

JACKY HUMMEL

Nathalie Le Bouëdec,
*Gustav Radbruch, juriste de gauche sous la République
de Weimar,*

Laval (Québec), Les Presses de l'Université Laval, 2011, 447 pages.

Au sein de l'atelier doctrinal weimarien, les juristes travaillent, par-delà leurs divergences théoriques, à un même ouvrage de refondation de la science juridique. Confrontés à un présent historique sursaturé d'incertitudes politiques et de tensions idéologiques, ils sont conduits à inventer des modalités propres à conjurer la profonde crise du droit et de la légitimité de l'État qui menace alors l'avenir de la première République allemande. Dans cet effort, leurs démarches et leurs conceptions scientifiques ne peuvent, au risque de n'avoir prise sur la réalité, être défendues indépendamment de leurs engagements politiques. C'est ce monde doctrinal condamné à réinventer son alphabet conceptuel et dont la trame compose encore aujourd'hui l'économie conceptuelle de la pensée juridique publiciste, que parvient à restituer Nathalie Le Bouëdec à la faveur d'une monographie consacrée au théoricien du droit et homme politique social-démocrate Gustav Radbruch. Tout en demeurant fidèle aux principes de l'*Aufklärung* (dont l'idée de *Rechtsstaat* n'est pas sans former une des traductions les plus achevées) dont il mesure le caractère chaque jour plus anachronique, Radbruch se fait fort de défendre la démocratie sur le terrain politique tout en cherchant à lui conférer de solides assises théoriques. Alors que de jeunes juristes de gauche, tels que Ernst Fraenkel, Franz Neumann ou Otto Kirchheimer, consacrent l'essentiel de leurs travaux à la pensée constitutionnelle, Radbruch, alors déjà âgé d'une quarantaine d'années, s'avance, sur la scène weimarienne, en penseur jusnaturaliste néo-kantien. Définie dans les termes de « la doctrine du droit juste », sa philosophie du droit s'adosse à une compréhension du droit comme « science culturelle compréhensive » appelée à interpréter et à évaluer les phénomènes. Si Radbruch n'est donc pas, au premier chef, un théoricien de l'État ou du droit constitutionnel, nombre de ses écrits weimariens (sur lesquels N. Le Bouëdec se propose de porter principalement son regard) embrassent des objets du droit politique.

Le fait d'être un juriste weimarien, c'est-à-dire un juriste *de et en* crise condamné à un sens aigu de la réalité, le conduit à observer que le droit positif n'est plus, désormais, adapté aux nécessités socio-économiques ou aux impératifs éthiques du temps présent. Se donnant à voir sous la forme d'un *État populaire social*, l'ordre constitutionnel weimarien commande, en effet, un accommodement de l'ordre juridique dont toutes les règles doivent, selon Radbruch, être appliquées et interprétées à l'aune de ce nouveau modèle étatique. Comme il l'écrit, « celui à qui l'idée de [l']État populaire social est étrangère, [...] ne peut tout au plus interpréter notre droit que comme le Diable la Bible ». Cette transformation nécessaire du droit et du métier de juriste, opérée à l'aune de la réalité nouvelle de l'État populaire, exige de s'affranchir du dogme positiviste et de « l'idolâtrie du pouvoir » qui avait accompagné ce dernier sous l'Empire. Alors que le juriste wilhelminien se contentait d'appliquer aveuglement la loi et d'assimiler le droit à la volonté de l'État, le juriste weimarien, soucieux des finalités de l'ordre juridique, est invité à se soustraire d'une approche purement formaliste propre à valoriser la sécurité juridique au détriment de la notion de justice. Arrimer à nouveau le monde du droit à celui de la culture et des valeurs commande de libérer le discours juridique et politique allemand de ses pesanteurs wilhelminiennes.

Par-delà l'interrogation relative au cadre institutionnel et constitutionnel édifié, une question occupe alors grandement les esprits : comment les gouvernements peuvent-ils accomplir leur tâche historique, qui est celle d'une réconciliation d'une communauté nationale meurtrie et divisée, si les acteurs politiques ne sont pas disposés à reconnaître avec sincérité l'ordre républicain. Cette question du rapport à la constitution républicaine est particulièrement posée aux juristes dont la loyauté à l'endroit du compromis de 1919 est sans cesse mise à l'épreuve par les crises qui accablent l'ordre établi. À cet égard, Radbruch s'emploie à faire pièce à des formes minimales de loyauté, celles dont témoignent les *républicains de raison* quand ils se contentent d'observer que « le parlementarisme n'est pas la conséquence nécessaire d'une République démocratique » ou celle qu'exprime, par exemple, Friedrich Meinecke quand il admet que sa « loyauté constitutionnelle » repose sur le seul fait que la Constitution républicaine se présente, suite à l'effondrement de l'ordre politique impérial, comme le texte constitutionnel qui divise le moins les Allemands. Face à ces discours, le patriotisme défendu par Radbruch s'efforce d'inscrire la spécificité même de la République allemande au cœur d'une éducation civique. Pour N. Le Bouëdec, cet effort pour placer le contenu et l'esprit de la Constitution au cœur de la conscience nationale fait de Radbruch, selon lequel « nous célébrons dans la constitution la patrie invisible », un des précurseurs du *patriotisme constitutionnel*.

Le nouvel ordre politique commande d'appréhender l'*État de partis* et, plus largement, de penser l'articulation de l'unité et de la multiplicité. À cet égard, pour faire front aux discours de Rudolf Smend ou Carl Schmitt qui s'emploient à déconsidérer l'État populaire comme un *Parteienstaat* responsable de tous les maux de la vie politique weimarienne, Radbruch se fait fort, au contraire, de défendre ce nouveau modèle étatique. Selon lui, la posture, héritée de l'idéologie de l'État autoritaire, qui consiste à se tenir au-dessus des partis, n'est qu'une chimère. L'engagement en faveur d'un parti constitue, au contraire, le fondement même de l'éthique civique. Dans le même sens, loin de craindre un règne des intérêts égoïstes, Radbruch déplore que les partis allemands ne soient pas suffisamment des partis d'intérêts et soient trop crispés sur des principes idéologiques. En effet, leur inclination à être des *Weltanschauungspartei* (ce qu'on pourrait traduire comme des groupes politiques soucieux de défendre une certaine conception métaphysique et philosophique du monde) empêche toute politique de compromis et condamne, de ce fait, le système parlementaire à la paralysie. Ainsi, en présence d'une œuvre constituante ambivalente dans son dessein de célébrer un monde constitutionnel nouveau en le fondant sur l'héritage culturel d'un monde disparu, Radbruch interprète la crise du parlementarisme comme un problème de culture politique lié à l'absence de rupture avec l'Empire. Selon lui, l'État populaire ne saurait être autre chose qu'un *État de partis* car, au sein d'une démocratie de masse, la formation de la volonté collective est inconcevable sans organisations médiatrices propres à faire, par le combat des idées, d'une masse d'individus un *peuple politique*. Un tel peuple n'est pas une unité substantielle (C. Schmitt) ou idéale (R. Smend ou G. Leibholz), mais un ensemble pluraliste de partis partageant le même espace politique. En tant que mode de défense de la démocratie weimarienne menacée, cette théorie relativiste de Radbruch, fondée sur les principes de la majorité, de la tolérance et du combat loyal des convictions, est jugée « quelque peu utopique » par N. Le Bouëdec.

Dans le dessein d'adapter le droit public à cette nouvelle réalité de l'*État de partis*, Radbruch se montre particulièrement attentif aux tensions entre la réalité et le droit constitutionnels. Comme l'écrit N. Le Bouëdec, « la solution pour remédier au décalage défavorable aux partis politiques consiste donc à rapprocher le droit de la réalité juridique ». Instruits de l'enseignement de Lassalle selon lequel les mots écrits sur la « feuille de papier » (que constitue la constitution formelle) sont indifférents quand ils sont en contradiction avec la situation réelle des forces économiques et sociales, les juristes sociaux-démocrates sont désireux d'inscrire l'étude de la réalité constitutionnelle dans l'analyse juridique. Ernst Fraenkel considère, par exemple, qu'il convient de réaliser « une réforme constitutionnelle dans l'esprit de la constitution » au

lieu de s'en tenir à une loyauté aveugle à l'endroit de la lettre qui ne peut que conduire la démocratie à sa propre destruction.

À la lecture de cet ouvrage, on mesure combien la pensée juridique de Weimar est « une pensée de crise », c'est-à-dire, dans le sens que Jean-François Kervégan, ENS Editions, 2002, confère à cette formule, « une pensée conduite en régime d'exception » où les juristes sont confrontés à « un droit plus attentif à ce qui vient constamment déstabiliser la 'situation normale', comme si c'était aux marges de l'ordre juridique que se faisait le droit ». À l'instar des autres juristes weimariens, Radbruch est convaincu du fait que le dépassement de la crise ne peut procéder que de profonds renouvellements conceptuels et mutations politiques. À cet égard, N. Le Bouëdec montre clairement que, pour Radbruch, « puisque la crise de la démocratie est due au fait que l'on mesure la réalité sociologique de la démocratie à l'aune de son idéologie individualiste, il faut reconnaître que la démocratie ne correspond plus à son idéologie ». L'indispensable redéfinition de la démocratie parlementaire ne peut s'opérer, aux yeux du juriste néo-kantien, que par la mise en évidence d'une nouvelle idéologie « collectiviste ». Alors que le modèle traditionnel de démocratie repose sur la liberté et l'égalité, le modèle weimarien doit désormais s'adosser sur les principes de communauté, de commandement et de sélection des chefs (la mise en évidence de cette dernière question, celle posée par la nécessaire sélection des élites, apparaît surtout comme une stratégie de défense du *Bildungsbürgertum* face à la montée des masses).

Rendre intelligible le nouvel ordre politique commande également de penser le *constitutionnalisme social*. À cet égard, à la faveur des notions de *droit social* (qui désigne, selon Hugo Sinzheimer, la société sous la forme d'un mouvement, d'un procès) et d'*État de droit social* (qui permet d'imposer une lecture socialiste du compromis weimarien), la doctrine weimarienne apporte des avancées décisives. Animé par la conviction que le dépassement de la crise ne pourra s'opérer que par un effort pour concilier défense de la démocratie et réforme sociale du droit, Radbruch oppose à l'idée libérale du droit la nouvelle « idée sociale du droit » qui, parce qu'elle prend en compte les inégalités sociales et l'appartenance de l'individu à des groupes, présente un plus grand degré d'adéquation entre la forme et le matériau juridique. La théorie du droit social (un droit qui, selon Radbruch, se fonde moins sur l'égalité que sur l'égalisation) est la manifestation d'une nouvelle culture juridique sociale-démocrate. L'ouvrage de N. Le Bouëdec permet de voir que la réception d'une telle culture s'opère non sans ambiguïtés : d'un côté, Radbruch insiste, dans la continuité de Menger, sur la nécessité, pour les socialistes, d'élaborer une théorie juridique, mais, de l'autre, il rejette un

socialisme juridique qui nie le rôle décisif des facteurs socio-économiques dans le dépassement du capitalisme. Par exemple, dans les articles qu'il consacre au droit pénal en 1932 et 1933, un discours politique résolument libéral se retrouve juxtaposé à l'affirmation de la « démocratie collectiviste ». En effet, pour Radbruch, le droit social trouve ses frontières dans les droits de l'homme (les libertés individuelles conservent une primauté face à tous les droits communautaires). Les développements consacrés dans l'ouvrage à ces points ont le grand mérite de montrer que le discours juridique de gauche se définit, sous Weimar, autant par les défis qu'il doit relever (proposer une solution à la crise du droit dans le cadre de la constitution, donner une légitimité à la démocratie pluraliste) que par les ambiguïtés qui l'accompagnent. Si Radbruch défend une conception qualifiée de *socialisme éthique*, il demeure pourtant éloigné d'un socialisme reposant sur l'impératif catégorique kantien et centré sur l'individu. Il se montre surtout soucieux de donner au socialisme une dimension philosophique et culturelle en s'engageant en faveur d'une communauté fondée sur une culture commune, c'est-à-dire subordonnée à l'existence d'un but commun.

La postérité dont jouit la philosophie du droit de Radbruch campe ce dernier en « positiviste repentant devant l'autel du droit naturel ». En effet, instruisant, dans un article retentissant de 1946 qui marque comme un partage des eaux du discours juridique allemand du siècle dernier, le procès du positivisme juridique qui aurait, en quelque sorte, rendu possible la criminalité légale de l'État nazi, Radbruch défend la thèse que le droit positif perd sa validité dans le cas où il est en trop forte contradiction avec l'idée de justice. Il rejoint par là l'affirmation kantienne selon laquelle le droit positif n'a de validité que dans la mesure où il peut se fonder sur des principes rationnels. Si cette thèse a fait l'objet de critiques (par exemple, H. L. A. Hart, défendant l'idée que la validité des règles juridiques est indépendante de leur appréciation morale, considère que le fait de protester « contre le mal dans le droit en affirmant que certaines règles ne sont pas du droit en raison de leur iniquité morale » conduit à affaiblir toute « critique morale »), elle nous invite surtout à nuancer l'idée d'une condamnation du positivisme (comme l'a montré J.-F. Kervégan, *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 2, 2010, la conviction profonde du positivisme est que « le règne de la loi (positive) ne se justifie que dans la mesure où cette loi incarne la raison publique »).

Par-delà cette célèbre conversion de Radbruch au jusnaturalisme au lendemain de la *catastrophe allemande*, l'invariance de ses positions philosophiques l'inscrit dans la tradition du rationalisme de l'*Aufklärung* et du néokantisme, tradition empreinte, sous

sa plume, des enseignements wébériens de la sociologie historiciste et de la neutralité axiologique. Les écrits des années weimariennes reprennent la définition du concept de droit déjà formulée dans les *Grundzüge der Rechtsphilosophie* de 1914 : le droit est ce qui se rapporte à l'idée de droit, « la réalité dont le sens est de réaliser l'idée de droit ». La prégnance néo-kantienne de sa pensée s'exprime tout particulièrement dans la distinction qu'il établit entre l'étude de la réalité du droit (*Rechtswirklichkeitsbetrachtung*) et celle de la valeur du droit (*Rechtswertbetrachtung*). Reposant sur cette dernière étude, la philosophie du droit se présente comme la « théorie du droit 'juste' ». À l'aune d'une telle définition, Radbruch dénonce une « euthanasie » de la philosophie du droit, remplacée par une théorie générale du droit purement empirique évacuant la question des valeurs. Tout au long de son œuvre, il ne se départit jamais d'une conception relativiste du droit qui le conduit à affirmer l'impossibilité de la connaissance du droit juste et à reconnaître l'impuissance de la justice, idée purement formelle, à conférer un fondement matériel au droit. C'est justement l'aveu de cette impossibilité qui l'éloigne, sous Weimar, des nouvelles conceptions idéalistes et métaphysiques : un souci récurrent de ses écrits consiste, en effet, à faire le départ entre ce qui peut être un objet de connaissance (*Erkenntnis*) et ce qui relève d'une profession de foi (*Bekanntnis*). Ainsi, dans la mesure où « quelqu'un doit fixer ce qui doit être de droit », « celui qui parvient à imposer le droit prouve, par là même, qu'il est appelé à fixer le droit » (N. Le Bouëdec parle, à cet égard, de la « composante décisionniste » d'une telle théorie de la validité). À cet égard, Radbruch prend soin de préciser qu'une norme instituée n'est pas valide parce qu'elle parvient à s'imposer, mais seulement lorsqu'elle parvient à s'imposer (en ce qu'elle garantit alors la sécurité juridique). Le fondement de la validité procède non pas de l'efficacité des normes, mais de la sécurité juridique que ces dernières assurent. Toutefois, cette garantie de la sécurité juridique n'est pas le dernier mot de la légitimation du droit positif : il ne saurait y avoir, dans la pensée de Radbruch, une *absorption totale de la légitimité dans la légalité*.

Par cette monographie exemplaire où la maîtrise savante de sources disparates (articles, discours politiques, lettres, ouvrages) est au service d'une réflexion alerte qui parvient toujours à se tenir à bonne distance critique de l'œuvre étudiée, Nathalie Le Bouëdec dessine, en ombre portée, le portrait non seulement d'un des plus célèbres juristes weimariens, mais également celui d'un monde doctrinal où les discours juridiques sont étroitement enchâssés dans les cultures intellectuelles. À cet égard, l'attention portée à un juriste de gauche, soucieux de rappeler que le droit relève d'un « étrange entre-deux » où des faits sont rapportés à des valeurs, permet de déplier toutes les conséquences de cet enchâssement. Grâce aux qualités déployées par l'ouvrage pour être lu comme un travail de *culture juridique*, fait impression sur le lecteur l'étrangeté

du moment doctrinal weimarien qui procède de la nature complexe, toujours fuyante et en mouvement, des liens alors tissés entre discours juridique et engagement politique. Confrontés au régime de l'anormalité, à une obsolescence accélérée des concepts, à une dissymétrie entre la réalité politique et les discours théoriques censés l'expliquer, les juristes semblent sans cesse à la recherche d'une exacte correspondance entre les idées, les engagements et les faits observés. La crainte de penser à contretemps emporte alors, au carrefour des traditions culturelles et juridiques, une abondance et une inventivité doctrinales tout à fait saisissantes. En effet, à l'instar des toiles du peintre weimarien George Grosz qui représentent la grande ville comme un espace exigü où se cristallisent tous les problèmes humains de la modernité, la doctrine juridique weimarienne se présente comme un espace d'attention et d'approfondissement théorique où se rencontrent, concentrées en une courte période et portées à incandescence, toutes les questions du droit public moderne.

De surcroît, le lecteur ne peut qu'être sensible à l'importance que les juristes accordent alors à la question de la tâche culturelle qui doit leur revenir (tâche que Radbruch définit par la formule suivante : « l'esprit de Lessing contre les hommes de l'obscurité »). À cet égard, à un moment où il importe de prouver que l'ordre républicain n'est pas un corps étranger dans l'histoire allemande, Radbruch se montre soucieux de faire du droit un élément intégrateur et constitutif de la conscience nationale. Dans la mesure où l'éducation civique comprend l'État non point comme un ordre composé d'une simple réunion de normes juridiques, mais comme un ordre situé « dans la sphère de l'être (*Seinsgebilde*) », l'objet d'étude qu'il convient de privilégier n'est pas le texte constitutionnel en vigueur, mais une réalité constitutionnelle riche de devoirs et de valeurs. Dans le contexte weimarien, la mission civique et scientifique confiée aux juristes et professeurs de droit revêt un caractère immanquablement politique : avec des accents dont l'écho peut encore nous parvenir, Friedrich Meinecke définit cette mission comme un effort pour intégrer « les valeurs de l'aristocratie intellectuelle » à la démocratie politique « afin de l'ennoblir et de la protéger de la dégénérescence ».

Jacky Hummel

Professeur agrégé de droit public à l'Université Rennes 1. Il est l'auteur notamment de : *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918) : Le modèle allemand de la monarchie limitée*, Paris, P.U.F. (collection Léviathan), 2002 ; *Carl Schmitt. L'irréductible réalité du politique*, Paris, Michalon (collection Le bien commun), 2005 ; *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris, Michel Houdiard (collection Les sens du droit), 2010.