

La philosophie du droit et les fautes du passé *

La « troisième voie » vers une humanisation du droit selon Gustav Radbruch

Stephan GRÄTZEL

Professeur à la Johannes Gutenberg Universität - Mainz

RÉSUMÉ. — L'auteur montre que, dans la philosophie du droit de **Radbruch**, l'idée de droit répond à trois paramètres qui interfèrent dans la pratique juridique quotidienne : le besoin de **justice**, l'exigence de **garantie**, le souci des **fins**. Le respect de ces paramètres est indispensable en toute société démocratique.

INTRODUCTION : LA PHILOSOPHIE DU DROIT APRÈS-GUERRE EN ALLEMAGNE

La philosophie du droit est une partie de la philosophie qui se manifeste d'habitude en marge de la philosophie ou de façon interdisciplinaire en liaison avec les sciences du droit. Toutefois, après des changements politiques incisifs, au cours des périodes où il faut assumer le passé, cette matière perd sa fonction secondaire et gagne une signification cardinale. Ainsi, après les guerres, surtout après la Seconde Guerre mondiale et l'effondrement du nazisme, s'est éveillé en Allemagne un grand intérêt pour la philosophie du droit. Entre la fin de la guerre et la politisation du public par l'agitation estudiantine des années 68, exista en Allemagne une ample culture de philosophie du droit¹. À l'exception de quelques-uns, les auteurs de cette époque et leurs œuvres sont aujourd'hui oubliés. Les raisons de cet oubli ne sont pas sans équivoque, mais elles

* Traduction de Patricia Rehm, revue par Simone Goyard-Fabre.

¹ Nous citerons ici seulement les auteurs les plus importants de cette époque ainsi que leurs œuvres les plus importantes : Helmut Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1950/1993 ; Werner Maihofer, *Recht und Sein*, 1954 ; Karl August Emge, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 1956 ; Erich Fechner, *Rechtsphilosophie, Soziologie und Metaphysik des Rechts*, 1956 ; Ernst von Hippel, *Mechanisches und moralisches Rechtsdenken*, 1959 ; Karl Brinkmann, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1960/1975 ; Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, 1961/1976 ; Johannes Messner, *Das Naturrecht*, 1965/1984 ; Ernst Joachim Lampe, *Rechtsanthropologie*, 1970 ; Karl Engisch, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*, 1971 ; Gunther Küchenhoff, *Rechtsbesinnung, eine Rechtsphilosophie*, 1973.

peuvent être trouvées dans le décalage qui existe dans la discussion sur la philosophie du droit entre le plan académique et le niveau politique. Le droit public était alors mis en question et on le discutait de manière fondamentale. Ce mouvement contestataire était un phénomène international qui, pour souligner l'injustice du droit public, prenait comme motif des événements politiques concrets et, principalement, la guerre du Vietnam.

En Allemagne, ce mouvement avait aussi une motivation spécifique, car ceux qui protestaient étaient les enfants des coupables et des sympathisants ayant vécu sous le nazisme ou bien même ayant participé aux machinations politiques. L'époque de la reconstruction en Allemagne au cours de laquelle étaient nés ces enfants regardait vers l'avenir et ne laissait chaque jour que peu de temps pour considérer le passé. La réflexion qui portait sur les crimes de ce passé si récent se déroulait presque exclusivement sur le plan public - dans la politique et dans l'éducation à l'école - et non pas sur le plan privé, c'est-à-dire dans les familles, où elle aurait dû avoir lieu. L'implication personnelle des parents, leurs sympathies et leurs émotions ne se discutaient pas et étaient taboues. Ainsi se formait un énorme complexe de culpabilité qui éclatait chez les enfants des coupables et des sympathisants et prenait la forme d'une révolte globale/générale. La guerre du Vietnam à laquelle les pays occidentaux, par leur alliance avec les États-Unis, donnaient indirectement, leur accord n'était finalement qu'un déclencheur pour mettre au jour une problématique de culpabilité. C'est pourquoi, en Allemagne, l'approbation de cette politique a été ressentie, l'ère du nazisme à peine terminée, de façon extrêmement négative, ce qui conduisit aux réactions violentes de ces années-là. Jusqu'à nos jours, s'est conservée la sensibilité relative à toutes les questions dont on peut concevoir le lien avec la culpabilité qui pèse sur ce passé.

En raison de ce développement et de ces événements dans l'Allemagne de l'après-guerre, il est étonnant que, pendant cette période, la culture d'une science du droit soit passée à l'arrière-plan. Un sujet central de la philosophie du droit comme la question de la culpabilité n'était pas discuté de façon plus approfondie. L'œuvre *Die Schuldfrage* (1946) de Karl Jaspers reste la seule à traiter de la spécificité de la culpabilité des Allemands après la fin des crimes du nazisme. Pendant les années politiques de l'agitation estudiantine, toutes les spécificités ont été effacées et la culpabilité pour ces crimes a été attribuée incontestablement au capitalisme impérialiste et à sa justice.

LES PROBLÈMES FONDAMENTAUX D'UNE RÉFLEXION SUR LE DROIT

Dans l'immédiat après-guerre, la pensée du droit a connu différentes expressions qui, partant de la réflexion académique et de la spécificité de sa problématique, conduisirent à de vives polémiques lors de l'agitation des étudiants. Malgré ces différences, nous pouvons constater des ressemblances de principe en ce qui concerne la considération du passé. Celles-ci se regroupent dans le problème du traitement rétroactif du droit : comment la légitimation d'une juridiction, réputée légitime pendant le temps d'une dictature, peut-elle être vérifiée rétroactivement ? Se posent alors deux questions :

1. Le droit existe-t-il seulement par l'effet des lois ou existe-t-il un droit au-delà des lois statutaires, qui persiste indépendamment de la législation positive et à partir

duquel chaque législation, même celle qui est fondée de façon légitime, doit être examinée ?

2. Le droit « injuste » appliqué pendant le temps d'une dictature peut-il rétroactivement être jugé répréhensible, voire puni, ou bien est-ce le principe « *nulla poena sine lege* » qui prévaut ?

Ce n'est pas seulement la tâche principale de la philosophie du droit que nous avons désignée par ces questions, mais aussi son aspect conflictuel le plus aigu qui provient des opinions fondamentalement différentes sur la nature du droit. Le problème central de la philosophie du droit se trouve dans le conflit entre le *droit* et la *morale*. D'une part, il y a, dit-on, un concept du droit qui ne dérive pas de la somme des lois. Le droit doit être compris comme le droit existant au-delà des lois statutaires, lequel dérive de la nature de l'homme : il s'agit donc du droit naturel. Selon les thèses qui défendent le droit naturel, le droit doit se légitimer à partir de la morale : il est ainsi subordonné aux valeurs morales qui s'expriment dans le respect de la vie et la dignité de la personne, dans des biens comme les œuvres d'art et la propriété des choses, biens qui demandent à être protégés par la loi. D'autre part, le *positivisme juridique* refuse l'existence d'un droit au-delà de la loi. La valeur et la légitimité du droit ne peuvent être garanties selon les positivistes que par des règles légales. Chacune de ces deux tendances soupçonne l'autre d'une manipulation idéologique que cachent des intérêts concrets. La position jusnaturaliste estime que le juspositivisme entend défendre idéologiquement le *statu quo* qui viserait le raffermissement du pouvoir. De son point de vue, le positivisme juridique n'est pas capable de révolutionner le système. Cependant, il considère que le jusnaturalisme est un essai caché pour justifier le droit par des valeurs étrangères au droit, morales dans le meilleur des cas, mais exprimant le plus souvent des intérêts politiques et sociaux concrets. Dans la légitimation du droit par les jusnaturalistes, le positivisme juridique déchiffre une motivation extérieure au droit qu'on appelle, d'après Max Weber, la « matérialisation du droit » : si donc le droit possède une rationalité interne appelée à régler l'ordre, la structure et l'application des lois, le juspositivisme dénonce dans la réglementation externe un danger pour l'idée du droit.

LA JUSTICE COMME IDÉE DU DROIT : LE RAPPORT DU DROIT ET DE LA MORALE

Les raisons propices à une discussion sur la philosophie du droit soit pendant soit après de grandes crises sociales deviennent dès lors compréhensibles. Un examen philosophique critique du droit a surtout lieu si l'idée du droit, pensée couramment comme l'idée de la justice, n'est plus appliquée ou ne peut plus être mise en application par la pratique du droit, si l'ordre, la structure et l'application des lois ne sont plus justes malgré leur cohérence et leur rationalité formelles. Déjà, avant les deux guerres mondiales, au XIX^e siècle, une telle crise du droit s'était produite dans les pays allemands, consécutive au développement industriel et à la politique économique libérale qui faisaient naître des problèmes sociaux. La liberté du marché, garantie auparavant par la « main invisible », selon l'expression d'A. Smith, a conduit aux circonstances catas-

trophiques qu'on a appelées à juste titre la liberté du « renard libre dans un poulailler libre » (Roger Garaudy) ². Les positions des révolutionnaires et des réformistes eu égard à cette problématique tentaient de fonder de façon nouvelle le concept de la justice en se référant à une source qui, au-delà du droit, était morale et politique. Telle était notamment la demande du socialisme et du communisme.

Marx, malgré sa critique de la philosophie du droit de Hegel, était encore tellement sous l'empire de ce dernier qu'il reprenait à son compte le concept hégélien du « système de la moralité ». Pour Hegel, déjà, le droit dans l'État ne trouve son accomplissement que comme « système de la moralité ». La morale représente une forme rationnelle plus élaborée que le droit privé qui n'exerce sa fonction qu'entre des individus égoïstes ; l'État est quant à lui le système parfait de la moralité qui, réalisant l'unité de l'esprit au-delà du lien du sang et de la famille, change la « raison » en « réalité » et la « réalité » en « raison ». Le retour de Hegel vers une philosophie qui propage l'« examen du rationnel » dans la « compréhension du présent et du réel » parvient à son apogée dans la phrase : « Ce qui est rationnel est réel ; et ce qui est réel est rationnel » ³. Ainsi se trouvait défini un nouveau concept de la réalité : la réalité de la moralité dans l'État comme réalisation de l'esprit.

Pour Marx ainsi que pour le marxisme, l'État était aussi le système de la moralité devenue réalité : il plaçait le droit et la morale sous l'égide de l'idéal de justice. Pour cela, Hegel ne devait même pas être remis « sur ses pieds » comme l'avancait Marx ; il était déjà sur ses pieds pour lesquels la réalité représente l'idéal de la justice. La transposition de l'idéal de justice dans un système politique est pour Hegel aussi bien que pour Marx le chemin vers la réalisation de la liberté humaine. Seul l'État peut garantir cette liberté car lui seul peut réaliser l'idéal de justice sous sa forme accomplie au-delà du droit abstrait et de la moralité. Tandis que le droit et la moralité subjective sont limités au domaine individuel et aux rapports d'homme à homme, l'État est l'idéal rationnel lui-même.

Marx, sur ce point, a suivi Hegel afin de subordonner le droit à la morale et de transposer la morale hors du règne des idéaux dans un système politique concret. Cependant, la subsomption du droit à la morale et de la morale à un système de moralité qui représente l'idée de la justice devenue réelle, ne mène pas à la justice ainsi que cela s'est avéré après l'effondrement des pays socialistes. Ce n'est point là la faute de l'idée de justice en elle-même, mais celle de sa réalisation. Le concept hégélien et les idées socialistes qui s'en inspiraient prônaient une transposition immédiate de la justice en réalité. L'État juste serait l'État qui rendrait possible et réelle la justice pour tous. Mais une telle réalisation de l'idée de justice sous la forme de l'État ne peut pas s'effectuer car la justice est une idée complexe en laquelle des valeurs matérielles, politiques, morales et juridiques se côtoient de manière telle qu'elles restent contradictoires et inconciliables. Dans leur complexité, ces valeurs sont antagonistes et, si la justice doit être réalisée, elles doivent être sauvegardées en leur forme contradictoire.

² Uwe Wesel, *Geschichte des Rechts*, Munich, 2001, p. 446.

³ Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. (*Principes de la philosophie du droit*), Frankfurt, éd. de 1970, p. 24.

L'IDÉE DU DROIT SELON RADBRUCH : SA SPÉCIFICITÉ

Le mérite de Gustav Radbruch est d'avoir mis en lumière la complexité de l'idée du droit et ses contradictions intrinsèques.

La signification de la thèse transparaît essentiellement dans son ouvrage *Rechtsphilosophie* de 1932 ; elle n'est pas aujourd'hui entièrement comprise. Même s'il voyait dans le socialisme le point de départ d'une société plus juste, Radbruch cherchait une solution qui tienne compte de la complexité de la justice. Selon lui, le droit ne peut pas être soumis seulement à la morale ou même à une idée de la moralité transcendant la morale ; il doit encore être un droit juste. Le rapport entre le droit, la moralité et les valeurs de culture dépassant la morale — comme nous dirions aujourd'hui — est plutôt un jeu de forces qui doit être mené selon des règles démocratiques et doit permettre l'harmonisation des éléments antagonistes qui s'affrontent dans l'idée du droit.

La complexité du droit apparaît déjà dans le fait que, selon Radbruch, l'idée du droit ne se laisse pas déduire seulement de la notion de justice. La justice est nécessaire, mais non suffisante. Outre la *justice*, le droit se caractérise aussi par sa *finalité* et par sa *garantie*.

La finalité du droit

La justice en elle-même, constate Radbruch, ne donne pas à entendre quelle fin elle poursuit : sert-elle l'individu, la société ou la culture en général ? La justice en elle-même n'est donc pas représentative de l'idée du droit ; celle-ci doit être éclairée par la fin que vise le droit.

La finalité du droit peut s'étendre sur trois domaines seulement ; il n'y en a pas d'autre⁴ : le droit peut uniquement servir l'individu, la société ou les biens culturels. Devient alors injuste un système qui n'admet pas l'importance égale de ces fins et leur strict équilibre.

L'*exclusivité* de ces trois fins du droit résulte selon Radbruch de ce que les valeurs qui doivent être préservées et protégées par le droit sont l'individu, la société et les biens culturels. Radbruch comprend ces trois fins comme autonomes et, en ce qui concerne l'idée du droit, irréductibles l'une à l'autre, car elles représentent trois valeurs différentes, à savoir la valeur individuelle, la valeur collective et la valeur de l'œuvre. La *différence* des fins du droit et leur autonomie se révèlent dans le fait qu'elles poursuivent des buts éthiques différents et partiellement contradictoires l'un par rapport à l'autre. Ainsi, l'individu demande que la protection de la personne soit une fin du droit : la valeur individuelle est tributaire d'une « éthique de la conviction ». La société demande la protection des engagements au-delà de l'individu : la valeur collective est tributaire d'une « éthique de la responsabilité ». Les engagements dont le sens se perpétue pendant plusieurs générations peuvent également être pris en considération. La fin du droit relative aux biens culturels exige la protection des choses et de la propriété : la valeur de l'œuvre est alors tributaire d'une « éthique matérielle ». La priorité accordée à la protec-

⁴ Radbruch, *Rechtsphilosophie* (1932), Gesamtausgabe vol. II, Heidelberg, 1993, p. 279 et s.

tion des biens réels (des œuvres d'art exceptionnelles par exemple, dont l'anéantissement serait une perte irréparable) est ni plus ni moins bien fondée en son autonomie et son éthicité que les autres fins du droit. Dans sa version de 1914 de *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Gustav Radbruch examine cette question en donnant un exemple : « Lorsque les temples sur l'île Philae sur le Nil ont été sacrifiés pour qu'un système d'irrigation soit installé, Sir George Birdwood s'en plaignit publiquement. Là-dessus, Sir Henry Knolly lui adressa la question suivante : "Que feriez-vous, Sir George Birdwood, si vous vous trouviez tout seul dans une maison qui brûle avec un enfant vivant et la madone de Raphaël de Dresde ?" Sir George Birdwood lui répondit dans une lettre publique qu'il accorderait la préférence à la madone de Dresde. »⁵ Le conflit qui transparait à travers cet exemple est un conflit de valeurs différentes et incomparables qui sont évidemment inconciliables. Elles signifient que les fins du droit sont à la fois partielles, partiales et partisans. De manière concrète, ce conflit ne peut être résolu que conformément à une orientation générale tripartite de la politique. Les fins peuvent se contredire lorsque, le cas échéant, la protection de la société est réalisée au détriment de la personne et vice-versa.

La justice que vient compléter, pour rendre compte de son idée, la finalité du droit n'est réalisée que dans un État dont le système pluri-partite représente les trois fins du droit. C'est la tâche des partis politiques de représenter ces fins du droit et de s'engager pour la valeur qui leur est attribuée dans la vie politique quotidienne⁶. Un État qui n'a pour objectif que l'une des trois fins du droit peut devenir totalitaire. Son injustice (*in-iuria*) et sa situation de non-droit proviennent du fait qu'il soumet la justice à l'une seulement des fins du droit. Que cette unique fin soit moralement bonne et qu'elle soit ou non souhaitable demeure sans importance. Ce ne sont ni la nature ni le contenu de cette fin, mais son exclusivité qui conduit à l'injustice car poursuivre une unique fin culturelle en faisant d'elle une loi risque d'entraîner d'importantes conséquences politiques.

En ce qui concerne la finalité du droit, Radbruch s'occupe avant tout de l'opposition entre *valeur individuelle* et *valeur collective* donc, de l'opposition entre la liberté de l'individu et la liberté de la société. Ainsi, le libéralisme a suivi les valeurs individuelles, ce qui a induit des injustices et des inégalités dès lors que les conditions sociales étaient négligées. Le socialisme de son côté a accordé davantage d'importance aux valeurs collectives ; ainsi, il a laissé l'État devenir un lieu d'injustice parce qu'il n'a pas réfléchi à la signification des valeurs individuelles et les a exclues de son système de droit. C'est dans la simplification des fins du droit que Radbruch voyait la source des conflits politiques de son époque. Les *valeurs culturelles* n'étaient pas encore devenues à ses yeux totalitaires. De notre point de vue actuel, elles pourraient s'implanter là où fusionnent la religion et la politique. Aujourd'hui, le lien entre les différentes fins culturelles et le droit existe surtout dans les États et dans les systèmes de droit construits sur la base de la religion et inféodés à la théologie. En un tel cas, le droit s'oriente également vers une seule et unique fin, à savoir la fin culturelle qu'est la religion, et il lui est soumis. Par conséquent, ce qui est conforme à cette fin, donc la religion, est

⁵ Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (1914). Gesamtausgabe vol. II, Heidelberg, 1993, p. 96.

⁶ Radbruch, *Rechtsphilosophie* (1932). Gesamtausgabe vol. II, Heidelberg 1993, p. 290 et s.

juste. Aux yeux de Radbruch, ce fait, à lui seul, serait déjà générateur d'injustice, quelle que soit la religion dont il s'agit. Ni une religion, ni une certaine valeur morale — même une valeur fondamentale telle que la dignité de l'homme — ne doit être considérée comme la fin exclusive du droit. Aucune valeur ne doit être prioritaire ; au contraire, toutes les valeurs doivent être représentées de façon démocratique pour que la société soit juste.

Le point de vue décisif de la philosophie du droit de Radbruch est donc la représentation des fins du droit par des institutions et des organes politiques. Radbruch s'éloigne du pluralisme prôné par la philosophie postmoderne, par exemple en limitant à trois les fins possibles du droit et en les rapportant à l'état d'esprit caractéristique de l'« être au monde » dans la vie humaine. La différence entre ces trois fins aussi bien que leur lien étroit et leur réciprocité expliquent leur suffisance dans un système de droit. Comme individu, l'homme est lié à la société, la société n'est pensable qu'en tant que société des individus et ceux-ci ne peuvent vivre cette société que dans et par la communication et l'échange des valeurs culturelles.

C'est en cela que réside, selon Radbruch, le fondement essentiel de la légitimation idéale du droit. Contrairement aux conceptions qui nourrissent le conflit entre le jusnaturalisme et le juspositivisme, il y a une « troisième voie »⁷ sur laquelle s'exprime la légitimation externe du droit : il ne doit se rapporter à aucun contenu moral. Au contraire, il récuse tout recours à lui. Pour autant, on ne peut pas parler comme Max Weber d'une « matérialisation du droit ». Pour éclairer cette troisième voie, comparons la position qu'adopte Radbruch à celle qu'expose *Hans Kelsen*.

Pour le juriste et philosophe du droit autrichien Kelsen, bien connu et souvent cité aujourd'hui, il n'y a pas de droit originel dont un ordre juridique pourrait être déduit ; le droit est seulement garanti comme résultat procédural d'une *norme fondamentale*. La norme fondamentale est définie comme un principe génératif de légitimation de la validité des normes ; elle ne leur donne aucun contenu concret, fût-il moral : « À un ordre qui repose sur une norme fondamentale de ce type, une norme donnée appartient parce qu'elle est créée de la façon déterminée dans la norme fondamentale, et non pas parce qu'elle a tel contenu déterminé. La norme fondamentale ne fournit que le principe de validité des normes qui forment ce système. »⁸ Toutes les normes du droit se réfèrent à cette norme fondamentale et sont créées par elle. La norme fondamentale donne la manière de la création, mais pas leur contenu ; elle est le principe de la création des normes.

Ce principe n'est pas celui d'une déduction logique qui aboutit à une affirmation particulière à partir d'une affirmation générale. Bien qu'il obéisse à une logique, le droit ne peut pas être construit déductivement, car un tel procédé ne concerne finalement que son contenu : « Une norme juridique n'est pas valable parce qu'elle a un certain contenu, c'est-à-dire : parce que son contenu peut être déduit par voie de raisonnement logique d'une norme fondamentale supposée, elle est valable parce qu'elle est créée d'une certaine façon, et plus précisément, en dernière analyse, d'une façon qui est déterminée par une norme fondamentale, supposée ; c'est pour cette raison et pour cette raison seulement

⁷ Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, Munich, 1997, p. 40 et s.

⁸ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (éd. de 1960), Vienne, 1992, p. 199 et s. ; Hans Kelsen, *Théorie pure du droit* (1932), trad. par Charles Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962.

qu'elle fait partie de l'ordre juridique dont les normes sont créées conformément à cette norme fondamentale. Il suit de là que n'importe quel contenu peut être droit. Il n'existe pas de conduite humaine qui serait exclue comme telle, en raison de on fond, de la possibilité de devenir le contenu d'une norme juridique. »⁹ Une norme en sa portée théorique doit être fondamentalement distinguée des contenus élaborés sur la base d'une hypothèse idéologique et, par suite, sur la base d'une valeur concrète, qu'elle soit réelle, morale ou une même sacrée. En tant que principe fondateur (*Grund*), elle n'indique pas comment naît le droit, mais comment il doit naître. Elle n'a pas de « fonction éthico-politique, mais uniquement une fonction de théorie de la connaissance. »¹⁰ Elle est l'index de la constitution normative du droit ; elle autorise et valide les maximes juridiques. Contrairement à ce que soutiennent les théories du droit naturel, la validité de la norme fondamentale ne résulte pas de son lien aux idées et aux valeurs, mais de l'exigence de ce que doit être le droit et des conditions de sa validité.

La critique qu'adresse Kelsen au jusnaturalisme repose sur un constat : « Car, pour la science, la nature est un système d'éléments régis par la causalité » ; elle n'a pas de volonté et de la sorte elle ne peut pas fournir de normes¹¹. La nature est le règne des faits ; or un fait ne peut pas être le « fondement de la validité d'une norme »¹² ; donc, la nature ne peut pas être le fondement du droit.

La supériorité de la position de Radbruch par rapport à celle de Kelsen réside dans le crédit qu'il accorde à la fois au positivisme juridique (il reconnaît l'aspect formel et procédural du droit) et aux sources transpositives du droit. Une telle légitimation du droit n'en est ni la matérialisation, ni la moralisation, car elle rejette tout empirisme et tout idéalisme et se réclame du pluralisme des valeurs. Toutefois, la limitation du nombre des valeurs que nous avons rappelée montre que Radbruch ne se réfère pas à n'importe quelle source du droit, mais à la situation de l'homme, déterminée de façon anthropologique dans la société et dans la culture. Par là, Radbruch adopte à la fois les acquis des Lumières qui ont vanté les valeurs de l'individu et les acquis du socialisme qui, de son côté, critique les robinsonnades des philosophies du droit et de l'État entées sur l'individualisme et le libéralisme. En faisant la synthèse de ces deux courants, il surmonte leur contradiction et les enrichit en soulignant la signification des valeurs culturelles. Cela ne va pas seulement au-delà de la controverse mais indique une autre source du droit qui, complètement différente, dessine une troisième voie sur laquelle la finalité du droit se profile en son intégralité. (Cf. *infra*)

La garantie du droit

Les fins du droit ne suffisent pas à sa légitimation. La validité juridique d'une norme ne se trouve fondée, comme le souligne Jürgen Habermas encore et toujours que si,

⁹ Kelsen 1992, p. 200 et s.

¹⁰ Kelsen 1992, p. 225-295.

¹¹ Kelsen 1992, 227, trad. fr., p. 298.

¹² Kelsen 1992, p. 227, trad. fr., p. 298.

outre sa légitimité, sa légalité est également garantie¹³. Seulement, selon Radbruch, la légalité n'est pas une fin du droit ; elle doit être rapportée à un autre paramètre de l'idée du droit.

Cet autre paramètre est la *garantie du droit*. La justice ne doit pas seulement être une justice en idée, elle doit également être réalisée. La garantie du droit ne lui procure pas seulement sa validité, mais elle permet de créer des normes juridiques qui ne dérivent pas de sources morales. « Si personne ne peut constater ce qui est juste, quelqu'un doit déterminer ce qui doit être *de iure*. »¹⁴ Au droit est attribué de la sorte sa propre source interne, laquelle ne se rapporte pas à d'autres valeurs, ce qui, selon Radbruch, signifie que, le cas échéant, il se peut que la justice ne soit pas la source du droit car elle n'est pas reconnaissable. Voilà ce qui, à son dire, met en évidence le caractère procédural du droit : le droit est déjà présent là où la justice n'est pas ou n'est pas encore réalisée. Constaté le droit atteste déjà sa valeur : « Si l'on ne peut pas constater ce qui est juste, ce qui doit être « de droit » doit être déterminé à partir d'une situation susceptible de réaliser ce qu'elle détermine. »¹⁵

En cette position, on a toujours reproché à Radbruch d'être un tenant du positivisme juridique. Cependant, Radbruch soutient toujours qu'il n'y a là que l'un des paramètres de l'idée du droit et, qu'ainsi, l'argument n'est pas à lui seul décisif. Il ne fait pas de doute pour lui que l'injustice vaut mieux que l'absence de tout droit ; mais il met toujours cette idée (soulignée à l'envi par le positivisme juridique) en relation avec les autres paramètres de l'idée du droit, c'est-à-dire avec sa finalité et la justice elle-même : « Nous avons seulement souligné [jusqu'à maintenant] que la garantie du droit est elle-même une valeur et que la garantie accordée par le droit positif peut, elle aussi, justifier la validité d'un droit pourtant inadéquat et injuste. Nous n'avons pas démontré que, dans le droit positif, l'exigence de garantie du droit a priorité absolue par rapport aux requêtes de la justice et de ses autres fins, lesquelles peuvent demeurer inobservées. Les trois paramètres de l'idée du droit sont équivalents quant à leur importance ; en cas de conflit, la seule décision possible est celle dont la conscience de l'individu a l'initiative. »¹⁶

La justice

La justice, pour Radbruch, doit être atteinte et réalisée en accord avec les fins et la garantie du droit. Il considère comme dangereux et totalitaire le chemin sur lequel on prétend réaliser l'idéal de manière immédiate. Aussi bien, la *troisième voie* qu'il trace entre le jusnaturalisme et le juspositivisme est-elle plus pertinente que la thèse de Karl-Otto Apel et de Jürgen Habermas qui s'appuie sur la philosophie d'un droit orienté par l'éthique du discours. En effet, il nous semble que la demande d'une revalorisation et d'un élargissement des discours moraux formulée par l'éthique du discours, est pour le

¹³ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt, 1994, p. 49 ; trad. fr. de Jürgen Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997.

¹⁴ Radbruch, *Rechtsphilosophie* (1932), Gesamtausgabe vol. II, Heidelberg, 1993, p. 313.

¹⁵ Radbruch, 1993, p. 303.

¹⁶ Radbruch, 1993, p. 315.

moins problématique en dehors de la perspective dessinée par Radbruch. Certes, l'analyse de J. Habermas selon laquelle la sécularisation effectuée par la modernité aurait provoqué un changement profond du monde des valeurs est juste ; mais cela ne signifie pas que, dans les civilisations occidentales, se sont produites une diminution, voire l'abolition des valeurs sacrées.

J. Habermas voit dans les valeurs sacrées une « fusion du fait et de la valeur », fusion qui, dans les « institutions archaïques »¹⁷, faisait leur autorité et leur validité tout en commandant leur adoption. Avec l'abolition de telles structures, a commencé, d'après J. Habermas, le temps où il appartient aux discours moraux de légitimer les valeurs. J. Habermas voit ce qui fait la problématique des États de droit modernes dans le besoin croissant d'une justification morale. Il le dit en ces termes : « Avec la différenciation entre l'action autonome et l'action hétéronome, la conscience de la norme est directement révolutionnée. En même temps, le besoin de justification croît qui, sous les circonstances d'une pensée post-métaphysique, peut seulement être couvert par des *discours moraux*. Ceux-là visent la réglementation impartiale des conflits d'action. D'une autre manière que les réflexions éthiques qui s'orientent au *telos* de ma vie ou de notre vie ratée ou bonne, les réflexions morales demandent une perspective détachée de chaque élément égocentrique ou ethnocentrique. »¹⁸ Cette citation de J. Habermas montre que, après les Lumières, c'est-à-dire en cette époque qu'il qualifie de « post-métaphysique », la légitimation est devenue plus complexe. Elle n'était plus garantie par l'autorité propre aux valeurs sacrées ; alors le vide des valeurs a dû être compensé par des discours moraux. Contrairement à la hiérarchie des valeurs qu'énonçait le discours métaphysique, les discours moraux de l'époque post-métaphysique distinguent des actions déterminées de façon autonome et des actions déterminées de façon hétéronome ; en conséquence, ils peuvent donner à la légitimation un fondement nouveau c'est-à-dire l'autonomie des valeurs justifiées. Les valeurs et les normes légitimées de manière autonome n'obéiraient donc plus à des intérêts égocentriques ou ethnocentriques, mais elles se caractériseraient par leur autosuffisance.

Considérée dans la perspective que dessine Radbruch et du point de vue de sa conception d'un droit procédural, la position de J. Habermas apparaît simpliste et fautive. D'une part, même à l'époque post-métaphysique — quelle qu'elle soit —, la signification des valeurs culturelles et leur orientation ethnocentrique ou égocentrique sont toujours déterminantes de manière décisive pour légitimer le droit. Une fusion du fait et de la valeur est, en l'occurrence, fondamentalement nécessaire pour la constitution de l'idée du droit, non seulement dans les sociétés archaïques organisées selon le canon de la sacralité, mais aussi dans les sociétés démocratiques pour autant que, dans le système des partis, elles représentent les trois paramètres de l'idée du droit. Sans validité réelle, les valeurs culturelles ne peuvent pas être représentées dans un parti et, cela étant, elles ne possèdent pas de portée légale. Ce ne sont pas les discours moraux qui contribuent à la reconnaissance du droit, mais les discours politiques qui traitent concrètement des questions actuelles de la quotidienneté politique.

¹⁷ Habermas, 1994, p. 39 et s.

¹⁸ Habermas, 1994, p. 127.

D'autre part, par voie de conséquence, une fondation du droit préétablie et désintéressée, telle que la réclame J. Habermas en recourant à des discours moraux, n'est ni possible ni raisonnable. Les positions ethnocentriques et égocentriques ne sont ni à dévaluer ni à ignorer, mais elles doivent être introduites dans le *corpus* juridique. Elles constituent les valeurs culturelles qui doivent être impliquées dans le droit et apporter leur concours décisif dans le processus de sa reconnaissance. En outre, tandis que J. Habermas veut réduire la légitimation à une polémique entre valeurs individuelles et valeurs collectives et au potentiel de conflit moral dont elle est chargée, nous trouvons chez Radbruch une théorie qui, par la reconnaissance réelle des valeurs et par leur jeu de forces dans la quotidienneté politique, se trouve plus proche de l'homme et de la situation effective de ses intérêts.

LA « FORMULE » DE RADBRUCH ET L'ORIGINALITÉ DE LA « TROISIÈME VOIE »

La supériorité de la position de Radbruch par rapport à la théorie de l'éthique du discours qui lui est pourtant parente apparaît également dans la mise à jour du passé national-socialiste. Les expériences que Radbruch a vécues avec le national-socialisme et les détournements de droit dont il a été le témoin sont venus renforcer sa propre conception de la justice. Ainsi, dans les articles de Radbruch écrits après la Seconde Guerre mondiale, les problèmes d'un « droit au-delà de la loi » sont explicitement visés¹⁹, ce en quoi on a vu, à tort, une correction de ses positions antérieures. Cependant, ici comme auparavant dans ses explications, le problème est celui de l'entrecroisement et de la spécification interne de l'idée du droit et de ses éléments. C'est là qu'il énonce une formulation devenue célèbre sous le nom de la « formule de Radbruch » : « Résoudre le conflit entre la justice et la garantie du droit en ce sens que le droit positif, assuré par la réglementation et le pouvoir, jouit de la préférence, même si, quant à son contenu, il est injuste et inadéquat — à moins que la contradiction entre le droit positif et la justice atteigne une mesure tellement insupportable que la loi comme “droit non juste”, doive reculer devant la justice. »²⁰ Il ne s'agit nullement d'un changement de direction, mais cet énoncé souligne la complexité de l'idée du droit qui est une constante de sa philosophie. La formule de Radbruch n'est rien d'autre que le tracé de la « troisième voie » entre le juspositivisme et le jusnaturalisme et elle révèle d'emblée tout son potentiel philosophique : le droit positif est prioritaire, mais seulement dans la mesure où il ne ruine pas l'idée du droit. À ce propos, Radbruch écrit : « Là où la justice n'est même pas visée, où la légalité qui constitue le cœur de la justice a été consciemment niée lors de l'édition du droit positif, la loi n'est pas seulement le “droit non juste”, mais elle manque totalement la nature du droit. »²¹ Radbruch révèle en cela comment le droit positif et la nature du droit font partie d'un processus unique servant à la réalisation de la justice.

¹⁹ Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*. Gesamtausgabe vol. 3., Heidelberg, 1990.

²⁰ Radbruch, p. 89.

²¹ Radbruch, 1990, p. 89.

Pour Radbruch, c'est en ce sens que l'on doit traiter du délicat sujet de la philosophie du droit concernant la punition rétroactive (*nulla poene sine lege*). Répondant à une critique relative à son article *Gesetz und Recht (La Loi et le droit)*, paru en 1947, il dit : « Nous pouvons montrer encore plus explicitement que, devant certaines lois des nazis, des lois rétroactives mettant ces lois nazies hors vigueur ne contredisent pas le sens de la phrase *nulla poena sine lege*. Le sens de ce principe est que, avant l'acte, les auteurs ont dû avoir la possibilité de se rendre compte de leur culpabilité. On insulterait le peuple allemand si l'on supposait que, lorsqu'il y eut des meurtres dans les asiles, des dénonciations, des crimes judiciaires et d'autres figures d'injustice légale, on avait cru que le diable ne s'en était pas mêlé, ou on avait cru qu'il ne s'agissait pas en cela de comportements punissables, ou encore l'on avait cru que ces comportements n'étaient pas des crimes puisque régnait alors un gouvernement lui-même criminel qui, dans son omnipotence, savait légaliser de telles injustices. »²²

Le philosophe du droit anglais H.L.A. Hart critique sévèrement cette position de Radbruch. Les actes qui sont légaux à une époque ne pourraient pas être caractérisés comme illégaux à une autre époque en raison du « sentiment de justice ou d'équité de tous ceux qui pensent honnêtement » autrement qu'en renonçant à l'idée du droit. D'après H. Hart, au lieu et place de la morale fallacieuse qui rôde dans une telle explication, il aurait dû y « avoir l'édiction d'une franche loi rétroactive ». Il demande même une telle mesure à l'encontre du sentiment de justice : « Si détestable que soit dans une législation pénale une punition rétroactive, elle aurait au moins le mérite de l'honnêteté dès lors qu'elle s'applique de manière franche. »²³

Toutefois, Hart méconnaît que si Radbruch — comme cela paraît évident dans la citation donnée de *Gesetz und Recht* — demande, dans une législation pénale, une punition rétroactive, il distingue la culpabilité consciente de la culpabilité inconsciente en ce qui concerne l'application du principe de rétroactivité. Par conséquent, l'interdiction de la rétroactivité n'a pas de sens lorsque l'on a conscience que ce sont des lois injustes qui sont appliquées. Puisque cette conscience de l'injustice existait sous le régime nazi, fût-elle masquée par des idéologies, la levée de l'interdiction de la rétroactivité par le « sentiment de justice et d'équité » se trouve suffisamment légitimée. Il ne faut pas d'autres mesures juridiques ainsi que le demande H. Hart. Le positivisme juridique simpliste de Hart est trop radical : l'interdiction de la rétroactivité, d'après la formule de Radbruch, reste toujours en vigueur d'une part, parce qu'elle protège ceux qui ne peuvent pas se rendre compte d'une injustice et, d'autre part, parce qu'elle demande compte à ceux qui, lors de leurs actes, ont eu (ou auraient dû avoir) conscience d'une injustice.

C'est également Bernhard Schlink dans son essai *Vergangenheitsschuld (La Culpabilité du passé)* qui, parlant de l'interdiction de la rétroactivité eu égard à la mise à jour du passé nazi, formule de manière analogue des demandes excessives : « Ce n'était pas à la jurisprudence de répondre à la question de la punition rétroactive, mais à la législation — à condition qu'elle s'appuie sur la discussion politique et sur la publicité

²² Radbruch, 1990, p. 105.

²³ Herbert Lionel Adolphus Hart, *Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral. Recht und Moral*, ed. par Norbert Hoerster, Göttingen, 1971, p. 44.

nécessaires aux changements législatifs voire constitutionnels. »²⁴ Schlink critique à ce propos la mise à jour du passé national-socialiste aussi bien que du passé communiste et il déplore que le droit ait manqué sa chance dans le jugement à porter sur la culpabilité du passé. Par le changement de constitution et par, une large discussion démocratique, le droit aurait pu apporter une contribution importante car, en tant que « mémoire juridique », il peut être un « droit restitutif et réparateur »²⁵. Cependant, nous pouvons faire à B. Schlink, lorsqu'il propose que l'interdiction de la rétroactivité soit la même à l'égard du droit constitutionnel qu'à l'égard du jugement judiciaire, le même reproche que celui que nous avons déjà fait à H. Hart. Si l'on adopte la perspective de Radbruch, B. Schlink, lui aussi, va trop loin dans ses exigences car il confond le problème de la validité du droit et le problème de la nature du droit, confondant ainsi la partie et le tout du droit. Il se borne à déguiser la difficulté car, même de son propre point de vue, supprimer l'interdiction de la législation pénale demeure une violation du droit. Une telle démarche ne serait ni juste ni nécessaire.

Le problème de la punition rétroactive ne peut se résoudre que d'après l'idée du droit telle que Radbruch l'a présentée. Les exemples de la littérature récente montrent à quel point sa conception, même aujourd'hui, est encore peu connue et répandue. Pourtant, le mérite de cet auteur est de nous apporter des enseignements d'autant plus précieux qu'ils contribuent à compenser amplement les frustrations que nous éprouvons aujourd'hui, à l'heure où l'on commence seulement à exhumer les culpabilités qui rôdaient dans le passé.

CONCLUSION

Au cours de notre analyse, nous avons vu comment, dans la philosophie de droit de Radbruch, l'idée du droit répondait à trois paramètres qui interfèrent dans la pratique juridique quotidienne : le besoin de justice, l'exigence de garantie, le souci des fins. Le respect de ces paramètres est indispensable en toute société démocratique.

G. Radbruch sait démontrer, de manière plus concrète que ne le fait J. Habermas, à quel point la bonne réglementation d'une société démocratique dépend de l'équilibre établi entre ces trois paramètres. En cela, il ne dessine pas seulement l'un des modèles les plus convaincants de la philosophie du droit moderne, mais il fournit également les moyens pour apporter une solution à l'un des problèmes les plus lourds de notre époque : celui qui consiste à juger les fautes du passé. En cette question redoutable, Radbruch souligne qu'il est inutile et néfaste de porter atteinte aux garanties conférées par le droit en adoptant, à l'instar de ce que demande le célèbre juriste et philosophe du droit H.L.A. Hart, des lois à portée rétroactive, par exemple eu égard aux crimes et méfaits du nazisme. Pour juger les actions des hommes en tant qu'ils sont des êtres raisonnables, c'est, dit Radbruch, la conscience du juste et de l'injuste qui est requise. Si donc quelque homme agit en étant conscient de l'injustice qu'il commet, son action transgresse à la fois la morale et la loi. Aussi « la formule de Radbruch » : « Résoudre

²⁴ Bernhard Schlink, *Vergangenheitsschuld and gegenwärtiges Recht*, Frankfurt, 2002, p. 120.

²⁵ Schlink, 2002, p. 113.

le conflit entre la justice et la garantie du droit en ce sens que le droit positif, assuré par la réglementation et le pouvoir, jouit de la préférence, même si, quant à son contenu, il est injuste et inadéquat à moins que la contradiction entre le droit positif et la justice atteigne une mesure tellement insupportable que la loi comme “droit non juste” doive reculer devant la justice. », est-elle loin de constituer pour la philosophie du droit une « troisième voie » qui n’aurait qu’une valeur théorique ; elle offre à la justice pénale de notre temps un mode pratique de jugement — dont, d’ailleurs, on a pu voir la mise en œuvre lors des procès intentés aux tireurs du Mur de Berlin (*Mauerschützenprozesse*). Puisse cette leçon ne pas demeurer lettre morte...

graetzel@mail.uni-mainz.de
Johannes Gutenberg Universität Mainz
D - 55099 Mainz