

LA PHILOSOPHIE DU DROIT DE GUSTAV RADBRUCH*

par Manon THIVIERGE**

La philosophie du droit du juriste allemand Gustav Radbruch constitue le sujet de cet article. L'objectif premier de celui-ci est de mettre en lumière une oeuvre philosophique fascinante, malheureusement très peu connue dans le monde juridique francophone.

Notre travail se divise en deux parties principales, lesquelles sont précédées d'une brève biographie de Gustav Radbruch.

La première partie est consacrée à l'examen de la philosophie antinomique du droit développée par Radbruch avant la Seconde Guerre mondiale. C'est à travers son oeuvre principale « Rechtsphilosophie » que nous nous proposons d'analyser la portée ainsi que les limites de cette philosophie.

Nous nous intéressons, en seconde partie, à l'évolution de la philosophie de Radbruch après les événements survenus en Allemagne pendant la seconde guerre mondiale.

Enfin, nous nous interrogeons sur la pertinence d'introduire des notions de droit naturel à l'intérieur de son système philosophique relativiste.

The works of one of the most eminent German legal philosophers of the twentieth century, Gustav Radbruch, is the subject of this article. The objective of this paper is to cast light on a fascinating philosophy which is unfortunately less well known in the French legal community.

The paper is divided in two parts. They are preceded by a brief biography of Gustav Radbruch.

The first part examines the antinomic legal philosophy elaborated by Radbruch before the Second World War. The author

* Ce texte a été présenté dans le cadre du Prix Chénier Picard de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

** Avocate, Secteur fiscal, Heenan Blaikie.

analyzes the significance and limits of this philosophy through the study of Radbruch's main work "Rechtsphilosophie".

In the second part, the author examines the evolution of Radbruch's legal philosophy following the events that occurred in Germany during the Second World War.

Finally, the author considers the relevance of introducing natural law within Radbruch's relativist philosophical system.

SOMMAIRE

| | |
|---|-----|
| INTRODUCTION | 386 |
| PREMIÈRE PARTIE — LA PHILOSOPHIE DU DROIT DE RADBRUCH AVANT LA SECONDE GUERRE MONDIALE | |
| A. Philosophie antinomique du droit | 388 |
| B. Commentaires sur la philosophie antinomique | 401 |
| DEUXIÈME PARTIE — LA PHILOSOPHIE DU DROIT DE RADBRUCH APRÈS LA SECONDE GUERRE MONDIALE | |
| A. Renaissance du droit naturel | 403 |
| B. Évolution ou révolution de la philosophie légale de Radbruch | 410 |
| CONCLUSION | 412 |

INTRODUCTION

Aussi récemment qu'à la fin de la Seconde Guerre mondiale, la pensée de Gustav Radbruch était pratiquement inconnue dans le monde juridique anglo-américain. Cependant, depuis le décès de Radbruch en 1949, un intérêt s'est développé chez les auteurs occidentaux anglophones.

Ce phénomène est probablement dû au fait que son oeuvre principale *Rechtsphilosophie* ne fut traduite qu'en 1950¹; par la suite, nombre d'auteurs ont pu apprécier à sa juste valeur la contribution de Radbruch. Ainsi, Roscoe Pound était d'avis que Radbruch était «the foremost philosopher of law [of his] generation»² alors que E. Bodenheimer le considère comme «the most eminent German legal philosopher of the pre-Hitler period»³. Wolfgang Friedmann, qui s'est particulièrement intéressé à la philosophie juridique de Radbruch, estime que ce dernier «has remained the dominating figure in post-war Continental and German legal philosophy»⁴. Enfin, l'importance de son oeuvre est démontrée par la place qu'elle occupe dans la discussion entre les professeurs H.L.A. Hart⁵ et Lon L. Fuller⁶.

À notre avis, ce qui rend l'oeuvre de Radbruch si fascinante c'est le lien étroit entre sa philosophie et sa vie privée; c'est un penseur qui s'est toujours efforcé d'appliquer ses convictions personnelles à sa conduite de tous les jours.

Gustav Lambert Radbruch est né à Luenbeck en 1878, alors que l'Allemagne se trouvait en période de prospérité et d'orgueil national grandissants⁷. Après avoir complété ses études en droit à

-
1. *20th Century Legal Philosophy Series*, vol. IV., «Legal Philosophies of Lask, Radbruch & Dabin» traduit par K. Wilk, Cambridge, Harvard University Press, 1950, 49-225.
 2. R. POUND, *Justice according to law*, 1951, p. 19, cité dans J. STONE, *Human Law and Human Justice*, Londres, Stevens & Sons Ltd, 1965, p. 258.
 3. E. BODENHEIMER, «Significant Developments in German Legal Philosophy since 1945», (1954) 3 *Am. Journal of Comp. Law* 380.
 4. W. FRIEDMANN, «Gustav Radbruch», (1960) 14 *Vanderb.L.Rev.* 191.
 5. H.L.A. HART, «Positivism and the Separation of Law and Morals», (1958) 71 *Harv.L.Rev.* 593.
 6. L.L. FULLER, «Positivism and Fidelity to Law-A Reply to Professor Hart», (1958) 71 *Harv.L.Rev.* 630.
 7. C'est d'ailleurs au cours de ces années de paix et de sécurité que la philosophie légale du positivisme — la loi c'est la loi, c'est-à-dire qu'elle doit

Leipzig et Berlin pour y obtenir deux doctorats en philosophie du droit, il accepte un poste d'enseignant en droit à Koenigsberg. À l'âge de trente-six ans, ce pacifiste s'enrôle dans l'armée pour connaître lui-même les horreurs de la guerre. À son retour des tranchées d'Alsace, il adhère au parti socialiste et est subséquemment nommé ministre de la Justice en 1921. En 1926, on lui offre ce même portefeuille pour un troisième terme, mais il décline cette offre pour retourner à son premier amour: la vie académique, à l'Université de Heidelberg.

C'est au cours de ces années d'enseignement et de vie politique qu'il développe la structure et l'essence de sa théorie antinomique du droit⁸, théorie qui constitue à notre avis sa plus grande contribution au domaine juridique.

Puis en 1933, à la suite de l'accession au pouvoir d'Hitler, Radbruch est démis de ses fonctions pour le motif que «his entire personality together with his political activities in the past fails to give assurances that he would support the national state relentlessly»⁹. Forcé par les autorités allemandes à refuser tout poste de professeur à l'extérieur du pays, il demeure à Heidelberg¹⁰ et continue de publier divers articles, notamment à l'étranger.

Radbruch est finalement réintégré dans ses fonctions en 1945, alors qu'on le nomme doyen de la faculté de droit de Heidelberg. Les quatre dernières années de sa vie l'ont vu jouer un rôle très important dans la reconstruction du monde juridique allemand à la suite de la Seconde Guerre mondiale. Ainsi, il dénonce les effets néfastes du positivisme, philosophie juridique qui n'avait pas su empêcher la montée d'Hitler, en amenant les juristes à demeurer

être obéie si valablement adoptée — a pris toute sa popularité. Voir à cet effet: W. FRIEDMANN, *loc. cit. supra*, note 4, 205.

8. Il fit connaître sa théorie par la publication en 1914 de son *Grundzuege der Rechtsphilosophie* qui fut réimprimé en 1922. La troisième édition, beaucoup plus volumineuse que les deux premières, sans toutefois changer la structure de l'oeuvre, fut publiée sous le titre de *Rechtsphilosophie* en 1932. C'est d'ailleurs cette troisième édition qui fut traduite par Kurt Wilk en 1950. Enfin, un de ses plus célèbres élèves, Erik Wolf, publia une quatrième et cinquième édition après la mort de Radbruch, ces dernières contenant en annexe quelques textes écrits après la Seconde Guerre mondiale portant sur le droit naturel.

9. E. WOLF, *Radbruch-Rechtsphilosophie*, 1950, p. 58, cité dans M.A. POCK, «Gustav Radbruch's Legal Philosophy», (1962) 7 *St-Louis Un. N. Journal* 57.

10. Sauf pour une année de recherches à l'Université d'Oxford.

inactifs face à des lois injustes. Il modifie aussi (certains diront substantiellement) sa philosophie légale pour adopter une doctrine du droit naturel¹¹; nombre de jugements ont par la suite fait appel à cette notion d'un droit supérieur, laquelle est redevenue populaire grâce, entre autres, aux écrits de Radbruch¹².

Au cours des pages qui suivront, nous analyserons cette philosophie qui est des plus intéressantes. Dans la première partie, nous proposons d'examiner la théorie antinomique du droit développée dans *Rechtsphilosophie*, qualifiée tantôt de relativiste, tantôt de positiviste.

La deuxième partie de cet article traitera de l'évolution (ou révolution?) de cette philosophie à la suite de la Seconde Guerre mondiale. Nous examinerons les motifs de ce changement, pour enfin discuter de la pertinence de faire renaître une doctrine du droit naturel.

PREMIÈRE PARTIE — LA PHILOSOPHIE DU DROIT DE RADBRUCH AVANT LA SECONDE GUERRE MONDIALE

A. Philosophie antinomique du droit

Avant de débiter l'analyse de la philosophie développée par Radbruch dans son oeuvre principale *Rechtsphilosophie*, il nous apparaît important de bien la situer. En effet, plusieurs auteurs ont critiqué la philosophie de Radbruch tout simplement parce qu'à notre avis ils l'avaient mal comprise. Se basant presque toujours sur les deux mêmes dispositions du livre, une voulant que les valeurs ne soient pas susceptibles de connaissance théorique, c'est-à-dire de compréhension rationnelle à travers la raison, et une autre voulant que les jugements de valeur ne puissent être prouvés scientifiquement, ces critiques ont qualifié la philosophie légale de Radbruch par des formules telles que «scepticisme sophistiqué», «positivisme matérialiste» ou «cynisme». Radbruch leur a sans doute

11. Ces modifications apparaissent dans divers articles publiés après 1945, dont la plupart se retrouvent dans le *Vorshule der Rechtsphilosophie*, qui contient aussi une compilation de ses notes de cours. Ce volume fut préparé par deux de ses étudiants avec l'approbation de Radbruch.

12. Les juges des cours supérieures allemandes ont d'ailleurs fait de nombreuses références aux articles de Radbruch lorsqu'ils ont invoqué le droit naturel après la Seconde Guerre mondiale.

facilité la tâche en qualifiant sa théorie de «relativiste»; mais soulignons que ce type de relativisme n'a aucun rapport avec ce que l'on entend habituellement par «relativisme philosophique». En effet, la relativité des jugements de valeur invoquée par Radbruch ne met pas en doute l'existence d'un ordre objectif des valeurs; elle ne conteste pas non plus la faculté de chaque individu de saisir ces valeurs. Au contraire, le but recherché par Radbruch était de présenter les antinomies du système légal, pour que l'individu soit en mesure de prendre une décision éclairée lorsqu'il doit choisir entre des valeurs opposées. Son relativisme ne cherche pas à éviter les décisions politiques; ce qu'il refuse de faire, c'est de reconnaître des absolus scientifiques. Sa conception antinomique du droit fut ainsi créée, avant tout, dans le but d'amener les gens (principalement les juristes) à réévaluer continuellement leur analyse du système légal. Les moyens pour réaliser cet objectif seront exposés dans le reste de la première partie de cet article.

Au départ, la philosophie légale de Radbruch a pour base une philosophie des valeurs d'origine néo-kantienne¹³. À son avis, Kant nous a enseigné qu'il est impossible de déduire ce qui devrait être (ce qui est bien) de ce qui est (la réalité). Ainsi, les jugements de valeur ultimes ne peuvent être logiquement déduits de cette réalité; on peut les exprimer mais il est impossible de les vérifier. En effet, la formulation de ce qui devrait être («*ought*») ne peut être établie ou prouvée que par d'autres formulations concernant ce «*ought*»; de ce fait, la formulation ultime concernant ce «*ought*» n'est pas susceptible de connaissance théorique ou, en d'autres termes, ne peut être prouvée scientifiquement. Les jugements de valeur s'opposent donc à la réalité, et de cette opposition, il s'ensuit quatre façons différentes pour notre esprit de concevoir le monde, c'est-à-dire de distinguer la réalité des valeurs.

En premier lieu, on retrouve la position indifférente à l'égard des valeurs¹⁴, où la nature n'est rien d'autre que ce qui nous est présenté, lorsque la réalité n'est pas falsifiée par des évaluations incorrectes. Une telle position indifférente est essentielle à la pensée scientifique où il est nécessaire de simplement constater les phénomènes naturels avant d'être en mesure de les interpréter¹⁵.

13. Distinction entre «*is/ought*», c'est-à-dire réalité/raison. Voir G. RADBRUCH, *loc. cit. supra*, note 1, 53-59.

14. «*Wertblind*», traduit en anglais par les termes: «*value-blind*» ou «*value-neutral*» par K. Wilk.

15. G. RADBRUCH, *loc. cit. supra*, note 1, 49.

De façon opposée, on peut adopter une attitude prenant les valeurs pour critères d'appréciation de la réalité. Dans une telle situation, la raison devient consciente des standards d'une telle évaluation¹⁶ et se sert de ces normes pour confronter la nature en tant que domaine de ces valeurs. Cette position est caractéristique de la philosophie en général, et plus particulièrement de la philosophie du droit où l'on porte des jugements de valeur pour être en mesure d'établir un système juridique approprié¹⁷.

Enfin, il existe deux autres attitudes qui sont complémentaires, de même qu'intermédiaires aux deux premières. En premier lieu, on retrouve la position rapportant les faits aux valeurs¹⁸ sans apprécier ces faits, mais en interprétant leur sens par la compréhension de leur relation avec le monde des valeurs. Prenons un exemple: l'histoire de l'art n'a pas pour objet d'étude la beauté pure, mais bien un mélange de style et de mauvais goût réunis dans un seul concept parce que toutes ces créations ont un but commun: la recherche de la beauté. Ainsi, l'attitude «*value-relating*» ne cherche pas la réalisation de la valeur, mais bien ce qui a de l'importance pour atteindre cette réalisation¹⁹; elle appartient donc au domaine des sciences culturelles lorsqu'on y recherche ce qui constitue le bien. Sans doute que des erreurs de conscience seront commises lors de cette poursuite de la morale, mais elles demeurent essentielles à cette recherche dans la mesure où elles devaient contribuer au bien qu'elles ont, en réalité, raté²⁰.

La dernière attitude possible dépasse le conflit entre les valeurs positives et les valeurs négatives²¹; c'est l'attitude d'un esprit qui aime toute chose, qu'elle ait de la valeur ou non et une telle position est caractéristique de la Religion. Dans ce cas, la valeur et l'absence totale des valeurs deviennent indifférentes puisque la Religion fait la conquête de tout ce qui n'a pas de valeur et nécessairement de tout ce qui est bien, étant donné que la valeur ne se conçoit que par

16. C'est-à-dire des normes à appliquer pour découvrir le bien, ce qui a de la valeur.

17. G. RADBRUCH, *loc. cit. supra*, note 1, 49.

18. «Wertbeziehend» traduit en anglais par l'expression «*value-relating*» par K. Wilk.

19. Stammler emploie les mots «*striving for the right*» pour expliquer une telle attitude.

20. G. RADBRUCH, *loc. cit. supra*, note 1, 50.

21. «Wertüberwindend» traduit en anglais par l'expression «*value-conquering*» par K. Wilk.

opposition à ce qui n'en a pas. En annulant le contraste valeur/sans valeur, on anéantit du même coup l'opposition jugement de valeur/réalité. Toutefois, ce qui distingue cette position de l'attitude indifférente à l'égard des valeurs, est que la Religion est consciente de ces oppositions, puisque son existence repose sur ces contrastes. En effet, le but premier de la Religion n'est-il pas de distinguer le bien du mal²²?

Une fois ces quatre positions établies, il devient nécessaire d'y situer le Droit. Or, le système juridique est une création de l'homme et, comme toute autre création humaine, elle ne peut être expliquée que par son idée, son but. Par exemple, une création humaine aussi simple qu'une table ne peut être définie adéquatement qu'en référant à son but²³. On peut donc en déduire que si la définition d'une création humaine est impossible à moins que l'on ne cite son but (c'est-à-dire sa valeur, ce qu'elle est destinée à atteindre), une attitude face au droit où l'on est indifférent à l'égard des valeurs ne peut se concevoir.

Ainsi, le droit ne peut être compris que par la position rapportant les faits aux valeurs («*value-relating*») puisque le droit est un phénomène culturel c'est-à-dire une création humaine destinée à réaliser son idée; le droit sert donc comme élément intermédiaire entre le monde des valeurs et le monde des faits. Or, l'idée du droit, c'est la justice²⁴. Une loi peut donc être injuste, mais elle ne sera une

22. "[The other values] are complemented by the religious attitude which conquers value. Religion is ultimate affirmation of whatever exists, smiling positivism that pronounces its 'Yes' and 'Amen' over all things, love without to the worth or worthlessness of what is loved, [...]. Religion means conquest of worthlessness and therewith necessarily also conquest of the value, which is conceivable only as worth as opposed to worthlessness: worth and worthlessness become no longer of different validity and are, therefore, indifferent." Voir G. RADBRUCH, *loc. cit. supra*, note 1, 50. Sur ce point, Radbruch se base sur un passage de l'Ancien Testament: «Dieu vit tout ce qu'il avait fait: cela était très bon» (Genèse, 1.31).

23. En effet, si l'on définit une table comme étant une plate-forme avec quatre pattes, on vous répondra très rapidement qu'il existe des tables avec seulement trois pattes ou même une seule patte. Quant au dessus de la table, ce n'est rien d'autre qu'une plate-forme constituée de planches annexées l'une à l'autre, qui ne diffèrent d'autres planches que par le but qu'elles serviront à atteindre.

24. Radbruch semble tenir pour acquis que la justice est l'idée du droit sans nous expliquer comment il en arrive à une telle conclusion: «the idea of law can be none other than justice». Voir G. RADBRUCH, *loc. cit. supra*, note 1, 73.

loi que si son but est de réaliser la justice²⁵.

Donc, cette idée du droit est le standard d'évaluation de la réalité légale; ainsi, c'est la vue du droit en tant que valeur culturelle qui caractérise la philosophie légale. Or, la méthode que doit suivre la philosophie légale est caractérisée par deux principes: l'irréductibilité du monde des valeurs au monde de la réalité (le dualisme méthodique) et la relativité de tous les jugements de valeur.

Ainsi, comme nous l'avons mentionné précédemment, Radbruch adhère à la philosophie néo-kantienne qui enseigne qu'il est impossible de déduire les valeurs de la réalité, c'est-à-dire ce qui devrait être de ce qui existe. Cependant, Radbruch prend soin de préciser qu'il n'exclut pas l'influence causale des faits sur les valeurs qui sont considérées comme importantes pour une société ou un individu. En même temps qu'une idée s'applique à une certaine matière et est orientée vers cette matière, elle est aussi, en partie, déterminée par la matière qu'elle gouvernera. Radbruch caractérise cette relation de «qualification matérielle de l'idée»: qualifiée *par* la matière puisque qualifiée *pour* la matière. La distinction «*is/ought*» ne nie donc pas le fait qu'il puisse exister une relation de cause à effet entre les valeurs et les faits; toutefois, les jugements de valeur ne peuvent *pas* être logiquement déduits des faits. Par conséquent, la philosophie du droit n'est pas en mesure d'enseigner à un individu ou à une société ce qu'ils devront faire lorsqu'ils devront choisir entre des jugements de valeur divergents. Son rôle est plutôt d'établir tous les jugements de valeur possibles et d'indiquer à l'individu qui doit sélectionner une de ces méthodes d'évaluation, les implications de son choix.

Pour ce faire, la science légale devra réaliser trois choses: en premier lieu, il sera nécessaire d'établir les moyens essentiels à la réalisation de l'objectif que l'individu s'est fixé. En effet, ce n'est qu'en lui démontrant tous les moyens indispensables à l'exécution de son but que celui-ci pourra juger de tous les effets incidents qu'une telle décision entraînera²⁶.

Deuxièmement, la philosophie légale devra répondre à la question: comment ce jugement de valeur particulier est-il possible, ou

25. G. RADBRUCH, *loc. cit. supra*, note 1, 52. Ce qui implique qu'une loi n'ayant pas pour but de réaliser l'idée de justice n'est pas une loi; ceci n'est qu'un exemple de quelques indications que l'on retrouve dans *Rechtsphilosophie* de la conception philosophique que Radbruch adoptera après la Seconde Guerre mondiale.

26. G. RADBRUCH, *loc. cit. supra*, note 1, 55-56.

en d'autres termes, quelles présuppositions doivent être reconnues pour qu'un individu fasse un tel jugement de valeur, tout en étant conséquent avec lui-même? En effet, celui qui évalue le monde doit devenir conscient qu'en admettant un objectif spécifique de ce que devrait être le système légal²⁷, il doit accepter non seulement les moyens essentiels par nécessité causale, mais aussi les évaluations plus générales impliquées par nécessité logique²⁸.

Enfin, il devient possible systématiquement de développer toutes les présuppositions concevables et de ce fait, tout point de départ d'évaluation légale²⁹. Ceci permet une présentation exhaustive des systèmes d'évaluation légale pour mieux percevoir de quelle façon ils s'entrecoupent et se font opposition; «thus we may establish, not indeed *the* system of legal philosophy, but the complete systematization of its possible systems»³⁰.

La philosophie légale de Radbruch vise donc essentiellement à faire prendre conscience à l'individu de la signification objective du but qu'il désire atteindre; ainsi, son jugement de valeur sera confirmé par des arguments plus solides ou inversement, sera ébranlé par la réalisation de l'écart qui existe en réalité. Son but n'est pas de suggérer un choix entre les valeurs opposées, mais bien de présenter à l'individu de façon exhaustive les conséquences logiques de ses décisions. Ce dernier garde donc la responsabilité finale de choisir entre les différents jugements de valeur possibles, non pas selon son bon plaisir, mais en vertu de sa conscience.

Une telle philosophie relativiste ne nie donc pas la nécessité pour un individu de porter un jugement de valeur; elle implique une renonciation à une décision basée sur des faits scientifiques et non une renonciation à la décision elle-même. Entre les différentes conceptions, l'individu doit choisir en prenant une position personnelle; l'existence du choix n'est susceptible d'aucune dénonciation scientifique³¹. Ce relativisme se retrouve sous forme concrète dans

27. C'est-à-dire «*the legal ought*».

28. G. RADBRUCH, *loc. cit. supra*, note 1, 56. Pour donner un exemple très simple d'une telle clarification par la philosophie légale, on n'a qu'à penser à l'individu qui évalue la démocratie comme étant le seul système politique et juridique valable. Or, dans ce cas, il devra accepter que tout groupe ayant des vues opposées aux siennes puisse faire valoir ses opinions sur la place publique et même qu'il soit en mesure de participer aux élections.

29. G. RADBRUCH, *loc. cit. supra*, note 1, 56-57.

30. G. RADBRUCH, *loc. cit. supra*, note 1, 56.

31. Cette partie de l'oeuvre de Radbruch qui exige un choix de l'individu et ne nie en rien la possibilité de croire en ces valeurs (même si elles ne sont pas

ce que Radbruch appelle «l'idée du droit».

Ainsi pour Radbruch, le concept du droit est un concept culturel, c'est-à-dire le concept d'une réalité qui a comme rôle de servir une valeur; le droit constitue la réalité qui a pour rôle de servir la valeur légale, l'idée du droit. Le concept du droit est donc orienté vers l'idée du droit³².

Or, l'idée du droit ne peut être autre que la justice (voir *supra* p. 391); en effet, la justice constitue le point ultime de départ puisqu'elle est une valeur absolue, dans le sens où elle ne peut être dérivée d'aucune autre valeur.

Tout comme Aristote³³, Radbruch établit la distinction entre justice subjective — justice entendue au sens de la qualité personnelle d'un individu³⁴ — et objective — justice dans les relations entre les parties³⁵. Or, le droit constitue la réalité qui a pour but de servir l'idée de justice. Ainsi, en choisissant un système juridique plutôt qu'un autre, nous tentons de réaliser la société juste qui devrait être. Étant donné que la justice subjective est un concept (homme idéal) orienté vers l'actualisation de la justice objective (ordre social idéal que nous recherchons), c'est principalement de cette dernière dont Radbruch s'est préoccupé.

Selon Radbruch, justice signifie égalité; mais le terme «égalité» admet lui-même plusieurs significations. Encore ici, Radbruch retient la conception d'Aristote en distinguant justice commutative³⁶ et jus-

susceptibles de preuve scientifique) répond aux critiques qui l'ont traité de sceptique. D'ailleurs, Radbruch reconnaît trois façons de voir le monde qui conduisent au relativisme:

- 1.- Le relativiste peut s'abstenir de prendre position en présentant les différents jugements de valeur possibles parce qu'il doute de la justesse de tous ceux-ci; voilà du scepticisme.
- 2.- Ou, il peut s'abstenir parce qu'il croit fermement en la justesse de l'un de ces jugements de valeur mais est incapable de le démontrer.
- 3.- Enfin, le relativiste peut s'abstenir de choisir entre différentes évaluations du monde parce qu'il leur accorde toutes la même valeur; voilà le fondement de la théorie antinomique de Radbruch.

32. G. RADBRUCH, *loc. cit. supra*, note 1, 73.

33. G. RADBRUCH, *loc. cit. supra*, note 1, 74-75.

34. *cf.* un juge juste.

35. *cf.* un prix juste.

36. La justice commutative est l'égalité absolue de performance ou de biens, *cf.* entre le travail et salaire, entre dommages et compensation ainsi qu'entre biens vendus et prix. Elle requiert au moins deux personnes se trouvant sur un pied d'égalité, qui se confrontent dans un rapport synallagmatique.

tice distributive³⁷, la première supposant des rapports de coordination et la seconde des rapports de subordination. Cependant, il ne considère que la seconde comme étant le prototype de la justice. En effet, puisque la justice commutative est la justice entre des personnes égales quant à leurs droits, ceci présuppose un acte de justice distributive où l'on a accordé aux parties un statut égal.

Ainsi, Radbruch définit la justice dans le sens aristotélicien de justice objective distributive. Ceci implique une différence de traitement selon les distinctions entre les diverses situations, donc une égalité non absolue, mais bien proportionnelle: «it is therefore a formal concept, which postulates only that equals be treated equally, and unequals differently according to their differences»³⁸.

Cependant, le droit ne peut être expliqué de façon exhaustive par la seule idée de justice. En effet, cette idée, en elle-même, ne peut nous dire quels individus devraient être considérés comme étant «égaux» ou non dans une situation particulière, ou quel traitement accorder à chaque sous-classe, comparée à une autre.

«On the other hand, the principle of distributive justice does not say who is to be treated as equal and who as unequal; rather it presupposes that, from a viewpoint which it does not of itself provide, equality or inequality has already been established. Equality, indeed, is not something that is given; things and men are as unequal 'as one egg to another'. Always equality is but an abstraction, from a certain point of view, of a given equality. On the other hand, from the idea of distributive justice we may gather only relation and not the kind of treatment of different persons: we may gather whether theft in relation to murder is less severely punishable, but not whether the thief is to be committed to the penitentiary. In either direction, justice needs to be complimented by other principles if rules of right law are to be derived from it.»³⁹

Ces autres principes sont contenus, du moins en grande partie, dans la deuxième composante de l'idée du droit: le principe du bien commun⁴⁰.

37. La justice distributive réfère à l'égalité relative que l'on recherche à travers une autorité pour le traitement d'individus qui se trouvent dans des situations différentes. Ici, la réalisation de l'égalité peut être recherchée sur la base de traitement différent motivé par des inégalités pré-existantes, telles que la capacité de payer en matière d'impôt ou l'expérience en matière de promotion. Une telle justice requiert au moins trois parties, dont une (supérieure aux deux autres) impose des fardeaux ou accorde des avantages aux deux autres parties.

38. M.A. POCK, *loc. cit. supra*, note 9, 60.

39. G. RADBRUCH, *loc. cit. supra*, note 1, 75.

40. Le terme allemand «Zweckmaessigkeit» — deuxième composante de l'idée

Cette seconde composante de l'idée du droit est donc nécessaire pour déterminer le contenu de la loi. Ici, l'État joue un rôle prédominant. En effet, nos lois sont issues de la volonté de l'État et l'État, ou une partie fondamentale de celui-ci, est une institution de droit; les questions de but du droit et but de l'État sont donc inséparables. Notez que nous ne faisons pas allusion à des buts trouvés empiriquement, mais bien à l'idée de buts-qui-devraient-être («*purposes-that-ought-to-be*»). En effet, l'objectif de la théorie antinomique de Radbruch est d'établir la systématisation complète de tous les systèmes possibles de philosophie légale, et non *le* système.

Il faut donc déterminer les valeurs que le droit est destiné à servir. Radbruch soutient⁴¹, sans essayer de prouver son affirmation, qu'il existe trois catégories d'évaluation: les valeurs personnelles, les valeurs collectives et les valeurs de l'oeuvre. Selon qu'un système légal reconnaît la prééminence d'une espèce de ces valeurs sur les autres, on aboutit soit à la conception individualiste, soit à la conception super-individualiste, soit enfin à la conception transpersonnaliste. Toutefois, ces valeurs ne peuvent être atteintes simultanément; on ne peut servir une de ces valeurs sans courir le risque de négliger ou même d'ignorer les deux autres. Ainsi, chaque individu doit décider du rang à leur accorder dans la hiérarchie des valeurs; pour se faire, il serait bon d'examiner chacune de ces conceptions plus en profondeur.

- 1) Le point de vue individualiste, qui donne priorité à la personnalité humaine individuelle, voit les valeurs collectives et les valeurs de l'oeuvre comme étant au service des valeurs de la personnalité. En effet, les oeuvres humaines (culture, civilisation, ouvrages artistiques et technologiques) ne sont qu'un moyen de cultiver l'individu, alors que les personnalités collectives (nation, état) n'existent que pour le sécuriser et le promouvoir.

du droit selon Radbruch — pose de grands problèmes de traduction.

Wilk emploie le terme «*expediency*» et Friedmann le mot «*utility*», qui nous semblent être des traductions inadéquates. Quant à Pock, il utilise «*purposiveness*», espérant que ce mot insolite rappellera à ses lecteurs que ce terme n'est qu'une approximation de «*Zweckmaessigkeit*» alors que Stone emploie la formulation «*purpose-conformity*» (ce sont d'ailleurs les adaptations que nous préférons).

Quant aux auteurs francophones, ils emploient les expressions «utilité» (Maihoffer) «bien public» (Szabo) et «but du droit» (Gurvitch).

Enfin, dans un texte publié en France lors de son «exile interne» après la montée d'Hitler, Radbruch a recours au terme «bien commun»; c'est donc cette dernière expression que nous utiliserons au cours de cet article.

41. G. Radbruch, *loc. cit. supra*, note 1, 91-97.

En vertu de cette conception, l'État est perçu comme provenant d'un contrat; le droit et l'État ne sont que des résultantes des relations entre individus. Sa devise est «liberté» et Radbruch trouve l'expression d'un tel point de vue dans la Constitution des États-Unis.

- 2) Par ailleurs, la pensée super-individualiste considère que les valeurs personnelles (moralité individuelle) ainsi que les oeuvres humaines sont asservies aux personnalités collectives. Dans un tel système, le droit et l'État sont au-dessus des individus. Ses slogans sont «pouvoir» et «nation»; c'est l'idéologie fasciste.
- 3) Enfin, le point de vue transpersonnaliste accorde plus d'importance aux oeuvres humaines qu'aux individus qui les créent ou qu'à l'État; ici le droit et l'État sont au service de la culture⁴². Son slogan est «civilisation» et bien qu'il n'ait pas été adopté comme plate-forme par aucune entité politique, ce point de vue a souvent été exprimé au cours des siècles passés⁴³.

Ainsi, le test du «bien commun» peut être rencontré par des règles différentes, ou même contradictoires. Toute règle sera valable en droit si elle est désignée et apte à servir une de ces trois conceptions d'évaluation. Cependant, l'individu aura à effectuer un choix entre ces jugements de valeurs concurrents, puisqu'il n'existe aucune hiérarchie entre eux. Le choix variera selon l'époque, l'endroit et les circonstances ainsi qu'en vertu des sentiments à propos du droit de l'individu qui aura à prendre cette décision, de même que selon sa religion et ses valeurs politiques. La théorie relativiste ne fait qu'exposer les valeurs et leurs implications, mais le choix proviendra finalement de sa conscience et sa personnalité. Le rôle de la philosophie légale de Radbruch n'est pas de dire à l'individu quoi faire, mais bien de lui montrer ce qu'il désire vraiment s'il est conséquent avec lui-même une fois qu'il a choisi une conception du «bien commun» plutôt qu'une autre.

42. Pour illustrer une telle philosophie, on peut faire appel à l'anecdote où un aristocrate anglais demande à l'un de ses confrères quelle serait sa réaction s'il était seul dans une maison en feu avec un bébé et la madonne de Raphaël, et que celui-ci lui répond qu'il donnerait préférence à la madonne.

43. Selon Radbruch, le point de vue transpersonnaliste ne semble être adéquatement exprimé que par des collectivités partielles, telles que les universités et les communautés religieuses. Voir G. RADBRUCH, *loc. cit. supra*, note 1, 97.

Quant au régime soviétique, Friedmann le classerait quelque part entre les points de vue super-individualiste et transpersonnaliste, puisqu'on y met l'accent sur les valeurs collectives, tout en mettant les oeuvres humaines au-dessus de la vie humaine.

Jusqu'à maintenant, la philosophie du droit de Radbruch serait insuffisante pour éviter le désordre juridique, d'où l'entrée en jeu d'une troisième composante de l'idée du droit: la sécurité juridique.

«Yet, that relativism cannot remain the last word of legal philosophy. The law as the order of living together cannot be handed over to disagreements between views of individuals; it must be one order over all of them. So we are confronted with a third postulate concerning law, ranking with the other two, a third element of the idea of law: legal certainty. The certainty of the law requires law to be positive: if what is just cannot be settled, then what ought to be right must be laid down; and this must be done by an agency able to carry through what it lays down. So, most oddly, the positivity of the law itself becomes a prerequisite of its rightness: to be positive is implicit in the concept of right law just as much as rightness of consent is a task of positive law.»⁴⁴

Le droit ne peut régler la vie en commun s'il ne procure pas la sécurité. En effet, la justification de tout droit et de tout gouvernement est, avant tout, la paix sociale qu'ils établissent. Ainsi, le droit qui ne peut servir à garantir la paix et la sécurité n'est pas un droit⁴⁵.

Les deux éléments absolus de l'idée du droit sont la justice et la sécurité, qui se trouvent au-dessus des conflits entre les différents points de vue du rôle de l'État et du droit. La troisième composante, le bien commun, est relative; ce même objectif qualifie aussi la relation qui existe entre ces trois composantes. En effet, chaque élément gouverne tous les aspects du droit mais il arrivera souvent qu'ils se contredisent entre eux.

Il existe donc une tension inévitable entre ces composantes. Malgré leur relation commune à l'idée du droit, leurs directives entrent souvent en conflit, sans qu'il n'existe de principe pour déterminer laquelle aura préséance. Cette conclusion nous amène au

44. G. RADBRUCH, *loc. cit. supra*, note 1, 107.

45. Gustav Radbruch, qui se décrit pourtant lui-même comme étant un relativiste, prône d'ailleurs la suprématie du droit positif (sécurité juridique) sur les deux autres composantes de l'idée du droit. C'est ainsi qu'il affirme en 1932 dans *Rechtsphilosophie*: «Justice is the second great task of the law, while the most immediate one is legal certainty, peace and order». G. RADBRUCH, *loc. cit. supra*, note 1, 118.

C'est pour cette raison que certains auteurs ont considéré que Radbruch était un positiviste. Bien qu'il est vrai que la plupart des problèmes légaux pourront être réglés par la composante sécurité juridique, on peut se poser des questions sur la pertinence de mettre la sécurité juridique au premier rang des valeurs, alors que Radbruch lui-même affirme qu'il n'existe aucune hiérarchie entre les composantes de l'idée du droit. Voir G. RADBRUCH, *loc. cit. supra*, note 1, 109.

coeur de la théorie pour laquelle Radbruch est admiré: la doctrine des antinomies à l'intérieur de l'idée du droit.

En premier lieu, la justice et la sécurité juridique soulèvent des exigences opposées et contradictoires. En effet, l'élément sécurité juridique réclame qu'une loi soit appliquée même si elle est injuste, dans l'intérêt de la stabilité légale. Ainsi, le principe du *res judicata* rend valide une décision qui peut être substantiellement mauvaise, dans l'intérêt de la sécurité juridique⁴⁶.

Deuxièmement, les directives de sécurité juridique, qui demandent que la loi soit appliquée avec certitude, amènent chez cette dernière des caractéristiques qui entrent en conflit avec la deuxième composante de l'idée du droit: le bien commun. En effet, le respect du but de la loi pourra exiger, dans certaines situations, que l'on prenne en considération la situation particulière d'un individu, ce qui va certainement à l'encontre de la sécurité juridique qui demande que la loi soit administrée de la même façon dans tous les cas. Par exemple, on pourrait accorder le pardon à un condamné à mort possédant un talent très rare et recherché par la société, malgré le fait que dans ladite société, tout individu trouvé coupable de meurtre au premier degré doit être condamné à la peine de mort. Ceci va certainement à l'encontre de la sécurité juridique qui demande que la loi soit administrée de la même façon dans tous les cas.

Enfin, Radbruch souligne l'antinomie immuable entre la justice et le but de la loi. En effet, justice signifie égalité et l'égalité à l'intérieur d'un système juridique implique que les lois s'appliquent de façon générale à tous les individus concernés. Cependant, le point de vue individualiste du bien commun exige que certains cas individuels soient pris en considération. De même, la protection d'une oeuvre d'art (selon la conception transpersonnaliste) pourrait être considérée plus importante que la règle qui indique que toute preuve sera conservée par la justice, tant qu'une affaire au criminel n'aura pas été réglée.

Le résultat est donc trois éléments de l'idée du droit qui gouvernent conjointement le droit sous tous ses aspects, même s'il peut arriver qu'ils se contredisent dans certains cas. Certains pourraient être tentés de solutionner le problème en divisant les fonc-

46. D'autres applications du principe de sécurité qui se dressent contre l'idée de la justice: la prescription, la protection de la possession de fait, la présomption pour le *statu quo* dans le domaine des rapports internationaux, etc.

tions de chaque composante selon leur champs d'opération. Ainsi, par la justice, nous pourrions examiner si la loi entre dans le concept du droit; par le bien commun, nous vérifierions si le contenu de la loi est adéquat; et finalement, grâce à la sécurité juridique, nous serions en mesure de juger de la validité de la loi. Cependant, le contenu des législations est gouverné par ces trois éléments de l'idée du droit. Bien sûr, il existe des règles légales et situations pour lesquelles seulement une de ces composantes est pertinente⁴⁷; mais il y en a nombre d'autres où plusieurs composantes opèrent ensemble et se contredisent mutuellement.

Dans un tel cas, la philosophie de Radbruch ne dit pas quelle solution choisir; elle ne fait que démontrer à l'individu les implications de sa décision. Il devra cependant prendre lui-même position selon sa conscience et continuellement se remettre en question.

«To this premature crystallization he opposed his 'relativism', which was intended not as a limitation on knowledge, but as a '*road sign*' pointing the only way to true knowledge. For Radbruch, relativism was simply a passageway, a transition, a sort of 'transcendens' necessary to overcome those interpretations of life and law that had prematurely and uncritically crystallized into so-called philosophical systems.»⁴⁸ (Les italiques sont de nous.)

La tension inévitable entre justice, bien commun et sécurité juridique, qui s'exigent mutuellement tout en se contredisant, est donc le résultat de la structure profondément antinomique des systèmes juridiques. Mais ce serait une erreur de vouloir supprimer cette infrastructure antinomique; c'est à l'individu qu'il appartient de prendre la décision la plus appropriée dans les circonstances; il va sans dire que différentes époques (et donc différentes situations) mettront l'accent sur un de ces principes plutôt que sur les deux autres⁴⁹.

Il existe cependant une valeur politique qui est inséparable du relativisme, quelle que soit la position d'une société quant aux composantes de l'idée du droit: la démocratie. En effet, le relativisme et

47. Ainsi, la règle routière disant de garder la droite serait aussi valable si elle exigeait que tout automobiliste garde la gauche. Une telle règle n'a rien à voir avec la justice; ce n'est qu'une question de certitude, pour que les automobilistes sachent à quoi s'en tenir.

48. E. WOLF, «Revolution or Evolution in Gustav Radbruch's Legal Philosophy», (1958) 3 *N.L.F.* 19.

49. Ainsi l'ère nazie en Allemagne (état policier) fut orientée vers la conception super-individualiste de l'idée du bien commun; les époques où le droit naturel était au sommet de sa popularité ont mis l'accent sur la notion de justice, tandis que les deux derniers siècles ont vu la montée du positivisme, théorie insistant sur la sécurité juridique.

la démocratie ont un point en commun: la tolérance de l'opinion d'autrui. Comme l'indiquait Radbruch lors d'une conférence pendant la Seconde Guerre mondiale:

«Relativism is the intellectual precondition of democracy. It refuses to identify itself with a definite political opinion but is ready to let any political opinion which can obtain a majority take over the leadership of the state, because it does not know any unambiguous criterium for the correctness of political views, it does not acknowledge the ability of a point of view above the parties [...] Relativism teaches at once decisiveness of one's own and justice toward the other person's position.»⁵⁰

Nous examinerons d'ailleurs plus en profondeur cet aspect de la philosophie légale de Radbruch dans les pages qui suivront.

B. Commentaires sur la philosophie antinomique

Personne encore n'avait réussi à donner au caractère antinomique du droit une expression aussi complète et éloquente, en le conduisant jusqu'à ses dernières conséquences, que l'a fait Radbruch.

Cependant, Georges Gurvitch⁵¹ reproche à Radbruch de ne pas être entièrement fidèle à sa théorie relativiste des jugements de valeur, puisqu'il n'admet cette relativité qu'en ce qui concerne le but du droit (le bien commun), alors qu'il reconnaît aux valeurs justice et sécurité juridique une objectivité universelle. Mais Gurvitch a-t-il raison lorsqu'il reproche à Radbruch de considérer que la justice et la sécurité juridique ne peuvent varier selon les différentes expériences juridiques? Nous en doutons fortement. En effet, nous croyons que l'interprétation de justice et sécurité juridique change d'une époque à l'autre ainsi que d'un système de lois à l'autre (nous n'avons qu'à penser à la règle du *stare decisis* qui a beaucoup plus d'importance en Angleterre qu'au Canada). La différence des notions de justice et sécurité juridique d'un système à l'autre vient de leurs points de vue divergents quant au but du droit dans la société.

50. W. FRIEDMANN, *loc. cit. supra*, note 4, 202.

51. G. GURVITCH, «Une Philosophie Antinomique du Droit», (1932) 1 *Arch. Phil. du Droit* 530. Selon Gurvitch, «il est d'ailleurs intéressant de noter que M. Radbruch lui-même ne reste pas entièrement fidèle à sa théorie de la relativité absolue des jugements de valeurs. En effet, il paraît n'admettre cette relativité que lorsqu'il s'agit du choix entre les valeurs individualistes, super-individualistes et transpersonnalistes qui représentent le but «du Droit». Au contraire, lorsqu'il est question des deux autres éléments constitutifs de l'idée du droit, la «justice» et la «sécurité», qui sont donc, elles aussi, des «valeurs», M. Radbruch émet à leur égard des jugements pré-tendant à une validité et une objectivité universelle.»

Ainsi, selon que l'on attache plus d'importance à une vision du bien commun plutôt qu'à une autre ou que dans une certaine société, on mette l'accent davantage sur la sécurité juridique que sur la justice, le contenu de ces deux éléments de l'idée du droit sera plus ou moins réduit. Ainsi, même si l'on peut diminuer l'importance de ces composantes en les valorisant moins que dans d'autres sociétés, il demeure que la signification objective de ces deux éléments sera la même, ce qui n'est certainement pas vrai pour ce qui est de la notion de « bien commun » qui enveloppe plusieurs significations.

Nous avons cependant une critique additionnelle à formuler à l'encontre du système développé par Radbruch. En effet, Radbruch concentre le caractère antinomique du droit dans le conflit irréductible entre les trois éléments constitutifs de l'idée du droit: justice, bien commun et sécurité juridique. Or, cette distinction nous apparaît quelque peu artificielle. On peut sérieusement s'interroger sur la pertinence de distinguer justice et bien commun; l'élément bien commun semble beaucoup plus être une partie de la justice, qu'une notion indépendante à celle-ci. Ainsi, la notion formelle de justice est impuissante face à toute forme de discrimination, tant que le but du droit n'est pas intervenu pour déterminer le contenu de la justice. Quant au principe de sécurité, nous sommes aussi d'avis que ce troisième élément de l'idée du droit est une composante de la notion de justice elle-même. En effet, la sécurité juridique est un moyen indispensable pour garantir la réalisation de cet idéal de justice, en faisant correspondre de façon effective les droits des uns et les devoirs des autres. Le concept même de justice exige que les particuliers sachent ce qu'ils peuvent ou ne peuvent pas faire tout en respectant la loi. Quoi de plus injuste qu'un État qui change continuellement les lois de façon rétroactive sans respecter les droits acquis?

En liant la justice avec le bien commun et en interprétant la sécurité juridique comme partie intégrante de la notion de justice, nous ne contestons pas le caractère antinomique du droit signalé par Radbruch. Mais cet antinomisme semble résulter non pas du conflit justice/bien commun/sécurité juridique, mais des conflits irréductibles entre les différentes composantes de la justice. Radbruch a d'ailleurs écrit après la guerre:

« What appears to be a conflict [...] between legal certainty and justice, between a materially revocable but positive law and a just but as yet only potential law, the real conflict is of justice with itself, a conflict between a seeming and an actual justice. »⁵²

52. G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 5e éd., 1956, p. 353, cité dans J. STONE, *loc. cit. supra*, note 2, 250.

Ainsi, l'individu doit choisir entre différents aspects de la justice qui se complètent, en même temps qu'ils se contredisent, selon la conception du bien commun qu'il adopte: nous avons donc conservé l'essence du caractère antinomique du droit.

DEUXIÈME PARTIE — LA PHILOSOPHIE DU DROIT DE RADBRUCH APRÈS LA SECONDE GUERRE MONDIALE

A. Renaissance du droit naturel

Au début du XX^e siècle, alors que Radbruch commençait à développer sa théorie antinomique du droit, l'Allemagne se trouvait en pleine période de paix, sécurité et prospérité. Une telle situation était propice pour le positivisme, philosophie légale qui a comme axiome «*Gesetz als Gesetz*», c'est-à-dire «la loi c'est la loi». Ainsi, depuis le milieu du XIX^e siècle, la pensée positiviste jouissait en Allemagne d'une popularité encore plus grande que dans tout autre pays à cette époque. À l'ère de la science, le positivisme était de loin la philosophie du droit la plus scientifique.

De même, bien que certains articles de la Constitution allemande prévoyaient la protection de certains droits⁵³, ces dispositions avaient été interprétées comme ne constituant que des directives pour la législature, qui n'était pas tenue de les suivre. Ainsi, ces articles ne liaient que la magistrature qui devait demeurer subordonnée au législateur en tout temps. La révision judiciaire telle que développée aux États-Unis était inacceptable en Allemagne; le seul rôle des tribunaux était de juger si les lois avaient été adoptées et promulguées en conformité aux règles du processus législatif. Les lois répondant à ces critères devaient automatiquement être déclarées valides, sans que les juges examinent leur substance ou contenu⁵⁴.

Ainsi, les juristes allemands en étaient venus à accepter comme étant une loi, toute disposition ayant traversé le processus législatif et ayant été publiée aux frais du gouvernement. D'ailleurs, Hitler a su profiter de cette situation. En effet, le régime nazi a rarement

53. cf. article 109 de la Constitution Weimar prévoyait que tous les Allemands étaient égaux devant la loi et l'article 113 portait sur la protection des minorités nationales.

54. Pour un traitement plus élaboré du système légal en Allemagne avant la Seconde Guerre mondiale, voir E. VON HIPPEL, «The Role of Natural Law in the Legal Decisions of the German Federal Republic», (1959) *N.L.F.* (Natural Law Forum) 106.

abandonné le prétexte de la légalité, ce qui a permis à Hitler d'accéder au pouvoir «*on the coat-tails of legality*». Par exemple, Hitler a trouvé le moyen d'obtenir le pouvoir légal de modifier la constitution Weimar, au début en respectant certaines formalités (*cf.* consentement du cabinet ou conseil des ministres), puis par la seule promulgation dans le «*Reichsanzeiger*» de dispositions provenant de sa seule volonté. De plus, toute exécution massive ordonnée par décret, était de ce fait, légale et donc valide⁵⁵.

Après la Seconde Guerre mondiale, Radbruch, ainsi que plusieurs de ses compatriotes, se sont interrogés sur l'existence d'une relation de cause à effet entre l'idée dominante du positivisme en Allemagne à cette époque et l'attitude des juristes qui avaient accepté avec facilité la validité de lois ordonnant l'extinction de millions d'individus sans défense. C'est ainsi qu'en 1945, Radbruch a dénoncé les effets néfastes du positivisme alors qu'il avait, dans le passé, placé la sécurité juridique au premier rang des valeurs.

«For the soldier an order is an order; for the jurist, the law is the law. But the soldier's duty to obey an order is at an end if he knows that the order will result in a crime. But the jurist, since the last natural law man in his profession died a hundred years or so ago, has known no such exception and no such excuse for the citizen's not submitting to the law. The law is valid simply because it is the law; and it is the law if it has the power to assert itself under ordinary conditions. Such an attitude towards the law and its validity (i.e. positivism) rendered both lawyers and people impotent in the face of even the most capricious criminal, or cruel laws. Ultimately, this view that only where there is power is there law is nothing but affirmation that might makes right. (Actually) law is the quest for justice [...] if certain laws deliberately deny this quest for justice (for example, by arbitrarily granting or denying men their human rights) they are null and void; the people are not to obey them, and jurists must find the courage to brand them unlawful.»⁵⁶

Contrairement à ce que certains ont affirmé, le relativisme de Radbruch ne constituait pas du positivisme puisqu'il n'acceptait pas la division stricte entre «ce qui est» et «ce qui devrait être» («*is/ought*») dans la fonction et le développement du droit. Toutefois, après avoir dénoncé les effets pernicieux du positivisme, Radbruch devait s'interroger sur la capacité de sa propre philosophie de faire face aux horreurs du régime nazi — lois sociales reléguant des mil-

55. En 1936, le «*Reichsrechtsführer*» (Commissaire de la justice) déclarait: «A decision of the Führer in the express form of law or decree may not be scrutinized by a judge. In addition, the judge is bound by any other decisions of the Führer, provided that they are clearly intended to declare law.» *Id.*, 110.

56. G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophische Besinnung (Reappraisal of Legal Philosophy)*, cité dans *Ibid.*

lions d'êtres humains à un statut inférieur à celui accordé aux animaux, terreur, dégradation, bestialité et le «*Sippenhaftung*» qui rendait criminellement responsable toute une famille pour un délit politique commis par un de ses membres — perpétrées au nom du bien-être de la nation. En effet, le concept du droit en tant que «réalité liée aux valeurs» mène à une préoccupation constante avec l'établissement de valeurs fondamentales dans un ordre légal donné. Cependant, le relativisme ne permettait pas de condamner un système de lois particulier s'il rencontrait les valeurs développées par Radbruch dans *Rechtsphilosophie*.

Or, Radbruch devait certainement admettre que le régime d'Hitler avait satisfait les exigences du test du «bien commun», en privilégiant la valeur de la personnalité collective humaine (nation) sur la personnalité individuelle et les oeuvres humaines. De plus, les lois promulguées à cette époque — sauf vers la fin du régime où les ordonnances d'Hitler faites dans un excès de colère prévalaient sur les lois formelles — répondaient certainement aux critères nécessaires pour satisfaire la valeur «sécurité juridique». Enfin, ces lois étaient justes puisqu'elles traitaient «*unequals differently according to their differences*», après que la signification de «*unequals*» ait été déterminée par le test du «bien commun».

Puisque les lois édictées par Hitler semblent rencontrer tous les tests élaborés par Radbruch pour suffire à l'idée du droit, peut-on en déduire que le relativisme contraint les démocraties à tolérer un parti politique ou un mouvement opposé à toutes les valeurs qu'elles considèrent fondamentales? Ce n'est que lors d'une conférence donnée à l'étranger — alors que le parti nazi l'avait démis de ses fonctions à l'Université d'Heidelberg — que Radbruch s'intéressa à cette question:

«(D)emocracy can do anything — except to renounce itself. Relativism can tolerate any opinion — except the opinion which claims absolute dominion. When an opinion claims absolute validity and for this reason holds itself entitled to seize power or retain power without regard to the majority, it must be fought with its own weapons, not only by ideas and discussions but by power of the state. Relativism is general tolerance — but not tolerance towards intolerance.»⁵⁷

Si cette philosophie légale (que Radbruch n'avait toutefois pas cru bon d'exprimer avant la montée d'Hitler au pouvoir) avait été appliquée en Allemagne à l'époque, il est évident que des mouve-

57. G. RADBRUCH, «Der Relativismus in der Rechtsphilosophie», (1957) *DER MENSCH IM RECHT*, 86, cité dans W. FRIEDMANN, *loc. cit. supra*, note 4, 203.

ments tels que les SS et les SA auraient été illégaux. Quant au parti nazi, on doit admettre qu'il est arrivé au pouvoir avec l'assentiment de la pluralité de la population allemande; toutefois, il a conservé le pouvoir sans égard à la majorité par la suite et on ne pourrait certainement pas le qualifier comme ayant été un parti tolérant!

Ainsi, une telle attitude de la part des juristes allemands en 1933 aurait peut-être été suffisante pour contrôler les actions des dirigeants du parti nazi⁵⁸. Cependant, au cours de la même conférence, Radbruch laisse entendre qu'il entretient encore des doutes quant à savoir si sa philosophie relativiste est adéquate en temps de perversion totale. En effet, après la Seconde Guerre mondiale, les tribunaux allemands devaient faire face à un problème urgent: rétablir le respect pour la loi et la justice après l'effondrement d'un régime qui ne respectait, surtout vers la fin, ni un ni l'autre. En effet, il était impossible de déclarer nulles toutes les lois édictées entre 1933 et 1945, puisque la plupart de ces lois ne faisaient que régir la vie de tous les jours⁵⁹. Cependant, il était également invraisemblable de commencer un nouveau gouvernement en traînant les suites de toutes les cruautés infligées par le parti nazi au nom de la loi. Selon Radbruch:

«The first need is to restore respect for law. The National Socialist government itself repeatedly broke the law in an utterly shameless manner. The most hallowed rights of man — life, freedom and honor — were violated on numberless occasions without even the pretense of legality. Everything and anything was deemed permissible that according to the conception or professions of those in power served the welfare of society. Now the task is to restore the security of legal rights, to renew the state's obligation toward its own enactments, to reestablish the rule of law [...] And yet, beside the restoration of respect for law, the German lawyer has a second task that seems to stand toward the first almost in contradiction. The rulers of twelve-year dictatorship often gave to injustice, to crime itself, the form of law. Even the mass murders in concentration camps are said to have a statutory basis.»⁶⁰

Et c'est justement pour faire face à ce deuxième problème que

58. La Constitution de Bonn (qui a fait suite à la République Weimar) contient d'ailleurs une disposition visant précisément à proscrire les «parties which, by their aims or the conduct of their adherents, purport to injure or abolish the free democratic order or to imperil the existence of the Federal Republic». (Grundgesetz Fuer Die Bundesrepublik Deustschland, art. 21 al. 2); la cour constitutionnelle a ainsi banni un parti néo-nazi quelques années plus tard.

59. cf. droit contractuel, droit de la responsabilité civile, prescription, etc.

60. G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 5e éd., 1956, p. 384, cité dans L.L. FULLER, «The Legal Philosophy of Gustav Radbruch», (1954) 6 *Journal of Legal Ed.* 481.

Radbruch fit appel à la notion du droit naturel.

«Legal philosophy must restore to consciousness a wisdom that is centuries old and that was common to antiquity, the Christian Middle Ages and the Enlightenment. During these periods men believed that there was a law higher than mere enactment, which they called the law of Nature, the law of God, or the law of Reason. Measured by this higher law, lawlessness remains lawlessness when accomplished through legal forms; wrong remains wrong though enacted in statute [...].»⁶¹

Tout en introduisant une notion de droit naturel⁶², Radbruch a tenu à souligner qu'il n'abandonnait pas la structure et l'essence de sa philosophie; nous allons examiner au cours des prochaines pages les changements qu'il a apportés à sa pensée élaborée dans *Rechtsphilosophie*, pour ensuite déterminer s'ils sont logiquement compatibles avec la formulation précédente de son système.

En premier lieu, Radbruch reprend l'idée centrale de sa théorie relativiste: l'individu a le choix entre la triade des valeurs comprise dans l'élément du «bien commun» (c'est-à-dire individualiste, super-individualiste et transpersonnaliste) et sa décision sera prise en fonction de sa science et de ses idées politiques; le but de la philosophie légale n'est que de lui démontrer les implications de son choix. Mais Radbruch s'éloigne par la suite de cette idée centrale en introduisant à l'intérieur de la triade de valeurs la notion de «droits de l'homme». Il arrive à ce résultat en élargissant sa théorie de biens et

61. G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 5e éd., 1956, p. 387, cité dans *Id.*, 484.

62. On ne peut définir le droit naturel sans tenir compte des différentes écoles de pensée sur le sujet, puisqu'il n'existe pas une seule et unique interprétation de ce concept. Il devient donc nécessaire de le qualifier: droit naturel classique (ce qui comprend les conceptions d'Aristote et de St-Thomas), droit naturel stoïque, droit naturel protestant, etc. Un critère commun aux principales écoles est la croyance en un droit non-écrit, supérieur aux lois constitutionnelles. Certains retrouvent cette loi supérieure en observant la nature; d'autres, par la raison, d'autres encore dans les paroles de Dieu ou en comparant les différents systèmes légaux; etc. La doctrine du droit naturel a connu plusieurs vagues de popularité au cours des siècles, mais elle semble sombrer dans l'oubli (de l'avis de ses opposants) en période de prospérité et de tranquillité. Le problème principal que rencontrent les partisans de cette doctrine — comme nous le verrons plus loin — est d'établir quels principes devraient être reconnus comme étant supérieurs au droit conventionnel. Cependant, l'attrait de l'existence d'un droit supérieur qui assure la reconnaissance de droits fondamentaux fait en sorte que cette doctrine refait constamment surface.

«The natural law is dead; long live the natural law».

Pour plus d'informations sur le droit naturel, voir J. W. HARRIS, *Legal Philosophies*, Londres, Butterworths, 1980, 1-39.

devoirs éthiques. Ainsi, les trois objets d'évaluation — individu, collectivité et oeuvres humaines — représentent les biens éthiques, qui amènent en retour des devoirs moraux.

Alors qu'en 1932, Radbruch ne s'était pas arrêté à établir le contenu substantif de sa philosophie (cela dépendait de la vision qu'un particulier avait du bien commun), voilà qu'il amène une modification à son système de valeurs. En vertu de ces changements, les lois ne sont valides que dans le cas où elles rendent l'accomplissement des devoirs éthiques possibles:

«Whereas the quest for highest values which is designed to serve compels us to relativistic resignation, the theory of ethical duties (whatever their positive specific content) makes absolute demands on law. It is true the law may not accomplish the performance of ethical duties, since the performance of ethical duties is a voluntary act which cannot be brought about by legal compulsion. Though law cannot compel ethical action it can make such ethical action possible: law is the possibility of ethical action, or in other words, law is that measure of outer liberty without which the inner liberty required for ethical decisions cannot exist. To guarantee this extrinsic liberty is the very essence of human rights. It follows therefore, that these rights are absolute in character, not absolute in the particular form in which they have entered various positive laws, but absolute in the sense that they are indispensable for making possible the performance of ethical duties.»⁶³

Ainsi, Radbruch a réussi à introduire des absolus à l'intérieur de son système relativiste. Maintenant, tout gouvernement quel qu'il soit, doit accorder à l'individu un minimum de liberté pour qu'il soit en mesure de prendre des décisions morales. De ce fait, un système de lois qui nierait complètement les droits fondamentaux de l'homme, serait dépourvu de validité, même s'il visait à privilégier la collectivité ou les oeuvres humaines. Dans une certaine mesure, Radbruch finit donc par faire ce qu'il refusait d'établir en 1932: mettre la valeur individualiste du «bien commun» au premier rang de la triade des valeurs (du moins pour ce qui est de ce minimum nécessaire).

Le problème est que Radbruch définit très peu cette notion de «droits de l'homme»; il nous réfère à la méthode comparative, un peu comme en droit international public, des nombreuses déclarations et chartes des droits de l'homme. Ceci équivaut cependant à dire que ces droits individuels minimums sont ceux qui sont reconnus dans les sociétés occidentales. Malheureusement, sans doute parce qu'il est décédé très tôt après le début de la révision de sa philosophie, Radbruch n'a pas eu le temps d'expliquer le contenu de ces droits fondamentaux.

63. M. A. POCK, *loc. cit. supra*, note 9, 65.

On se souviendra aussi qu'en 1932, Radbruch avait affirmé que «it is more important that the strife of legal views be ended than that it be determined justly and positively»⁶⁴. Cette proposition constituait la seule indication qu'une composante de l'idée du droit devait être préférée à une autre.

Encore ici, Radbruch tente d'introduire une nouvelle notion, tout en maintenant intacte la structure de sa philosophie antinomique du droit. Il réitère que les éléments justice et sécurité juridique exigent que les lois conventionnelles soient appliquées même si elles sont injustes. Toutefois, il apporte une correction bénéfique à sa philosophie légale en considérant dorénavant que la sécurité juridique est une forme de justice (voir *supra*, p. 401); il y a donc conflit de la justice avec elle-même. De ce fait, la solution sera une question de degré.

«The consequence is that in order to re-establish justice again one requires as a first step a measure of inequality, in other words, injustice. Since legal certainty constitutes a form of justice the opposition between justice and legal certainty is really a conflict of justice with itself. This conflict can for that reason not be solved unequivocally. The question is one of degree: if the injustice of positive law reaches such intolerable proportions that the legal certainty which flows from having positive law is no longer of any importance by comparison, a situation is then reached that such unjust positive law must yield to justice. In most cases, however, the legal certainty which flows from positive law will, because it is part of the concept of justice, justify the application on unjust positive law.»⁶⁵

Ainsi, pendant que les éléments de justice et sécurité juridique se disputent la première place, il ne fait aucun doute que la composante «bien commun» est maintenant reléguée au dernier rang⁶⁶.

Cependant, Radbruch est conscient de la difficulté qu'une telle proposition amène: où fixer la limite, c'est-à-dire à quel point l'injustice devient-elle si intolérable qu'elle rend une loi invalide? Encore ici, Radbruch a contribué très peu à la solution de ce problème, probablement à cause de la tardiveté de son approche à ce problème. Il nous a toutefois laissé quelques indices:

«[...] one line, however, can be drawn sharply: if justice is not even intended, if equality, which is the very soul of justice, is consciously denied in the

64. G. RADBRUCH, *loc. cit. supra*, note 1, 108.

65. B. VAN NIEKERK, «Natur Der Sache», (1973) 90 *SALJ.* 253.

66. Rappelons que le point de vue individualiste se situe maintenant au premier rang de cette troisième composante de l'idée du droit, du moins quant au minimum exigé par Radbruch.

drafting of legislation, such legislation is not only 'incorrect law', it is devoid of the very idea of law.»⁶⁷

Ainsi, Radbruch conclut, un grand nombre de lois édictées durant le régime nazi n'avaient pas la qualité de lois.

B. Évolution ou révolution de la philosophie légale de Radbruch

Avant sa mort, Radbruch a insisté sur le fait qu'il n'avait aucunement changé l'essence et la structure de la philosophie qu'il avait développée avant 1933; Erik Wolf est d'ailleurs en accord avec ce point de vue, puisqu'il n'y voit qu'une évolution de la pensée de Radbruch⁶⁸. Cependant, la plupart des auteurs⁶⁹ considèrent qu'en postulant des exigences minimales de justice, même si elles sont très élémentaires, pour qu'une loi soit valide, Radbruch a abandonné sa définition formelle de la notion de justice pour lui substituer une définition substantielle. Ainsi, il ajoute aux directives de justice qu'il avait préalablement établies — c'est-à-dire justice distributive objective — d'autres contrôles de son contenu.

Comment réconcilier l'insistance de Radbruch à maintenir l'essence de son système antinomique, qui ne fait que démontrer à l'individu les implications de sa décision tout en le laissant prendre position selon sa propre conscience, avec sa tardive souscription aux notions de droit naturel?

La réconciliation de ces contradictions qui nous apparaît la plus plausible et la plus attrayante a été développée par Arthur Kaufmann⁷⁰. Selon ce dernier, l'approche de Radbruch devrait être qualifiée de «perspectivisme», en ce sens qu'il s'agit d'un relativisme purement épistémologique et non ontologique. En effet, il ne nie pas l'existence d'absolus; la relativité se situe plutôt au niveau de la connaissance. Et c'est justement à cause du fait que notre connaissance ne peut identifier ces absolus que nous devons être tolérants de tous les systèmes, exception faite des régimes qui sont eux-mêmes intolérants, jusqu'à ce qu'un individu réussisse à prouver le contenu de ces absolus.

67. M. A. POCK, *loc. cit. supra*, note 9, 68.

68. E. WOLF, *loc. cit. supra*, note 38, 13.

69. Voir W. FRIEDMANN, *loc. cit. supra*, note 4, 191; L. L. FULLER, *loc. cit. supra*, note 6, 630; M. A. POCK, *loc. cit. supra*, note 9, 60; J. STONE, *op. cit. supra*, note 2, 258; H. L. A. HART, *loc. cit. supra*, note 5, 593 et E. VON HIPPEL, *loc. cit. supra*, note 54, 106.

70. A. KAUFMANN, «Der Mensch in Recht», (1958) *RupertoCarola* 2-8.

Radbruch a donc développé un relativisme qui ne renonce pas à la connaissance des exigences minimales du droit naturel, mais plutôt qui encourage les efforts pour apprendre à les discerner. Cependant, même si le contenu de ces absolus est encore indéterminé (c'est-à-dire si on ne connaît pas encore le point où l'injustice devient si intolérable que la loi n'est pas valable), cela ne devrait pas nous empêcher de les reconnaître lorsqu'il est évident que certaines dispositions législatives ont dépassé ce point, ce qui fut certainement le cas sous le régime nazi⁷¹. La connaissance de ces exigences minimales ne viendra évidemment qu'à bout d'essais et d'erreurs, mais cela ne doit pas nous arrêter dans notre recherche d'un meilleur système législatif. Si la philosophie antinomique nous démontre diverses possibilités tout en nous laissant le choix, il ne faut pas hésiter à dénoncer les régimes intolérants. Notre devoir est de continuer là où Radbruch a dû s'arrêter, car il existe encore aujourd'hui plusieurs pays où le niveau «d'injustice intolérable» a été atteint.

71. Voir J. STONE, *loc. cit. supra*, note 2, 251: «no doubt situations arise, of which barbarous excesses such as those of the Nazi regime [...] in which the line clearly crossed.» Voir aussi B. VAN NIEKERK, *loc. cit. supra*, note 65, 254: «[...] German courts and commentators [...] did not apparently have insuperable problems in finding that certain nazi statutes were irretrievably contaminated by injustice according to general standards of behaviour [...].»

D'ailleurs, une bonne indication de l'importance pratique de la théorie de «loi supérieure» développée par Radbruch est son application dans de nombreux jugements des tribunaux allemands après la Seconde Guerre mondiale, où plusieurs juges font directement référence aux écrits de Radbruch.

Parmi ces décisions, citons:

- *ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESGERICHTSHOFES IN STRAFSACHEN* 2 (1952) 234; où la Cour d'appel a renversé l'acquittement de plusieurs personnes accusées du meurtre de Juifs, en ayant aidé à leur transportation à des camps de concentration.
- *ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESGERICHTSHOFES IN ZIVILSACHEN* 94 3 (1951) (ci-après abrégé BGZ); où la Cour Suprême Fédérale condamna le défendeur à payer des dommages à la mère d'un jeune homme qui fut abattu pour avoir refusé de porter les armes pour l'Allemagne;
- 3 BGZ, vol. 3, 45; où l'on a condamné des officiers qui avaient exécuté des individus en vertu d'un décret autorisant l'exécution sans procès pour les personnes coupables (sic) de défaitisme;
- 16 (1955) BGZ, 350; dans ce cas, la Cour a annulé un décret nazi qui ordonnait la confiscation de toute propriété des Juifs ayant fui l'Allemagne.

On peut retrouver ces décisions dans H. ROMMEN, «Natural Law in Decisions of the Federal Supreme Court & of the Constitutional Courts in Germany», (1959) 4 *N.L.F.*, 1-25.

CONCLUSION

Ainsi, l'oeuvre de Radbruch se termine avec un point d'interrogation quant à la possibilité de réconcilier sa philosophie antinomique développée en 1932 dans *Rechtsphilosophie* et son adoption des doctrines de droit naturel dans les dernières années de sa vie.

Il n'existe aucun compromis dans la personnalité de Radbruch ou dans son approche aux problèmes de la vie et du droit. Il n'a jamais été complètement satisfait de lui-même ou de sa philosophie, d'où la dignité de l'homme et de son oeuvre. Plusieurs verront en Radbruch un des grands juristes de notre époque: un homme qui est demeuré fidèle à ses principes alors qu'il aurait été facile, comme plusieurs autour de lui l'ont fait, de céder devant l'injustice.

Ainsi, il ne faut pas s'imaginer que sa contribution n'a eu d'importance que dans le passé. En effet, il existe encore aujourd'hui plusieurs pays où la négation de la dignité humaine est une chose courante⁷². Que l'on examine sa philosophie antinomique qui encourage un questionnement continu, ou sa formation tardive d'une théorie du droit naturel qui se présente comme une injonction aux juristes de combattre l'injustice, Radbruch ne recherche que le bien-être des sujets de droit. Le positivisme semble être revenu en force dans les pays occidentaux, mais heureusement, il existe de nombreux auteurs qui combattent la position «la loi est la loi dans tous les cas», après avoir été sensibilisés par les écrits du juriste de Heidelberg.

«Radbruch's legal philosophy remains a warning to which we cannot shut our ears, a warning to be sparing with our assertions about the nature and substance of justice. It calls out to every legal thinker that he must retain the status of a questioner, forever restless, never retreating into himself or losing touch with others, but persisting in the belief that even a science which knows no more of true justice than to show up the limitations of those who say they know it well, stands high.»⁷³

72. Voir à cet effet un hommage à Radbruch particulièrement émouvant par un juriste sud-africain: B. VAN NIEKERK, *loc. cit. supra*, note 65, 234.

73. E. WOLF, *loc. cit. supra*, note 38, 23.