

Adolf Reinach théoricien du droit ¹ Sur la causalité

Julien CANTEGREIL

Université de Paris I (Panthéon-Assas) – Yale Law School

RÉSUMÉ. — Bien qu'il ait été commenté par les plus illustres (Husserl, Kantorowicz, Radbruch, Villey...) et que l'on ait récemment pris la mesure de son importance en philosophie, **Reinach** n'a toujours pas su trouver sa place en **théorie du droit**. Comprendre l'impasse théorique et le faible intérêt pratique de son approche intuitionniste avait seulement suggéré de rediriger les recherches **phénoménologiques** en droit vers les œuvres tardives de Husserl. La présente analyse propose de relire Reinach à partir d'un texte de jeunesse quasi inconnu, sa Dissertation de 1905 *Sur le Concept de cause en droit pénal*. Reinach y apparaît alors non seulement un représentant exemplaire des contradictions du **positivisme** de la fin du XIX^e siècle, mais aussi une aide précieuse pour conceptualiser la **cause** en droit. Précurseur en ce qui concerne les **actes de langages**, Reinach l'est aussi en ce qui concerne le concept de causalité. Reinach théoricien du droit gagne ainsi pertinence, profondeur et actualité.

Au Professeur Pierre-Laurent Frier
In memoriam

Les *Idées directrices pour une phénoménologie pure*, en permettant à Husserl de dégager au sein même du projet « phénoménologique » un choix métaphysique qui lui serait essentiel, ont consommé sa rupture avec la « neutralité métaphysique » des *Recherches logiques*. Cette « décision » métaphysique constitua une frontière au-delà de laquelle peu de phénoménologues devaient le suivre ². Ses retombées proprement juridiques furent pourtant faibles. À Paul Amselek, notant que « la méthode phénoménologique inspirée des [ultimes] travaux d'Edmund Husserl [...] n'a donné lieu d'une manière générale, dans [le domaine du droit], qu'à des applications très décevantes » répondra, on le sait, le jugement sévère et symétrique de Michel Villey sur la phénoménologie réaliste du droit d'Adolf Reinach, en ce qu'elle était enfermée dans l'orbite

¹ Cette étude a pu bénéficier d'une présentation aux Journées Reinach organisées par le Professeur Jocelyn Benoist à Paris-I les 16 et 17 juin 2005. Nos remerciements les plus chaleureux lui reviennent ainsi qu'aux Professeurs Jules Coleman et Anthony T. Kronman, à Mmes Florence G'sell et Emmanuelle Mantlick, à M. Ronan de Calan, et aux bibliothécaires de la Yale Law School et des Instituts Max Planck de Francfort et d'Heidelberg.

² Sur le platonisme de Husserl, V. la dernière partie de J. Benoist, *Autour de Husserl : l'ego et la raison*, Paris, Vrin, 1994.

stérilisante des *Recherches logiques*³. Il faut s'y résoudre : malgré les plus talentueux essais, le projet phénoménologique n'aura pas su prospérer en droit.

Comment ne pas s'étonner alors que la doctrine n'ait cessé de lire Reinach à l'aune de son ouvrage le plus phénoménologique : *l'Essai sur les fondements a priori du droit civil* (1913)⁴ ? Ainsi des articles pionniers des *Archives de philosophie du droit* consacrés à sa saisissante phénoménologie de la promesse⁵. Puis du remarquable déploiement par Jean-Louis Gardies des potentialités déontiques puis analytiques de cette dernière⁶. Enfin des innovants travaux sur les actes de langages consécutifs à la récente publication des *Œuvres complètes* de Reinach⁷. N'avoir cessé de sauver Reinach de l'injuste oubli où il avait chu aura conduit à le lire de la manière la plus inutile qui soit pour la théorie du droit, cette relecture fût-elle passionnante philosophiquement, notamment en philosophie de la connaissance. La cause semblant entendue, on a cité Reinach pour faire bonne figure, comme Del Vecchio célébrant sans y croire l'un de ceux qui a apporté une « contribution importante au progrès des [études philosophiques et juridiques] »⁸.

Or Reinach mérite mieux que cet hommage poli, cette caricature dont le seul avantage est d'établir une balise visible dans le champ des doctrines. Selon Henri Batiffol, on lui devrait d'avoir « franchi le pas » vers le réalisme⁹. Considérant qu'il aurait emprunté le chemin de la tradition kantienne pandectiste, Michel Villey voit en lui le représentant de « l'École moderne du droit naturel »¹⁰, etc. À rebours, c'est en

³ P. Amselek, « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », in *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, P. Amselek (dir.), Paris, PUF, 1986, p. 110 et M. Villey, Préface à J.-L. Gardies, *Essai sur les fondements a priori de la rationalité morale et juridique*, Paris, LGDJ, 1972. V. les précisions d'H. Konrad-Martius sur l'ensemble du « groupe de Munich » dans « Die Transzendente und die Ontologische Phänomenologie », in *Recueil commémoratif publié à l'occasion du centenaire de la naissance du philosophe*, La Haye, Phenomenologia, 1959, p. 175-184.

⁴ *In Sämtliche Werke, Textkritische Ausgabe I* (K. Schuhmann et B. Smith, dir.), Munich, Philosophia Verlag, 1989, récemment excellemment traduit sous ce titre par R. de Calan, Paris, Vrin, 2005. V. aussi l'opuscule *Was ist Phänomenologie ?*, traduit par Ph. Secrétan, in *Philosophie*, Paris, Minuit, 1989/ 21.

⁵ V. les articles novateurs de N. Poulantzas, P. Amselek et J.-L. Gardies dans les livraisons des *Archives de philosophie du droit* de 1962, 1963, 1964 et 1972.

⁶ *Essai sur les fondements...*, *op. cit.* Qu'on nous permette de renvoyer à J. Cantegreil, « D'une voie phénoménologique en théorie du droit », *Les Études philosophiques*, Paris, Vrin, 2005/1.

⁷ *Sämtliche Werke, op. cit.*, V. K. Mulligan (dir.), *Speech Act und Sachverhalt*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987 ; J. Dubois, *Judgment and Sachverhalt*, Kluwer Academy Publishers, 1999 ; J. Benoist (coord.), *Les Études philosophiques*, Paris, Vrin, 2005/1. Sur Searle et Austin plus spécifiquement, V. B. Smith, « Towards a History of Speech Acts Theory », in *Speech Acts, Meaning and Intentions, Critical Approaches to the Philosophy of John R. Searle*, A. Burkhardt (ed.), Berlin/New York, de Gruyter, 1990, p. 29-61 et H. Spiegelberg, « Linguistic Phenomenology in John L. Austin and Alexander Pfänder », in H. Spiegelberg (ed.), *Alexander Pfänder, Phenomenology of Willing and Motivation*, Appendix B, Evanston, Northwestern Univ. Press, 1967, p. 86-92.

⁸ Giorgio del Vecchio, *Philosophie du droit* (1953), Paris, Dalloz, rééd. 2004, p. 212.

⁹ *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1979, p. 186.

¹⁰ Selon la juste critique de Villey, in *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1986, p. 93.

désenclavant Reinach de l'horizon phénoménologique, *a fortiori* réaliste, où il fut enfermé, que l'on peut espérer définir sa place légitime en théorie du droit.

Sur le concept de cause dans le droit pénal en vigueur, soutenu et publié à Leipzig en 1905¹¹, suggère une telle relecture. Jamais réédité ni traduit, cet ouvrage n'a attiré aucun commentaire spécifique à l'exception, sous plus ample informé¹², d'une note d'Edmund Husserl, d'une défense allusive d'Hermann Kantorowicz et de deux très brèves recensions de Gustav Radbruch¹³. Oublié par H.L.H. Hart et T. Honoré dans leur ouvrage séminal *Causation in the Law* (1959)¹⁴, ce texte de soixante-neuf pages dans l'édition originale force pourtant l'admiration : après avoir exposé trois conceptions du concept pénal de cause qu'il estime caduques, Reinach y expose sa limpide « solution du problème », fondée sur une distinction entre trois types de causes, elles-mêmes regroupées selon qu'elles relèvent d'infractions de comportement ou de résultat. Étonnante modernité ! Assumer pleinement ce texte conduit à découvrir en Reinach non plus le génial théoricien d'une voie impossible que le représentant exemplaire des contradictions du positivisme fin de siècle ainsi qu'une aide précieuse pour conceptualiser la cause en droit. Le théoricien du droit Reinach garde ici toute son actualité. On tentera de le montrer en exhumant son propos du contexte de son émergence (I), en précisant la thèse qu'il défend avec brio (II), avant d'en évaluer certaines potentialités (III). De Reinach, la théorie gagnerait à préférer les contradictions des amours de jeunesse aux géniales chimères de l'âge adulte.

I. — TROIS CONCEPTIONS CADUQUES DE LA CAUSE

En accord avec la doctrine actuelle française¹⁵, à la fois majoritaire et extensive, Reinach définit l'infraction comme une notion complexe conjoignant un élément matériel et un état d'esprit, à savoir respectivement la « cause d'un résultat déterminé (illégal) », et « l'intention et la réflexion ». Il fait de ces deux éléments les « deux conditions de la peine »¹⁶. Parce qu'il estime que la doctrine du droit pénal doit chercher non pas à définir l'essence de la culpabilité mais à clarifier ce que le droit en vigueur

¹¹ Publiée par J. A. Barth à Leipzig. La version originale est disponible à l'Institut Max Planck de Francfort, elle est reproduite dans les *Sämtliche Werke, I, op. cit.*

¹² V. B. Smith « Adolf Reinach: An Annotated Bibliography », p. 301 et s. in K. Mulligan (dir.), *Speech Act and Sachverhalt, op. cit.*

¹³ La première est relative à la dissertation de 1907 de M. Salomon sur « Le Concept de droit pénal », reprod. in A. Kaufmann (ed.), *Gustav-Radbruch-Gesamtaufgabe*, I, Heidelberg, Müller, 1995, p. 439 et s. La seconde, négative et plus substantielle, a paru au *Deutsche Literaturzeitung*, n° 35 du 2 sept. 1905, p. 2155 et s.

¹⁴ H.L.H. Hart, T. Honoré, *Causation in the Law*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2e éd., 1985.

¹⁵ Ex. G. Stéfani, G. Levasseur et B. Bouloc, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 17e éd. 2000, n° 211 et s. *A contr.*, v. la définition strictement matérielle de J. Pradel, in *Droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, 2e éd., 2002, n° 177.

¹⁶ V. la mise en perspective philosophique de L. Alexander, *The Philosophy of Criminal Law*, in J. Coleman and Sc. Shapiro (ed.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2002, not. p. 822 et s. ; et historique de J.M. Kelly, *A short History of Western Legal Theory*, Oxford, Oxford Univ. Press, 1992, p. 339 et s. et 389 et s.

entend par « causer un résultat », Reinach examine les trois théories qui se disputent la définition de la cause en droit pénal.

Von Liszt et l'équivalence des conditions

Après que Stübel avait inauguré le débat sur la cause¹⁷, la doctrine avait communément considéré l'acte délictueux comme celui duquel le résultat procède avec nécessité. Selon les auteurs, il fut « tout le complexe de [ses] conditions », puis toute condition *sine qua non*, *i. e.* toute condition « nécessaire » à l'obtention finale de ce résultat, puis toute condition parmi les conditions qui ensemble concourent à l'obtention du résultat. L'impossibilité de préciser la part exacte de chaque condition dans la production du résultat conduisit à considérer chacune d'entre elle comme la cause de la conséquence. Cette théorie dite de « l'équivalence des conditions » allait prospérer en France et dans les pays de *common law*. En Allemagne, la chambre criminelle du *Reichsgericht* puis le *Bundesgerichtshof* la consacrèrent d'autant plus aisément qu'elle était soutenue en doctrine par les travaux séminaux de von Büri¹⁸ puis de Berner, Hälschner, Köstlin et von Liszt que Reinach analyse plus spécifiquement¹⁹.

Reprenant la réponse insatisfaisante de von Büri à l'objection de Birkmeyer selon lequel seule la somme des conditions peut être qualifiée de cause puisque chacune est inefficace en l'absence des autres, von Liszt s'était en effet employé à démontrer que si l'action visée n'est que l'une des conditions du résultat, le fait que toutes les conditions soient également nécessaires à la production de ce résultat conduit à considérer les conditions comme équivalentes entre elles.²⁰ Reinach apprécie que cette conceptualisation fasse de la cause un « régulateur » [Regulator] de l'infraction, mais il lui reproche de ne pas subsumer l'ensemble des dispositions juridiques positives²¹. Se rangeant à

¹⁷ V. *Über den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurtheil erforderliche Gewi,heit der erstern, besonders in Rücksicht der Tödtung nach gemeinen in Deutschland geltenden und chursächsischen Rechten*, Wittenberg, Zimmermann, 1805.

¹⁸ V. « Zur Lehre von der Teilnahme und Begünstigung » (1860) et la synthèse *Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, Stuttgart, 1885, en part. p. 1-23 et 143 et s. Ni Büri ni Reinach ne se réfèrent aux travaux de Mill ni à ceux du pénaliste autrichien Glaser (notamment ses *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht* (1858), p. 258), pourtant connus à leur époque et auxquels Hart et Honoré se réfèrent dans *Causation in the Law*, *op. cit.*, p. 443).

¹⁹ Hart et Honoré l'entendent largement puisqu'ils citent à l'appui von Liszt, Radbruch, Dohna, von Lilienthal et Beling tout en admettant que « même ceux qui soutiennent la théorie des conditions introduisent des éléments de la théorie de l'adéquation à un moment ou un autre de la théorie de la responsabilité pénale, ou comme Antolisèi pour le modifier en admettant des exceptions », *op. cit.* p. 445

²⁰ Comme le rappellent Hart et Honoré, *op. cit.*, p. 444, il est alors possible de déterminer la causalité par le raisonnement contrefactuel de Tarnowski.

²¹ Il lui restait à intégrer la difficulté que pose par exemple l'actuelle réception au civil des condamnations pour informations défectueuses. Selon le droit positif allemand de l'époque et par exception à la règle précédemment énoncée, une action libre et intentionnelle instaure une série causale nouvelle, indépendante, rompant le lien de causalité entre la première expression de volonté et le résultat ultimement advenu. Celle-là devenant

l'objection de Birkmeyer, il considère surtout que cette conception emporte une régression à l'infini dans la recherche des conditions²². Importe l'argument par lequel il arrive à cette conclusion.

Concernant l'intention, on se satisfaisait en effet usuellement de l'argument feuerbachien dit de « la prière de mort »²³ selon lequel A souhaite se débarrasser de B, l'envoie dans les bois avec l'espoir qu'il y soit foudroyé ; ce qui se réalise *in fine*. Or ce cas d'école conduit la théorie de Liszt à des conséquences absurdes : si l'intention de A conduit à une action qui est l'une des conditions nécessaires de la mort de B, la théorie de Liszt conduit à condamner A pour homicide intentionnel. L'habileté de Reinach consiste à limiter la pertinence de la théorie de Liszt aux seules situations où existe une intention. Tel n'est pas le cas, par exemple, lorsque B se rend dans la Riviera pour guérir d'une blessure infligée par A et qu'il s'y fait écraser par un train. Selon la théorie lisztienne pourtant, la blessure corporelle de B a causé sa mort, et A est coupable d'homicide intentionnel.

Reinach refuse avant tout la théorie de l'équivalence des conditions parce qu'elle conduirait à élargir exponentiellement la responsabilité en matière d'infractions de résultat²⁴. L'argument devait convaincre dès cette époque les civilistes qui lui préférèrent la théorie dite de l'adéquation. Il a emporté l'adhésion en l'absence de contre théorie explicite de Liszt et malgré de remarquables intuitions de ce dernier relevées comme telles par Reinach²⁵. On ne peut souligner ici suffisamment l'anticipation de vue de Reinach pour qui considère par exemple les cas actuels de mise en danger d'autrui ou, exemple plus spécifique, de négligence dans les mesures préventives prises après l'explosion de Tchernobyl. Hart et Honoré ne diront pas autre chose un demi-siècle plus tard lorsqu'ils justifieront la théorie de l'équivalence des conditions dans la stricte mesure où lui est adjointe un « *set of jointly sufficient conditions* »²⁶.

l'antécédent et non la cause de celui-ci (ainsi lorsque A engage B à tuer C), la loi disposait qu'il fut condamné pour provocation [*Anstiftung*] et non homicide intentionnel. Von Liszt admettra cette divergence avec sa propre conception du concept de cause, qu'il estime par ailleurs conséquente.

²² V. les perspectives ouvertes sur la théorie de la condition, in Hart et Honoré, *op. cit.*, p. 446-458.

²³ A veut tuer B, qui l'apprend et meurt d'angoisse. A a donc voulu et causé sa mort.

²⁴ Se pose aussi la question de savoir quels éléments devraient être pris en compte. Selon H.L.H. Hart (p. 74), cette régression à l'infini est tranchée de façon « subtile et variée » par la considération de la question causale dont il s'agit en l'espèce et des circonstances dans lesquelles elle se produit.

²⁵ V. les restrictions du concept de cause opérées par Liszt dans la 9e éd. du *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (Berlin, Guttentag), via l'idée d'un « enchaînement [*Verkettung*] exceptionnel de circonstances » ; puis la transformation de cette limitation au profit d'une théorie résolument moderne dans la 12e éd. selon laquelle « les infractions de résultat n'admettent comme cause que le succès prévisible (une prévisibilité du résultat bien que le législateur en ait fait abstraction) ». Liszt abandonnera cette limitation, le législateur n'en parlant pas.

²⁶ « Causation in the Law », in *The Law Quarterly Review*, 01/1956, vol. 72, p. 83-84.

La doctrine de la condition la plus efficiente (Birkmeyer)

Reinach refuse la conception de Mill, connue en Allemagne à son époque, selon laquelle la cause est l'ensemble des conditions d'un résultat²⁷. Il refuse tout autant celle de Liszt précédemment évoquée selon laquelle la cause est chaque condition d'un résultat. Intégrer les causes dans l'orbite des conditions aurait en fait conduit à un « pauvre résultat » auquel Reinach se sera donc refusé. Il aura préféré suivre la voie ouverte par Birkmeyer. Voilà qui surprendra légitimement tout lecteur de Hart et Honoré qui ne choisissent de mentionner qu'en passant sa théorie de la condition la plus efficiente²⁸. À bon droit d'ailleurs car si elle devait rencontrer un certain succès parmi les juristes allemands du XIX^e siècle, elle fut rapidement rejetée avec l'ensemble des théories que Hart et Honoré nomment individualisantes, malgré un dernier sursaut de Nagler. Les arguments de Radbruch dans la *Doctrine de la cause adéquate*²⁹ l'avaient du reste déjà dépassée conceptuellement au tournant du siècle³⁰. Elle devait recevoir peu d'échos théoriques en France malgré le recours fréquent de la jurisprudence à l'expression de « cause génératrice ». La théorie de Birkmeyer garde néanmoins un double intérêt : sa discussion servira à Reinach à une étape ultérieure de sa recherche (p. 64 et s.), elle manifeste mieux qu'aucune autre théorie sa tournure d'esprit déjà a prioriste.

Suivant une stratégie qui n'aurait pas déplu à H.L.H. Hart, Birkmeyer définit la cause en fonction de son usage linguistique. Cela le conduit à distinguer des conditions que Liszt aurait considérées équivalentes : ainsi du mauvais aiguillage qui provoque un accident de train, et que le quidam considère comme la cause du déraillement de ce dernier alors que la conduite du train ne fut pas moins nécessaire à l'advenue de l'accident que le déraillement. Parmi toutes les conditions qui ont généré le résultat, Birkmeyer nomme condition la plus efficiente celle qui a plus que les autres conduit à l'avènement du résultat — ainsi qu'Aristote aurait dit en *Métaphysique* I.3.11³¹.

Birkmeyer poursuivra cette conceptualisation en défendant l'idée qu'une quantité d'énergie particulière est attachée à chaque condition d'un événement. Il fera de la cause la condition possédant la plus grande quantité d'énergie et ayant le plus contribué au dommage. Mais tout comme ce fut le cas pour von Liszt, il devra en conclure qu'il « peut être extraordinairement difficile, et la plupart du temps impossible » d'effectuer une mesure différenciée de l'efficacité des conditions particulières à l'obtention d'un résultat. À la différence de von Büri, Birkmeyer ne tiendra pas cette difficulté de mesure pour dirimante car, selon lui, elle « n'altère pas la justesse du concept ». Elle l'amènera en contrepartie à assumer qu'il revient au juge de décider discrétionnairement du caractère causal d'un événement concret³². Büri et Reinach s'y refuseront

²⁷ V. p. 18-19. *V. À System of Logic, Ratiocinative and Inductive; being a Connected View of the Principles of Evidence and the Methods of Scientific Investigation*, New York, Harper & brothers, 1860. Ce texte a été traduit en allemand en trois volumes dès 1884, V. la traduction avec commentaire de Th. Gomperz, Leipzig, Fuez, 1884-1886.

²⁸ *Op. cit.*, p. 440.

²⁹ *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, Berlin, Guttentag, 1902

³⁰ V. *Leipziger Kommentar zum Strafgesetz* (1954), p. 23, (Hart et Honoré, *op. cit.*, p. 442).

³¹ V. le remarquable Discours de Rectorat de Birkmeyer sur « Le Concept de cause et les liens de causalités dans le droit pénal », Rostock, Adler's Erben (1885), p. 18.

³² V. *Op. cit.*, p. 18-19.

catégoriquement³³. La théorie birkmeyerienne se conclut ainsi sur « l'*arbitrium* »³⁴ du juge. Hume et Hegel souscriraient eux aussi volontiers à l'idée que « dans les mains d'un juge doué d'un esprit sain et d'un sens pratique, ce concept de cause suffit pleinement à satisfaire les besoins de la vie du droit, et nous gard[e] contre des décisions semblables et qui contredisent notre sentiment juridique [*Rechtsgefühl*], telles celles que la théorie de Buri rend nécessaire »³⁵.

On voit mal comment Reinach aurait pu s'en satisfaire. Jones J. Walter ne notait-il pas dans son classique *Historical Introduction to the Theory of Law* que « probablement nul ne se sera séparé aussi nettement des faits de l'expérience, [...et que pour lui] la fondation du droit positif appartient à un niveau [...] indépendant de l'entendement humain... » ?³⁶ D'une façon singulière, Reinach laissera place au concept d'efficience dans les seuls cas de conditions dites « relatives » (ainsi la traction de chevaux qui tirent une même charge, par opposition à des conditions dites « absolues » comme la traction du cheval et la force du harnais qui le relie à la charge et qui forment toutes deux des conditions nécessaires et non relatives du résultat). Après avoir envisagé de remanier la théorie de Birkmeyer³⁷, Reinach s'y refusera non parce qu'elle logerait une contradiction mais parce qu'elle conduirait à accorder un pouvoir discrétionnaire au juge pour comparer l'efficacité de ces conditions. Cette critique lui aura néanmoins permis de préciser que la « cause » est une condition qui se présente comme un événement, et dont il est possible de penser qu'elle est liée au résultat d'une manière particulière, temporelle ou non³⁸.

*La doctrine de la cause adéquate*³⁹

La théorie de la cause adéquate, qui a été formulée peu avant 1905, avait l'avantage d'éviter toute régression à l'infini dans la recherche de la cause sans recourir à la sagesse de la décision d'un juge. Selon cette troisième théorie analysée par Reinach, la « cause » est la condition « génératrice » [*bedingend*] d'un résultat, à savoir celle qui le produit non dans le cas d'espèce ni par hasard mais en général. Selon la formulation de

³³ V. v. Buri, *Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, Stuttgart, F. Enke, 1885 p. 7-9, ainsi que ses remarques sur le cas d'une participation de plusieurs personnes à un crime, où tous sauf un n'ont fait que regarder la commission même du crime, et à propos duquel la jurisprudence lui semble contredire la théorie de Birkmeyer, *op. cit.*, p. 4-5.

³⁴ V. p. 62, note 100.

³⁵ V. von Buri, *Die Causalität...*, *op. cit.*, p. 9.

³⁶ *Historical Introduction to the Theory of Law*, Oxford, Clarendon Press, repr. Westport, Greenwood Press, 1970, p. 213.

³⁷ Sachant que A a avalé par mégarde 10 grammes de poison qui, sans le tuer, le portent au seuil de la mort, et que B lui prodigue sciemment le gramme supplémentaire qui l'achève, la théorie originelle de Birkmeyer conduirait à penser à l'encontre de la volonté tant du législateur que de la jurisprudence que B n'a pas « causé » la mort de A. Birkmeyer a de ce fait considéré l'éventualité de plusieurs conditions efficientes qui auraient contribué au résultat dans des proportions différentes mais chacune significativement plus que les autres conditions.

³⁸ V. *op. cit.*, p. 64 et s.

³⁹ Sur son émergence historique, V. Hart et Honoré, *op. cit.*, p. 467-478.

Liepmann reprise par Reinach, la cause est liée au résultat « d'une manière évaluable et telle que son effectivité apparaisse nécessaire à son devenir effectif sans être fortuite »⁴⁰. La probabilité sur laquelle se fonde cette imputation causale singulière lui confère une nécessaire objectivité. Cette conceptualisation gardera une grande faveur en France où il est d'usage que la jurisprudence, notamment civile, tente de rattacher le dommage à celui de ses antécédents qui est de nature à le produire selon la suite naturelle des événements.

Cette conception (originellement spinoziste), qui allait connaître un succès notoire dans le champ de l'épistémologie historique, fut élaborée juridiquement par J. v. Kries⁴¹. Elle est « généralisante » au sens de Hart et Honoré dans la mesure où, « bien qu'elles se concentrent sur la sélection d'un groupe de conditions d'un événement parmi un groupe plus nombreux de conditions [...], elle sélectionne une condition particulière comme cause d'un événement parce qu'il est de sa nature d'être lié à de tels événements par une généralisation ou un constat de séquences régulières »⁴². Si les cours civiles allaient la développer de façon à limiter les extensions de responsabilité, sa consécration par la jurisprudence allemande fut néanmoins postérieure au texte de Reinach (on cite en général un arrêt du Tribunal d'Empire de 1913 et le célèbre arrêt *Edelweiss* de 1951). Elle déclina dès les années 1960. Consacrée en doctrine par A. Merkel, puis Thon, Helmer, M. Rümelin et Träger, elle le fut aussi par Moritz Liepmann dont Reinach discute plus spécifiquement son *Introduction au droit pénal* publiée en 1900⁴³.

L'analyse d'Adolf Reinach porte sur la teneur du lien de nécessité entre la cause et le résultat. Est « évaluable » [*berechenbar*] ce qui résulte de la cause avec une certaine vraisemblance. Pour pallier les difficultés posées par cette conceptualisation en matière de cause intentionnelle, Reinach précise que dans le cadre des infractions de comportement, « évaluable » signifie « évaluable par l'action et les circonstances connues de l'auteur », par où la théorie devient superflue. Pour palier d'autre part les contradictions rencontrées par la théorie de Liszt en matière d'infraction de résultat, Reinach note que la force de la théorie de Liepmann consiste à avancer que seul peut être condamné celui dont le résultat de l'action était évaluable, ou bien dont il aurait pu, et donc dû, l'évaluer. Cette théorie, et telle est sa force, rend donc « injuste » le fait « de rendre une personne responsable d'une chose dont elle n'est pas coupable » (*op. cit.*, p. 40). Toute cause

⁴⁰ V. *op. cit.*, p. 35-36.

⁴¹ V. « Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben », *Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie*, 1888/XII, p. 181 s. ainsi que les développements de Hart et Honoré sur la théorie de von Bar et du « cours régulier des événements », *op. cit.*, p. 466 et s.

⁴² *Op. cit.*, p. 465. S'il est vrai que la théorie de la cause adéquate exige de toute cause qu'elle soit d'abord une condition nécessaire de ses conséquences, nous suivons ici néanmoins Hart et Honoré plutôt que Radbruch.

⁴³ V. M. Liepmann, *Einleitung in das Strafrecht: eine Kritik der kriminalistischen grundbegriffe*, Berlin, Häring, 1900. Avant Reinach, V. A. Merkel (le premier à l'évoquer en matière criminelle in *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, Stuttgart, Enke, 1899, p. 99, rééd. Goldbach, 1996) ; la dissertation de Helmer (*Über den Begriff der fahrlässigen Täterschaft*, Strasbourg, 1895) ; M. Rümelin (*Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht*, Tübingen, 1900) et Träger (*Der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht: zugleich ein Beitrag zur Auslegung des B.G.B.*, Marburg, Elwert, 1904 pour l'analyse majoritairement retenue en doctrine et jurisprudence).

sans culpabilité y est en effet remplacée par une cause par négligence. La tournure d'esprit de Reinach apparaît une fois encore en pleine lumière comme Husserl l'a justement souligné dans l'évaluation de la thèse de ce dernier⁴⁴ : Reinach considère « inadmissible » (*ibid.*) de jauger une théorie à l'aune du sentiment de justice car « la seule question qui importe consiste à savoir ce que signifie le code pénal lorsqu'il parle de cause ». Les considérations éthiques s'effacent devant la systématique juridique.

II. — JALON POUR UNE CONCEPTION PSYCHOLOGISTE DE LA CAUSE

Ces remarques doctrinales étant faites, Reinach va s'employer à définir en strict positiviste non ce que le droit pénal devrait normativement entendre par cause (comme le fait Mill en philosophe) mais ce que le législateur allemand de l'époque comprend quand il dispose que seul peut être condamné celui qui a causé un résultat illégal. Son attention se porte donc sur la seule « signification de la loi », et non sur le concept de cause que produit la philosophie, ou bien sur le fait que ce résultat soit « utilisable pratiquement » par le juge ou encore sur le fait qu'il résulte de l'éventuel sentiment de justice d'un esprit « sain », « commun » ou « éduqué »⁴⁵. Avec grande clarté et anticipation de vue, Reinach distingue pour les besoins de sa recherche les infractions de comportement (délits intentionnel et par négligence) des infractions de résultat.

La conception unitaire de la cause en matière d'infractions de comportement

La cause intentionnelle occupe l'essentiel de son développement. Sauf détermination contraire explicite de la loi, cette cause conditionne l'advenue du résultat. Son retrait empêcherait que ce dernier advienne en tant que résultat juridiquement caractérisé. Pour dépasser les objections soulevées par la théorie de Büri-Liszt, Reinach considère trois cas. Dans le premier, A envoie B dans une forêt avec l'espoir qu'il y soit frappé par l'éclair, ce qui se produit. Bien que l'intention et la causation soient toutes deux manifestes, elles n'emportent à l'évidence aucune relation de causalité. Dans le deuxième cas, A sait calculer quand un éclair pourrait foudroyer un arbre donné, et il y envoie B avec la certitude que cette fois B y sera tué, ce qui se produit. Nul n'hésiterait alors à condamner A pour la mort de B. Dans le troisième cas, A a rêvé que s'il envoyait B sous l'arbre en question, ce dernier y serait certainement frappé par la foudre. Mais A est superstitieux, et envoie B dans la forêt avec la certitude que cette fois B y sera frappé, ce qui se produit. On ne voit pas que l'intention, quoique manifeste en l'espèce, puisse conduire à condamner A pour homicide.

Pour rendre compte de ces trois cas, Reinach, psychologue sur le fond et phénoménologue sur la forme⁴⁶, porte son attention sur l'« intention » au sens de la loi.

⁴⁴ V. Husserl's *gutachten über Reinachs Habilitationsschrift*, in *Universitätsarchiv Göttingen*, reprod. in Karl Schuhmann, « Husserl und Reinach », in *Speech Act und Sachverhalt*, *op. cit.*, p. 252-253.

⁴⁵ V. *op. cit.*, p. 44.

⁴⁶ V. la succincte méthodologie exposée dans *Qu'est ce que la phénoménologie ?*, *op. cit.*

Considérant que l'intention est une « aspiration » [*Streben*] à un résultat au moyen de ou grâce à une action, il traite en particulier de ce dernier concept. Il distingue d'une part les « aspirations »⁴⁷ qui « en restent là »⁴⁸ (comme souhaiter ardemment un résultat) et les « volontés », à savoir celles qui ont conscience de pouvoir contribuer à l'advenue du résultat. Il distingue d'autre part les raisons qui concourent de celles qui s'opposent à l'advenue de ce qui est voulu. Il distingue enfin entre les arguments mobilisés selon qu'ils sont subjectifs ou objectifs car une volonté de certitude peut exister sans que la dite certitude soit requise objectivement ; elle peut n'être générée que subjectivement.

De l'exemption de peine du premier cas, Reinach conclut qu'une volonté animée par la conscience qu'il est objectivement très invraisemblable qu'advienne ce qui est voulu n'est pas une intention au sens de la loi. De la condamnation du second cas, Reinach conclut qu'une volonté animée par une certitude objective qu'advindra ce qui est voulu est une intention au sens de la loi. De l'exemption du troisième cas, Reinach conclut qu'une volonté animée d'une certitude seulement subjective que le résultat advienne très vraisemblablement ne constitue pas une intention au sens de la loi. Ces trois cas lèvent ainsi l'objection précédemment rappelée : c'est parce qu'on avait faussement considéré qu'il y avait une intention que l'on avait faussement conclu de l'absence de pénalité à l'absence de cause au sens du droit pénal. Il en allait de même pour le cas de la prière de mort suivie de la mort effective : au lieu d'en conclure à la fausseté du concept de cause, il apparaît clairement qu'il fallait plutôt conclure à l'absence d'intention (vraisemblable) de la peine. Dans l'exemple donné par Büri en revanche (où B est à la fois malade et superstitieux, et où A sait combien toute agitation lui est dangereuse), l'intention est à l'évidence caractérisée.

Les remarques de Reinach sur la causalité par négligence emportent les mêmes conclusions, et nous ne nous y attarderons donc pas : les différentes objections au concept de cause procèdent d'une erreur sur l'intention. Plus généralement, Reinach montre que la loi dispose que *dans l'ensemble des délits de comportement*, chaque action provoquant un résultat est cause de ce résultat. En d'autres termes, la cause, introduite dans la loi pour le délit intentionnel et utilisée par le législateur pour les délits par négligence revêt deux fois le même sens. Reinach démontre ainsi qu'il existe un concept unitaire de cause pour les infractions de comportement.

La causation dans les infractions de résultat

Reinach tente ensuite d'étendre la démonstration à l'ensemble des liens de causalité en droit pénal. Entreprise ambitieuse s'il en est puisque la quasi-totalité des théories de la causalité achoppaient sur les seules infractions de résultat. Contre la thèse usuelle d'un concept absolument unitaire de cause, Reinach défend que le législateur allemand de l'époque distingue selon que les infractions sont de comportement ou de résultat.

⁴⁷ V. *op. cit.*, note 48. Reinach ne s'engage donc pas dans l'analyse de l'intention.

⁴⁸ Comp. à Lipps, *Vom Fühlen, Wollen und Denken*, Leipzig, Barth, 1902 et *Leitfaden der Psychologie*, Leipzig, Engelmann, 1909.

Il examine à cette fin deux cas dans lesquels un résultat (dol ou négligence) conditionne un résultat plus grave⁴⁹. Dans le premier cas, A incendie par négligence sa demeure, où B se trouve sans que A ne le sache ni ne puisse le savoir. B meurt. Dans le second cas, A blesse B, qui reçoit un traitement. Alors qu'il part sur la Riviera pour y poursuivre sa convalescence, il est écrasé par un train et en succombe. En vertu des articles 309, al. 2 R.St.G.B et 226 R.St.G.B., la cause n'est pourtant caractérisée que dans le seul premier cas. Pour en rendre compte, Reinach distingue les conditions d'un résultat selon qu'elles sont immédiates (premier cas) ou médiates (second cas), et en conclut qu'un résultat en « cause » un autre quand il le conditionne de façon immédiate, lui ou son premier degré [*Vorstufe*]. Bien qu'il intervienne temporellement en dernier, il est pourtant nécessaire qu'il soit présent pour que le second résultat se produise. Reinach estime cette caractérisation « inattaquable » dans la mesure où le législateur distingue la qualification de « cause » de celle de condition par la seule immédiateté de ce qui conditionne le résultat.

Pour que cette dernière ait une efficace particulière, Reinach propose de l'entendre non pas temporellement mais, en véritable disciple de Lipps, psychologiquement. Il utilise à cette fin le concept d'« énergie psychique », par quoi il faut entendre la capacité de s'approprier une force psychique. Cette « énergie psychique » possède une représentation parmi les conditions⁵⁰. En multipliant les distinctions entre les énergies qualitatives, les énergies affectives, les « énergies-contrastes » (du neuf, du rare, de l'extraordinaire) selon une méthode qu'il déploiera de nouveau dans l'*Essai sur les fondements a priori du droit civil*, Reinach va isoler un type spécifique d'énergie qu'il nomme « énergie dispositionnelle ». Il avance en particulier que le législateur, cherchant à trouver la condition de la pénalité dans des choses qui blessent [*verletzt*] les biens juridiques [*Rechtsgütern*], s'appuie sur ce qui possède une énergie psychique particulière et se présente comme la blessure d'un bien juridique. Par cette conceptualisation, Reinach explique « complètement »⁵¹ et d'une façon qu'il considère ni « rare » ni « invraisemblable » qu'en matière d'infractions de résultats, le législateur considère qu'il y a « cause » dans le seul premier cas mentionné *supra*.

Une telle démonstration exprime *psychologiquement* et non *logiquement* la conception que le législateur se fait de la cause. Et Reinach estime qu'en prouvant que le législateur possède une énergie psychique particulière vis-à-vis des infractions, il aura « trouvé que des règles psychologiques rendent tout à fait compréhensible qu'une telle personnalité fasse d'une infraction la « cause » d'une autre infraction si elle en est une condition immédiate, et une simple condition si elle en est simplement une condition médiate »⁵². Après avoir déduit des déterminations du législateur les principes selon lesquels ce dernier condamne, il lui reste à expliquer psychologiquement qu'une telle personnalité ne conçoit de responsabilité que pour la seule infraction provoquée immédiatement. Il estime du reste qu'il aurait aisément pu approfondir historiquement cette analyse juridique dans la mesure où avaient historiquement été tenues pour imputables

⁴⁹ V. *op. cit.*, p. 58.

⁵⁰ Sur l'énergie psychique et ses conditions, comp. Lipps, *Leitfaden der psychologie*, *op. cit.*, p. 36 et s. et p. 41 et s.

⁵¹ V. *op. cit.*, p. 64.

⁵² V. *op. cit.*, p. 65.

les infractions intentionnelles, commises par négligence, ainsi que celles commises en relation avec une action coupable lorsque cette « relation est particulièrement intime »⁵³, lorsqu'elle lui est « propre »⁵⁴, ou lorsqu'elle est une condition immédiate du second résultat. Reinach estime enfin que ces déterminations correspondent à ce que le droit doit être (le « droit juste ») ; mais peu lui importe. Loin de polémiquer avec Bergohm⁵⁵, il se contente d'admettre l'existence de ce « droit juste »⁵⁶ après qu'il en a délimité la place, et clôt ainsi sa démonstration. Une démonstration du concept pénal de cause que Michel Villey aurait assurément dit « aphiosophique »⁵⁷.

III. — ACTUALITÉ DU MOMENT « REINACHIEN » EN THÉORIE DU DROIT

Pour une psychologie d'explication causale

Après les années 1902/1903, où sa rencontre avec le fondateur de l'École du droit libre, Hermann Kantorowicz, l'avait conduit sur les bancs de la Faculté de droit de Berlin, Reinach était revenu à l'étude de la psychologie à Munich⁵⁸. À partir de l'hiver 1903-1904, il y rédigea sa *Dissertation* sous la direction de Lipps dont il avait déjà suivi les cours et fréquenté l'*Akademischer Verein für Psychologie*. Ce texte soutenu fin 1904 restera le seul qu'il ait rédigé sous l'influence explicite de Lipps. Il reprend explicitement son *credo* de faire de la psychologie, en tant que doctrine du sujet, le fondement de toute recherche philosophique⁵⁹. Bien que Reinach ne lise les *Recherches* qu'une fois sa *Dissertation* soutenue, sa correspondance atteste qu'il est néanmoins déjà largement gagné aux thèses de Husserl dès la fin 1903. Sous couvert d'y défendre l'approche psychologiste, la conceptualisation du droit qu'il propose dans l'introduction (le droit comme signe pour la conscience du législateur) ne fait-elle pas un large écho aux premières *Recherches logiques* ?

La psychologie avait certes déjà acquis une place de choix en théorie du droit, qu'il s'agisse de décrire les conditions psychologiques préalables à l'apparition d'un système juridique, ou bien de connaître certaines des règles nécessaires à la bonne application du droit (accorder des circonstances atténuantes, apprécier la véracité de déclarations...). Le positivisme reinachien, d'obédience psychologiste, confirme cette place de premier ordre conférée à la psychologie, en fondant l'explication de l'émergence d'un système juridique ou de sa mise en œuvre pratique sur la connaissance du « droit » que la psychologie est censée livrer. Le projet n'est certes pas inédit comme en témoignent par exemple les

⁵³ V. *op. cit.*, p. 67.

⁵⁴ Comp. Lipps, *Das Selbstbewusstsein: Empfindung und Gefühl*, Wiesbaden, Bergmann, 1901, p. 87 *et s.*

⁵⁵ V. Bergohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892 (rééd. 1973).

⁵⁶ Comp. avec les remarques de Stammler dans *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, Berlin-Leipzig, de Gruyter, 1921, p. 172 *et s.*

⁵⁷ *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1986, p. 25.

⁵⁸ Il a ainsi pris part du 18 au 21 avril 1904 au congrès de la *Gesellschaft für experimentelle Psychologie* de Gießen avec Moritz Geiger et Theodor Conrad.

⁵⁹ Sur le cercle de Munich, V. H. Spiegelberg, *The Phenomenological Movement*, La Haye, Martinus Nijhoff, 3e éd., 1982.

travaux ultérieurs menés par G. Lazzaro sur les arrêts de la Cour de cassation d'Italie cités par Perelman dans *Logique juridique, nouvelle rhétorique*. La stratégie psychologue de Reinach est néanmoins singulière dans sa façon de recourir au « Législateur » pour interpréter les signes particuliers du droit.

Cette théorie psychologique de « l'auteur de la loi » (Gérard Timsit) procède par déduction depuis la personnalité du Législateur de la manière dont il signifie des choses déterminées par l'intermédiaire de signes juridiques. Sa conviction qu'il peut mettre à jour un sens connu (« reconnaître [*erkennen*] le déjà connu ») conduit Reinach à formaliser explicitement, et avec une précocité qui force le respect, le problème de consonance wittgensteinienne de savoir comment déterminer l'intention du Législateur dès lors que les intentions de ce dernier ne sont accessibles que par des mots écrits ou imprimés. La difficulté résulte parfois d'un doute sur la manière dont le Législateur s'est exprimé, auquel cas la prise en compte de régularités psychiques permet à Reinach d'isoler les cas où le législateur a signifié une chose qui diffère de ce que ledit signe signifie usuellement : Reinach confère ainsi vraisemblance à une interprétation d'abord invraisemblable. La difficulté résulte parfois aussi de ce que l'opinion est rare ou de prime abord problématique, auquel cas la psychologie lui permet encore d'en établir la vraisemblance. Ces remarques programmatiques à force d'être à peine esquissées donnent du « Législateur » une description à ce point vague qu'on pourrait légitimement voire dans le « déjà connu » auquel Reinach se réfère l'expression mal conceptualisée de la « *right answer* » dworkinienne.

*La critique par Radbruch, et la sortie du positivisme*⁶⁰

Radbruch ne dit pas autre chose lorsqu'il souligne que la première limite de l'entreprise reinachienne est de passer sous silence « qui est ce législateur, s'il a une personnalité construite sur le fondement de déterminations légales univoques, ou bien sur le fondement d'une parmi les nombreuses déterminations juridiques liées aux législations véritables des États modernes, et donc sur le fondement d'autres expressions de la vie ». S'il devait ne pas poursuivre son analyse de la nature psychique du Législateur au-delà de la pétition de principe, Reinach opérerait, nous dit Radbruch, la même faute que celle qu'il critique. L'argument ne convainc pourtant qu'à moitié.

Rousseauiste sur ce point, Reinach admet en effet implicitement que « reconnaître le déjà connu » ne revient pas à « découvrir toutes les règles de la société qui convienne à la Nation » tant il est vrai selon les mots célèbres du *Contrat social* qu'il faudrait pour cela « une intelligence supérieure, qui vécût toutes les passions des hommes et qui n'en éprouvât aucune, qui n'eût aucun rapport avec notre nature et qui la connût à fond ». Le législateur qu'il étudie n'est donc pas celui dont la grande âme est « le vrai miracle qui doit prouver sa mission » mais simplement « l'unique source de la loi », ou encore : la loi et non son esprit. Ce qu'il faut entendre par sa « personnalité » propre, ses « opinions » comme ses « volontés » peut donc apparaître en multipliant les déterminations possibles du système juridique. Cette entreprise repose sur l'hypothèse

⁶⁰ *Deutsche Literaturzeitung*, 1905, p. 2154-5, reproduit in Arthur Kaufmann (dir.), *Gustav-Radbruch-Gesamtausgabe*, Bd. 7, Strafrecht I, *op. cit.*, p. 251-252.

d'une « tendance à la fidélité envers soi » du Législateur, que Reinach évoque de façon anecdotique alors qu'elle est essentielle. Règle « fondamentale » s'il en est puisqu'en procède la qualification comme vraisemblable des manières de s'exprimer et opinions problématiques du Législateur. Le recours reinachien à la psychologie dépasse ainsi la première objection formulée par Radbruch en ce qu'il est à double détente : descriptif d'abord de ce que le Législateur signifie, il est ensuite d'explication causale. Et c'est ainsi que Reinach estime qu'il clôt la recherche (positiviste) de la conception de la cause en vigueur à l'époque en Allemagne.

Ce à quoi Radbruch répond classiquement que cette position « rencontre les limites mêmes du positivisme », à savoir « que le législateur dans un cas déterminé [pourrait avoir] pensé de façon contradictoire ou en vain. [...] Il se peut que le législateur n'ait pas pensé du tout, ou qu'il ait pensé avec des résultats contradictoires ». Comment ne pas accorder à Radbruch que l'interprétation juridique de Reinach verse trop aisément dans une sorte d'interprétation philologique. Procédant comme l'*Inspirationstheologie* qui trouve dans les Écritures toute justification du cours des choses, son analyse de l'expression de la volonté, ne sachant se satisfaire de l'incomplétude des signes, ne cherche-t-elle pas inéluctablement « une volonté claire, complète ou non ambiguë »⁶¹ ? Dans cette lecture psychologiste, les intentions du Législateur ne sont peut-être pas tant les instruments de l'interprétation comme le croit Reinach, que leur résultat même.

Ouvrir l'opposition entre la doctrine de l'interprétation positiviste dominante et la théorie qu'il dit être fondée sur la « volonté du Législateur » lui aurait sans doute, effectivement, permis de mesurer la difficulté de sa stratégie. Et si Radbruch attaque cette dernière exclusivement à partir de l'attention que Reinach prête aux intentions du Législateur, c'est qu'il a parfaitement bien compris que l'inédite rencontre reinachienne entre psychologisme et positivisme n'est qu'une tentative de plus pour sortir le positivisme en vigueur de ses propres contradictions. Radbruch a bien compris qu'en écrivant sur la cause, Reinach écrit sur le positivisme. La conception pénale de la causalité en vigueur à l'époque est largement secondaire. Simple occasion qu'a saisie Reinach pour avancer ses intuitions méthodologiques, par exemple sur la préexistence dans le système juridique de l'argument que Charles Perelman aurait nommé *a coherentia* en ce qu'il est fondé sur l'idée qu'« un législateur raisonnable et [...] parfaitement prévoyant ne [peut] régler une même situation de deux façons incompatibles »⁶². Sous couvert d'une application juridique et personnelle des écrits de Lipps, cette *Dissertation* est donc, croyons-nous, aussi et surtout une réflexion sur le dépassement du positivisme *im geltenden (Straf)recht*.

Reinach, théoricien du droit

On sait le cataclysme qu'a connu la théorie juridique française dans les années 1870-1900. Avec Gény, Planiol et toute l'équipe de la *Revue trimestrielle de droit civil*, avec

⁶¹ V. le commentaire de Radbruch sur la Dissertation de M. Salomon, *op. cit.*

⁶² V. Ch. Perelman, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976, p. 56.

Hauriou, Duguit et d'autres un nouveau monde se met en place⁶³. Une vigueur identique anime la doctrine allemande. Admettons avec Radbruch que le travail d'« Adolf Reinach peut bien être caractérisé comme un essai talentueux et un symptôme de l'effervescence qui domine dans la méthodologie juridique »⁶⁴. Encore faut-il entendre cette effervescence d'une façon plus complexe que ne le propose Radbruch, à savoir triplement. Et voir que la force et la place de Reinach, au-delà de la magnificence philosophique et de l'éblouissante inutilité juridique des *Fondements a priori du droit civil*, consistent à s'être maintenu à l'entrecroisement des trois logiques suivantes.

Une logique psychologiste d'une part. Bien que ce texte soit entièrement porté par la démarche psychologiste du *Cercle de psychologie* et assume explicitement et stratégiquement l'influence de Lipps, il nous semble qu'il faille le lire comme un adieu à Lipps. Après que les arguments antipsychologistes de Husserl avaient été diffusés, notamment sous l'influence de J. Daubert⁶⁵, et alors qu'apparaissaient déjà certaines tendances plus clairement exprimées en 1913 dans les *Fondements a priori du droit civil*, ce texte restera la seule expression, encore balbutiante, d'une timide collaboration.

Une logique « individualisante » d'autre part. Tâchant de conceptualiser les théories de la causalité, H.L.H. Hart et T. Honoré⁶⁶ s'étaient naturellement penchés dans leur somme de 1959, *Causation in the Law*, sur les débats doctrinaux allemands de la fin du XIX^e siècle, qu'ils qualifiaient comme les meilleurs sur la question de la causalité. Ils n'avaient pourtant pas mentionné Reinach⁶⁷. Suite aux abstractions confuses et stériles de nombreuses théories de la causalité, et alors qu'une partie de la doctrine concluait qu'il valait mieux laisser au juge le soin de caractériser la causalité au cas par cas⁶⁸, Reinach aura réalisé un brillant plaidoyer pour une définition conceptuelle mais *juridique* du concept pénal de cause. Alors que la plupart des cours pénales allaient adopter la théorie des conditions nécessaires, et les cours civiles celle de la cause adéquate, Reinach aura défendu une voie singulière. À tout prendre assez proche des théories individualisantes, même si les intuitions « généralisantes » que nous avons relevées frappent par leur précocité et rendent son propos des plus pertinents aujourd'hui.

Une logique positiviste enfin. Dans ce débat entre théories généralisantes et individualisantes, le plus intéressant théoriquement reste l'approche positiviste qu'il emploie. Lisons-le comme un contrepoint aux textes un peu ultérieur de Page sur la « structure-loi » et le caractère indispensable de la loi comme procédé technique de réalisation du

⁶³ V. Ch. Atias, « Philosophie du droit : les enjeux d'une fin de siècle », in G. Planty-Bonjour et R. Legeais (dir.), *L'Évolution de la philosophie du droit en Allemagne*, Paris, PUF, 1991, p. 235-273

⁶⁴ Radbruch, p. 2156. Symptomatique est à cet égard l'incipit de l'ouvrage de Büri, *Die Causalität...*, op. cit. en part., p. 1-23 et pour la critique de von Liszt p. 143-155.

⁶⁵ V. « Le psychologisme, ses arguments, et sa prise de position à l'égard des objections habituelles de la partie adverse », in *Recherche logique I*, PUF, Épiméthée, 1990, p. 55 et s. Les textes de Th. Lipps cités sont *Les Tâches de la théorie de la connaissance*, publiés dans les *Philosophische Monatshefte*, XVI, 1880 et les *Grundzüge der Logik*, de 1893.

⁶⁶ V. H.L.A. Hart et T. Honoré, op. cit., en part. Part III, *Les Théories continentales*, p. 431-497.

⁶⁷ Avant 1959, il n'y avait guère en langue anglaise que les *Rationale of Proximate Cause* de L. Green, alors que sur le continent de nombreux livres portaient sur la causalité.

⁶⁸ V. Dernburg, *Bürgerliches Strafrecht*, 1899, II, en part. p. 65.

droit ⁶⁹. Car il ne suffit pas de soutenir comme Page que « comme aucune de ces solutions-forfaits n'emporte conviction par elle-même, il faut que ce choix [artificiel] une fois déterminé, soit porté à la connaissance de ceux à qui il s'imposera, et le soit d'une manière claire, certaine, non équivoque et sans aucune espèce de flottement possible. Rien qu'à ce titre, la structure-loi s'avère déjà indispensable comme procédé technique de promulgation et d'observance ». Encore faut-il soutenir de tels propos par une sorte de psychologie. Reinach l'a parfaitement compris ⁷⁰. Sans doute « les règles constitutives, par leur nature même, postulent l'organe-loi [...] imposant ses décisions d'une manière rigide et impérative », « stable, rigide et définitive », mais on ne saurait le dire sans revenir sur la nature de telles règles constitutives et la psychologie de l'organe-loi qu'elles postulent. Le point est évidemment essentiel dès lors qu'on considère que « la structure-loi est seule habilitée à fonder une mécanique juridique effective ». Bien au-delà de la causalité, telle est la tâche, et la croix, proprement juridique à laquelle Reinach s'est employé dans ses réflexions sur la cause en vigueur dans le droit pénal.

julien.cantegreil@yale.edu
100, York Street (17 R)
New Haven, 06511 CT, États-Unis

⁶⁹ Henri de Page, *L'Interprétation des lois*, Paris, Payot (1925), vol. II, p. 127-128.

⁷⁰ Perelman ne dit par exemple pas autre chose lorsqu'il cite l'argument « *historique*, ou de présomption de continuité », *op. cit.*, VII.