforme

(9) Nous avons étudié les présupposés romantiques de la philosophie du droit de Hegel dans un article, *Hegel, la Révolution, le Romantisme*, à paraître dans un ouvrage collectif aux éditions Complexe.

à la nature humaine — le droit «naturel». «Sous cet aspect, écrit Fasso, le marxisme, une des philosophies les plus rigoureusement opposées au jusnaturalisme, finit par aboutir à une sorte de jusnaturalisme lorsqu'elle théorise un idéal de société auquel les sociétés historiques peuvent et doivent se ramener, opérant de la sorte comme les jusnaturalistes» (p. 102). A cet égard le marxisme est profondément anti-romantique: il conçoit en effet la société unie naturellement d'une part comme non-politique, renouant par là directement avec les théories du *Notstaat* selon lesquelles l'instance politique est artificielle et destinée à disparaître avec l'avènement de la société juste et conforme à la nature rationnelle de l'homme, d'autre part comme fondée sur des principes universels, alors que le romantisme d'une part conçoit la politique comme inhérente au social, consubstantielle à la société, à la fois au cœur de la communauté et présente en toutes ses fibres, pénétrant toutes les manifestations sociales et individuelles, d'autre part fonde la conciliation sur les aspirations sensibles et particulières propres à un peuple, non sur des principes universels.

Si nous nous tournons vers la pensée juridique qui est moins l'expression d'une philosophie que de la vision du droit qui imprègne la pratique juridique — qui est à la base de la motivation des tribunaux, oriente le raisonnement des juges, détermine leurs rapports avec le pouvoir législatif, leur pouvoir d'interprétation — et se reflète dans les tendances dominantes de la doctrine⁽⁹⁾, il est manifeste qu'au XIX^e siècle le positivisme rationaliste — la doctrine selon laquelle la loi qui est l'expression de la volonté des représentants de la nation forme un ensemble rationnel auquel se réduit tout le droit — a dominé dans toute la partie occidentale du continent. L'évolution qui conduisit aux conceptions récentes est le fruit d'une critique qui s'en est prise dans un premier temps au rationalisme au nom d'une vision plus sociologique, au positivisme ensuite — dans son sens rationaliste et histori-

(9) Sur l'évolution de la pensée juridique qui détermine la motivation des tribunaux depuis le début du XIX^e siècle, voir Ch. PERELMAN, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz 1976.

ciste — au nom de l'universalité de certaines valeurs reconnues comme inhérentes au droit indépendamment de leur inscription dans le droit positif.

Les tendances sociologiques, que Fasso étudie dans un chapitre consacré aux théories juridiques antiformalistes, se manifestèrent, dans les pays de langue allemande, dans les œuvres de Jhering (1818-1892) — particulièrement dans *Der Zweck im Recht* (1877-1883) où les normes juridiques sont comprises à partir de leurs buts, qui ne sont pas ceux, précise Fasso «que le législateur se propose en promulguant les normes mais ceux qui sont immanents à la vie même de la société» (p. 150) —, de Philipp Heck (1858-1943), qui opposa à la *Begriffsjurisprudenz* l'*Interessenjurisprudenz*, d'Oscar Bulow (1837-1907), d'Eugen Ehrlich (1862-1922), auteur de la *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913), dans laquelle il souligne, conformément à la thèse historiciste, que le droit n'est pas issu de la législation mais naît de groupes sociaux, en dehors de l'Etat, Gierke (1841-1921), dont la théorie «reprend les motifs originaires de l'école historique du droit» (p. 164), de Kantorowicz (1877-1940) qui, dans son livre *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* donne le départ à un mouvement — *die freirechtliche Bewegung* — selon lequel il existe antérieurement au droit légal un «droit libre», issu de l'opinion juridique des membres de la société, de la jurisprudence et de la doctrine, et qui s'alimente des normes issues de l'histoire et des groupes sociaux. En France, où il fallut attendre la critique retentissante de Geny (*Méthode d'interprétation*, 1899) pour que fût ébranlé le principe de la méthode dite logique ou déductive de l'Ecole de l'exégèse, puis les travaux de Saleilles et Ripert, la tendance sociologique fut représentée dans les ouvrages de Duguit (1859-1928) et de Maurice Hauriou (1856-1929). Aux Etats-Unis elle s'affirme avec Oliver Wendell Holmes (1841-1935), juge à la Cour suprême, «dont le livre *The Common law* (1881) compte, même au-delà du monde strictement juridique, parmi les œuvres les plus efficaces de la bataille anti-formaliste» (p. 205), Roscoe Pound (1870-1964), dont la pensée juridique «est caractérisée par un historicisme extrême» (p. 207) et Cardozo (1870-1938).

La tendance antipositiviste — opposée à la réduction du droit à la loi tout aussi bien qu'à sa réduction aux règles en vigueur dans une société — selon laquelle le droit comprend en lui-même des principes indépendamment de la volonté du législateur ou de l'esprit d'un peuple, ne s'affirme explicitement *dans la pratique juridique* qu'après la seconde guerre mondiale, bien qu'elle soit présente plus tôt dans les œuvres de certains juristes, comme Del Vecchio (1878-1970) en Italie, Trendelenburg (1802-1872) en Allemagne, particulièrement chez des auteurs d'inspiration thomiste, comme Taparelli (1793-1862), Liberatore (1810-1892) et Audisio (1802-1882) en Italie, Viktor Cathrein (1845-1931) en Suisse, Jacques Leclercq et Jean Dabin en Belgique. Des nouvelles conceptions du droit comme ensemble de normes qui dépassent le cadre du droit positif se sont imposées depuis la seconde guerre dans la pratique juridique, et s'expriment en Allemagne chez des auteurs comme Radbruch (1878-1949), qui dans son livre *Vor-schule der Rechtsphilosophie* (1948) affirme qu'après un siècle de positivisme juridique l'idée d'un «*übergesetzliches Recht*» a pris naissance, en fonction duquel peut se manifester un «*gesetzliches Unrecht*» (p. 262), et Hans Welzel (*Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 1951); en France la tendance anti-positiviste est représentée par Michel Villey, qui prolonge le courant thomiste, et, en Belgique, par Ch. Perelman et P. Foriers, conduits à une conception du droit fondée sur l'étude du raisonnement judiciaire.

Alors que dans les pays occidentaux le positivisme rationaliste qui, au cours d'une grande partie du XIX^e siècle, avait dominé le raisonnement judiciaire, céda, sous la pression des critiques, d'inspiration sociologique ou historiciste d'abord, jusnaturaliste ensuite, à une conception centrée sur la recherche d'un équilibre entre les différentes sources du droit (loi, coutume, jurisprudence, principes généraux ou droit naturel) et sur de nouvelles méthodes d'interprétation, dans les pays «socialistes», en dépit des contestations qui également en appellent soit au respect des droits nationaux et historiques, soit au respect des principes universels qu'affiche généralement leur Constitution, une idéologie positiviste issue du rationalis-

me domine toute la vie juridique. Si la philosophie marxiste du droit repose sur l'idée que la propriété collective des moyens de production engendre l'instauration d'une société délivrée du droit positif et organisée selon un droit conforme à la société «naturelle» et qui se traduit «naturellement» dans le social, les théories juridiques issues du marxisme, que Fasso étudie dans son quinzième chapitre, reviennent à un positivisme légaliste intégral qui renoue avec la théorie du despotisme éclairé: dirigé par ceux qui sont éclairés par le point de vue universel, l'Etat est en mesure de conduire vers le règne de la Raison, tout le droit doit par suite se réduire aux normes qu'édicte l'autorité politique. Expriment le point de vue d'une classe — le prolétariat — qui, selon la formule de Marx, n'est pas une classe car elle incarne la vision de l'humanité réconciliée, l'Etat prolétarien énonce des lois qui satisfont nécessairement à la Raison universelle. C'est sur cette base que se sont développées les théories «socialistes» qui conduisent à concevoir que le droit tout entier trouve sa source dans l'Etat. Poussé à l'extrême et dans le cadre d'un Etat où les pouvoirs législatif, judiciaire et exécutif sont concentrés en un pouvoir unique et érigé en principe de ce qui est, le positivisme qui se résume dans l'expression «légalité socialiste» conduit, comme le montre de manière remarquable Soljenitsyne dans le dernier chapitre de *l'Archipel*, à sa propre négation, à un Etat en lequel il n'y a pas de loi.

Qu'il soit issu du rationalisme ou de l'historicisme, le positivisme radical qui réduit le droit à la contingence du fait — de la décision du législateur ou de la règle qui émane de la coutume ou de l'esprit d'un peuple —, contredit l'idée même du droit. De même que par réaction contre le totalitarisme nazi, contre les effets meurtriers d'un droit conçu comme l'expression de l'âme de la communauté populaire, a pris naissance un courant qui a cherché à renouer avec l'idée d'un droit qui ne se réduit pas à sa manifestation positive, de même la destruction des principes constitutifs de l'humain à laquelle se livrent tous les Etats «socialistes», la tyrannie d'un droit conçu comme expression de la volonté d'une classe — prolétarienne en théorie, bureaucratique en fait — engendre-t-elle aujourd'hui dans

les pays de l'Est un courant qui en appelle à des principes transcendants et inhérents au droit, que traduit de manière exemplaire la Charte 77, centrée sur «les principes des droits de l'homme» et la notion de «sentiment moral».

Si la mise en évidence des formes revêtues par les théories juridiques issues du rationalisme, par les conceptions romantiques du droit, par les tendances anti-positivistes actuelles ne peut certes rendre compte ni de la multiplicité ni de la complexité des doctrines étudiées par Guido Fasso, elle permet néanmoins, nous a-t-il semblé, de faire apparaître les questions qui sont au fondement de l'évolution de la pensée juridique, sollicitent les philosophies du droit, déterminent les représentations qui sous-tendent les modes du raisonnement judiciaire.

Université de Bruxelles

Robert M. Legros