

Carlos M. Herrera

DROIT ET GAUCHE

POUR UNE IDENTIFICATION

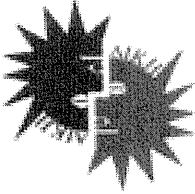


Collection Dikè

Les Presses de l'Université Laval

DIKÈ

Collection dirigée par Josiane Boulad-Ayoub et Bjarne Melkevik



« Le soleil ne transgressera
pas son orbe (*métra*).

Ou alors les Érinyes, aides de
la justice, le découvriront »

(Héraclite, *Aphorisme* 94)

Les Érinyes, déesses de la vengeance, dont Héraclite fait les auxiliaires de la justice, se métamorphosent à la fin de l'*Orestie* d'Eschyle en bienveillantes Euménides. Fille de Thémis dans la mythologie, DIKÈ, alliée cependant aux nouvelles divinités Athéna et Apollon, s'humanise dans la tragédie, se laïcise, se politise en s'associant aux progrès de la démocratie, du débat juridique et politique, du développement des lois.

DIKÈ n'était pas, à Athènes, la mimésis d'une essence de la justice, elle était à la fois l'idée abstraite du droit et, sous de multiples formes, l'action judiciaire.

La collection « DIKÈ », comme la Pnyx et l'Agora athéniennes, offre un espace public, un lieu de rencontre pour des penseurs venus d'horizons et de disciplines différents, du droit, de la philosophie du droit, de la philosophie politique, de la sociologie, prêts à débattre des questions juridiques urgentes et disposés à une critique aussi polymorphe et diverse que les structures complexes du droit contemporain qu'ils tenteront de mettre à jour. Penseurs persuadés que DIKÈ, élevée à la dignité autonome du concept, est toujours enchaînée au juste et à l'injuste et que, privée de déterminations concrètes, la justice n'est qu'une forme vide. Persuadés aussi que l'ambivalence des structures juridiques invite à procéder à une enquête sur la généalogie des formes historiques du droit.

DROIT ET GAUCHE

POUR UNE IDENTIFICATION

CARLOS M. HERRERA

DROIT ET GAUCHE

POUR UNE IDENTIFICATION

LES PRESSES DE L'UNIVERSITÉ LAVAL

Les Presses de l'Université Laval reçoivent chaque année du Conseil des Arts du Canada et de la Société d'aide au développement des entreprises culturelles du Québec une aide financière pour l'ensemble de leur programme de publication.

Nous reconnaissons l'aide financière du gouvernement du Canada par l'entremise de son Programme d'aide au développement de l'industrie de l'édition (PADIE) pour nos activités d'édition.

Maquette de couverture : Chantal Santerre

ISBN 2-7637-7987-5

© Les Presses de l'Université Laval 2003

Tous droits réservés. Imprimé au Canada

Dépôt légal 3^e trimestre 2003

Distribution de livres Univers
845, rue Marie-Victorin
Saint-Nicolas (Québec)
Canada G7A 3S8
Tél. (418) 831-7474 ou 1 800 859-7474
Télec. (418) 831-4021
<http://www.ulaval.ca/pul>

Je ne crois que les histoires dont
les témoins se feraient égorger.

Pascal

TABLE DES MATIÈRES

Introduction : d'un entre-deux du droit et du politique	1
1. Jean Jaurès et l'idée de droit social	9
2. Socialisme juridique et droit administratif	29
3. Socialisme juridique et droit naturel. À propos d'Emmanuel Lévy	65
4. L'État, le droit, le compromis. Remarques sur les conceptions politico-juridiques de la social-démocratie à Weimar	81
5. Constitution et social-démocratie à Weimar. Pour une périodisation	97
6. La social-démocratie et la notion d'État de droit à Weimar	117
7. Compromis politique et théorie juridique chez Gustav Radbruch	147
8. Hermann Heller, constitutionnaliste socialiste	173
9. Politique de l'empirisme ? Démocratie, technologie, socialisme chez Alf Ross	187

INTRODUCTION

D'UN ENTRE-DEUX DU DROIT ET DU POLITIQUE¹

Pour introduire aux textes réunis dans ce volume, deux chemins semblaient se présenter devant nous : tirer une synthèse générale des différents articles ou tenter une explicitation des quelques fondements méthodologiques qui les animent, en sachant que tant dans un cas comme dans l'autre, nous ne pourrions pas nous prévaloir d'une quelconque arrivée définitive. C'est la dernière voie, dans l'esprit d'une halte brève et provisoire, que nous tâcherons d'emprunter ici, laissant peut-être à un ouvrage postérieur la tâche d'une reconstruction des conclusions déjà présentes dans les études qui suivent.

T. W. Adorno écrivait dans sa *Dialectique négative* qu'on avait une sorte de droit à la philosophie, du moment où sa réalisation était manquée. Existerait-il un analogue « droit à l'histoire » ? Je réponds oui : on a droit de s'emparer de l'histoire – en juriste-théoricien. À vrai dire, je m'avoue presque surpris de la place que les recherches historiques tiennent dans les textes qui suivent. Aussi, convient-il de préciser la portée.

Partons alors d'un fait : le droit a sans doute un passé mais les juristes n'aiment pas l'histoire. En tout cas, ils n'aiment pas (se) rappeler que le droit est – comme le disait Lassalle et le savait Kelsen –, l'expression d'un rapport

1. Ce texte résume quelques idées exposées le 28 février 2000, à l'occasion de mon habilitation à diriger des recherches à l'Université de Cergy-Pontoise. D'autres parties ont été déjà publiées pour introduire à deux ouvrages collectifs issus de mon séminaire de recherches dans la même université (« Droit et gauche. Sur une recherche », in Carlos Herrera (sous la direction de) *Les juristes de gauche sous la République de Weimar*, Paris, 2002 ; « Le droit, la gauche, la doctrine », dans *Les juristes devant le politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la IIIe République*, Paris, 2003.

de forces. Quand le droit revient en arrière, ce n'est plus l'histoire qui l'intéresse, mais le « précédent », la « coutume », les « travaux préparatoires », la « volonté du législateur », bref, ses propres conceptualisations. L'histoire peut servir ainsi de détour, mais elle ne constitue pas l'axe au sens d'assumer que le droit est issu d'un processus historique réel. Or ceci est d'autant plus important que le droit ne peut être identifié par un but propre, par la réalisation d'un contenu ou d'une valeur déterminés – « le droit n'est que la forme de tous les contenus possibles » pour rappeler encore Kelsen. Le droit est la technique du social et, de ce fait, constitue également sa mesure, car son contenu renvoie toujours à un rapport et à un conflit d'intérêts sociaux déterminés, dont le règlement n'exprime que la satisfaction d'un des intérêts ou un compromis entre eux. De ce point de vue, le droit présente un caractère historique, ce qui veut dire non pas qu'il est le fruit d'un passé, mais l'expression de ce rapport de forces, fixé, certes, mais pas figé².

Un problème méthodologique se pose alors : comment traiter cette relation sociale sans perdre de vue la spécificité normative du droit, c'est-à-dire sa grammaire constitutive, sa logique propre, dont l'oubli émousse tant d'analyses, au demeurant intéressantes, des sociologues, politistes et historiens qui ont fait du droit et des juristes des objets privilégiés de leurs investigations depuis une bonne décennie. Il ne s'agit pas de faire une histoire (sociale) du droit – encore moins du corps des juristes –, mais d'en assumer sa portée en théorie. Car, comme le dit Reinhart Koselleck, « seule la mise en évidence de la profondeur diachronique du concept révèle des changements structurels à long terme »³. Par ce biais du moins, les textes qu'on va lire ici se placent dans ce point de convergence entre concept et histoire. Des concepts (juridiques) pour lesquels E. W. Böckenförde a forgé l'expression lumineuse de *Schleusenbegriffe*, des notion-sas, pour se référer aux concepts de droit (public) à travers desquels certaines idées politiques prennent une signification juridique⁴. Des idées en mouvement dont le sens n'est déterminable que dans l'histoire.

2. Sur le rapport droit, social et histoire, voir l'essai devenu classique d'E. W. Böckenförde, « L'école historique du droit et le problème de l'historicité en droit » (1964), trad. franç. dans *Le droit l'État et la constitution démocratique*, Paris 2001, notamment pp. 66-69.

3. Voir les études réunies dans R. Koselleck, *Le futur passé. Contribution à la sémantique des temps historiques* (1979), trad. franç., Paris, 1990, et notamment « Histoire des concepts et histoire sociale ».

4. E. W. Böckenförde, « Naissance et développement de la notion d'État de droit » (1969), maintenant dans *Le droit l'État et la constitution démocratique, cit.*, p. 127-128. Voir aussi sur ce point la préface d'O. Jouanjan à cette traduction, notamment, p. 18, p. 127 n.

À ce niveau, il semblerait difficile d'opérer une rupture complète entre histoire des concepts et histoire de la pensée (juridique et politique), car la signification d'un concept, « ses transformations par glissements », sa « structure étagée de significations », pour parler la langue de la *Begriffsgeschichte*, ne peuvent pas se comprendre sans une référence à des courants qui sont les émetteurs des contenus langagiers, les (f)acteurs des significations. Koselleck et ses disciples avaient fait référence à ces conceptions politiques sous la forme de « néologismes » – du type « socialisme », « conservatisme », « libéralisme », « fascisme ». Ils se définissent comme un type de concepts « qui surgissent à certains moments, en réaction à des situations politiques ou sociales données, dont ils cherchent à retenir ou à provoquer la nouveauté ». Autrement dit, ces courants politiques ne seraient que des concepts d'un certain type. Mais il faudrait peut-être souligner ici que s'ils surgissent dans une histoire, la dimension pragmatique de ces concepts s'absolutise : le projet de les utiliser à certains fins façonne, de manière spécifique et plus ou moins systématique, ses significations. Les courants politiques – comme un ensemble de propositions qui activent une vision du monde – instaurent ici un processus qui investit la signification des concepts juridiques, leur donnant un certain ordre.

En fait, dans son programme pour une histoire conceptuelle, Koselleck va au-delà de déterminer une méthodologie : il établit aussi une matrice heuristique temporelle, parlant d'un *Sattelzeit* – mot difficile à rendre en français, peut-être un « temps anticlinal », pour garder la référence géologique si importante chez le penseur allemand –, qu'il situe entre 1750 et 1850, dans lequel les concepts modernes reçoivent leur signification actuelle dans la culture européenne, marqués par la temporalité, l'idéologisation, la démocratisation et la politisation que leur donnent la Révolution française et la révolution industrielle. Une recherche sur des concepts du droit public doit peut-être se décaler légèrement de ce moment historique. Plus précisément, se situer après cette date charnière de 1848, un moment où des concepts comme « constitution », « droits de l'homme », « État de droit » connaissent un tournant, une transformation décisive, commençant à perdre leur charge révolutionnaire et devenant par là, *juridiques*. Ce qui ne veut pas dire qu'ils deviennent apolitiques : bien au contraire, détachés d'un projet précis d'utilisation, ils peuvent devenir l'objet de toutes les appropriations, l'enjeu des luttes de significations (politiques)⁵. Ce n'est donc qu'après

5. A contrario, la thèse de J. Donzelot, pour qui 1848 marque l'éclatement de la capacité consensuelle du droit, dans *L'invention du social* (1984), Paris, 1994. Mais l'opposition semble plus apparente que réelle.

l'échec du projet constitutionnel en 1848-1850 que les concepts juridiques étalent la construction des significations qui nous retrouverons à l'oeuvre tout au long du XX^e siècle. En particulier, ils apparaissent comme droit constitutionnel positif après 1917, poussés par ce grand accélérateur qu'est la Révolution bolchevique, et dont l'importance pour la pensée juridique mérite d'être un jour déterminée.

Nous voici dans un espace spécifique qu'on appellera, faute de mieux, de l'entre-deux du droit et du politique. Il est ce lieu de jonction dans lequel le juridique et le politique retrouvent une spatialité conceptuelle commune, une interface qui n'a pas d'entité autonome en dehors des deux champs qui leur donnent son existence. Cet entre-deux a une dimension théorique propre, qui constitue à nos yeux tout son intérêt : l'articulation entre les conceptions politiques au sens propre (conservatisme, libéralisme, socialisme) et les concepts juridiques, une connexion qui s'illustre notamment dans des notions comme « constitution », « État de droit », « droits fondamentaux », « propriété », etc. C'est dans ce lien caractéristique entre courant politique et concept juridique que s'inscrivent les doctrines juridiques au sens le plus systématique du terme (positivisme, normativisme, solidarisme, décisionnisme, etc.). Et c'est justement à ce niveau que l'intrication droit/politique peut être éclairé, là où elle se présente conceptualisée, systématisée. Les doctrines de droit public offrent une lisibilité exemplaire, on pourrait dire primaire, de cet entre-deux – « tout droit est public, parce que tout droit est social » écrivait Durkheim. Mais cela ne veut pas dire, bien entendu, que le droit privé en serait exempt : bien au contraire.

L'appropriation théorique de l'entre-deux du droit et du politique se présente dans l'histoire de la pensée juridique comme une démarche interne, systématique. Nous sommes ainsi devant des conceptions qui essaient de rendre compte des phénomènes politiques au sens propre, tout en se plaçant dans un champ théorique et institutionnel juridique. En ce sens, j'ai proposé ailleurs l'expression de « théories juridiques du politique », car il s'agit des approches qui abordent le (des) phénomène(s) politique(s) depuis le juridique, tout en revendiquant l'autonomie épistémologie de la « science du droit ». Si ces théorisations peuvent emprunter à un moment ou à un autre des notions et parfois même une dimension de réflexivité propre à la philosophie politique, prise dans l'ampleur spéculative de cette discipline, elles se déploient sur des institutions juridiques, des régulations normatives positives. Ces conceptions se révèlent comme des théories juridiques du politique dans plusieurs sens, mais il y en a un, surtout, plein : elles abordent le politique par le biais exclusif, ou du moins privilégié, de l'institutionnel, et plus parti-

culièrement de l'État. Le juridique est, au fond, plus qu'un point de départ, il est aussi un horizon. C'est pourquoi le droit est souvent associé à une attitude conservatrice⁶.

On comprendra mieux en tout cas cette préoccupation pour la doctrine juridique, pour « des contenus exprimés par le langage », plutôt que pour le droit lui-même. Partir des institutions juridiques présente, au regard de cette recherche, moins d'intérêt, car celles-ci sont, par définition, « politiques », c'est-à-dire le produit direct d'une volonté, d'un dessein, d'un compromis politiques qui ne se cachent pas – même si on l'oublie après. Si la signification qu'on donne à ces mêmes institutions – dans la doctrine, donc – constitue le centre de notre problématique c'est parce que, justement, entre le droit et sa théorisation, il n'y a jamais d'immédiateté ; il y a déjà un espace et même une césure ne serait-ce qu'au niveau du langage. Un espace qui relie aussi bien qu'il sépare, mais qui n'est jamais vide. Et c'est le droit qui investit le politique avec ses concepts propres, ce qui explique aussi une prise de distance avec ses analyses purement historiques ou purement sociologiques.

C'est bien la démarche, et non pas le contenu de leurs propositions théoriques propres, qui permet d'étudier, comme nous le faisons ici, des juristes aussi différents que Gustav Radbruch, Alf Ross ou Emmanuel Lévy sous cet angle. Il ne s'agit pas de la part de ces juristes d'une sorte de démarche inconsciente ou encore cachée ; au contraire, ils semblent tentés, parfois, de donner même un début de systématisation à leurs analyses. Déjà un Léon Duguit écrivait que « les phénomènes politiques sont ceux qui se rapportent à l'origine et au fonctionnement de l'État : ce sont essentiellement des phénomènes juridiques ». C'est encore pour cette raison que Kelsen soulignait clairement que « la théorie politique (...) est essentiellement une théorie de l'État »⁷.

Puisque l'entre-deux dont il est question ici ne se réduit pas au simple engagement partisan du juriste, ce dernier ne doit pas être absolutisé, à risque de ruiner la spécificité théorique de cette articulation et, surtout, placer le politique dans le seul contexte. Il y a bien un entre-deux, pas une superposition des sphères. Certes, ces conceptions soutiennent souvent, par leurs réflexions juridiques, de manière plus ou moins ouverte, des visées partisans, qui débordent le cadre d'une doctrine du droit, et comme nous le verrons en particulier chez les auteurs étudiés ici. On connaît la thèse de

6. Voir mes remarques dans « Droit et gauche ... », cit., p. 7-8.

7. Sur le rapport au politique d'une théorie pure, voir C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris 1997.

Carl Schmitt selon laquelle toute théorisation (juridique) est polémique, c'est-à-dire politique. Elle a été radicalisée récemment par Olivier Beaud qui soutient que « le juriste publiciste (...) est appelé – à un moment donné ou à un autre, et *qu'il le veuille ou non* – à défendre une cause politico-juridique. En d'autres termes, la doctrine juridique *est toujours* – peu ou prou, consciemment ou *inconsciemment* – une doctrine militante »⁸. Là où Schmitt semblait voir une intention politique (y compris chez celui qui se dit « positiviste »), Beaud voit une action, même inconsciente – tout juriste est un légiste. Mais même l'existence d'un primat du politique sur le théorique ne signifie pas forcément qu'il y ait toujours « militance », qui suppose un engagement d'un certain type, une action, sauf à penser en une militance non consciente, non volontaire, ce qui me semble presque une *contradictio in terminis*. Surtout, cette thèse d'une surpolitisation risque de déboucher, comme c'est parfois le cas chez certains politistes, dans une sorte de sociologisme pour lequel l'engagement (non seulement partisan) primerait sur la conceptualisation (juridique). Or, ce n'est pas que l'usage externe qui donne la dimension politique à ces concepts.

Et encore : dire pourquoi les juristes font ce qu'ils font n'épuise pas les questions de comment ils le font et, surtout, qu'est-ce qu'ils disent. L'intérêt de cette enquête, on l'aura compris, réside donc non pas dans le fait de signaler les sympathies politiques (au sens de partisan) de certains juristes, car il n'y a pas forcément de transparence, d'homologie entre les concepts juridiques et certains choix politiques, mais dans celui de faire ressortir les ancrages théorico-politiques des conceptualisations juridiques. Au demeurant, les deux niveaux ne coïncident toujours pas forcément, même chez des juristes engagés ; plus encore, l'aspect conceptuel peut déborder l'aspect militant et même le surdéterminer – comme nous avons tenté de le démontrer à propos des conceptions de Radbruch et son influence sur les positions de la SPD weimarienne. En outre, la surpolitisation empêcherait de bien saisir le mouvement de transfert, de circulation des concepts qui se produit entre des juristes aux vues politiques opposées, un phénomène particulièrement significatif dans le domaine juridique, où l'on retrouve une stabilisation notionnelle plus importante qu'ailleurs du fait du référant du droit positif.

Les saillies de cet entre-deux du droit et du politique, sa complexité apparaissent tout particulièrement dans l'appropriation du droit par les courants politiques de gauche, car les tensions d'un discours qui fonctionne par la stabilisation, la fixation, la codification des relations (humaines, sociales),

8. O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris, 1994, p. 21 (nous soulignons).

dynamiques, mobiles, conflictuels « par nature » sont portées à l'incandescence par des juristes qui assument ce rapport entre l'établi des institutions et le dynamisme des rapports humains. Plus encore qu'une illustration, cette recherche nous permet une identification d'un courant oublié, du moins dans sa spécificité théorique, que j'ai désigné par la catégorie, sans doute trop vague, de « juriste de gauche »⁹.

On ne sera guère surpris de constater que les textes qui suivent portent, pour l'essentiel, sur une période précise, qui opère comme un vecteur des concepts juridiques nouveaux. Et sur une confrontation précise : celle de la pensée juridique saisie (positivement) par le socialisme. Cela explique aussi que les courants que ces essais explorent, du socialisme juridique à Alf Ross en passant par les juristes sociaux-démocrates sous Weimar, ont souvent été dénoncés par leurs accoutumances avec la sociologie, avec le monde des faits. On pourrait dire que leur point de rencontre se situe, au-delà de ses divergences théoriques, dans cette volonté de prise théorico-juridique sur la réalité sociale, qui s'exprime parfois par des principes épistémologiques, mais, surtout, par des positionnements politiques du droit. On l'a vu : qui dit rapport, parle changement.

* * *

Les textes qu'on va lire sont issus d'une recherche commencée en 1995, à Buenos Aires et à Fribourg. Certaines institutions m'ont apporté leurs précieux concours dans ce parcours et je leur suis redevable : le programme d'aide post-doctorale de la Direction de la Recherche du Ministère français de l'Éducation nationale, qui a subventionné une première tranche des travaux en 1997, la Friedrich Ebert-Stiftung de Bonn, qui m'a accueilli en septembre-octobre 1998, le Centre de philosophie juridique et politique de l'Université de Cergy-Pontoise, où j'ai pu organiser, dès 1999, un séminaire de recherches sur ce thème, et dans lequel j'ai présenté oralement certains de ces textes.

Les essais sont repris ici tels qu'ils ont été publiés originellement, tantôt légèrement augmentés (quant les contraintes éditoriales m'avaient poussé à la coupure), tantôt avec quelques coupures (afin d'éviter autant que possible les inévitables répétitions). Je remercie les éditeurs qui ont accueilli une première fois ces travaux de m'autoriser à les reprendre ici. Je suis très reconnaissant à Bjarne Melkevik d'avoir eu l'idée de ce livre et d'en avoir fait tout le nécessaire pour assurer sa réalisation.

9. Voir C. M. Herrera « Le droit, la gauche, la doctrine », dans *Les juristes devant le politique...*, *op. cit.*

ORIGINE DES ARTICLES

1. « Jean Jaurès et l'idée de droit social », *Cahiers Jean Jaurès*, n° 156, 2000, pp. 79-92.
2. « Socialisme juridique et droit administratif », *Influences et réceptions mutuelles du droit et de la philosophie en France et en Allemagne*, Francfort : Klostermann, 2001, pp. 405-444.
3. « Socialisme juridique et droit naturel. A propos d'Emmanuel Lévy », *Les juristes devant le politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la IIIe République*, Paris : Kimé, 2003.
4. « L'État, le droit, le compromis. Remarques sur les conceptions politico-juridiques de la social-démocratie à Weimar », *Actuel Marx*, 23, 1998, pp. 59-75.
5. « Constitution et social-démocratie. Pour une périodisation », *Les juristes de gauche sous la République de Weimar*, Paris : Kimé, 2002, pp. 27-48.
6. « La social-démocratie et la notion d'État de droit à Weimar », *Figures de l'État de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Strasbourg : Presses Universitaires, 2001, pp. 343-372.
7. « Compromis politique et théorie juridique chez Gustav Radbruch », *Revue française d'Histoire des idées politiques*, n° 11, 2000, pp. 113-134.
8. « Hermann Heller, constitutionnaliste socialiste », *Les juristes de gauche sous la République de Weimar*, Paris : Kimé, 2002, pp. 69-84.
9. « Politique de l'empirisme ? Démocratie, technologie, socialisme chez Alf Ross », *Droit et Société*, n° 50, 2002, pp. 69-78.