

Evgeny B. PAŠUKANIS

**LA THÉORIE GÉNÉRALE
DU DROIT
ET LE
MARXISME**

Traduction de Jean-Marie BROHM
Présentation de Jean-Marie VINCENT
En guise d'introduction par Karl KORSCH

EDI paris
ETUDES ET DOCUMENTATION INTERNATIONALES
2, rue Descartes, PARIS-V

PRÉSENTATION

par Jean-Marie VINCENT

La théorie de l'Etat et du droit est un élément essentiel de la conception scientifique de la société capitaliste et post-capitaliste. Pourtant, depuis plus d'une quarantaine d'années, il n'est guère de sujet qui ait été plus maltraité par les marxistes ou ceux qui se disent tels. Alors que Marx et après lui Lénine s'étaient acharnés à démontrer que les formes juridiques et étatiques et pas seulement leur contenu (la matière sociale organisée), étaient des formes liées, c'est-à-dire spécifiques, à une société de classe déterminée, la société capitaliste, les commentateurs du marxisme officiel ont tout fait pour présenter les formes juridiques et étatiques comme des instruments de caractère technique ou neutre. Selon la plupart d'entre eux, c'est la volonté de la classe dominante qui, malgré les obstacles qu'elle peut rencontrer — volonté de la classe opprimée, limites objectives du système — donne leur contenu à ces formes et à ces rapports (relations entre groupes et individus). De là à conclure qu'il suffit de substituer à un personnel politique et judiciaire bourgeois un personnel d'origine prolétarienne ou petite bourgeoise, il n'y a qu'un pas, allègrement franchi par des apologistes serviles du stalinisme comme Vyšinskij. La « volonté de la classe dominante » dont, bien sûr, la bureaucratie se réserve l'interprétation, peut alors justifier le déchaînement répressif du droit bourgeois sans bourgeoisie et de l'Etat bourgeois sans bourgeoisie, baptisés droit socialiste et Etat socialiste. De même dans les pays capitalistes, on voit certains théoriciens communistes affirmer dans le même esprit que la volonté de la classe ouvrière contrecarre la volonté de la classe dominante et qu'à côté d'un droit marqué de l'influence bourgeoise peut se développer un contre-droit favorable à la classe ouvrière.

De cette façon, toute la rigueur de l'analyse marxiste s'évanouit et l'on ne voit plus très bien où se placent les frontières idéologiques. Les rapports étatiques et juridiques se solidifient et prennent l'apparence du « naturel » de l'« inévitable » et les problèmes à affronter se réduisent au plus ou moins grand degré de justice qui reste à conquérir. Ainsi, on succombe de nouveau au fétichisme qui prend les formes phénoménales (rapports juridiques, formalisme juridique) telles qu'elles se présentent immédiatement aux acteurs sans s'interroger sur les raisons (les forces motrices) de leur déploiement. La problématique marxiste de l'Etat et du droit comme ensemble de rapports et de structures reflétant le mode d'organisation et d'utilisation des forces productives, comme reflétant et complétant les rapports de production capitalistes, n'est plus alors qu'un mélange éclectique de formules vides ou trop pleines de significations hétérogènes.

Si l'on tient compte par conséquent de la longue prédominance de l'interprétation stalinienne du marxisme dans le mouvement ouvrier, on doit reconnaître que l'ouvrage de Pašukanis *La Théorie générale du droit et le marxisme*, a encore beaucoup de choses à nous dire (1). Non que le livre soit sans défauts. On peut lui reprocher de ne pas s'en tenir à son objectif proclamé — montrer la spécificité des rapports juridiques en tant que rapports sociaux particuliers — et de trop facilement céder à la tentation

(1) Evgeny Bronislavovič Pašukanis est né le 10 février 1891 dans une famille paysanne lithuanienne à Starica, près de Kalinine (Tver). Etudiant en droit puis juriste, il fut bolchevik en 1912. Adjoint de Stučka à la justice, il publie en 1920 une étude sur l'impérialisme et en 1924 son œuvre principale : *La théorie générale du droit et le marxisme*. En 1929, il est obligé de désavouer ses idées sur le dépérissement de l'Etat.

Considéré comme le plus éminent juriste apparu après la révolution, il fut directeur de l'Institut juridique de Moscou et vice président de l'Académie communiste. Vice commissaire du peuple à la justice, il élabora le projet d'un nouveau code criminel pour l'URSS qui eut une influence considérable au sein de la Section juridique de l'Académie communiste qu'il présidait. Mais sa disparition et son remplacement par Vyšinskij firent avorter ce projet « libéral » qui constituait un obstacle majeur aux vues de Staline.

Dès janvier 1937 en effet, Pašukanis, qui restait le théoricien le plus influent du dépérissement de l'Etat fut violemment attaqué dans la *Pravda* pour des raisons doctrinales et, en avril, stigmatisé de « naufrageur », « ennemi du peuple », etc. Il disparaît ensuite.

Pasukanis fut réhabilité le 8 août 1956, non pour ses opinions qui étaient « erronées », mais parce que l'accusation selon laquelle il fut un traître était fautive.

de les réduire aux rapports marchands, c'est-à-dire à des rapports économiques. Mais il faut reconnaître par ailleurs qu'il réfute de façon très efficace les conceptions qui font du droit une technique (le normativisme et le positivisme) et se refusent à voir en lui un ensemble de rapports, de formes et d'idéologies fonctionnels à un certain contexte social. Sous le féodalisme, le droit formellement égalitaire était recouvert, enveloppé par le système des privilèges attachés à des individus ou à des groupes, sous le capitalisme il parvient à son plein épanouissement, mais dans la société de transition vers le socialisme il est appelé à disparaître graduellement au fur et à mesure que dépérissent les rapports capitalistes et marchands. Voilà, à grands traits, la théorie du droit que défend Pašukanis et qui, aujourd'hui encore, reste essentielle pour développer une théorie générale des rapports et des formes juridiques.

Depuis que Pašukanis a publié la première version de son livre, bien des changements se sont produits dans la vie juridique. On a vu se développer de façon accélérée un droit dit social, qui montre très clairement que la prétention égalitaire du droit bourgeois se heurte à la réalité profonde des inégalités entre les individus, les groupes et les classes. Certains groupes de la classe dominante s'arrogent de véritables privilèges tandis que des groupes des classes dominées doivent être protégés dans certaines limites contre les effets les plus néfastes de l'exploitation capitaliste. L'ordre judiciaire s'est lui-même profondément modifié. Dans la plupart des pays occidentaux, le sommet de la hiérarchie judiciaire est devenu plus « politique », c'est-à-dire plus directement dépendant de l'Etat, car il en vient à assumer des fonctions politico-administratives assez larges. Par ailleurs, les groupements professionnels ont vu s'étendre leurs compétences dans le domaine judiciaire ou quasi-judiciaire. Il en résulte une complication extraordinaire de la justice, un enchevêtrement de juridictions et de compétences, des chevauchements de domaines qui impliquent des interventions beaucoup plus fréquentes du gouvernement et de la haute bureaucratie. La séparation des pouvoirs qui n'a jamais été autre chose qu'une division du travail à l'intérieur de l'Etat, contrôlée et sanctionnée par une opinion publique bourgeoise, n'est plus qu'une fiction aujourd'hui. L'interventionnisme de l'Etat capitaliste, sa multifonctionnalité actuelle entraînent des modifica-

tions sans cesse répétées de l'ordre juridique qui devient lui aussi plus pesant, plus oppressif. Pour les masses populaires qui n'ont pas à leur disposition les conseillers juridiques nécessaires pour l'utilisation rationnelle des différentes législations, le droit est de plus en plus imprévisible et irrationnel. Les caractéristiques propres de l'individu, sa situation à un moment donné n'ont apparemment aucune relation significative avec les rapports juridiques qu'il entretient avec d'autres (alors qu'en réalité sa situation d'exploité trouve son pendant dans sa position juridique inférieure).

Il n'y a donc aucune raison de considérer que les problèmes fondamentaux posés par Pašukanis sont dépassés. Les changements du droit, son adaptation aux transformations de la société capitaliste n'altèrent pas sa nature de classe, son rôle pour produire et reproduire l'individu isolé nécessaire aux rapports de production capitalistes, pour favoriser l'appropriation par les capitalistes de la force de travail, pour entraver et réprimer l'organisation collective des travailleurs et pour contenir les affrontements des individus et des différentes couches de la société. En outre, le livre de Pašukanis est comme une sorte de réfutation anticipée des théories soviétiques actuelles qui affirment que le dépérissement du droit (pour une époque lointaine) passe par son renforcement et son développement maximal dans l'U.R.S.S. d'aujourd'hui. Le droit, pour ces curieux marxistes, n'est pas une survivance, mais un levier fondamental pour la progression vers le communisme.

Cela explique sans doute pourquoi, malgré sa réhabilitation posthume en 1956, Evgenij Bronislavovič Pašukanis est toujours en U.R.S.S. un auteur maudit. Comme toute une génération de vieux bolchéviques, artisans de la Révolution d'Octobre, il avait pris trop au sérieux les thèmes libérateurs de Marx et de Lénine sur le dépérissement de l'Etat et du droit. Mais, c'est bien pour cela qu'il mérite lu par tous ceux qui luttent véritablement pour le socialisme.

La lecture de l'ouvrage de Pašukanis présente de nombreuses difficultés. Comme le soulignait déjà Karl Korsch en 1930, le dogmatisme de l'auteur, manifestement influencé dans ce domaine par ceux-là mêmes qu'il critiqua, donne à son ouvrage un aspect rébarbatif pour les non-spécialistes. Les allusions à des exemples

concrets n'abondent pas et on remarquera que la réalité soviétique de 1923 est à peine effleurée. Tout ceci fait que quelques explications complémentaires sur les grands courants de la théorie juridique ne sont sans doute pas superflues.

L'école du droit naturel, née au XVIII^e siècle comme contestation de l'ordre juridique féodal, cherchait le fondement de la régulation de la vie sociale dans des principes conformes à la « nature humaine » (et non à l'ordre divin). Cela traduisait la montée de l'individualisme bourgeois et prépara sur le plan individuel les mouvements révolutionnaires de l'époque. Aujourd'hui, les défenseurs de la théorie du droit naturel ont généralement pour préoccupation de défendre l'ordre capitaliste existant en lui attribuant un caractère naturel et supra-historique. Il faut signaler cependant que dans les pays de l'Est (U.R.S.S., démocraties populaires), des courants oppositionnels réformistes opposent à l'arbitraire bureaucratique cette idée du droit naturel.

Le positivisme juridique a pour caractéristique de ne pas se préoccuper du problème des fondements. La légitimité d'un ordre juridique pour lui est donnée simplement par le fait qu'il existe et perdure. Son centre d'intérêt, c'est le fonctionnement effectif d'un ordre juridique et son évolution en fonction des problèmes posés dans la pratique.

L'école historique du droit ou historicisme juridique peut être considérée comme une variante de positivisme. Elle privilégie l'ordre juridique, fruit d'une très lente évolution en s'opposant à ceux qui attribuent une trop grande importance à la logique dans l'agencement des règles juridiques. Pour elle, tout ce qui vient des coutumes et d'usages peu à peu rodés au cours des temps a une valeur organique, colle à la société beaucoup mieux que les constructions abstraites des juristes.

Le normativisme juridique de Kelsen est aussi une variante du positivisme. Il se distingue surtout par l'étude technique très rigoureuse qu'il fait des systèmes de normes, en montrant les liens logiques qui les unissent entre elles à partir d'une norme fondamentale qui est à la base de tout le système. Le normativisme est en fait une sorte de formalisation logique des systèmes juridiques possibles. Bien entendu, il part du présupposé que toute vie sociale organisée doit recourir au droit, c'est-à-dire à l'établissement de règles sanctionnées par l'Etat et extérieures aux

individus et aux groupes. Il ne lui vient pas à l'idée que les normes générales puissent dépérir dans une société auto-gouvernée.

Aujourd'hui, si ces différents courants de la pensée juridique bourgeoise existent toujours, ils sont largement en recul devant les différentes variantes du fonctionnalisme sociologique qui font du droit une subdivision d'une étude plus générale des organisations complexes (Etats, administrations, grandes entreprises). Le droit est ainsi conçu comme l'ensemble des règles et des institutions nécessaires au maintien et au bon fonctionnement de ces organisations bureaucratiques.

J.-M. VINCENT, Paris, 1969.

EN GUISE D'INTRODUCTION *

par Karl KORSCH

Le premier ouvrage donne une très haute idée de l'importance de cette branche nouvelle que la très vieille science du droit a déjà fait surgir aujourd'hui sur le terrain culturel de l'Union soviétique grâce aux soins de la « Section de la science du droit et des sciences politiques de l'Académie communiste de Moscou » et de juristes soviétiques tels que Stučka, Gojchbarg, Rejsner, Pašukanis, etc. Il démontre en même temps la grande fécondité dont ont fait preuve dans ces conditions matérielles et idéologiques favorables l'esprit et la méthode du Capital de Marx, entre autres précisément dans le domaine de la science du droit. Cette forme méthodologique en effet, considérée très souvent aujourd'hui à l'Ouest, même du côté marxiste, comme le point de vue dépassé d'un siècle passé, connaît actuellement pourtant à l'Est soviétique une renaissance formelle dans la recherche en sciences sociales.

Car telle est la caractéristique la plus remarquable de cet ouvrage. Celui-ci ne représente en effet de bout en bout une tentative d'utiliser dans le domaine particulier du droit, avec une précision presque pédante, et de façon strictement « orthodoxe », cette conception matérialiste que Marx a proclamée dans le Capital et ses autres écrits, en l'appliquant à tous les domaines des sciences sociales et historiques, mais qu'il n'a développé jusqu'à ses conséquences ultimes que dans le domaine, fondamental pour tous les

* Dans le présent essai paru en 1930 dans les *Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung* [Quinzième année], Karl Korsch rend compte de deux livres : E. PAŠUKANIS : *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus (Versuch einer Kritik der juristischen Grundbegriffe)*, Verlag für Literatur und Politik, Wien, Berlin 1929 et Karl RENNER : *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion-Ein Beitrag zur Kritik des bürgerlichen Rechts*, Verlag J. C. B. Mohr, Tübingen, 1929.

autres, de l'Economie politique. Toute la vigueur du présent ouvrage réside dans ce caractère précis de son principe théorique; mais la forme par trop « orthodoxe », abstraite et dogmatique de son développement constitue aussi la racine de ses faiblesses et de ses défauts qui apparaissent au cours de l'exposé de manière toujours plus visible.

Déjà F. Engels remarqua vers la fin de sa vie — indépendamment d'autres considérations critiques, suscitées par le développement historique, sur les mérites et les défauts des théories établies par Marx et lui-même — que l'application de ces théories avait conduit les marxistes « à négliger la forme en ne considérant que le contenu, c'est-à-dire à négliger la manière dont se constituent les représentations politiques, juridiques et idéologiques, ainsi que les actions médiatisées par elles, qui sont déduites des réalités économiques fondamentales » (1).

L'évolution postmarxienne de la science qui a constitué pour Marx, selon le célèbre texte de l'avant-propos à la « Critique de l'économie politique » [1859], non seulement l'objet de ses études spécialisée [tout comme chez Lassalle et Lénine], mais qui est devenue aussi le point de départ et la première pierre de touche de sa nouvelle méthode matérialiste dialectique et de sa conception de la société, en un mot la science des « rapports juridiques et des formes de l'Etat » (2), montre à quel point cette réflexion d'Engels a touché juste. « Le caractère fétiche de la marchandise », dévoilé jusqu'à ses racines par Marx dans le premier chapitre du Capital, et le caractère fétiche de l'ensemble de la soi-disant science économique, déterminé par le fétichisme de la marchandise, sont demeurés pour beaucoup de marxistes « orthodoxes » jusqu'à nos jours simple phrase morte dont ils n'ont tiré aucune conséquence pour leur science économique « marxiste ». La situation est d'ailleurs encore pire en ce qui concerne le prolongement de cette critique matérialiste de la forme économique de la marchandise par la critique également matérialiste de la forme du droit que Marx effectua de manière frappante au début du chapitre suivant.

(1) Lettre à F. Mehring du 14 juillet 1893, reproduite dans mon livre : *Kernpunkte der materialistischen Geschichtsauffassung* [Berlin, 1922].

(2) Karl MARX Contribution à la critique de l'Economie politique; traduction Husson et Badia. Editions Sociales, Paris, 1957, p. 4.

Même les meilleurs théoriciens matérialistes marxistes n'ont jamais fait qu'interpréter ces thèses marxiennes dans un sens unilatéral : à savoir que le « contenu » de tous les rapports juridiques apparaissant historiquement est donné lui-même par les rapports économiques qui les fondent et qu'ainsi le droit est dans son contenu déterminé économiquement. Cette thèse constituait pour tous les marxistes la différence essentielle existant entre leur conception matérialiste du droit et les représentations idéologiques des philosophes idéalistes du droit et des juristes positivistes. Des penseurs marxistes plus profonds tels Engels [dans sa polémique contre Dühring], Plékhanov et A. Labriola ont constamment opposé cette thèse aux critiques superficiels du droit bourgeois. Ceux-ci, tels Gumpłowicz et Dühring, dans le passé, et les partisans de ce qu'on appelle « l'école sociologique » du droit et leurs adeptes dans les différents camps du socialisme plus récemment, se sont contentés de souligner, à l'encontre de la glorification idéologique du droit, par les différentes tendances des philosophies naturelle, historique et éthique du droit, le caractère de contrainte politique et le caractère de classe de tout ordre juridique positif, ainsi que des « idées juridiques » qui y sont exprimées.

Il manquait par contre jusqu'à nos jours une connaissance marxiste claire de ce que Marx avait également exprimé très nettement, à savoir que sous son aspect formel le « droit » [c'est-à-dire les rapports juridiques en leur qualité de rapports de volonté, plus les « sujets juridiques » et les « objets juridiques » qui en font partie, ainsi que les constructions de « l'ordre juridique » objectif et de la « volonté du législateur » établies au prix d'une déformation idéologique sans cesse accrue], n'est qu'une forme phénoménale, fétichisée, des mêmes réalités sociales qui trouvent leur première manifestation déformée dans la forme de la marchandise [c'est-à-dire dans la catégorie fondamentale de la « valeur » et dans les autres représentations économiques qui en sont déduites].

Il n'y eut, à l'exception de deux cas isolés, dans l'ensemble de la philosophie du droit et dans l'étude post-marxienne des fondements du droit, pas une seule investigation théorique qui se soit rattachée au point de départ que Marx assignait à la critique matérialiste-dialectique du droit. La première des deux exceptions [que Pašukanis a omises ou oubliées étrangement]

est constituée par quelques remarques méthodologiques sur le droit d'Emile Lask, le plus remarquable des néo-kantiens, mais qui est malheureusement décédé trop tôt. Ses remarques, bien que brèves, éclairent profondément ce problème (3), notamment lorsqu'il se réfère explicitement aux développements de Marx sur le caractère fétiche de la marchandise et lorsqu'il caractérise de manière pénétrante les conceptions en partie voisines, en partie diamétralement opposées, de Simmel, Brodmann, Schuppe et autres. Pašukanis, qui a polémique assez largement avec maints auteurs moins importants, ne s'occupe pas de ces auteurs, bien que la critique polémique de l'étude de Schuppe sur le « concept de droit » par exemple lui fût suffisamment familière grâce à la célèbre critique que fit Lénine de la « philosophie de l'immanence » de Schuppe. La deuxième exception est l'étude dialectique du philosophe marxiste G. Lukacs sur « la réification et la conscience du prolétariat ». Par ses développements sur les phénomènes particuliers de la « réification » (c'est-à-dire le déguisement fétichiste de la réalité sociale à l'époque de la production marchande capitaliste) dans la science du droit, Lukacs doit être considéré comme le précurseur direct du présent exposé de Pašukanis (4).

Parmi les théoriciens proprement marxistes qui se sont penchés dans la période historique récente sur le problème de l'application de la méthode d'investigation marxiste au problème de la « superstructure », et en particulier à la science du droit, il n'y en eut pas un seul qui se soit fixé pour tâche, au-delà de la critique des contenus juridiques variables, de critiquer également la forme juridique elle-même. Même l'austro-marxiste Renner, qui entreprit dans son étude sur « la fonction sociale des institutions juridiques » (parue dans sa première édition en 1904 sous le pseudonyme de Karner), la première tentative visant à rendre fécondes les théories marxistes de l'économie et de la société dans le domaine de la science du droit, est passé entièrement à côté de ce problème central d'une critique marxiste du droit. Dans toutes ses

(3) Cf. sa *Rechtsphilosophie*, parue dans le deuxième tome des *Mélanges pour Kuno Fischer Die Philosophie im Beginn des 20 Jahrhunderts*, Heidelberg 1904, notamment pp. 37 et suivantes.

(4) Cf. G. LUKACS *Histoire et conscience de classe*, Ed. de Minuit, Paris 1960.

recherches sur le « changement de fonction » et le « changement des normes » du droit en effet, il a simplement présupposé logiquement l'actuelle forme du droit qui se manifeste à titre de phénomène immédiat dans la réalité présente de l'Etat capitaliste comme loi générale (volonté générale, norme juridique). Comme on sait, les économistes bourgeois classiques de la période pré-marxienne ont concentré leur attention sur l'analyse des grandeurs de valeur en passant ainsi inévitablement à côté de l'aspect spécifique de la forme de la valeur, c'est-à-dire de la production marchande comme mode particulier, historiquement caractérisé, de production sociale (5). De même, un siècle après, le spécialiste du droit Renner, qui passa par l'école de Marx, concentre également tout son intérêt sur l'analyse des deux processus historiques distingués par lui : celui du « changement de fonction » de la norme juridique d'une part, et celui du « changement des normes » d'autre part, en négligeant consciemment et fondamentalement toute critique de la forme juridique elle-même.

La deuxième édition également de son étude, parue en 1929 sous un titre modifié, ne dépasse en aucun point par ailleurs les résultats qu'il visait 25 ans auparavant et est même considérablement en régression dans l'ensemble par rapport à ce qui constituait précédemment une contribution importante. Dans cette deuxième édition Renner en effet ne discerne expressément le « caractère fétiche » que dans la transformation linguistique des impératifs juridiques en propositions indicatives, telle qu'elle se manifeste dans les actuels ordres juridiques codifiés du continent européen, et encore tout au plus dans la transformation, consécutive à la première, mais seulement apparente des normes juridiques en assertions juridiques conditionnelles portant sur des faits possibles. Il déclare admettre par contre, pour les buts de son investigation, « sans preuve, comme donnée évidente », le fait que « l'Etat pose le droit et que ce droit s'oppose à titre de volonté générale à la volonté particulière en exigeant obéissance » (6). Autrement dit il se place fondamentalement, aujourd'hui encore, de manière non-critique, sur le même terrain « positif » que la conception universellement régnante dans le monde des juristes bourgeois, ces « idéologues de la propriété privée ».

(5) Cf. Karl MARX, *Le Capital*, L. I, ch. 1.

(6) Karl RENNER, *op. cit.*, pp. 1-4.

C'est donc en apparence uniquement qu'il polémique, dans une déclaration pathétique à la fin de l'avant-dernière partie de son livre (7) contre « l'idée de socialisation » vulgaire, réformiste, évolutionniste, bourgeoise, c'est-à-dire contre la tendance politique qui lui est la plus proche. « Ces socialistes se trompent, dit-il en effet, en pensant que le processus de concentration croissant supprimera un jour par lui-même la propriété et le capitalisme. » Il n'y a derrière ces déclarations en réalité aucun aveu de la nécessité de l'action révolutionnaire dont le but est de supprimer par un « changement des normes » violent les « normes juridiques » de l'actuel régime de la propriété bourgeoise. Celles-ci continuent aujourd'hui d'exister sans modification, malgré le changement, ou même le renversement formel complet, de leur fonction économique et sociale; elles entravent ainsi le développement ultérieur de la production et par là aussi de toute la vie sociale et de la culture. Bien plus, ces déclarations recouvrent simplement un fidéisme étatique totalement fétichisé qui constitue une régression par rapport à la conception historique et sociologique du droit de l'actuelle science bourgeoise et qui ne peut absolument pas s'imaginer un « changement des normes » autrement qu'avec l'approbation de l'autorité publique. Pašukanis critique à tort (8) l'absurdité de cette théorie de Renner en mettant en avant des considérations purement logiques. Selon lui en effet toute l'affirmation de Renner se réduit au fait qu'une formule abstraite déterminée est identique à elle-même; le « crétinisme » contenu dans cette théorie de Renner n'est pas en effet de nature logique, mais de nature politique et n'est qu'une simple manifestation particulière du crétinisme parlementaire bien connu par ailleurs. Cependant, à l'encontre de l'exposé amplement fourni que fait l'apologète du capitalisme évolué Renner sur le changement de fonction social qu'aurait déjà subi la forme capitaliste de propriété au cours de l'évolution historique qui mène de la production marchande « simple », à la production marchande « capitaliste » et « capitaliste développée », Pašukanis émet à juste titre l'objection critique suivante. On pourrait exprimer, dit-il, une réalité beaucoup plus essentielle en renversant tout simplement la thèse de Renner et en disant que « les normes se modi-

(7) Op. cité, page 170.

(8) Cf. infra, p. 117.

fient » au cours de cette évolution, mais que « la fonction sociale reste inchangée ». Au vrai cette fonction sociale principale du droit qui n'est pas liée à un contenu juridique historique particulier, mais qui est donnée avec la forme du droit elle-même, n'est supprimée par aucun « changement de norme », soit de la « loi » écrite abstraite, soit du jus quod est réellement en vigueur dans la société. C'est à ce niveau que le spécialiste marxiste soviétique du droit Pašukanis intervient. Toute sa « critique des concepts juridiques fondamentaux » et la « théorie générale du droit » qu'il en déduit se résument dans l'affirmation et le développement de la formule selon laquelle non seulement les contenus variables de tous les rapports et normes juridiques en vigueur, mais aussi la forme du droit elle-même dans toutes ses manifestations, ont un caractère « tout aussi » fétiche que la forme de la marchandise en économie politique. Comme celle-ci, le droit appartient dans sa configuration pleinement achevée à la seule époque historique de la production marchande capitaliste. Il s'est développé historiquement avec elle à partir des formes embryonnaires, imperceptibles, que seule l'évolution ultérieure a permis de reconnaître, et à partir de sa sphère originelle, la réglementation de l'échange des valeurs équivalentes, il s'est étendu dans l'actuel « Etat de droit » bourgeois en partie réellement, en partie potentiellement, sur l'ensemble des relations sociales existant à l'intérieur de la société capitaliste et de son Etat. Enfin il sera non seulement complètement métamorphosé dans son contenu dans la société communiste future, en même temps que seront renversés la production marchande capitaliste, son « Etat » bourgeois, ses classes et ses antagonismes de classes, mais il « déperira » complètement aussi au bout du compte comme forme.

Il va de soi qu'une critique du phénomène historique d'ensemble du droit, qui procède d'un principe matérialiste aussi radical, c'est-à-dire allant jusqu'au fond des choses, doit conduire, si elle est réalisée jusqu'au bout, à des conséquences extrêmement importantes et à un renversement formel de nombreuses représentations acceptées jusqu'à présent plus ou moins sans preuves, même par les critiques socialistes du droit. La signification théorique révolutionnaire du présent livre n'est pas amoindrie en soi par le fait que les idées révolutionnaires de Pašukanis ne sont pas à vrai dire nouvelles, mais représentent seulement

un rétablissement et un renouvellement des idées que Marx lui-même exprima il y a déjà 80 ans, en partie implicitement, mais aussi en grande partie explicitement dans sa critique de l'Idéologie Allemande, dans le Manifeste Communiste et, quelques années plus tard, encore une fois dans le Capital et dans Les gloses marginales au programme du parti ouvrier allemand de 1875. Car entre temps se situe une longue période historique pendant laquelle ces conséquences de la théorie originellement révolutionnaire de Marx furent oubliées aussi complètement dans le domaine du droit que dans le domaine de la politique. Et c'est seulement dans la nouvelle période critique de l'évolution capitaliste, au début de ce siècle et dans les luttes de classe exacerbées de la période de la guerre et de l'après-guerre, que la tendance marxiste radicale à l'Ouest et à l'Est la tira de son sommeil décennal et la rétablit dans sa forme authentique, en l'amputant des déformations réformistes et bourgeoises qui s'y étaient greffées entre temps. C'est pourquoi il ne nous semble pas trop grave que dans son effort pour rétablir la théorie marxiste du droit, Pašukanis, malgré sa volonté d'orthodoxie, n'ait pas donné toute leur force à toutes les conclusions de la théorie de Marx dans le domaine du droit et en fait même pas à la totalité des conclusions exprimées clairement par Marx lui-même, mais au contraire ait finalement reculé devant quelques-unes des conséquences les plus importantes et les plus hardies de la théorie marxiste malgré la vigueur de son point de départ. Ainsi, par exemple, dans son avant-dernier chapitre où il établit de manière très pertinente le lien existant entre le droit et la moralité dans la société de classe au mode de production marchand, il recule manifestement devant la conclusion à tirer, à savoir qu'après la réalisation totale de la révolution prolétarienne, après la suppression de la production marchande, après l'abolition des classes et des antagonismes de classes, et après le « dépérissement » total de l'Etat et du droit, « il n'y aura plus de moralité » dans la société communiste de l'avenir librement développée sur ses propres bases. C'est ainsi que dans une note ajoutée ad hoc dans la troisième édition, il limite le « dépérissement » dans ce domaine explicitement aux « formes spécifiques » de la conscience et de la conduite morales propres à l'époque historique actuelle, qui après avoir épuisé leur rôle historique, céderont la place à « d'autres formes supé-

rieures » (9). Et en examinant dans le dernier chapitre de son livre le problème « du droit et de la violation du droit », il parle même explicitement d'un nouveau « système de politique pénale » à créer après la disparition complète des classes. Il y soulève certes en même temps la question de savoir « si dans de telles circonstances un système pénal sera encore nécessaire », mais il restreint sa propre perspective manifestement à la suppression du « caractère juridique » et de la « dénomination de droit pénal » (10). Marx et Engels, par contre, dès 1847-48, dans le Manifeste communiste, rangèrent explicitement et sans aucune réserve la « morale » et le « droit » en leur totalité avec la « religion », la « philosophie » et la « politique », parmi les formes de conscience les plus générales qui sont communes jusqu'à présent, malgré leurs diversités et variétés, à toute l'histoire de la société de classe, et qui, à l'époque de la révolution prolétarienne, se « dissolvent complètement avec la disparition totale des antagonismes de classes ». Ils condamnèrent explicitement en plus le simple « renouvellement » de la forme qu'ils avaient revêtue jusqu'à présent.

Loin de reprocher au « marxiste orthodoxe » Pašukanis tous les cas où sa « théorie » critique révolutionnaire est en régression par rapport aux idées théoriques exprimées par Marx et Engels eux-mêmes à une époque historique antérieure, nous voyons bien plutôt le défaut capital de cette critique « matérialiste » du droit dans son caractère théorique, idéologique, trop doctoral, pédant et dogmatique qui donne directement l'impression d'être « étranger » par son aspect « juridique » à la réalité et à la pratique présente et passée... Il est particulièrement instructif sous ce rapport de comparer cette « théorie générale » du droit publiée en 1929 par le marxiste soviétique russe Pašukanis, non pas avec les idées exprimées par Marx et Engels, et qui proviennent historiquement des circonstances concrètes de l'aube révolutionnaire du mouvement ouvrier moderne, mais avec un écrit publié en 1887 par Engels (en collaboration avec Kautsky) dans la Neue Zeit où Engels prend position sur les questions du droit à partir des besoins théoriques et pratiques d'une nou-

(9) Cf. infra, p. 148, note 10.

(10) Cf. infra, p. 162.

velle phase de développement du mouvement de classe ouvrier correspondant beaucoup plus étroitement aux circonstances contemporaines. Autant le critique matérialiste F. Engels condamne sévèrement les illusions du « socialisme des juristes » répandues alors par A. Menger et autres amis « bien intentionnés » des ouvriers, autant il souligne énergiquement le fait que la classe ouvrière moderne « ne peut pas exprimer complètement ses conditions de vie dans les illusions juridiques de la bourgeoisie », autant il repousse la prétention, qui pourrait venir à l'imagination de l'un des partis socialistes existants, de « créer à partir de son programme une nouvelle philosophie du droit », autant enfin il ne se satisfait guère de cette négation, abstraitement centrée sur le « but final » révolutionnaire, de la « forme juridique » et de « la conception du monde juridique » propres essentiellement à la société bourgeoise. A l'encontre des soi-disant « droits socialistes fondamentaux » [droit au « produit intégral du travail », etc.] que Menger établit pompeusement, et qui du point de vue théorique sont déjà insuffisants, mais qui même sous cette forme sont finalement délaissés en pratique, Engels proclame d'autres « revendications juridiques précises » qui, suivant sa conception, doivent être mises en avant par les socialistes, et sans lesquelles « un parti socialiste actif, comme d'ailleurs tout parti politique en général, est impossible ». Et la seule condition fondamentale qu'il pose à un tel programme de revendications juridiques de la lutte de classe prolétarienne, est la condition matérialiste suivante : que toutes ces revendications juridiques, diverses et changeantes suivant l'époque, le lieu et le degré du développement social, correspondent dans tous les cas, le plus exactement possible, aux circonstances et aux conditions effectives de la lutte des classes (11).

Il est tout à fait clair que ces critères d'appréciation d'un programme juridique socialiste, et donc aussi d'une théorie socialiste du droit, qu'Engels a établis dans ce testament, ne peuvent pas être appliqués simplement sous cette forme à la « théorie marxiste du droit » du marxiste soviétique Pašukanis. Ce livre de Pašukanis a été en effet écrit dans les conditions totalement

(11) *Neue Zeit*, 5^e année, traduction française dans MARX-ENGELS, *Sur la religion*, Ed. Sociales, 1960.

différentes d'une révolution prolétarienne actuellement déjà commencée et en plein processus de réalisation. Et même celui qui tient ces conditions pour une illusion et une erreur historiques doit tenir compte de leur existence subjective en jugeant le contenu de cette « théorie marxiste du droit ». On ne peut même pas reprocher à l'auteur de n'avoir pas aperçu, dans le domaine particulier du droit, le caractère bourgeois, qui n'est pas modifié par le changement de dénomination, des actuelles institutions de son « Etat soviétique socialiste » au cours de la présente « période de transition ». En effet, au sujet du droit pénal actuellement en vigueur en Union soviétique, qui a rayé dès 1919 et 1922 le concept de « culpabilité » de ses lois (en maintenant toutefois les concepts qui en dérivent génériquement de « préméditation » et « d'imprudence » ainsi que le concept fondamental du droit basé sur la culpabilité à savoir « l'irresponsabilité ») et qui a aussi entièrement remplacé depuis quelques temps le concept de « peine » par la dénomination de « mesures judiciaires correctives de défense sociale », l'auteur dit avec une netteté reconfortante qu'une « telle modification terminologique ne change rien à l'essence des choses » (12). Néanmoins, du fait même que l'auteur soviétique maintienne évidemment le concept de « période de transition », du fait aussi que sa conception fondamentale définisse l'ensemble du développement qui a lieu actuellement en Russie dans les domaines du droit, de la politique, de l'économie et dans tous les autres secteurs de la vie sociale, comme une étape transitoire d'évolution vers la société communiste qui se produit après le renversement total de l'ordre social capitaliste, de ce fait donc l'ensemble de sa réflexion demeure inévitablement illusoire. Elle ne cherche pas en effet à saisir les rapports et les tendances évolutives contemporaines en Russie soviétique de manière matérialiste d'après leur être véritable, mais de manière idéaliste d'après une finalité qui leur est attribuée subjectivement. C'est de là que découle en dernière analyse le caractère extraordinairement abstrait de ce livre que nous avons déjà souligné et qui, par endroits, s'élève à un scolasticisme formel et non pas de telle ou telle cause occasionnelle, comme par exemple le fait que ce livre n'a été conçu

(12) Cf. infra, p. 170.

originellement qu'à titre d'esquisse provisoire écrite en grande partie à des fins de clarification personnelle (13).

Ce scolasticisme vieilli (et qui dans les circonstances données ne peut pas être dépassé par la voie théorique) de la méthode qu'emploie Pašukanis dans sa tentative en soi contradictoire pour rétablir la critique marxiste révolutionnaire authentique du droit en tant qu'expression théorique du mouvement historique qui se déroule à l'heure actuelle en Union soviétique et par là indirectement à l'échelle mondiale, le conduit finalement aussi, inévitablement, à déformer du point de vue théorique, la doctrine précisément qu'il s'efforce subjectivement de rétablir dans sa « pureté et son authenticité » avec un tel zèle orthodoxe. Contrairement à la conception de Marx et d'Engels qui font une différence essentielle entre le « caractère fétiche » indestructiblement inhérent à la forme de la marchandise d'une part, et les « idéologies » supérieures édifiées sur cette base, de la politique, du droit, et celles « encore plus éloignées de la base matérielle économique », et en ce sens « plus élevées », de la philosophie et de la religion, etc. d'autre part, toute la critique « marxiste » du droit et la « théorie générale du droit » de Pašukanis consistent à assimiler en permanence, non pas certes le droit à l'économie, mais la forme du droit à la forme de la marchandise. Ainsi tout le vaste processus d'évolution qui a conduit dans l'histoire réelle à la naissance de la conception marxienne matérialiste du droit, de l'Etat, de la société et de l'histoire, ainsi qu'à la critique de l'économie politique est formellement effacé et fait un retour sur lui-même. Lorsque Pašukanis parle expressément des deux aspects également « fondamentaux » du rapport unitaire-total des hommes vivant dans la société de production marchande, l'aspect économique et l'aspect juridique, lorsqu'il désigne explicitement le « fétichisme du droit » et le « fétichisme de la marchandise » comme deux phénomènes reposant « sur la même base » et également « énigmatiques », lorsqu'il dit que ces deux « formes fondamentales » se conditionnent « réciproquement » et que le lien social enraciné dans la production se présente simultanément sous ces deux « formes absurdes », il abandonne alors (14), et souvent

ailleurs aussi, tout au long de son livre, la pensée marxienne qui considère le rapport économique comme le rapport fondamental et le rapport juridique, ainsi que le rapport politique, comme des rapports dérivés. Il faut en plus tenir compte d'un certain nombre d'erreurs précises. Qu'il s'agisse de sa polémique, en soi pertinente mais dépassant son but, avec ces critiques marxistes du droit qui, tels Reijner ne veulent concevoir le droit en général qu'en tant qu'« idéologie », et non comme rapport social réel exprimé par la forme du droit malgré les voiles et les déformations idéologiques; qu'il s'agisse de son opposition également accentuée à tous les théoriciens socialistes ou communistes présents ou passés qui ont considéré la mise en évidence du caractère de classe du droit, inhérent aussi bien à tous ses contenus particuliers qu'à l'ensemble de sa forme, comme la tâche essentielle de la critique marxiste du droit; qu'il s'agisse de sa surestimation extrêmement étrange pour un « marxiste », de la « circulation », qu'il ne conçoit pas seulement comme une raison déterminante de l'idéologie traditionnelle de la propriété, mais aussi comme l'unique fondement économique de l'actuelle propriété; qu'il s'agisse enfin de son attitude ouvertement « étrangère » à la théorie économique et à l'histoire en général, il en ressort au bout du compte l'image générale d'une critique et d'une « théorie » du droit, qui malgré leur point de départ méthodologique strictement matérialiste et « marxiste orthodoxe », se détournent dans leur réalisation effective et dans leurs résultats de la destruction et du dépassement matérialistes-critiques, à la fois théoriques et pratiques-révolutionnaires par leurs tendances, de l'idéologie juridique et de la réalité socio-économique capitaliste qui lui sert de fondement. Par là il est amené à reconnaître et à restaurer l'idéologie juridique et la réalité qui y est voilée. Le mouvement historique réel — autrement dit tout le développement économique et social, ainsi que l'évolution qui s'accomplit comme une partie du processus d'ensemble dans le domaine particulier du droit en Union soviétique (et dont le présent ouvrage théorique de Pašukanis apparaît comme l'expression et le reflet théorique) — a pris également, et prend encore, la même voie de la restauration.

Karl KORSCH, Berlin, 1930.

(13) Préface à la 2^e édition russe.

(14) Par exemple cf. infra pages 103 et 107.

PRÉFACE A L'ÉDITION ALLEMANDE

La jurisprudence a eu depuis toujours dans la société bourgeoise une position particulière, privilégiée. Elle n'occupe pas seulement la première place parmi les autres sciences sociales mais elle leur imprime aussi sa marque.

Ce n'est pas sans raison que Engels a nommé la vision juridique du monde la vision classique de la bourgeoisie, qui est une sorte de « sécularisation de la conception théologique », dans laquelle « au dogme, au droit divin, se substituait le droit humain, à l'Eglise, l'Etat » (1).

La révolution prolétarienne, en détruisant l'Etat bourgeois et en provoquant un bouleversement des rapports de propriété, créa pour la pensée la possibilité de se libérer des chaînes de l'idéologie juridique. « L'absence de propriété des travailleurs, écrit Engels, ne pouvait correspondre qu'à l'absence d'illusions dans leur tête » (2).

Mais les expériences de la Révolution d'Octobre ont montré que les vieilles habitudes de pensée témoignent d'une ténacité étonnante, même après l'écroulement des fondements du vieil ordre juridique et même après que les vieux règlements, les vieilles lois et prescriptions aient été transformés en un tas de maculatures. La lutte contre la vision du monde juridique bourgeoise représente aujourd'hui encore une tâche actuelle pour les juristes de la République Soviétique. Dans le domaine de la théorie de l'Etat, le livre de Lénine l'Etat et la révolution, paru en novembre 1917, nous a déjà donné une conception marxiste conséquente et achevée, tandis

(1) Friedrich ENGELS, *Socialisme de juristes*, dans Karl MARX, Friedrich ENGELS, *Sur la religion, textes choisis*, Paris, Editions sociales, 1960, p. 264 (article paru dans la *Neue Zeit*, 5^e année 1887, 2^e numéro, pp. 49-51).

(2) *Idem.*, p. 266.

que le travail critique de la pensée marxiste dans le domaine de la théorie du droit n'a commencé que beaucoup plus tard.

Immédiatement après la Révolution d'Octobre nous avons dû faire face à une tentative de recours à une théorie psychologique du droit, absolument non-marxiste, typiquement petite-bourgeoise, visant à fonder la destruction immédiate de la vieille machinerie de la justice. Les mesures politiques révolutionnaires, non controversées, d'anéantissement des vieux tribunaux mis en place par le gouvernement du tsar ou de Kérénski et la création de nouveaux tribunaux du peuple, non liés aux normes détruites par la Révolution d'Octobre, furent interprétées du point de vue d'une théorie qui considère le droit comme une somme « d'expériences vécues », psychologiques, « impératives-attributives ». D'autres tentatives d'approfondissement de cette théorie subjectiviste amenèrent leurs partisans, notamment le professeur Rejsner, récemment décédé, à affirmer qu'à l'intérieur des frontières de l'U.R.S.S. coexistent différents systèmes de droit intuitif : un droit prolétarien, un droit paysan, un droit bourgeois. Le droit soviétique officiel fut présenté comme un compromis entre ces systèmes, comme une sorte de mélange des trois éléments. Il est évident que ce point de vue réduit à néant la signification de la Révolution d'Octobre comme révolution prolétarienne et exclut toute possibilité de donner une appréciation unitaire du droit soviétique, de trouver même les critères d'une telle appréciation sous l'angle de la capacité ou de l'incapacité de ce droit à assurer le progrès vers le socialisme.

Les théories anti-individualistes de ces juristes d'Europe occidentale qui soutiennent ce qu'on appelle la conception « socio-économique » du droit ont exercé une influence tout aussi importante sur la pensée juridique en Union soviétique que la théorie psychologique. Les constructions de ces juristes (Duguit, Hedemann, etc.) reflètent le fait que le capitalisme moderne s'écarte du principe de la libre concurrence et par là du principe de l'individualisme et du formalisme illimités. Leurs théories sont sans aucun doute intéressantes et ont pu être utilisées également dans la lutte pour la planification socialiste contre l'anarchie bourgeoise-capitaliste, mais elles ne peuvent en aucun cas remplacer l'attitude révolutionnaire-dialectique à l'égard des questions juridiques. La tâche de la critique marxiste n'a pas consisté seulement à réfuter

la théorie bourgeoise individualiste du droit, mais aussi à analyser la forme juridique elle-même, à mettre à nu ses racines sociologiques, à démontrer la relativité et le conditionnement historiques des concepts juridiques fondamentaux. En même temps il a fallu s'opposer à toutes les tentatives visant à effacer l'antagonisme fondamental existant entre le capitalisme et le socialisme, visant à voiler, à l'aide de la notion subtile de « transformation du droit civil », le caractère de classe de la propriété privée capitaliste et à accrocher à celle-ci l'étiquette de « fonction sociale ».

L'Etat soviétique ne laisse valoir aucun droit privé subjectif absolu et intangible. Pourtant il n'oppose pas à ce fétiche un quelconque principe de solidarité sociale dépourvu de détermination de classe, ou l'idée de l'évolution des forces productives en soi, mais la tâche concrète de l'édification de la société socialiste et de l'anéantissement des derniers vestiges du capitalisme.

Cette tâche d'élaboration d'une méthode dialectique révolutionnaire et matérialiste dans les sciences juridiques opposée à la méthode métaphysique, formelle-logique — ou dans le meilleur des cas historique-évolutionniste — de la jurisprudence bourgeoise a été entreprise par la section des sciences juridiques et politiques de l'académie communiste. Le présent livre proposé à l'attention du lecteur allemand est une modeste tentative dans la voie de la solution de cette tâche.

E. P., mai 1929.

PRÉFACE A LA DEUXIÈME ÉDITION RUSSE

Je ne m'attendais vraiment pas en livrant mon livre au public à la nécessité d'une deuxième édition surtout si peu de temps après la première. Je suis d'ailleurs maintenant encore convaincu que cela est dû au fait que ce travail, qui devait servir dans le meilleur des cas d'incitation et de matériel à la discussion, a été utilisé comme manuel, chose sur laquelle je n'avais pas du tout compté. La raison de ce fait est que la littérature marxiste concernant la théorie générale du droit est très insuffisante. Comment pourrait-il en être autrement d'ailleurs, puisque jusqu'à ces derniers temps les milieux marxistes étaient sceptiques quant à l'existence même d'une théorie générale du droit ?

Quoi qu'il en soit, le présent travail ne prétend pas du tout au titre honorifique de fil d'Ariane marxiste dans le domaine de la théorie générale du droit, d'abord parce qu'il a été écrit en grande partie à des fins de clarification personnelle. D'où son abstraction et la forme concise et par endroit seulement esquissée de l'exposé; d'où aussi son aspect unilatéral qui est dû inévitablement à la concentration de l'attention sur des aspects déterminés, qui semblent centraux, du problème. Toutes ces particularités font que ce livre n'est guère apte à servir de manuel.

Bien que je sois parfaitement conscient de ces défauts j'ai repoussé l'idée de les supprimer dans la deuxième édition, et cela pour les raisons suivantes : la critique marxiste de la théorie générale du droit en est encore à ses débuts. Des conclusions définitives dans ce domaine ne verront pas le jour d'un seul coup; elles devront s'appuyer sur un étude approfondie de chaque branche de la science du droit. Il reste cependant beaucoup à faire en ce sens. Il suffit peut-être d'indiquer que la critique marxiste n'a absolument pas encore abordé des domaines tels que par exemple le droit international. Il en est de même pour la procédure et, bien

qu'à un degré moindre, pour le droit pénal. Dans le domaine de l'histoire du droit nous ne disposons que de ce que nous a légué la théorie marxiste générale de l'histoire. Seuls le droit public et le droit civil constituent de ce point de vue une exception relativement heureuse. Le marxisme par conséquent est seulement sur le point de s'approprier un nouveau domaine. Il est naturel que cela ait lieu d'abord sous la forme de discussions et de luttes entre conceptions différentes.

Mon livre, qui met en discussion quelques questions de la théorie générale du droit, a pour tâche principale de préparer tout ce travail. C'est pourquoi je me suis décidé à conserver au livre pour l'essentiel son ancien caractère et je n'ai pas essayé de l'adapter aux exigences auxquelles devrait répondre tout manuel. J'ai simplement procédé aux compléments nécessaires dus en partie aux remarques de la critique.

Je crois utile de faire dans cette préface déjà quelques remarques préalables sur les idées fondamentales de mon travail. Le camarade P. I. Stučka a défini très justement ma position par rapport à la théorie générale du droit comme une « tentative pour rapprocher la forme du droit de la forme de la marchandise ». Dans la mesure où j'ai pu en juger par les comptes rendus, cette idée a été reconnue en général, et malgré quelques réserves, comme heureuse et fructueuse. La raison en est bien sûr que je n'avais pas besoin dans ce cas de découvrir l'Amérique. Dans la littérature marxiste, en premier lieu chez Marx lui-même, on peut trouver suffisamment d'éléments d'un tel rapprochement. Il suffit d'indiquer, outre les passages de Marx cités dans ce livre, le chapitre intitulé « La morale et le Droit. L'égalité », dans l'Anti-Dühring. Engels y donne une formulation tout à fait précise du lien existant entre le principe d'égalité et la loi de la valeur ; dans une note il dit que « cette déduction des idées modernes d'égalité à partir des conditions économiques de la société bourgeoise a été exposée pour la première fois par Marx dans le Capital » (1). Il restait par conséquent à rassembler les différentes pensées de Marx et d'Engels pour en faire une unité et à tenter d'approfondir quelques conclusions qui en découlent. La tâche se limitait à cela. La thèse

(1) F. ENGELS, *Herrn Eugen Dührings Umwälzung der Wissenschaft* (1878), 12^e éd. Berlin u. Stuttgart, 1923, Trad. franç. E. Bottigeli, Ed. Sociales, Paris, 1963, p. 137.

fondamentale, à savoir que le sujet juridique des théories du droit se trouve dans un rapport très étroit avec le propriétaire de marchandises, n'avait pas besoin d'être démontrée une fois encore après Marx.

La deuxième proposition ne contenait rien de neuf non plus. Celle-ci énonce en effet que cette philosophie du droit, dont le fondement est la catégorie du sujet avec sa capacité d'auto-détermination (car la science bourgeoise n'a pas créé jusqu'à présent d'autres systèmes conséquents de philosophie du droit), n'est à vrai dire que la philosophie de l'économie marchande qui établit les conditions les plus générales, les plus abstraites sous lesquelles peut s'effectuer l'échange suivant la loi de la valeur et se réaliser l'exploitation sous la forme du « libre contrat ». Cette conception est à la base de la critique que le communisme a fait et fait encore de l'idéologie bourgeoise de la liberté, de l'égalité et de la démocratie bourgeoise formelle, de cette démocratie où « la république du marché » cache le « despotisme de la fabrique ». Cette conception nous donne la conviction que la défense des soi-disant fondements abstraits de l'ordre juridique est la forme la plus générale de la défense des intérêts de classe bourgeois, etc. Mais si l'analyse marxienne de la forme de la marchandise et de la forme du sujet qui y est liée a trouvé, en tant que moyen de critique de l'idéologie juridique bourgeoise, une application très large, elle n'a absolument pas été utilisée pour l'étude de la superstructure juridique en tant que phénomène objectif. Le principal obstacle à cette étude fut que les rares marxistes s'occupant des questions juridiques considérèrent le moment de la réglementation coercitive sociale (étatique) sans aucun doute comme la caractéristique centrale, fondamentale et seule typique des phénomènes juridiques. Il leur a semblé que seul ce point de vue garantissait une attitude scientifique, c'est-à-dire sociologique et historique vis-à-vis du problème du droit, contrairement aux systèmes idéalistes, purement spéculatifs, de la philosophie du droit dont le fondement est représenté par le concept de sujet avec sa capacité d'auto-détermination. Il était par là tout à fait naturel de penser que la critique marxienne du sujet juridique, immédiatement consécutive à l'analyse de la forme marchande, n'a rien à voir avec la théorie générale du droit puisqu'en effet la réglementation coercitive, externe, des relations des propriétaires de marchandises entre eux ne représente

qu'une partie insignifiante de la réglementation sociale en général.

En d'autres termes, de ce point de vue, tout ce qui pouvait être conclu de la conception marxienne des « gardiens de marchandises » « dont la volonté habite dans ces choses mêmes » (2), semblait n'être valable que dans un domaine relativement restreint, celui du soi-disant droit commercial de la société bourgeoise, mais être totalement inutilisable dans les autres domaines du droit (droit public, droit pénal, etc.) et dans le cas d'autres formations historiques, comme par exemple l'esclavagisme, le féodalisme, etc. Autrement dit la signification de l'analyse marxienne était d'une part restreinte à un domaine spécial du droit et ses résultats, d'autre part, n'étaient utilisés que pour dévoiler l'idéologie bourgeoise de la liberté et de l'égalité, que pour critiquer la démocratie formelle mais non pas pour expliquer les particularités fondamentales, principielles, de la superstructure juridique en tant que phénomène objectif. Ainsi furent négligées deux choses : on oublia premièrement que le principe de la subjectivité juridique (par là nous comprenons le principe formel de la liberté et de l'égalité, de l'autonomie de la personnalité, etc.) n'est pas seulement un moyen de tromperie et un produit de l'hypocrisie bourgeoise, dans la mesure où il est opposé à la lutte prolétarienne pour l'abolition des classes, mais est aussi un principe réellement agissant, qui est incorporé dans la société bourgeoise dès qu'elle naît de la société féodale patriarcale et la détruit. On oublia deuxièmement que la victoire de ce principe n'est pas seulement et tellement un processus idéologique (c'est-à-dire un processus appartenant totalement à l'histoire des idées, des représentations, etc.), mais plutôt un processus réel de transformation juridique des relations humaines, qui accompagne le développement de l'économie marchande et monétaire (en Europe de l'économie capitaliste) et qui entraîne des modifications profondes et multiples de nature objective. Cet ensemble de phénomènes comprend l'apparition et la consolidation de la propriété privée, son extension universelle aussi bien aux sujets qu'à tous les objets possibles, la libération de la terre des rapports de domination et de servitude, la transformation de toute propriété en propriété mobile, le développement et la domination des rapports d'obligation et finalement le détachement d'un pou-

(2) Karl MARX, *Le Capital*, Liv. I^{er}, ch. II, traduction française par J. Roy, Paris, Ed. Soc., 1969, L. I, Tome 1, p. 95.

voir politique comme puissance particulière — à côté de laquelle apparaît la puissance purement économique de l'argent — ainsi que la division consécutive, plus ou moins profonde, entre la sphère des relations publiques et la sphère des relations privées, entre le droit public et le droit privé.

Si l'analyse de la forme marchande découvre par conséquent le sens historique concret de la catégorie du sujet et met à nu les fondements des schémas abstraits de l'idéologie juridique, le processus d'évolution historique de l'économie marchande-monnaire et marchande-capitaliste va de pair avec la réalisation de ces schémas sous la forme de la superstructure juridique concrète. Dès que les rapports humains sont construits comme des rapports entre sujets, surgissent les conditions pour le développement d'une superstructure juridique, avec ses lois formelles, ses tribunaux, ses procès, ses avocats, etc.

Il s'ensuit que les traits essentiels du droit privé bourgeois sont en même temps les attributs caractéristiques de la superstructure juridique. Aux stades de développement primitifs, l'échange d'équivalents, sous la forme du dédommagement et de la réparation des torts, a produit cette forme juridique très primitive que l'on trouve dans les lois barbares; de même les survivances de l'échange d'équivalents dans la sphère de la distribution, qui demeureront également dans une organisation socialiste de la production (jusqu'au passage au communisme évolué), contraindront la société socialiste à s'enfermer momentanément « dans l'horizon borné du droit bourgeois » tel que Marx l'avait également prévu. Entre ces deux extrêmes s'effectue le développement de la forme juridique qui atteint son apogée dans la société bourgeoise capitaliste. On peut également caractériser ce processus comme une désagrégation des relations organiques patriarcales auxquelles se substituent des relations juridiques, c'est-à-dire des relations entre des sujets ayant formellement les mêmes droits. La dissolution de la famille patriarcale où le pater familias est le propriétaire de la force de travail de sa femme et de ses enfants et sa transformation en une famille contractuelle où les époux concluent entre eux un contrat sur les biens et où les enfants (comme par exemple dans la ferme américaine) reçoivent du père un salaire, est un des exemples typiques de cette évolution. Par ailleurs le développement des rapports marchands et monétaires accélère celle-ci. La sphère de la

circulation, la sphère qui est comprise par la formule *Marchandise-Argent-Marchandise*, joue un rôle dominant. Le droit commercial exerce par rapport au droit civil la même fonction que le droit civil par rapport à tous les autres domaines du droit, c'est-à-dire qu'il lui indique les voies du développement. Le droit commercial est par là, d'une part, un domaine spécial qui n'a de signification que pour les gens qui ont fait de la transformation de la marchandise en forme monétaire et inversement leur profession; d'autre part il est le droit civil lui-même dans son dynamisme, dans son mouvement vers ces schémas les plus purs d'où est extirpée toute trace d'organicisme et où le sujet juridique apparaît dans sa forme achevée comme le complément indispensable et inévitable de la marchandise.

Ainsi donc le principe de la subjectivité juridique et les schémas qu'elle contient, qui apparaissent à la jurisprudence bourgeoise comme les schémas a priori de la volonté humaine, découlent avec une nécessité absolue des conditions de l'économie marchande et monétaire. La conception strictement empirique et technique du lien existant entre ces deux moments trouve son expression dans les réflexions sur le fait que l'évolution du commerce exige la garantie de la propriété, de bons tribunaux, une bonne police, etc. Mais il est clair, si l'on va plus au fond des choses, que non seulement telle ou telle structure technique de l'appareil d'Etat naît sur le terrain du marché, mais aussi qu'il existe entre les catégories de l'économie marchande et monétaire et la forme juridique elle-même un lien interne indissociable. Dans une société où existe l'argent, dans laquelle par conséquent le travail privé individuel ne devient du travail social que par la médiation d'un équivalent général, les conditions d'une forme juridique, avec ses oppositions entre le subjectif et l'objectif, le privé et le public, sont déjà données.

C'est donc seulement dans une telle société que s'ouvre la possibilité pour le pouvoir politique de s'opposer au pouvoir purement économique, qui apparaît le plus distinctement sous la forme de la puissance de l'argent. En même temps la forme de la loi devient également possible. Il s'ensuit qu'il n'est pas nécessaire pour analyser les définitions fondamentales du droit, de partir du concept de loi et de l'utiliser comme fil conducteur, puisque le concept de loi lui-même, en tant que décret du pouvoir politique,

appartient à un stade de développement où la division de la société en sphère civile et en sphère politique est déjà accomplie et consolidée et où par conséquent les moments fondamentaux de la forme juridique sont déjà réalisés. « La constitution de l'Etat politique, dit Marx, et la décomposition de la société bourgeoise en individus, indépendants, dont les rapports sont régis par le droit, comme les rapports des hommes des corporations et des jurandes étaient régis par les privilèges, s'accomplissent par un seul et même acte. » (3).

De ce qui vient d'être exposé il ne découle absolument pas, bien entendu, que je considère la forme juridique comme un « simple reflet d'une pure idéologie » (4). Je crois de ce point de vue m'être exprimé suffisamment clairement : « le droit en tant que forme n'existe pas seulement dans le cerveau et les théories des juristes spécialisés; il a une histoire réelle, parallèle, qui ne se déroule pas comme un système conceptuel, mais comme un système particulier de rapports » (5).

A un autre endroit je parle des concepts juridiques qui « reflètent théoriquement le système juridique en tant que totalité organique » (6). En d'autres termes la forme juridique exprimée par des abstraction logiques est un produit de la forme juridique réelle ou concrète [selon l'expression du camarade Stučka], un produit de la médiation réelle des rapports de production. Je n'ai pas seulement indiqué que la genèse de la forme juridique est à chercher dans les rapports d'échange, mais j'ai également mis en avant le moment qui représente selon moi la réalisation complète de la forme juridique : le tribunal et le procès.

Il va de soi que dans le développement de toute relation juridique il existe dans la tête des agents différentes représentations idéologiques, plus ou moins prononcées, d'eux-mêmes en tant que sujets, de leurs propres droits et devoirs, de la « liberté » de leurs propres actions, des limites de la loi, etc. La signification pratique des relations juridiques ne réside pourtant pas dans ces états

(3) Karl MARX, *La question juive* (1844). traduction française de J. M. Palmier. Coll. Le Monde en 10 × 18, Paris, U. G. E., 1968, p. 43.

(4) Cf. Pëtre Ivanovič Stučka, *Revoljucionnaja rol' prava i gosudarstva* (Le rôle révolutionnaire du droit et de l'Etat), préface à la première édition, Moscou, 1921, p. V.

(5) Cf. infra, p. 58.

(6) Cf. infra, p. 61.

subjectifs de la conscience. Tant que le propriétaire de marchandises n'a conscience de lui-même qu'en tant que propriétaire de marchandises, il n'a pas encore médiatisé la relation économique de l'échange, avec l'ensemble des conséquences ultérieures qui échappent à sa conscience et à sa volonté. La médiation juridique ne s'accomplit qu'au moment de l'accord. Mais un accord commercial n'est plus un phénomène psychologique; ce n'est plus une « idée », une « forme de la conscience », c'est un fait économique objectif, un rapport économique indissolublement lié à sa forme juridique qui est tout aussi objective.

Le but pratique de la médiation juridique est d'assurer la marche plus ou moins libre de la production et de la reproduction sociales qui, dans la société de production marchande, s'opèrent formellement à travers une série de contrats juridiques privés. Ce but ne peut pas être atteint uniquement à l'aide de formes de conscience, c'est-à-dire par des moments purement subjectifs : il est nécessaire pour cela de recourir à des critères précis, à des lois et des interprétations de lois précises, à une casuistique, à des tribunaux, et à l'exécution contraignante des décisions judiciaires. Rien que pour cette raison on ne peut pas se limiter dans l'examen de la forme juridique à la « pure idéologie » et négliger tout cet appareil objectivement existant. Tout effet juridique, par exemple la solution d'un litige par une décision, est un fait objectif, situé tout autant en dehors de la conscience des protagonistes que le phénomène économique qui est médiatisé dans ce cas par le droit.

J'admets avec des réserves précises un autre reproche que m'adresse le camarade Stučka, celui de ne reconnaître l'existence du droit que dans la société bourgeoise. J'ai effectivement affirmé et je continue d'affirmer que les rapports des producteurs de marchandises entre eux engendrent la médiation juridique la plus développée, universelle et la plus achevée, et que par conséquent toute théorie générale du droit et toute jurisprudence « pure » ne sont qu'une description unilatérale, abstraite de toutes les autres conditions, des rapports des hommes qui apparaissent sur le marché comme propriétaires de marchandises. Mais une forme développée et achevée n'exclut pas à vrai dire des formes embryonnaires et rudimentaires; elle les présuppose au contraire.

Les choses se présentent par exemple de la manière suivante en ce qui concerne la propriété privée : seul le moment de la libre aliénation dévoile pleinement l'essence fondamentale de cette institution, bien que, sans aucun doute, la propriété en tant qu'appropriation ait existé auparavant comme forme non seulement développée, mais aussi très embryonnaire de l'échange. La propriété comme appropriation est la conséquence naturelle de tout mode de production; mais ce n'est qu'à l'intérieur d'une formation sociale déterminée que la propriété revêt sa forme logique la plus simple et la plus générale de propriété privée dans laquelle elle est déterminée comme la condition élémentaire de la circulation ininterrompue des valeurs selon la formule Marchandise-Argent-Marchandise.

Il en est exactement de même pour le rapport d'exploitation. Celui-ci n'est, bien entendu, en aucun cas lié au rapport d'échange et est également concevable dans une économie naturelle. Mais ce n'est que dans la société bourgeoise capitaliste où le prolétariat apparaît en tant que sujet disposant de sa force de travail comme marchandise, que le rapport économique d'exploitation est juridiquement médiatisé sous la forme d'un contrat.

C'est précisément pour cette raison que dans la société bourgeoise, à l'opposé des sociétés édifiées sur l'esclavage et le servage, la forme juridique acquiert une signification universelle, que l'idéologie juridique devient l'idéologie par excellence et que la défense des intérêts de classe des exploités apparaît, avec un succès sans cesse croissant, comme la défense des principes abstraits de la subjectivité juridique.

En un mot, le sens de mes recherches n'était en aucun cas d'interdire à la théorie marxiste du droit l'accès à ces périodes historiques qui n'ont pas connu d'économie capitaliste marchande développée. Au contraire, je me suis efforcé, et je m'efforce encore, de faciliter la compréhension de ces formes embryonnaires que nous trouvons dans ces périodes et de les relier aux formes plus développées selon une ligne d'évolution générale. L'avenir montrera jusqu'à quel point ma conception a été fructueuse. Il va de soi que dans cette courte ébauche je ne pouvais qu'esquisser les grands traits de l'évolution historique et dialectique de la forme juridique. Je me suis essentiellement servi pour cela des idées que j'ai trouvées chez Marx. Ma tâche n'était pas

de résoudre tous les problèmes de la théorie du droit, ou même quelques-uns seulement. Je voulais montrer uniquement sous quel angle on peut les aborder, et comment il faut poser les questions. Je suis déjà satisfait que quelques marxistes aient estimé que ma position sur les questions du droit était intéressante et offrait des perspectives. C'est ce qui renforce encore mon désir de poursuivre le travail dans la voie engagée.

E. P., 1926.

INTRODUCTION

Les tâches de la théorie générale du droit

La théorie générale du droit peut être définie comme le développement des concepts juridiques fondamentaux, c'est-à-dire les plus abstraits. A cette catégorie appartiennent par exemple des définitions telles que les définitions de « norme juridique », de « rapport juridique », de « sujet juridique », etc. Par suite de leur nature abstraite, ces concepts sont utilisables également dans n'importe quel domaine du droit; leur signification logique et systématique reste la même, indépendamment du contenu concret auquel ils sont appliqués. Personne ne contestera que par exemple le concept de sujet dans le droit civil et le droit international est subordonné au concept plus général de sujet juridique comme tel, et que par conséquent cette catégorie peut être définie et développée indépendamment de tel ou tel contenu concret. D'autre part nous pouvons aussi constater, si nous restons à l'intérieur des limites d'un domaine particulier du droit, que les catégories juridiques fondamentales mentionnées plus haut ne dépendent pas du contenu concret des normes juridiques, c'est-à-dire qu'elles conservent leur signification même lorsque le contenu matériel concret change d'une manière ou d'une autre.

Il va de soi que ces concepts juridiques les plus abstraits et les plus simples sont le résultat d'une élaboration logique des normes du droit positif et qu'ils représentent, en comparaison du caractère spontané des rapports juridiques et des normes qui les expriment, le produit tardif et supérieur d'une création consciente.

Mais cela n'empêche pas les philosophes de l'école néo-kantienne de considérer les catégories juridiques fondamentales comme une réalité qui se situe au-dessus de l'expérience et qui rend possible l'expérience même. Ainsi par exemple nous lisons ceci chez Saval'skij (1) : « le sujet, l'objet, le rapport et la règle des rapports

(1) SAVAL'SKIJ, *Osnovy filosofii prava v naučnom idealizme* (principes de la philosophie du droit dans l'idéalisme scientifique), Moscou, 1908, p. 216.

représentent l'a priori de l'expérience juridique, les conditions logiques indispensables de cette expérience, celles qui la rendent possible ». Et plus loin : « le rapport juridique est la condition indispensable et unique de toute institution juridique et partant aussi de la jurisprudence, car sans rapport juridique il n'existe également pas de science qui s'y rapporte, c'est-à-dire de jurisprudence, tout comme sans principe de causalité il ne peut exister de nature ni par conséquent de science de la nature » (2). Saval'skij ne fait que reproduire dans ses réflexions les conclusions d'un des néo-kantiens les plus marquants, Cohen (3). Nous trouvons le même point de vue chez Stammler aussi bien dans son premier ouvrage fondamental *Wirtschaft und Recht* (4) que dans son dernier travail *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*. Nous y lisons : « il faut distinguer parmi les concepts juridiques, d'une part les concepts juridiques purs et, d'autre part, les concepts juridiques conditionnés. Les premiers représentent les formes de pensée générales des concepts fondamentaux du droit. Leur intervention ne pré-suppose rien d'autre que l'idée de droit elle-même. Ils trouvent ainsi une application absolument à toutes les questions juridiques, qui peuvent surgir, car ils ne sont que les manifestations diverses du concept formel de droit. Ils doivent par conséquent être tirés des déterminations constantes de ce dernier » (5).

Les néo-kantiens peuvent toujours nous assurer que selon eux « l'idée de droit » ne précède pas l'expérience génétiquement, c'est-à-dire chronologiquement, mais seulement logiquement et gnoséologiquement; nous devons pourtant constater que la soi-disant philosophie critique nous ramène sur ce point, comme en beaucoup d'autres, à la scolastique médiévale.

On peut donc tenir pour établi que la pensée juridique évoluée, indépendamment de la matière à laquelle elle s'adresse, ne peut pas se passer d'un certain nombre de définitions très abstraites et très générales. Même notre jurisprudence soviétique ne peut s'en passer, pour autant qu'elle reste comme telle une jurisprudence, c'est-à-dire répond à ses tâches pratiques immédiates. Les

(2) SAVAL'SKIJ, *Op. cit.*, p. 218.

(3) Hermann COHEN, *Die Ethik des reinen Willens*, 2^e édition, Berlin, 1907, pp. 227 et ss.

(4) Rudolf STAMMLER, *Wirtschaft und Recht*, 1896.

(5) Rudolf STAMMLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 3^e éd., 1928, p. 250.

concepts juridiques fondamentaux, c'est-à-dire formels, continuent d'exister dans nos codes et dans les commentaires qui s'y rapportent. La méthode de pensée juridique avec ses procédés spécifiques poursuit également son existence.

Mais cela démontre-t-il que la théorie scientifique du droit doit s'occuper de l'analyse des dites abstractions ? Une conception assez largement répandue n'attribue à ces concepts juridiques fondamentaux et généraux qu'une valeur purement technique, conditionnelle. La jurisprudence dogmatique, nous dit-on, n'utilise ces dénominations que pour des raisons de commodités sans plus. Ces dénominations n'auraient ainsi en dehors de cela aucune signification pour la théorie et la connaissance. Le fait pourtant que la jurisprudence dogmatique est une discipline pratique et en un certain sens technique, ne permet pas encore de conclure que les concepts de cette jurisprudence ne peuvent pas passer dans le corps d'une discipline théorique correspondante. On peut être d'accord avec Karner (c'est-à-dire Renner) quand il dit que la science du droit commence là où cesse la jurisprudence (6). Mais il ne s'ensuit pas que la science du droit doit simplement jeter par dessus bord les abstractions fondamentales qui expriment l'essence théorique de la forme juridique. L'économie politique elle-même a commencé de fait son développement par des questions pratiques, issues surtout de la sphère de la circulation de l'argent; elle aussi s'est fixé originellement pour tâche de montrer « les moyens d'enrichissement des gouvernements et des peuples ». Néanmoins nous trouvons déjà dans ces conseils techniques les fondements de ces concepts qui, sous une forme approfondie et généralisée, sont passés dans le corps de la discipline théorique de l'économie politique.

La jurisprudence est-elle capable de se développer en une théorie générale du droit, sans se dissoudre par là, soit dans la psychologie, soit encore dans la sociologie ?

Une analyse des définitions fondamentales de la forme juridique est-elle possible, telle qu'existe en économie politique une analyse des définitions fondamentales et générales de la forme marchande ou de la forme de la valeur ? Telles sont les questions

(6) Josef KARNER, *Die soziale Funktion der Rechtsinstitute besonders des Eigentums*, chap. I, p. 72, in : *Marx-Studien*, tome I, 1904, traduction russe, 1923, p. 11 (Karner est un pseudonyme de Karl Renner).

dont la solution déterminera si la théorie générale du droit peut être considérée comme une discipline théorique autonome.

Pour la philosophie du droit bourgeois, dont les représentants se situent en majorité sur un terrain néo-kantien, le problème ici évoqué est réglé par la simple opposition de deux catégories, la catégorie de l'Être et la catégorie du Devoir-Être. En conséquence on admet l'existence de deux sortes de points de vue scientifiques : le point de vue explicatif et le point de vue normatif. « Le premier envisage les objets sous l'angle de leur comportement empirique qu'il cherche à rendre plus intelligible en le reliant aux connexions internes des objets et à leurs caractéristiques externes communes. Le second considère les objets sous l'angle des règles précises qui s'expriment à travers eux, règles qu'il introduit dans chaque objet singulier comme une exigence. Dans le premier cas tous les faits sont valorisés de la même façon; dans le second cas ils sont soumis intentionnellement à une appréciation évaluative, soit qu'on fasse abstraction de ce qui contredit les règles fixées, soit qu'on oppose expressément le comportement normal qui confirme les règles au comportement contraire aux normes. » (7).

Chez Simmel la catégorie du Devoir-Être détermine un mode particulier de pensée qui est séparé par un abîme infranchissable de cet ordre logique par lequel nous pensons l'Être qui s'accomplit avec une nécessité naturelle. Le « Tu dois » concret ne peut être fondé que par référence à un autre impératif. En restant dans les limites de la logique nous ne pouvons pas, à partir de la nécessité, tirer des conclusions sur le Devoir-Être et inversement (8).

Dans son ouvrage principal *Wirtschaft und Recht*, Stammler varie dans toutes ses nuances la même pensée, à savoir que la conformité à des lois peut être établie par deux méthodes différentes, la méthode causale et la méthode téléologique. La jurisprudence aurait ainsi acquis, en tant que discipline normative parmi d'autres, une base méthodologique solide. De fait, les essais d'approfondissement de cette méthodologie amenèrent par exemple Kelsen à la conviction que la jurisprudence précisément est une science essentiellement normative, car elle peut mieux que toute autre discipline de cette sorte se maintenir à l'intérieur des limites du sens

(7) Wilhelm WUNDT, *Ethik*, 1903, p. 1.

(8) Georg SIMMEL, *Einleitung in die Moralwissenschaft*, Stuttgart, 1910.

formel et logique de la catégorie du Devoir-Être. En réalité la normativité est en Morale comme en Esthétique imprégnée d'éléments psychologiques et peut être considérée comme Volonté qualifiée, c'est-à-dire comme Fait, comme Etant : le point de vue de la causalité s'impose en permanence et porte atteinte à la pureté de la donation de sens normative. A l'opposé, dans le droit, dont la loi étatique est pour Kelsen l'expression la plus haute, le principe de l'Impératif apparaît sous une forme indéniablement hétéronome ayant définitivement rompu avec la facticité de ce qui existe. Il suffit à Kelsen de transposer la fonction législative dans le domaine métajuridique — et c'est ce qu'il fait effectivement — pour que reste à la jurisprudence la pure sphère de la normativité : la tâche de cette jurisprudence se limite alors exclusivement à ordonner logiquement et systématiquement les différents contenus normatifs. On ne peut certes pas dénier à Kelsen un grand mérite. Par sa logique intrépide il a poussé jusqu'à l'absurde la méthodologie du néo-kantisme avec ses deux ordres de catégories scientifiques. Car il apparaît que la catégorie scientifique « pure » du Devoir-Être, débarrassée de toutes les alluvions de l'Etant, de la facticité, de toutes les « scories » psychologiques et sociologiques, n'a pas, et ne peut absolument pas avoir, de déterminations de nature rationnelle. Pour l'impératif purement juridique, c'est-à-dire inconditionnellement hétéronome, la finalité est elle-même secondaire et indifférente. « Tu dois afin que... », cette formulation n'est déjà plus selon Kelsen le « Tu dois » juridique.

Sur le plan du Devoir-Être juridique il n'existe que le passage d'une norme à l'autre selon les degrés d'une échelle hiérarchique, au sommet de laquelle se trouve l'autorité suprême qui édicte les normes et qui englobe le tout — un concept limite dont la jurisprudence part comme d'une donnée. Un critique de Kelsen a présenté cette attitude relative aux tâches de la jurisprudence, sous la forme d'un entretien caricatural d'un juriste avec un législateur : « Nous ne savons pas — et cela ne nous préoccupe même pas — quel genre de lois vous devez décréter. Cela appartient à l'art de la législation qui nous est étranger. Décrétez des lois, comme bon vous semble; lorsque vous l'aurez fait nous vous expliquerons en latin de quel genre de loi il s'agit. » (9).

(9) Julius OFNER, *Das soziale Rechtsdenken*, Stuttgart u. Gotha, 1923, p. 54.

Une telle théorie générale du droit, qui n'explique rien, qui tourne a priori le dos aux réalités de fait, c'est-à-dire à la vie sociale, et qui s'affaire avec des normes, sans s'occuper de leur origine [ce qui est une question métajuridique !], ou de leurs rapports avec des intérêts matériels quelconques, ne peut prétendre au titre de théorie qu'au sens uniquement où l'on a coutume de parler par exemple d'une théorie du jeu d'échecs. Une telle théorie n'a rien à voir avec la science. Cette « théorie » n'entreprend pas du tout d'examiner le droit, la forme juridique, en tant que forme historique, car elle ne vise absolument pas à étudier la réalité. C'est pourquoi, pour employer une expression vulgaire, il n'y a pas grand-chose à en tirer.

Il en est autrement des théories juridiques dites sociologiques et psychologiques. On peut exiger d'elles beaucoup plus, car elles entreprennent à l'aide de leur méthode une explication du droit en tant que phénomène réel, à la fois dans son origine et dans son développement. Mais elles nous réservent alors d'autres déceptions. Les théories juridiques sociologiques et psychologiques laissent d'habitude la forme juridique en dehors du cercle de leurs réflexions; en d'autres termes, elles n'aperçoivent pas, tout simplement, le problème qui est posé. Elles opèrent dès le commencement avec des concepts d'ordre extrajuridique et lorsqu'elles prennent parfois en considération des définitions juridiques, elles ne le font que pour les présenter comme des « fictions », des « fantasmes idéologiques », des « projections », etc. Cette attitude naturaliste ou nihiliste inspire au premier abord une certaine sympathie, particulièrement si on l'oppose aux théories juridiques idéalistes imprégnées de part en part de téléologie et de « moralisme ». Après les phrases pompeuses sur « l'idée éternelle de droit » ou sur « la signification absolue de la personnalité », le lecteur qui cherche une explication matérialiste des phénomènes sociaux se tourne avec une satisfaction particulière vers les théories qui traitent le droit comme le résultat d'une lutte d'intérêts, comme la manifestation de la contrainte étatique ou même comme un processus se déroulant dans la psyché humaine réelle. Il a paru suffisant à beaucoup de marxistes d'introduire dans les théories citées plus haut le moment de la lutte des classes pour obtenir une théorie du droit véritablement matérialiste et marxiste. Il n'en résulte pourtant alors qu'une histoire des formes écono-

miques avec une teinture juridique plus ou moins forte, ou une histoire des institutions, mais en aucun cas une théorie générale du droit (10).

Si les juristes bourgeois, qui ont cherché à défendre des vues plus ou moins matérialistes, par exemple Gumpłowicz, se sont sentis obligés d'examiner en détail, pour ainsi dire d'office, l'arsenal des concepts juridiques fondamentaux et ne serait-ce que pour expliquer que ce sont des constructions artificielles, conventionnelles uniquement, les marxistes eux, qui n'ont pas de responsabilité particulière à l'égard de la jurisprudence, passent généralement sous silence la définition formelle de la théorie générale du droit et consacrent toute leur attention au contenu concret des normes juridiques et à l'évolution historique des institutions juridiques. En général il faut noter ici que les auteurs marxistes, quand ils parlent de concepts juridiques, pensent essentiellement au contenu concret de la réglementation juridique propre à une époque donnée, c'est-à-dire à ce que les hommes considèrent comme étant le droit à ce stade donné de l'évolution. C'est ce qui apparaît par exemple dans la formulation suivante : « sur la base de l'état donné des forces productives naissent des rapports de production déterminés qui trouvent leur expression idéale dans les concepts juridiques des hommes et dans des règles plus ou moins abstraites, dans le droit coutumier et dans les lois écrites » (11).

Le concept de droit est ici considéré exclusivement du point

(10) Même le livre de P. I. STUČKA, *Revoljucionnaja roľprava i gosudarstva*, déjà cité, qui traite de toute une série de questions de la théorie générale du droit ne les rassemble pas en une unité systématique. Le développement historique de la réglementation juridique du point de vue de son contenu de classe est mis au premier plan dans son exposé par rapport au développement logique et dialectique de la forme elle-même (il faut signaler par ailleurs qu'en comparant la 3^e édition à la première on remarquera naturellement que l'auteur a accordé dans sa 3^e édition beaucoup plus d'attention aux questions de la forme juridique). Stučka d'ailleurs n'a procédé qu'en fonction de son point de départ, c'est-à-dire en fonction d'une conception du droit qui en fait essentiellement un système des rapports de production et d'échange. Si l'on considère le droit de prime abord comme la forme de n'importe quel rapport social, on peut alors dire a priori que ses caractéristiques spécifiques passeront inaperçues. Au contraire le droit en tant que forme des rapports de production et d'échange dévoile aisément, grâce à une analyse plus ou moins soignée, ses traits spécifiques.

(11) N. BELTOV, *K voprusu...* (Sur la question de l'évolution de la conception moniste de l'histoire), Petersburg, 1894. Beltov est un pseudonyme de G. V. Plékhanov. Trad. franç. Ed. Sociales.

de vue de son contenu; la question de la forme juridique comme telle n'est absolument pas posée. Il n'est pourtant pas douteux que la théorie marxiste ne doit pas seulement examiner le contenu matériel de la réglementation juridique aux différentes époques historiques, mais donner aussi une explication matérialiste de la réglementation juridique comme forme historique déterminée. Si l'on renonce à l'analyse des concepts juridiques fondamentaux, on n'obtient qu'une théorie expliquant l'origine de la réglementation juridique à partir des besoins matériels de la société et par suite le fait que les normes juridiques correspondent aux intérêts matériels de telle ou telle classe sociale. Mais la réglementation juridique proprement dite reste inanalysée en tant que forme, malgré la richesse du contenu historique que nous introduisons dans ce concept. Au lieu de disposer d'une riche totalité de déterminations et de liens internes, nous sommes contraints de nous servir plus modestement, et de manière approchée seulement, de l'ébauche d'analyse du phénomène juridique. Cette ébauche est si floue que les frontières qui délimitent la sphère juridique des sphères avoisinantes sont complètement estompées (12).

Une telle façon de procéder doit être reconnue comme justifiée jusqu'à un certain point. On peut exposer l'histoire économique et négliger complètement pour cela les finesses et les détails par exemple de la théorie de la rente ou de la théorie du salaire. Mais que dirait-on d'une histoire des formes économiques où les catégories fondamentales de la théorie de l'économie politique, Valeur-Capital-Profit-Rente, etc., se fondent dans le concept vague et indifférencié d'Économie? N'évoquons même pas l'accueil que recevrait ce genre de tentative visant à présenter une telle histoire économique comme une théorie de l'économie politique. Cependant dans le domaine de la théorie marxiste du droit, les choses se présentent précisément ainsi et pas autrement. On peut toujours se consoler en pensant que les juristes en sont encore à chercher une définition pour leur concept de droit et ne peuvent la trouver. Bien que la plupart des cours sur la théorie générale

(12) Le livre de Mičail Nikolajevič POKROVSKIJ, *Očerki po istorii russkoj kultury (essai sur l'histoire de la culture russe)*, où la définition du droit se limite aux caractéristiques d'immobilité et d'inertie en opposition à la mobilité des phénomènes économiques, nous montre comment la richesse de l'exposé historique se concilie avec l'esquisse la plus brève de la forme juridique. Cf. *op. cit.*, 2^e éd., Moscou, 1918, vol. I, p. 16.

du droit commencent habituellement par telles ou telles formules, celles-ci en réalité ne donnent en général qu'une représentation confuse, approximative et inarticulée du phénomène juridique. On peut affirmer de manière axiomatique que les définitions du droit ne nous apprennent pas grand-chose sur ce qu'il est réellement et qu'inversement le spécialiste nous fait connaître d'autant plus profondément le droit comme forme qu'il s'en tient le moins possible à sa propre définition.

La cause de cet état de choses est tout à fait claire : un concept aussi compliqué que celui de droit ne peut être saisi exhaustivement par une définition selon les règles de la logique scolastique, per genus et per differentiam specificam.

Malheureusement les quelques rares marxistes qui s'occupent de la théorie du droit ont également succombé aux tentations de la « science » scolastique. Renner par exemple fonde sa définition du droit sur le concept d'impératif que la société adresse à l'individu (13). Cette construction peu ingénieuse lui semble entièrement suffisante pour lui permettre de suivre l'évolution passée, présente et future des institutions juridiques (14).

Le défaut fondamental de ce type de formules est qu'elles ne permettent pas de saisir le concept de droit dans son mouvement véritable qui dévoile toute la richesse des interactions et des liens internes de son contenu. Au lieu de nous proposer le concept de droit dans sa forme la plus achevée et la plus claire et de nous montrer en conséquence la valeur de ce concept pour une époque historique déterminée, on nous sert uniquement un lieu commun assez creux, celui d'une « réglementation autoritaire externe », qui convient indifféremment à toutes les époques et à tous les stades de développement de la société humaine. Les tentatives faites en économie politique pour trouver une définition du concept d'économie qui englobe toutes les époques historiques ressemblent tout à fait à ces définitions. Si toute la théorie économique ne

(13) Cf. J. KARNER, *op. cit.*, chap. I, p. 68. (pseudonyme de K. Renner.)

(14) Cf. aussi N. I. ZIBER, *Sobranie sočinenij (œuvres complètes)*, vol. II, p. 134 : « Le droit n'est que l'ensemble des normes coercitives exprimant un cas typique du déroulement des phénomènes économiques, ensemble destiné à prévenir et à réprimer les déviations par rapport au cours normal des événements ». Le livre de N. BOUKHARINE, *Istoričeskij materializm (Le matérialisme historique)*, (2^e édition, p. 175), contient des définitions analogues du droit en tant qu'ensemble de normes coercitives décrétées par le pouvoir d'État. La différence entre Boukharine et Ziber et particulièrement Renner,

consistait qu'en de telles généralisations stériles et scolastiques, elle ne mériterait guère le nom de science.

Marx, comme on sait, ne commence pas ses recherches par des considérations sur l'économie en général, mais par une analyse de la marchandise et de la valeur. Car l'économie, en tant que sphère particulière de rapports, ne se différencie que lorsque apparaît l'échange. Tant qu'il n'existe pas encore de rapports de valeur, l'activité économique ne peut être que difficilement distinguée du reste des activités vitales avec lesquelles elle forme une totalité organique. La pure économie naturelle ne peut pas faire l'objet de l'économie politique en tant que science indépendante (15). Seuls les rapports de l'économie marchande capitaliste forment l'objet de l'économie politique comme discipline théorique particulière utilisant des concepts spécifiques. « L'économie politique commence avec la marchandise, avec le moment où des produits sont échangés les uns contre les autres, soit par des individus, soit par des communautés primitives. » (16).

On peut faire également, en ce qui concerne la théorie générale

consiste en ceci que Boukharine insiste particulièrement sur le caractère de classe du pouvoir d'Etat et par suite du droit. Podvolockij, un disciple de Boukharine, donne une définition détaillée du droit : « le droit est un système de normes coercitives sociales qui reflètent les rapports économiques et sociaux d'une société donnée et qui sont introduites et maintenues par le pouvoir d'Etat des classes dominantes pour sanctionner, régler et consolider ces rapports et par suite aussi consolider leur domination ». (I. P. PODVOLOCKIJ, *Marxistskaja teorija prava (Théorie marxiste du Droit)*, 2^e éd., Moscou, 1926). Toutes ces définitions soulignent le lien existant entre le contenu concret de la réglementation juridique et l'économie. Par ailleurs elles essayent simultanément d'épuiser l'analyse du droit comme forme, en la caractérisant par la contrainte extérieure, étatique organisée; en d'autres termes elles ne dépassent pas, au fond, les procédés grossièrement empiriques de cette même jurisprudence pratique ou dogmatique que le marxisme devrait précisément avoir pour tâche de surmonter.

(15) Il faut dire, par ailleurs, qu'il ne règne pas l'unanimité complète chez les marxistes en ce qui concerne l'objet de l'économie théorique. C'est ce que prouve la discussion relative à l'article de I. I. STEPANOV-SKVRGOV paru dans *Vestnik Kommunističeskoj Akademii*, 1925, n° 12. La grande majorité de nos théoriciens d'économie politique qui participèrent à cette discussion rejetèrent pourtant avec résolution le point de vue de Stepanov selon lequel les catégories de l'économie marchande capitaliste ne forment en aucun cas l'objet spécifique de l'économie théorique.

(16) F. ENGELS, *Contribution à la Critique de l'Economie politique de Karl Marx*, dans K. MARX-F. ENGELS, *Œuvres choisies*, t. I, éd. du Progrès, Moscou, 1955, p. 390 (éd. franç.). (articles parus dans *Das Volk*, Londres, 6 et 20 août 1859.)

du droit, des considérations analogues. Ces abstractions juridiques fondamentales qu'engendre l'évolution de la pensée juridique et qui représentent les définitions les plus approchées de la forme juridique comme telle, reflètent des rapports sociaux tout à fait précis et très complexes. Toute tentative pour trouver une définition du droit correspondant non seulement à ces rapports complexes, mais aussi à la « Nature humaine » ou à la « Communauté humaine » en général aboutit inévitablement à des formules verbales vides et scolastiques.

Lorsqu'il faut passer ensuite de cette formule inerte à l'analyse de la forme juridique telle qu'elle existe réellement on se heurte à une série de difficultés qui ne se laissent surmonter qu'à l'aide d'artifices flagrants. On apprend ainsi par exemple, mais d'habitude seulement après avoir reçu une définition générale du droit, qu'il existe à proprement parler deux sortes de droit : un droit subjectif et un droit objectif, un jus agendi, et une norma agendi. Mais la possibilité d'une telle dichotomie n'est absolument pas prévue dans la définition même; on est ainsi contraint soit de nier l'une des deux sortes de droit et de la présenter comme une fiction, une chimère, etc., soit alors d'admettre entre le concept général de droit et ses deux variétés un lien purement extérieur. La nature double du droit cependant, sa division en norme d'une part et en autorisation juridique d'autre part, a une signification tout aussi importante que par exemple le dédoublement de la marchandise en valeur d'échange et valeur d'usage.

Le droit comme forme ne peut pas être saisi en dehors de ses définitions les plus restreintes. Il n'existe que dans des couples d'opposés : droit objectif, droit subjectif; droit public, droit privé, etc. Mais toutes ces distinctions fondamentales paraîtront rattachées mécaniquement à la formulation principale si celle-ci est établie de manière à embrasser toutes les époques et tous les stades de l'évolution sociale, y compris les époques et les stades qui ne connurent absolument pas les oppositions mentionnées.

Seule la société bourgeoise capitaliste crée toutes les conditions nécessaires pour que le moment juridique soit pleinement déterminé dans les rapports sociaux.

Même si on laisse tout à fait de côté les cultures des peuples primitifs — où l'on ne peut extraire le droit qu'avec peine de la

masse totale des phénomènes sociaux à caractère normatif — on remarque que les formes juridiques sont extrêmement peu développées, même encore dans l'Europe médiévale. Toutes les oppositions mentionnées plus haut se fondent dans un tout indifférencié. Il n'existe pas de frontière entre le droit comme norme objective et le droit comme justification. La norme générale ne se distingue pas de son application concrète. L'activité du juge et l'activité du législateur viennent se confondre par conséquent. L'opposition entre le droit public et le droit privé est complètement effacée aussi bien dans la communauté villageoise que dans l'organisation du pouvoir féodal. Il manque alors en général l'opposition si caractéristique qui existe à l'époque bourgeoise entre l'individu comme personne privée et l'individu comme membre de la société politique. Il a fallu un long processus de développement, dont les villes furent le théâtre principal, pour que ces facettes de la forme juridique puissent se cristalliser dans toute leur précision.

Ainsi le développement dialectique des concepts juridiques fondamentaux ne nous livre pas seulement la forme juridique dans son complet développement et dans toutes ses articulations, mais reflète également le processus d'évolution historique réel, qui n'est autre que le processus d'évolution de la société bourgeoise.

On ne peut pas objecter à la théorie générale du droit, comme nous la concevons, que cette discipline traite uniquement de définitions formelles, conventionnelles et de constructions artificielles. Personne ne doute que l'économie politique étudie une réalité qui existe effectivement, bien que Marx ait déjà attiré l'attention sur le fait que des réalités comme la Valeur, le Capital, le Profit, la Rente, etc. ne peuvent pas être découvertes « à l'aide du microscope et de l'analyse chimique ». La théorie du droit opère avec des abstractions qui ne sont pas moins « artificielles » : le « rapport juridique » ou le « sujet juridique » ne peuvent pas également être découverts avec les méthodes d'investigation des sciences naturelles et pourtant, derrière ces abstractions se cachent des forces sociales tout à fait réelles.

† Du point de vue d'un individu vivant dans un régime d'économie naturelle, l'économie basée sur des rapports de valeur apparaîtra comme une déformation artificielle de choses simples et naturelles, tout comme le mode de penser juridique apparaîtra à l'individu moyen comme contraire au « bon sens » normal.

Il faut remarquer que le point de vue juridique est incomparablement plus étranger à la conscience de « l'individu moyen » que le point de vue économique; car même lorsque le rapport économique se réalise simultanément comme rapport juridique, c'est dans la grande majorité des cas l'aspect économique précisément qui est actualisé pour les protagonistes de ce rapport, tandis que le moment juridique reste à l'arrière-plan et n'apparaît très clairement que dans des cas exceptionnels (procès, litiges juridiques). D'autre part, les membres d'une caste particulière (juristes, juges) apparaissent d'habitude comme les porteurs du « moment juridique » au stade de son activité. C'est pourquoi la pensée s'effectue pour l'individu moyen plus couramment et naturellement à l'aide de catégories économiques qu'à l'aide de catégories juridiques.

Si l'on croit que les concepts juridiques, qui expriment le sens de la forme juridique, représentent le produit d'une quelconque invention arbitraire, on tombe dans l'erreur dénoncée par Marx chez les rationalistes du dix-huitième siècle. Ceux-ci ne pouvant pas encore expliquer, ainsi que le dit Marx, l'origine et le développement des formes énigmatiques prises par les rapports humains, essayèrent de leur ôter leur caractère incompréhensible en expliquant précisément que c'étaient des inventions humaines et qu'elles n'étaient pas tombées du ciel (17).

On ne peut d'ailleurs pas contester le fait qu'une grande partie des constructions juridiques est en effet fort discutable et arbitraire. Telles par exemple la plupart des constructions du droit public. Nous essayerons dans les pages suivantes d'expliquer les raisons de ce phénomène. Nous nous contenterons provisoirement de remarquer que la forme de la valeur devient universelle dans les conditions d'une économie marchande développée et qu'elle revêt, à côté des formes primaires, encore diverses formes d'expression dérivées et artificielles : en apparaissant aussi par exemple sous l'aspect du prix d'objets qui ne sont pas des produits du travail (terre), ou qui n'ont même absolument rien à voir avec le procès de production (par exemple des secrets militaires achetés par un espion). Cela n'empêche pas pourtant le fait que la valeur, comme catégorie économique, ne peut être conçue que du point

(17) Karl MARX, *Le Capital* I, ch. I, op. cit., pp. 92 et 93.

de vue de la dépense du travail socialement nécessaire à la fabrication d'un produit donné. De même, l'universalisme de la forme juridique ne doit pas nous empêcher de rechercher les rapports qui constituent son fondement réel. Nous espérons pouvoir démontrer plus loin que ces fondements ne sont pas ces rapports qui sont dénommés rapports de droit public.

Une autre objection à l'encontre de notre conception des tâches d'une théorie générale du droit consiste à considérer les abstractions qui lui servent de fondement comme propres uniquement au droit bourgeois. Le droit prolétarien, nous dit-on, doit trouver d'autres concepts généraux et la recherche de tels concepts devrait être la tâche de la théorie marxiste du droit.

Cette objection semble à première vue être très sérieuse. Elle repose cependant sur une méprise. Cette tendance, en exigeant pour le droit prolétarien de nouveaux concepts généraux qui lui soient propres, semble être révolutionnaire par excellence. Mais en réalité elle proclame l'immortalité de la forme juridique, car elle s'efforce d'extraire cette forme des conditions historiques déterminées, qui lui ont permis de s'épanouir complètement, et de la présenter comme capable de se renouveler en permanence. Le dépérissement de certaines catégories (de certaines catégories précisément et non pas de telles ou telles prescriptions) du droit bourgeois ne signifie en aucun cas leur remplacement par les nouvelles catégories du droit prolétarien. De même le dépérissement des catégories de la Valeur, du Capital, du Profit, etc. dans la période de transition vers le socialisme évolué, ne signifie pas l'apparition de nouvelles catégories prolétariennes de la Valeur, du Capital, etc.

Le dépérissement des catégories du droit bourgeois signifiera dans ces conditions le dépérissement du droit en général, c'est-à-dire la disparition du moment juridique des rapports humains.

Mais la période de transition, comme Marx l'a montré dans sa Critique du programme de Gotha, est caractérisée par le fait que les rapports humains restent pendant une certaine période nécessairement enfermés dans « l'horizon borné du droit bourgeois ». Il est intéressant d'analyser en quoi en effet consiste, selon la conception marxienne, cet horizon borné du droit bourgeois. Marx présuppose un système social dans lequel les moyens de production appartiennent à toute la société et dans lequel les

producteurs n'échangent pas leurs produits. Il suppose par conséquent un niveau de développement supérieur à celui de la « Nouvelle économie politique » dans laquelle nous vivons à l'heure actuelle. Le marché est déjà complètement remplacé par une économie organisée et en conséquence, « le travail incorporé dans les produits n'apparaît pas davantage ici comme valeur de ces produits, comme une qualité réelle possédée par eux, puisque désormais, contrairement à ce qui se passait dans la société capitaliste, ce n'est plus par la voie d'un détour, mais directement, que les travaux de l'individu deviennent partie intégrante du travail total de la communauté » (18). Mais même lorsque le marché et l'échange marchand sont complètement supprimés, la nouvelle société communiste, comme dit Marx, « porte encore, sous tous les rapports, économique, moral, intellectuel, les stigmates de l'ancienne société des flancs de laquelle elle est issue » (19).

C'est ce qui apparaît également dans le principe de la distribution d'après lequel « le producteur reçoit individuellement, les défalcatations une fois faites, l'équivalent exact de ce qu'il a donné à la société » (20).

Marx insiste sur le fait que, malgré la modification radicale de la forme et du contenu, « le principe directeur est le même que pour l'échange de marchandises équivalentes : une même quantité de travail sous une forme s'échange contre une même quantité de travail sous une autre forme » (21).

Pour autant que le rapport entre les producteurs individuels et la société continue de conserver la forme de l'échange d'équivalents, ce rapport conserve également la forme du droit, car « le droit par sa nature ne peut consister que dans l'emploi d'une même unité de mesure » (22). Mais comme par là l'inégalité naturelle des aptitudes individuelles n'est pas prise en considération, le droit est « donc, dans sa teneur, un droit fondé sur l'inégalité, comme tout droit » (23). Marx ne mentionne pas la nécessité d'un pouvoir d'Etat qui assure par sa contrainte la réalisation de ces normes du

(18) Karl MARX, *Critique du Programme de Gotha* (1875) trad. française, Ed. Sociales, Paris, 1950, p. 23.

(19) *Ibid.*

(20) *Ibid.*

(21) *Id.*, p. 24.

(22) *Ibid.*

(23) *Ibid.*

droit « inégal », qui maintienne ses « limites bourgeoises », mais cela va évidemment de soi. Lénine tire cette conclusion : « Certes le droit bourgeois, en ce qui concerne la répartition des objets de consommation, suppose nécessairement un Etat bourgeois, car le droit n'est rien sans un appareil capable de contraindre à l'observation de ses normes. Il s'ensuit qu'en régime communiste subsistent pendant un certain temps, non seulement le droit bourgeois, mais aussi l'Etat bourgeois, sans la bourgeoisie. » (24).

Une fois donnée la forme de l'échange d'équivalents, la forme du droit, la forme du pouvoir public, c'est-à-dire étatique, est également donnée et celle-ci demeure encore quelque temps par conséquent, même lorsque la division de classe n'existe plus. Le dépérissement du droit et, avec lui, de l'Etat ne se produit d'après la conception de Marx que lorsque « le travail ne sera pas seulement un moyen de vivre, mais deviendra lui-même le premier besoin vital » (25), lorsque avec le développement universel de l'individu les forces productives se seront accrues elles aussi, lorsque tous les individus travailleront volontairement selon leurs capacités ou, comme dit Lénine, lorsque sera dépassé « l'horizon borné du droit bourgeois qui oblige à calculer avec l'apreté d'un Shylock : « n'aurais-je pas travaillé une demi-heure de plus que le voisin ? » (26), en un mot enfin lorsque la forme du rapport d'équivalence sera définitivement dépassée.

La transition vers le communisme évolué ne se présente pas suivant Marx comme un passage à de nouvelles formes juridiques, mais comme un dépérissement de la forme juridique en tant que telle, comme une libération vis-à-vis de cet héritage de l'époque bourgeoise destiné à survivre à la bourgeoisie elle-même.

Marx montre en même temps la condition fondamentale, enracinée dans la structure économique de la société même, de l'existence de la forme juridique, c'est-à-dire l'unification des différents rendements du travail d'après le principe de l'échange d'équivalents. Il découvre ainsi le lien interne profond existant entre la forme juridique et la forme marchande. Une société qui est contrainte par l'état de ses forces productives de maintenir un rapport

(24) LENINE, *L'Etat et la Révolution*, 1917, éd. en langues étrangères, Moscou, s.d., pp. 117-118.

(25) KARL MARX, *Critique...*, op. cit. p. 25.

(26) LENINE, *L'Etat et la révolution*, op. cit., p. 115.

d'équivalence entre la dépense de travail et la rémunération, sous une forme qui rappelle, même de loin, l'échange de valeurs-marchandises, sera contrainte de maintenir également la forme juridique. C'est seulement en partant de ce moment fondamental que l'on peut comprendre pourquoi toute une série d'autres rapports sociaux revêtent la forme juridique. Mais de là à en conclure que les tribunaux et les lois devront toujours exister, parce que même un état d'abondance économique ne fera pas disparaître tous les délits contre la personne, signifie précisément tenir des moments secondaires et dérivés pour des moments essentiels et fondamentaux. Même la criminologie progressiste bourgeoise est parvenue théoriquement à la conviction que la lutte contre la criminalité peut être considérée en elle-même comme une tâche médicale et pédagogique et que les juristes avec leurs « corps de délits », leurs codes, leurs concepts de « culpabilité », de « responsabilité pénale pleine ou atténuée », leurs subtiles distinctions entre complicité, participation, instigation, etc., ne peuvent absolument être d'aucun secours pour résoudre la question. Et si ces convictions théoriques n'ont pas encore entraîné jusqu'à présent la suppression des codes pénaux et des tribunaux c'est évidemment parce que le dépassement de la forme juridique est lié non seulement à la transgression du cadre de la société bourgeoise mais aussi à une émancipation radicale par rapport à toutes ses survivances.

La critique de la jurisprudence bourgeoise du point de vue du socialisme scientifique doit prendre exemple sur la critique de l'économie politique bourgeoise telle que Marx nous l'a donnée. A cet effet, cette critique doit se porter avant tout sur le terrain de l'ennemi, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas écarter les généralisations et les abstractions qui ont été élaborées par les juristes bourgeois partant des besoins de leur temps et de leur classe, mais analyser ces catégories abstraites et mettre en évidence leur signification véritable, en d'autres termes, découvrir le conditionnement historique de la forme juridique.

Toute idéologie périt avec les rapports sociaux qui l'ont engendrée. Mais cette disparition définitive est précédée par une phase où l'idéologie perd, sous les coups que lui porte la critique, la capacité de recouvrir et de voiler les rapports sociaux dont elle est née. La mise à nu des racines d'une idéologie est le signe certain que sa fin approche. Car comme disait Lassalle : « l'an-

nonce d'une époque nouvelle ne se manifeste jamais que par l'acquisition de la conscience de ce que la réalité était jusqu'alors en soi » (27).

CHAPITRE PREMIER

LES MÉTHODES DE CONSTRUCTION DU CONCRET DANS LES SCIENCES ABSTRAITES

Toute science qui procède à des généralisations s'adresse, dans l'étude de son objet, à une seule et même réalité totale et concrète. Une seule et même observation, par exemple l'observation d'un corps céleste passant par le Méridien, peut donner lieu aussi bien à des conclusions astronomiques que psychologiques. Un seul et même fait, par exemple l'affirmage de la terre, peut former l'objet aussi bien de recherches d'économie politique que de recherches juridiques. C'est pourquoi les différences existant entre les diverses sciences reposent largement sur les différences existant entre leurs méthodes, leurs modes d'approche de la réalité. Toute science possède son propre plan d'après lequel elle vise à reproduire la réalité. Et toute science construit ainsi la réalité concrète, avec toute sa richesse de formes, de rapports et de corrélations, comme le résultat de la combinaison d'abstractions plus simples. La psychologie veut décomposer la conscience en ses éléments les plus simples. La chimie exécute la même tâche en ce qui concerne la matière. Quand dans la pratique nous ne pouvons pas décomposer la réalité en ses éléments les plus simples, l'abstraction nous vient en aide. Dans les sciences sociales le rôle de l'abstraction est particulièrement grand. La maturité des sciences sociales est déterminée par le degré de perfection des abstractions en question. C'est ce que Marx expose magnifiquement à propos de l'économie politique : il semblerait tout naturel, dit-il, de commencer les recherches par la totalité concrète, par la population vivant et produisant dans des circonstances géographiques déterminées, mais la population est une abstraction vide si on laisse de côté les classes dont elle se compose. Celles-ci à leur tour ne sont rien sans les conditions de leur existence, telles que le salaire, le profit, la rente, etc. L'analyse de

(27) F. LASSALLE, *System der erworbenen Rechte*, 1861.

ces dernières présuppose les catégories les plus simples du « prix », de la « valeur », et de la « marchandise ». En partant de ces déterminations les plus simples, le théoricien de l'économie politique reproduit la même totalité concrète, mais non plus alors comme un tout chaotique et diffus, mais comme une unité riche de nombreuses déterminations et interrelations. Marx ajoute que le développement historique de la science a précisément suivi le chemin inverse : les économistes du XVII^e siècle commencèrent par le concret, par la Nation, l'Etat, la Population, pour parvenir ensuite à la Rente, au Profit, au Salaire, au Prix et à la Valeur. Mais ce qui fut historiquement inévitable, n'est pas pour autant méthodologiquement juste (1).

Ces remarques sont également tout à fait justifiées pour la théorie générale du droit. Dans ce cas également, la totalité concrète, c'est-à-dire la société, la population, l'Etat, doit être le résultat et l'étape finale de nos réflexions mais non pas leur point de départ. Lorsqu'on procède du plus simple au plus compliqué, lorsqu'on va de la forme la plus pure du processus à ses formes plus concrètes, on suit une démarche méthodologique plus précise, plus claire et par là plus juste que si l'on avance en tâtonnant, en n'ayant devant soi que l'image diffuse et indifférenciée de la totalité concrète.

La deuxième remarque méthodologique que nous devons faire ici a trait à une particularité des sciences sociales, ou plus exactement des concepts qu'elles utilisent.

Si nous prenons un concept quelconque des sciences de la nature, par exemple le concept d'Énergie, nous pouvons bien entendu établir avec précision le moment où il apparaît pour la première fois dans l'histoire. Une telle date n'a cependant de signification que pour l'histoire de la culture et des sciences. Dans la recherche proprement dite des sciences de la nature, l'utilisation de ce concept n'est restreinte par aucune sorte de limite chronologique. La loi de la transformation de l'énergie agissait bien avant l'apparition de l'homme sur la terre et continuera d'agir après l'extinction de toute vie sur terre. Elle se trouve en dehors du temps, c'est une loi éternelle. On peut certes se poser la question de la date de la découverte de la loi de la transformation de l'énergie, mais il serait absurde de se demander de quelle époque datent les rapports, les circonstances dont elle est l'expression.

Si nous nous tournons maintenant vers les sciences sociales,

(1) Karl MARX, *Introduction générale à la critique de l'Economie politique* (1857), trad. française de Maurice Husson et Gilbert Badia, Ed. Sociales, Paris, 1957, p. 165.

par exemple l'économie politique, et si nous considérons un de ses concepts fondamentaux, par exemple la valeur, il apparaît aussitôt que ce concept, en tant qu'élément de notre pensée, est non seulement historique, mais que nous avons aussi, comme pendant de l'histoire de ce concept, comme partie de l'histoire de la théorie de l'économie politique, une histoire réelle de la valeur, c'est-à-dire une évolution des rapports humains qui ont fait progressivement de ce concept une réalité historique (2).

Nous savons exactement quelles conditions matérielles sont nécessaires pour que cette qualité « idéelle », « imaginaire » des choses acquiert une importance « réelle » et, plus encore, décisive par rapport à leurs qualités naturelles, lorsqu'elle transforme le produit du travail de phénomène naturel en un phénomène social. Nous connaissons ainsi le substrat historique réel de ces abstractions conceptuelles, dont nous nous servons et nous pouvons vérifier également que les limites dans lesquelles l'utilisation de ces abstractions a un sens coïncident avec le cadre de l'évolution historique réelle et sont même déterminées par lui. Un autre exemple, cité par Marx, nous met particulièrement en évidence ce fait. Le travail, comme rapport le plus simple de l'homme à la Nature, se rencontre sans exception à tous les stades de l'évolution; mais comme abstraction économique il apparaît assez tardivement (cf. la succession des écoles : mercantilistes, physiocrates, économistes classiques). L'évolution réelle des rapports économiques qui reléga à l'arrière plan les distinctions entre les différentes sortes de travail humain, pour mettre à leur place « le travail en général », correspondit à cette évolution du concept. L'évolution des concepts correspond ainsi à la dialectique réelle du processus historique (3).

Prenons encore un autre exemple, mais cette fois-ci non plus dans le domaine de l'économie politique. Considérons l'Etat. Nous pouvons observer ici, d'une part, comment le concept d'Etat acquiert progressivement une forme précise et achevée et développe toute la richesse de ses déterminations et, d'autre part, comment l'Etat naît en réalité de la société gentilice et de la société féodale, comment il

(2) Il ne faut pourtant pas croire que l'évolution de la forme de la valeur et l'évolution de la théorie de la valeur se sont effectuées de manière synchrone. Au contraire. Ces deux processus ne concordèrent absolument pas chronologiquement. On trouve les formes plus ou moins développées de l'échange et les formes correspondantes de la valeur dans l'antiquité, tandis que l'économie politique est, comme on sait, une des sciences les plus récentes (*remarque pour la 3^e édition*).

(3) Cf. K. MARX, *Introduction générale à la critique de l'économie politique*, op. cit., p. 166 sq.

« s'abstrait » et se transforme en un pouvoir « se suffisant à lui-même » et « bouchant toutes les portes de la société ». Le droit également, dans ses déterminations générales, le droit en tant que forme, n'existe pas seulement dans le cerveau et les théories des juristes spécialisés. Il a une histoire réelle, parallèle, qui ne se déroule pas comme un système de pensée, mais comme un système particulier de rapports que les hommes contractent, non pas à la suite d'un choix conscient, mais sous la contrainte des rapports de production. L'homme devient sujet juridique avec la même nécessité que celle qui transforme le produit naturel en une marchandise dotée des propriétés énigmatiques de la valeur.

La pensée qui ne transgresse pas le cadre des conditions d'existence bourgeoises ne peut pas concevoir cette nécessité autrement que sous la forme d'une nécessité naturelle; c'est pourquoi la doctrine du droit naturel est, consciemment ou inconsciemment, le fondement de toutes les théories bourgeoises du droit. L'école du droit naturel ne fut pas seulement l'expression la plus marquée de l'idéologie bourgeoise à une époque où la bourgeoisie apparut comme classe révolutionnaire et formula ses revendications de manière ouverte et conséquente, mais elle nous livra aussi le modèle de compréhension le plus profond et le plus clair de la forme juridique. Ce n'est pas par hasard si l'apogée de la doctrine du droit naturel coïncida à peu près avec l'apparition des grands théoriciens classiques de l'économie politique bourgeoise. Les deux écoles se fixèrent pour tâche de formuler sous la forme la plus générale et par suite la plus abstraite les conditions d'existence fondamentales de la société bourgeoise, qui leur semblèrent être les conditions d'existence naturelles de toute société.

Même un zélé de positivisme juridique et un adversaire du droit naturel comme Bergbohm doit reconnaître les mérites de l'école du droit naturel dans la fondation de l'ordre juridique bourgeois moderne. « Il (le droit naturel) ébranla les fondements du servage féodal et des rapports de servitude en général et ouvrit la voie à la suppression des charges sur la terre; il libéra les forces productives emprisonnées dans le carcan d'un régime corporatif ossifié et des restrictions commerciales absurdes... il obtint la liberté de religion et de confession comme la liberté de la science. Il assura la protection du droit privé de tout homme, quelle que soit sa croyance et sa nationalité. Il contribua à éliminer la torture et à orienter le procès pénal dans les voies régulières d'une procédure conforme à la loi » (4).

(4) K. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, t. I, Leipzig, 1892, p. 215.

Sans avoir l'intention d'examiner ici en détail la succession des différentes écoles de la théorie du droit, nous ne pouvons pas ne pas indiquer un certain parallélisme entre l'évolution de la pensée juridique et de la pensée économique. Ainsi l'école historique peut être considérée dans les deux cas comme une manifestation de la réaction féodale aristocratique et en partie petite-bourgeoise corporatiste. De plus, lorsque la flamme révolutionnaire de la bourgeoisie s'éteignit définitivement dans la deuxième moitié du XIX^e siècle, la pureté et la précision des doctrines classiques cessèrent également d'exercer sur elle leur attrait. La société bourgeoise aspire à une stabilisation et à un pouvoir fort. C'est pourquoi ce n'est déjà plus l'analyse de la forme juridique qui se trouve au centre des intérêts de la théorie juridique, mais le problème du fondement de la force contraignante des prescriptions juridiques. Il en résulte un mélange singulier d'historicisme et de positivisme juridique qui se réduit à la négation de tout droit qui n'est pas droit officiel.

La soi-disant « renaissance du droit naturel » ne signifie pas le retour de la philosophie bourgeoise du droit aux conceptions révolutionnaires du XVIII^e siècle. Du temps de Voltaire et de Beccaria tout juge éclairé considérait que c'était un mérite de réussir, sous le prétexte d'appliquer la loi, à réaliser les vœux des philosophes, qui n'étaient autres que la négation révolutionnaire de l'ordre social féodal. De nos jours le prophète du « droit naturel » renaissant, Rudolf Stammler, soutient la thèse que le « juste droit » exige avant tout la soumission au droit positif établi, même si ce dernier est « injuste ».

L'école psychologique en économie politique se trouve en parallèle avec l'école psychologique du droit. Toutes deux s'efforcent de transposer l'objet de l'analyse dans la sphère des états subjectifs de la conscience (« évaluation », « émotion impérative-attributive ») et ne voient pas que les catégories abstraites correspondantes expriment par leurs régularités scientifiques la structure logique des rapports sociaux qui se cachent derrière les individus et qui dépassent le cadre de la conscience individuelle.

Enfin, le formalisme extrême de l'école normative (Kelsen) exprime sans aucun doute la décadence générale de la plus récente pensée scientifique bourgeoise qui s'épuise dans des artifices méthodologiques et formels-logiques stériles en glorifiant son détachement total de la réalité. Dans la théorie de l'économie politique les représentants de l'école mathématique occupent une position similaire.

Le rapport juridique est, pour utiliser l'expression marxienne,

un rapport abstrait, unilatéral, mais il n'apparaît pas dans cette unilatéralité comme le résultat du travail conceptuel d'un sujet pensant, mais comme le produit de l'évolution sociale. « Dans toute science historique ou sociale en général, il ne faut jamais oublier, à propos de la marche des catégories économiques, que le sujet, ici la société bourgeoise moderne, est donné aussi bien dans la réalité que dans le cerveau, que les catégories expriment donc des formes d'existence, des conditions d'existence déterminées, souvent de simples aspects particuliers de cette société déterminée, de ce sujet, » (5).

Ce que Marx dit ici des catégories économiques est aussi totalement applicable aux catégories juridiques. Dans leur universalité apparente elles expriment un aspect déterminé de l'existence d'un sujet historique déterminé : la production marchande de la société bourgeoise.

Nous trouvons finalement, dans la même introduction générale déjà si souvent citée, encore une profonde réflexion méthodologique de Marx. Elle concerne la possibilité d'explicitier la signification des formations antérieures par l'analyse des formes qui leur ont succédé et qui sont par conséquent supérieures et plus développées. Lorsqu'on comprend la rente, dit Marx, on comprend également le tribut, la dîme et l'impôt féodal. La forme plus développée nous permet de comprendre les stades passés où elle apparaît uniquement de manière embryonnaire. L'évolution historique ultérieure découvre en même temps les virtualités qu'on peut trouver dans le lointain passé.

« La société bourgeoise est l'organisation historique de la production la plus développée et la plus variée qui soit. De ce fait, les catégories qui expriment les rapports de cette société et qui permettent d'en comprendre la structure permettent en même temps de se rendre compte de la structure et des rapports de production de toutes les formes de société disparues, avec les débris et les éléments desquelles elle s'est édifiée, dont certains vestiges partiellement non encore dépassés, continuent à subsister en elle » (6).

Si nous voulons appliquer les réflexions méthodologiques citées plus haut à la théorie du droit, nous devons commencer avec l'analyse de la forme juridique dans sa configuration la plus abstraite et la plus pure et ensuite aller par complication progressive jusqu'au concret historique. Nous ne devons pas oublier que l'évolution dia-

lectique des concepts correspond à l'évolution dialectique du processus historique lui-même. L'évolution historique n'entraîne pas seulement un changement dans le contenu des normes juridiques et une modification des institutions juridiques, mais aussi un développement de la forme juridique comme telle. Celle-ci, après être apparue à un stade déterminé de la civilisation, demeure longtemps dans un état embryonnaire avec une faible différenciation interne et sans délimitation par rapport aux sphères avoisinantes (mœurs, religion). C'est seulement en se développant progressivement qu'elle atteint son apogée suprême, sa différenciation et sa précision maxima. Ce stade de développement supérieur correspond à des rapports économiques et sociaux tout à fait déterminés. En même temps ce stade est caractérisé par l'apparition d'un système de concepts généraux qui reflètent théoriquement le système juridique comme totalité organique.

A ces deux cycles de développement correspondent deux époques de développement supérieur des concepts juridiques généraux : Rome et son système de droit privé et les XVII^e et XVIII^e siècles en Europe, lorsque la pensée philosophique découvrit la signification universelle de la forme juridique comme potentialité que la démocratie bourgeoise était appelée à réaliser.

Par conséquent, nous ne pouvons obtenir des définitions claires et exhaustives que si nous fondons notre analyse sur la forme juridique entièrement développée qui découvre les formes juridiques passées comme ses propres formes embryonnaires.

C'est dans ce cas seulement que nous pouvons saisir le droit, non comme un attribut de la société humaine abstraite, mais comme une catégorie historique qui correspond à un régime social déterminé, édifié sur l'opposition des intérêts privés.

(5) KARL MARX, *Introduction générale à la Critique de l'Economie politique*, op. cit., p. 170.

(6) K. MARX, op. cit., p. 169.

CHAPITRE II

IDÉOLOGIE ET DROIT

La question de la nature idéologique du droit a joué un rôle essentiel dans la polémique entre P. I. Stučka et le professeur Rejsner (1). Le professeur Rejsner essaya de démontrer que Marx et Engels eux-mêmes considéraient le droit comme une des « formes idéologiques » et que beaucoup d'autres théoriciens marxistes avaient également la même opinion. Le professeur Rejsner s'appuie pour cela sur un nombre imposant de citations. Il n'y a évidemment rien à objecter à ces références et à ces citations. On ne peut pas non plus contester le fait que le droit est pour les hommes une expérience vécue psychologique, particulièrement sous la forme de règles, de principes ou de normes générales. Le problème ne consiste absolument pas cependant à admettre ou à contester l'existence de l'idéologie juridique (ou de la psychologie), mais à démontrer que les catégories juridiques n'ont pas d'autre signification en dehors de leur signification idéologique. C'est seulement lorsque cette démonstration est faite que l'on peut admettre comme inattaquable la conclusion tirée par le professeur Rejsner, à savoir « qu'un marxiste ne peut étudier le droit qu'en tant qu'espèce particulière de l'Idéologie ». Dans cette petite formule « ne peut etc. qu'en tant que » réside le fond de toute la question. C'est ce que nous voulons expliciter à partir d'un exemple tiré de l'économie politique. Les catégories de la marchandise, de la valeur et de la valeur d'échange sont sans aucun doute des formations idéologiques, des représentations déformées, mystifiées (selon l'expression de Marx) par lesquelles la société basée sur l'échange marchand conçoit les rapports de travail des

(1) Cf. *Vestnik Socialističeskoj Akademii*, n° 1.

différents producteurs. Le caractère idéologique de ces formes est prouvé par le fait qu'il suffit de passer à d'autres structures économiques pour que ces catégories de marchandise, de valeur, etc., perdent toute signification. C'est pourquoi nous pouvons parler à juste titre d'une idéologie marchande ou, comme Marx la nomme, d'un « fétichisme de la marchandise » et compter ce phénomène parmi les phénomènes psychologiques. Mais cela ne signifie pas du tout que les catégories de l'économie politique ont *exclusivement* une signification psychologique, qu'elles se rapportent *uniquement* à des expériences vécues, des représentations et autres processus subjectifs. Nous savons très bien que la catégorie de la marchandise par exemple, malgré son caractère idéologique patent, reflète un rapport social objectif. Nous savons que les différents stades de développement de ce rapport, leur plus ou moins grande universalité, sont des réalités de fait matérielles qui doivent être prises en considération comme telles et non pas seulement en tant que processus idéologiques et psychologiques. De ce fait, les concepts généraux de l'économie politique ne sont donc pas uniquement des éléments idéologiques, mais des abstractions grâce auxquelles la réalité économique objective peut être élaborée scientifiquement, c'est-à-dire théoriquement. Pour reprendre l'expression de Marx, « les catégories de l'économie bourgeoise sont des formes de l'intellect qui ont une vérité objective en tant qu'elles reflètent des rapports sociaux réels, mais ces rapports n'appartiennent qu'à cette époque historique déterminée où la production marchande est le mode de production social » (2).

Ce que nous avons ainsi à démontrer ce n'est pas que des concepts juridiques généraux peuvent entrer à titre d'éléments constitutifs dans des processus et des systèmes idéologiques — ce qui n'est en aucun cas contestable — mais que la réalité sociale, masquée dans une certaine mesure par un voile mystique, ne peut pas être découverte à travers ces concepts. En d'autres termes, nous devons éclaircir la question suivante : les catégories juridiques représentent-elles effectivement de telles catégories conceptuelles objectives (objectives pour la société historiquement donnée) et correspondant aux rapports sociaux objectifs ? En conséquence nous reposons alors la question de la manière suivante : *le droit peut-il être conçu comme un rapport social dans le même sens que Marx a appelé le Capital un rapport social ?*

Une telle problématique élimine *a priori* la référence à la nature idéologique du droit et replace la recherche tout entière à un autre niveau.

(2) Karl MARX, *Le Capital*, L. I, ch. IV, *op. cit.*, p. 88.

La constatation de la nature idéologique d'un concept donné ne nous dispense en aucune façon de l'obligation d'étudier la réalité objective, c'est-à-dire la réalité existant dans le monde extérieur et non pas seulement dans la conscience. Sinon, toute frontière entre la réalité de l'Au-delà qui existe aussi effectivement dans la représentation de certains gens et, disons, l'Etat serait effacée. Mais c'est précisément ce qui se passe chez le professeur Rejsner. Il s'appuie sur la célèbre citation d'Engels relative à l'Etat comme « première puissance idéologique qui domine les hommes » et identifie sans hésiter l'Etat avec l'idéologie de l'Etat.

« Le caractère psychologique des manifestations du pouvoir est tellement évident, et le pouvoir d'Etat, *qui n'existe que dans le psychisme humain* (souligné par moi E. P.), est lui-même à ce point dépourvu de caractéristiques matérielles, qu'on pourrait croire qu'il est impossible de concevoir le pouvoir d'Etat autrement que sous la forme d'une Idée qui ne se manifeste que dans la mesure où les hommes en font le principe de leur comportement » (3).

Les finances, l'armée, l'administration, tout cela est « dépourvu par conséquent de caractéristiques matérielles », tout cela n'existe que dans « le psychisme humain ». Mais qu'advient-il de cette masse « énorme » de la population, selon l'expression du professeur Rejsner lui-même, qui vit « en dehors de toute conscience de l'Etat » ? On doit apparemment exclure cette masse ; elle n'a en effet aucune espèce d'importance pour l'existence « réelle » de l'Etat.

Mais qu'en est-il de l'Etat du point de vue de son unité économique ? Les frontières douanières sont-elles aussi alors un processus idéologique et psychologique ? On pourrait poser de très nombreuses questions similaires, mais toutes ces questions aboutiraient au même point. L'Etat n'est pas seulement une forme idéologique, mais aussi, simultanément, une forme de l'Etre social. La nature idéologique d'un concept ne supprime pas la réalité et la matérialité des rapports dont il est l'expression.

On peut comprendre le néo-kantien conséquent qu'est Kelsen quand il affirme l'objectivité normative, c'est-à-dire purement idéale de l'Etat et quand il jette par-dessus bord non seulement les éléments objectifs et matériels de la réalité, mais aussi le psychisme humain réel. Mais nous renonçons à concevoir une théorie marxiste, c'est-à-dire matérialiste, qui opérerait exclusivement avec

(3) M. REJSNER, *Gosudarstvo (L'Etat)*, 1^{re} partie, 2^e éd., Moscou, 1918, p. xxxv.

des expériences vécues subjectives. Par ailleurs, le professeur Rejsner, partisan de la théorie psychologique de Petražickij, qui « décompose » complètement l'Etat en une série « d'émotions impératives-attributives », ne verrait pas d'inconvénients, comme le montrent ses ouvrages les plus récents, à rattacher ce point de vue à la conception néo-kantienne logique et formelle de Kelsen (4). Une telle tentative fait certes honneur à la culture étendue de notre auteur, même si elle s'effectue au détriment de la logique et de la clarté méthodologique. De deux choses l'une pourtant : ou l'Etat (d'après Petražickij) est un processus idéologique, ou il est (d'après Kelsen) une Idée régulatrice qui n'a rien à voir avec les processus de tous genres qui se déroulent dans le temps et qui sont soumis à la loi de la causalité. En cherchant à relier ces deux points de vue, M. Rejsner tombe dans une contradiction qui n'est absolument pas dialectique.

La perfection formelle des concepts de « territoire national », de « population », de « pouvoir d'Etat » ne reflète pas seulement une idéologie déterminée, mais aussi la réalité objective de la formation d'une sphère de domination concentrée et donc, avant tout, la création d'une organisation administrative, financière et militaire réelle avec un appareil humain et matériel correspondant. L'Etat n'est rien sans moyens de communication, sans la possibilité pour lui de transmettre des ordres et des directives et de mobiliser des forces armées, etc. Le professeur Rejsner croit-il donc que les routes militaires romaines ou les moyens modernes de communication font partie des phénomènes du psychisme humain ? Ou pense-t-il que ces éléments matériels ne doivent pas être comptés parmi les facteurs de la formation de l'Etat ? Il ne nous reste alors évidemment plus qu'à mettre sur le même plan la réalité de l'Etat et la réalité « de la littérature, de la philosophie et des autres productions spirituelles de l'homme » (5). Il est seulement dommage que la pratique de la lutte politique, de la lutte pour le pouvoir, contredise radicalement cette conception psychologique de l'Etat et nous oppose à chaque étape des facteurs objectifs et matériels.

A ce sujet, il faut noter que la conséquence inévitable de ce point de vue psychologique, adopté par le professeur Rejsner, est un subjectivisme sans issue. « Le pouvoir d'Etat comme création

(4) M. REJSNER, « Social' naja psihologija i učenje Frejda » (La psychologie sociale et la théorie de Freud), in : *Pečat i revolucija* (Presse et Révolution), vol. II, Moscou, 1925.

(5) M. REJSNER, *Gosudarstvo*, op. cit., p. XLVIII.

des multiples psychologies individuelles, le pouvoir d'Etat qui se manifeste sous autant de types différents qu'il y a de variétés de milieu, de groupes et de classes, prendra tout naturellement différentes figures dans la conscience et le comportement d'un ministre ou d'un paysan qui ne s'est pas encore élevé à l'idée de l'Etat, dans le psychisme d'un homme d'Etat, ou d'un anarchiste par principe, en un mot chez des gens de situations sociales, de professions et d'éducation différentes » (6). Il ressort clairement de ces affirmations que si l'on reste sur le plan psychologique, on perd simplement toute raison de parler de l'Etat comme d'une unité objective. C'est seulement lorsqu'on considère l'Etat comme une organisation réelle de la domination de classe (c'est-à-dire en tenant compte de tous les moments, non seulement psychologiques, mais aussi matériels et de ceux-là en premier lieu), que l'on se situe sur un terrain solide et qu'on peut effectivement étudier l'Etat, tel qu'il est en réalité, et non pas seulement les formes subjectives, innombrables et diverses, dans lesquelles il se reflète et est vécu (7).

Si pourtant ces définitions abstraites de la forme juridique ne se réfèrent pas seulement à des processus psychologiques, mais représentent également des concepts qui expriment des rapports sociaux objectifs, dans quel sens dirons-nous alors que le droit règle les rapports sociaux ? Nous ne voulons pas dire en effet par là que les rapports sociaux se règlent d'eux-mêmes ? Car en

(6) *Op. cit.*, p. xxxv.

(7) Le professeur Rejsner cherche à justifier son point de vue (cf. ses travaux sur la psychologie sociale et la théorie de Freud) par une lettre de F. Engels à C. Schmidt, où Engels examine le problème des relations entre le concept et le phénomène. En prenant pour exemple le système social féodal, Engels indique que l'unité du concept et du phénomène se présente comme un processus par essence infini. « La féodalité a-t-elle donc jamais été, à un moment donné, conforme à son concept ? ... Cet ordre social a-t-il été à cause de cela une fiction, parce qu'il n'a réussi à mener dans sa perfection classique qu'une existence de courte durée en Palestine et encore (en grande partie) sur le papier uniquement ? » Ces remarques d'Engels ne signifient cependant en aucun cas que le point de vue adopté par le professeur Rejsner qui identifie le concept et le phénomène, soit juste. Pour Engels, le concept de féodalisme et le système social féodal ne forment absolument pas une seule et même chose. Au contraire, Engels démontre précisément que le féodalisme ne correspondit jamais à son concept, sans pourtant cesser d'être le féodalisme. Le concept de féodalisme lui-même est une abstraction qui est fondée sur les tendances réelles de ce système social que nous nommons féodal. Dans la réalité historique ces tendances se confondent et se croisent avec d'innombrables autres tendances et elles ne peuvent pas, de ce fait, être observées dans leur configuration logique pure, mais seulement sous une forme plus ou moins approchée. C'est ce qu'indique Engels en disant que l'unité du concept et du phénomène est au fond un processus infini.

disant que tel ou tel rapport social revêt des formes juridiques, nous ne devons pas exprimer une simple tautologie : le droit revêt une forme juridique (8).

Cet argument paraît être à première vue une objection très pénétrante qui semble ne laisser d'autre issue que celle de la reconnaissance du droit comme idéologie. Nous voulons pourtant essayer de venir à bout de ces difficultés. Pour nous faciliter cette tâche, nous recourrons à nouveau à une comparaison. L'économie politique marxiste enseigne, comme on sait, que le Capital est un rapport social. Comme dit Marx, il ne peut pas être découvert avec le microscope, mais il ne se laisse pourtant absolument pas réduire aux expériences vécues, aux idéologies et autres processus subjectifs qui se déroulent dans le psychisme humain. C'est un rapport social objectif. De plus, si nous observons, disons dans la sphère de la petite production, un passage progressif du travail pour un client consommateur au travail pour un marchand, nous constatons que les rapports correspondants ont revêtu une forme capitaliste. Cela signifie-t-il que nous sommes tombés dans une tautologie ? En aucun cas ; nous avons uniquement dit par là que le rapport social, que l'on nomme Capital, a déteint sur un autre rapport social ou a transféré sa forme sur celui-ci. Par là nous pouvons considérer tous les phénomènes exclusivement du côté objectif, comme processus matériels et éliminer ainsi totalement la psychologie ou l'idéologie des protagonistes. Pourquoi n'en serait-il pas de même pour le droit ? Comme il est lui-même un rapport social, il peut déteindre plus ou moins sur d'autres rapports sociaux ou leur transférer sa forme. Mais nous ne pourrions jamais aborder par ce biais le problème en nous laissant guider par une représentation confuse du droit comme « forme en général », tout comme l'économie vulgaire n'a pas pu saisir l'essence des rapports capitalistes en partant du concept de Capital comme « travail accumulé en général ».

Nous éviterons ainsi cette contradiction apparente si nous parvenons à démontrer par l'analyse des définitions fondamentales du droit que le droit représente la forme, enveloppée de brumes mystiques, d'un rapport social *spécifique*. Dans ce cas il ne serait pas absurde d'affirmer que ce rapport transfère dans certains cas sa propre forme à tout autre rapport social ou même à la totalité des rapports.

Il en est exactement de même pour la deuxième tautologie apparente selon laquelle le droit règle les rapports sociaux. Si

(8) Cf. le commentaire du livre de P. I. Stučka par le professeur REJSNER, dans *Vestník Socialističeskoj Akademii*, n° 1, p. 176.

cette formule est débarrassée d'un certain anthropomorphisme qui lui est inhérent elle se réduit alors à la proposition suivante : la *réglementation* des rapports sociaux revêt dans certaines conditions un *caractère juridique*. Une telle formulation est sans aucun doute plus correcte et surtout historiquement plus juste. Nous ne pouvons pas contester qu'il existe également chez les animaux une vie collective et que celle-ci est également réglée d'une manière ou d'une autre. Mais il ne nous viendra pas à l'idée d'affirmer que les rapports des abeilles ou des fourmis sont réglés *juridiquement*. Si nous passons aux peuples primitifs nous y voyons certes l'embryon d'un droit, mais la plus grande partie des rapports est réglée *extra-juridiquement*, par exemple sous la forme de prescriptions religieuses. Finalement, même dans la société bourgeoise, des activités telles que par exemple l'organisation des services postaux, des chemins de fer, de l'armée, etc. ne peuvent être entièrement reléguées dans le domaine de la réglementation *juridique* que si on les considère très superficiellement et si on se laisse déconcerter par la forme extérieure des lois, statuts et décrets. La planification ferroviaire règle le trafic des chemins de fer dans un tout autre sens que ne le fait, disons, la loi sur la responsabilité des chemins de fer qui règle les rapports de ces derniers avec les expéditeurs de marchandises. Le premier type de réglementation est surtout technique, le deuxième surtout juridique. Le même rapport existe entre un plan de mobilisation et la loi sur le service militaire obligatoire, entre l'enquête criminelle et le code d'instruction criminelle.

Nous reviendrons encore dans les pages suivantes sur la différence existant entre les normes techniques et les normes juridiques. Nous remarquerons provisoirement que la réglementation des rapports sociaux revêt plus ou moins un caractère juridique, c'est-à-dire peut se calquer plus ou moins sur le rapport fondamental, spécifique, du droit.

La réglementation ou la normalisation des rapports sociaux n'apparaît homogène et entièrement juridique qu'à travers une réflexion superficielle ou purement formelle. Il existe effectivement entre les divers domaines des rapports humains des différences très frappantes de ce point de vue. Gumpłowicz, déjà, établit une limite très nette entre le droit privé et les normes étatiques (9) ; mais il ne voulut reconnaître comme sphère de la jurisprudence que le premier domaine. Effectivement le noyau le plus solide de la sphère brumeuse juridique (si je puis m'exprimer ainsi) se situe précisément dans le domaine des rapports

(9) Cf. L. GUMPLÓWICZ, *Rechtsstaat und Sozialismus*, Innsbruck, 1881.

du droit privé. C'est là précisément que le sujet juridique, « la persona », trouve une incarnation totalement adéquate dans la personnalité concrète du sujet économique égoïste, du propriétaire, du porteur d'intérêts privés. C'est précisément dans le droit privé que la pensée juridique se meut avec le plus de liberté et d'assurance, et que ses constructions revêtent la forme la plus achevée et la plus harmonieuse. L'ombre classique d'Aulus Aegerius et de Numerius Negidius, ces protagonistes des questions de procédure romaine, plane ainsi continuellement au-dessus des juristes qui se sont inspirés d'eux. C'est précisément dans le droit privé que les prémisses et les principes *a priori* de la pensée juridique s'incorporent dans la chair et le sang de deux parties en litige, qui, la vindicte au poing, réclament leur « droit ». Le rôle du juriste, en tant que théoricien, coïncide ici immédiatement avec sa fonction sociale pratique. Le dogme du droit privé n'est rien d'autre qu'une série infinie de considérations pour ou contre des revendications imaginaires ou des plaintes éventuelles. Derrière chaque paragraphe de ce système se cache le client abstrait, invisible, prêt à utiliser les thèses en question comme des conseils juridiques. Les polémiques doctrinales spécialisées des juristes sur la signification de l'erreur ou sur la répartition des charges de la preuve ne se distinguent pas du tout des disputes analogues qui ont lieu devant les tribunaux. La différence n'est ici pas plus grande que la différence existant entre les tournois de chevalerie et les guerres féodales. Les tournois furent menés, comme on sait, parfois avec un grand acharnement exigèrent autant de dépense d'énergie et firent autant de victimes que les collisions guerrières réelles. C'est seulement lorsque l'économie individualiste sera remplacée par une production et une distribution sociales planifiées que cette dépense improductive des forces intellectuelles de l'homme prendra fin (10).

Une des prémisses fondamentales de la réglementation juridique est ainsi l'antagonisme des intérêts privés. Cet antagonisme est aussi bien la condition logique de la forme juridique que la cause réelle de l'évolution de la superstructure juridique. Le com-

(10) Le petit travail de T. JABLOČKOV, « Suspensivnoe uslovie i vremja dokazyvanija » (La condition suspensive et le temps de la preuve), in : *Juridičeskij Vestnik*, 1916, n° 15, qui expose l'histoire et la littérature du problème juridique particulier de la répartition des charges de la preuve entre les parties lorsque l'accusé fait appel à une condition suspensive, donnera une idée de l'étendue et de l'importance du gaspillage de l'intelligence humaine. L'auteur ne cite pas moins de cinquante spécialistes qui ont écrit sur cette question. Il signale que la littérature de cet objet va jusqu'aux Postglossateurs et fait savoir que deux « théories » ont été édifiées pour trancher la question et ont divisé tout le milieu juridique spécialisé en deux camps à peu près

portement des hommes peut être déterminé par les règles les plus compliquées, mais le moment juridique de cette réglementation commence là où commencent les différences et les oppositions d'intérêts. Gumplowicz dit : « le litige est l'élément fondamental de tout fait juridique ». L'unité de but par contre représente la condition de la réglementation technique. C'est pourquoi les normes juridiques relatives à la responsabilité des chemins de fer présupposent des droits privés, des intérêts privés différenciés, tandis que les normes techniques du trafic ferroviaire présupposent un but unitaire, celui par exemple d'une capacité de rendement maximum. Prenons un autre exemple : la guérison d'un malade présuppose une série de règles aussi bien pour le malade que pour le personnel médical. Pour autant que ces règles sont établies du point de vue unitaire du rétablissement du malade, elles ont un caractère technique. L'application de ces règles peut être liée à l'exercice d'une contrainte sur le malade. Mais tant que cette contrainte est considérée du point de vue de la finalité médicale, tant pour celui qui exerce la contrainte que pour celui qui la subit, elle est une action techniquement rationnelle et rien de plus. Le contenu des règles est déterminé à l'intérieur de ce cadre par la science médicale et évolue à mesure qu'elle progresse. Le juriste n'a ici rien à voir. Son rôle commence là où l'on est contraint de délaisser ce terrain de l'unité des fins et d'adopter un autre point de vue, le point de vue de sujets distincts qui s'opposent et dont chacun est porteur de ses propres intérêts privés. Le malade et le médecin se transforment alors en sujets ayant des droits et des devoirs, et les règles qui les unissent en normes juridiques. Par là la contrainte n'est déjà plus considérée seulement du point de vue de la rationalité du but mais aussi du point de vue de son caractère formellement, c'est-à-dire juridiquement, licite.

Il n'est pas difficile de constater que la possibilité d'adopter un point de vue juridique correspond au fait que les différents rapports dans la société de production marchande se calquent sur le type des rapports d'échanges commerciaux et revêtent par conséquent la forme juridique. De même, il est tout à fait naturel pour

égaux. Il est enchanté par la grande richesse des arguments avancés depuis 100 ans déjà par les deux parties (ce qui manifestement n'a pas empêché ultérieurement d'autres chercheurs de reprendre sur ce problème les mêmes arguments dans différentes nuances), rend hommage à « l'analyse pénétrante » et à « la perspicacité des procédures méthodologiques » des disputeurs spécialisés et fait savoir que la polémique a tellement enflammé les passions que les adversaires s'accusèrent mutuellement, dans le feu de l'action, de diffamation et de diffusion de fausses rumeurs en reprochant à leurs théories réciproques d'être immorales et malhonnêtes.

les juristes bourgeois de déduire cette universalité de la forme juridique soit des propriétés éternelles ou absolues de la nature humaine soit du fait que les décrets des pouvoirs publics s'appliquent à n'importe quel objet en général. Il est à peine nécessaire de prouver particulièrement le dernier point. N'y eût-il pas en effet dans le code bourgeois de l'empire russe pré-révolutionnaire un article qui obligeait l'homme à « aimer sa femme comme son propre corps » ? Mais même le juriste le plus audacieux n'aurait jamais osé entreprendre de construire un rapport juridique correspondant avec des possibilités d'action judiciaire.

Au contraire, aussi ratiocinée et irréaliste que puisse paraître telle ou telle construction juridique, elle repose pourtant sur une base solide, tant qu'elle demeure à l'intérieur des limites du droit privé, en premier lieu du droit de propriété. Il serait sinon impossible de comprendre pourquoi les idées fondamentales des juristes romains ont gardé leur signification jusqu'à nos jours et sont restées le droit écrit de toute société de production marchande.

Nous avons anticipé par là jusqu'à un certain point la réponse à la question posée au début : où faut-il chercher ce rapport social *sui generis* dont la forme juridique est le reflet inévitable. Nous essayerons par la suite de prouver en détail que ce rapport est le rapport des propriétaires de marchandises entre eux (11). L'analyse habituelle, que nous pouvons trouver dans n'importe quelle philosophie du droit, construit le rapport juridique comme rapport par excellence, comme rapport de la volonté des hommes en général. La pensée part ici des « résultats achevés du processus d'évolution », des « formes de pensée courantes », sans tenir compte de leur origine historique. Alors qu'en réalité les prémisses naturelles de l'acte d'échange deviennent, en fonction de l'évolution de l'économie marchande, les prémisses naturelles, les formes naturelles de tout rapport humain auquel elles impriment

(11) V. V. ADORAČKIJ, *O gosudarstve (De l'Etat)*, Moscou, 1923, p. 41 : « L'influence énorme de l'idéologie juridique sur tout le mode de pensée des membres « orthodoxes » de la société bourgeoise repose sur le rôle énorme que joue l'idéologie juridique dans la vie de cette société. Le rapport d'échange s'accomplit sous la forme des actes juridiques de l'achat et de la vente, de l'emprunt, du prêt, de la location etc. » Et : « L'homme vivant dans la société bourgeoise est constamment considéré comme le sujet de droits et de devoirs. Il exécute journellement une quantité innombrable d'actes juridiques qui ont des conséquences juridiques les plus variées. C'est pourquoi aucune société n'a autant besoin de l'idée de droit, précisément pour l'usage pratique quotidien, que la société bourgeoise, aucune ne soumet cette idée à une élaboration aussi poussée, aucune ne la transforme en un moyen aussi nécessaire des relations quotidiennes ».

leur marque, les actes du commerce se présentent au contraire dans la tête des philosophes uniquement comme des cas particuliers d'une forme générale qui a pris pour eux un caractère d'éternité (12).

Le camarade Stučka a, à notre sens, posé tout à fait correctement le problème juridique comme un problème des rapports sociaux. Mais au lieu de se mettre à la recherche de l'objectivité sociale spécifique de ces rapports il en revient à la définition formelle habituelle, même si celle-ci est circonscrite par les caractéristiques de classe. Dans la formule générale que donne Stučka, le droit ne figure déjà plus comme rapport social *spécifique* mais *comme l'ensemble des rapports en général, comme un système de rapports qui correspond aux intérêts des classes dominantes et sauvegarde ces intérêts par la violence organisée*. Par conséquent, à l'intérieur de ce système de classe, le droit ne peut absolument pas être séparé, en tant que rapport, des rapports sociaux en général et Stučka n'est plus en mesure de répondre à la question malicieuse du professeur Rejsner : comment les rapports sociaux se sont-ils transformés en institutions juridiques ou bien comment le droit est-il devenu ce qu'il est ? (13).

La définition de Stučka, peut-être parce qu'elle provient du Commissariat des Peuples à la Justice, est adaptée aux besoins des juristes praticiens. Elle nous montre les limites empiriques que l'histoire trace à chaque fois à la logique juridique, mais elle ne met pas à nu les racines profondes de cette logique même. Cette définition dévoile le contenu de classe des formes juridiques, mais ne nous explique pas pourquoi ce contenu revêt une telle forme.

Pour la philosophie bourgeoise du droit, qui considère le rapport juridique comme une forme naturelle et éternelle de tout rapport humain, une telle question ne se pose même pas. Pour la théorie marxiste, qui s'efforce de pénétrer dans les mystères des formes sociales et de ramener tous les rapports humains à l'homme lui-même, cette tâche doit être mise au premier plan.

(12) Karl MARX, *Le Capital*, I, ch. I, *op. cit.*, p. 92.

(13) P. I. STUČKA pense avoir déjà répondu à ce point un an avant que je ne publie mon travail (cf. *Revoljucionnaja...*, *op. cit.*, 3^e édition, page 112). Le droit, en tant que système particulier de rapports sociaux, se caractérise selon lui par le fait qu'il repose sur la violence organisée, c'est-à-dire étatique, d'une classe. Je connaissais naturellement ce point de vue, mais je soutiens à présent encore, après une deuxième explication, que, dans un système de rapports correspondant aux intérêts de la classe dominante et reposant sur la violence organisée, des moments peuvent et doivent être extraits qui donnent fondamentalement matière au développement de la forme juridique.

CHAPITRE III

RAPPORT ET NORME

De même que la richesse de la société capitaliste revêt la forme d'une accumulation énorme de marchandises, la société dans son ensemble se présente comme une chaîne ininterrompue de rapports juridiques. L'échange de marchandises présuppose une économie atomisée. Entre les différentes unités économiques privées et isolées le lien est maintenu à chaque fois par les contrats qui sont conclus. Le rapport juridique entre les sujets n'est que l'envers du rapport entre les produits du travail devenus marchandises. Ce fait n'empêche pas certains juristes, comme par exemple L. Petražickij, de mettre les choses sur la tête. Celui-ci croit que ce n'est pas la forme marchande qui engendre la forme juridique, mais qu'au contraire les phénomènes économiques étudiés par l'économie politique « représentent le comportement individuel et collectif des hommes déterminé par des motivations typiques qui ont leur source dans les institutions du droit civil (propriété privée, obligations et contrats, droit domestique et droit de succession) » (1).

Le rapport juridique est la cellule centrale du tissu juridique, et c'est en elle uniquement que le droit accomplit son mouvement réel. Le droit en tant qu'ensemble de normes n'est, par contre, qu'une abstraction sans vie.

C'est pourquoi, très logiquement, l'école normative, avec Kelsen à sa tête, nie complètement le rapport entre les sujets, refuse de considérer le droit sous l'angle de son existence réelle et concentre toute son attention sur la valeur formelle des normes. « Le rapport juridique est un rapport à l'ordre juridique, plus exactement, à l'intérieur de l'ordre juridique ce n'est pas un rap-

(1) L. PETRAŽICKIJ, *Vvedenie v izučenie prava i npravstvennosti (Introduction à l'étude du droit et de la morale)*, t. I, p. 77.

port entre des sujets juridiques opposés à cet ordre » (2). Néanmoins, selon la conception courante, le droit objectif ou la norme fondent aussi bien logiquement que réellement le rapport juridique. Selon cette représentation le rapport juridique est engendré par la norme objective. « La norme du droit au remboursement d'une dette n'existe pas parce que les créanciers posent d'habitude cette exigence, mais au contraire les créanciers posent cette exigence parce que la norme existe; le droit n'est pas établi à partir de l'abstraction des cas observés, mais à la suite d'une déduction à partir d'une règle établie par quelqu'un » (3).

L'expression « la norme engendre le rapport juridique » peut être comprise dans un double sens : réellement et logiquement. Examinons le premier cas. Il faut remarquer avant tout — et les juristes eux-mêmes ont suffisamment cherché à s'en convaincre réciproquement — que l'ensemble des normes écrites ou non écrites appartient en soi plutôt au domaine de la création littéraire (4). Cet ensemble de normes acquiert une signification réelle seulement grâce aux rapports qui sont conçus comme dérivant de ces normes et qui en dérivent effectivement. Même le partisan le plus conséquent de la méthode purement normative, Hans Kelsen, a dû reconnaître qu'il fallait conférer d'une manière ou d'une autre un élément de vie réelle, c'est-à-dire de conduite humaine effective, à l'ordre idéal normatif (5). En réalité, celui qui considérerait par exemple les lois de la Russie tsariste comme le droit actuellement en vigueur serait mûr pour l'asile. La méthode juridique formelle qui ne traite que de normes et de « ce qui est conforme au droit », ne peut maintenir son autonomie qu'à l'intérieur de limites très étroites et pour autant seulement que la tension entre le fait et la norme ne dépasse pas un certain maximum. Dans la réalité matérielle le rapport prime la norme. Si aucun débiteur ne remboursait ses dettes la règle correspondante devrait alors être considérée comme inexistante en fait. Et si l'on voulait quand même affirmer l'existence de cette règle il faudrait alors fétichiser la norme d'une manière ou d'une autre. De très nombreuses théories du droit

(2) H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, 1920, p. 125.

(3) SERŠENEVIČ, *Obščaja teorija prava (Théorie générale du Droit)*, 1910, p. 74.

(4) « Il faut tenir compte du fait que les lois n'engendrent le « Droit » que pour autant qu'elles se réalisent et que les normes sortent de « l'existence paperassière » pour s'avérer dans la vie humaine comme une puissance » (A. HOLD V. FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, Iéna, 1903, p. 11.)

(5) H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Tübingen, 1922, p. 96.

s'emploient précisément à une telle fétichisation et la fondent sur des considérations méthodologiques très subtiles.

Le droit, en tant que phénomène social objectif, ne peut pas être épuisé par la norme ou la règle, qu'elle soit écrite ou non écrite. La norme comme telle, c'est-à-dire son contenu logique, est soit déduite directement des rapports déjà existants, soit alors ne représente, quand elle est promulguée comme loi étatique, qu'un symptôme qui permet de prévoir avec une certaine vraisemblance la naissance future de rapports correspondants. Pour affirmer l'existence objective du droit il ne suffit pas cependant de connaître son contenu normatif, mais il faut savoir également si ce contenu normatif est réalisé dans la vie, c'est-à-dire par les rapports sociaux. La source habituelle des erreurs dans ce cas est le mode de penser dogmatique conférant au concept de norme en vigueur une signification spécifique qui ne coïncide pas avec ce que le sociologue ou l'historien entend par existence objective du droit. Quand le juriste dogmatiste doit décider si une forme juridique déterminée est en vigueur ou non il ne cherche généralement pas à établir l'existence ou non d'un phénomène social objectif déterminé, mais seulement la présence ou non d'un lien logique entre la proposition normative donnée et les prémisses normatives plus générales (6).

Il n'existe ainsi pour le juriste dogmatiste, à l'intérieur des limites étroites de sa tâche purement technique, vraiment rien en dehors des normes; il peut donc identifier avec la plus grande sérénité le droit et la norme. En ce qui concerne le droit coutumier il doit, qu'il le veuille ou non, se tourner vers la réalité. Mais si la loi étatique est pour le juriste le suprême principe normatif, ou pour employer l'expression technique, la source du droit, les considérations du juriste dogmatiste sur le droit en vigueur n'engagent absolument pas l'historien qui veut étudier le droit existant réellement. L'étude scientifique, c'est-à-dire théorique, ne peut tenir compte que des réalités de fait. Si certains rapports se sont effectivement formés, cela signifie qu'un droit correspondant est né; mais si une loi ou un décret ont été seulement promulgués sans qu'aucun rapport correspondant ne soit apparu dans la pratique, cela signifie qu'un essai a bien été fait pour créer un droit, mais sans succès. Ce point de vue n'équivaut absolument pas à

(6) Dans la langue russe on se sert pour désigner le droit effectif et le droit en vigueur de termes qui ont le même radical. En allemand la différence logique est rendue plus évidente par l'emploi de deux verbes différents : « wirken » dans le sens d'être efficient, et « gelten » dans le sens d'être valide c'est-à-dire d'être lié à une prémisses normative plus générale.

la négation de la volonté de classe comme facteur de l'évolution ou au renoncement à l'intervention consciente dans le cours du développement social, ou encore à « l'économisme », au fatalisme et autres choses exécrables. L'action politique révolutionnaire peut venir à bout de beaucoup de difficultés; elle peut réaliser demain ce qui n'existe pas encore aujourd'hui; mais elle ne peut pas faire exister après coup ce qui n'a pas existé effectivement dans le passé. Lorsque nous affirmons d'autre part que le projet d'édifier un bâtiment et même le plan de ce bâtiment n'en représentent pas encore la construction véritable, il ne s'en suit absolument pas que son édification ne nécessite ni projet ni plan. Mais si la décision n'est pas allée au-delà du plan, nous ne pouvons pas affirmer que le bâtiment a été édifié.

On peut du reste modifier la proposition mentionnée ci-dessus et mettre en avant non plus la norme comme telle, mais les forces objectives régulatrices et agissantes dans la société, ou selon l'expression des juristes, l'ordre juridique objectif (7).

Mais même sous cette formulation modifiée, cette thèse peut être soumise encore à une autre critique. Si l'on n'entend par forces sociales régulatrices que ces mêmes rapports dans leur régularité et leur continuité, on a affaire à une simple tautologie; mais si l'on entend par là un ordre particulier, organisé consciemment, qui garantit et préserve ces rapports, l'erreur logique devient alors tout à fait claire. On ne peut pas affirmer en effet que le rapport entre le créancier et le débiteur est *créé* par le système contraignant de recouvrement des dettes existant dans l'Etat en question. Cet ordre existant objectivement *garantit* certes le rapport, *le préserve*, mais ne le *crée* en aucun cas. La meilleure preuve qu'il ne s'agit pas d'une querelle verbale et scolastique, est qu'on peut se représenter les degrés les plus variés de perfection dans le fonctionnement de cette réglementation sociale, extérieure et contraignante et par conséquent les degrés les plus variés dans la préservation de certains rapports, en justifiant le tout avec des exemples historiques, sans que ces rapports subissent la moindre modification

(7) Il faut remarquer ici qu'une activité sociale régulatrice peut également se passer de normes établies *a priori*. C'est ce que prouve la création jurisprudentielle du droit. Son importance fut particulièrement grande dans les périodes qui ne connurent pas de production centralisée des lois. Ainsi par exemple le concept d'une norme achevée, donnée extérieurement, était totalement étranger aux tribunaux de l'ancienne Germanie. Tous les recueils de règles étaient pour les jurés non pas des lois contraignantes, mais des moyens auxiliaires qui leur permettaient de se former leur propre opinion. S. STINZING, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, tome I, 1880, p. 39.

dans leur existence même. Nous pouvons également nous représenter un cas limite où il n'existerait pas, à côté des deux parties qui entrent mutuellement en relation, de troisième force capable d'établir une norme et de garantir son respect : par exemple n'importe quel contrat des Varègues avec les Grecs. Même dans ce cas cependant le rapport subsiste (8). Mais il suffit de se représenter la disparition de l'une des parties, c'est-à-dire de l'un des sujets en tant que porteur d'un intérêt particulier autonome, pour que disparaisse aussitôt également la possibilité du rapport lui-même.

On peut nous répliquer que si l'on fait abstraction de la norme objective, les concepts de rapport juridique et de sujet juridique restent suspendus en l'air et ne peuvent être saisis en général par aucune définition. Dans cette objection s'exprime l'esprit éminemment pratique et empirique de la jurisprudence moderne qui n'est convaincue fermement que d'une seule vérité : à savoir que tout procès serait perdu si la partie qui mène le procès ne pouvait s'appuyer sur un article donné d'une loi quelconque. Théoriquement pourtant, la conviction que le sujet et le rapport juridiques n'existent pas en dehors de la norme objective est aussi erronée que la conviction selon laquelle la valeur n'existe pas et ne peut être définie en dehors de l'offre et de la demande parce qu'elle ne se manifeste empiriquement que dans les fluctuations des prix.

Le mode dominant de la pensée juridique, qui met au premier plan la norme comme règle de conduite établie autoritairement, n'est pas moins empirique, et va de pair, comme on peut également l'observer dans les théories économiques, avec un formalisme extrême, totalement dénué de vie.

L'offre et la demande peuvent exister pour toutes sortes d'objets, parmi lesquels aussi ceux qui ne sont absolument pas des produits du travail. On en conclut que la valeur peut être déterminée en dehors de toute relation avec le temps de travail

(8) Tout le système juridique féodal reposait sur de tels rapports contractuels non garantis par une quelconque « troisième force ». De même, le droit international moderne ne connaît aucune contrainte organisée de l'extérieur. De tels rapports juridiques non garantis ne se caractérisent certes pas par leur stabilité, mais cela ne nous autorise pas encore à en nier l'existence. Un droit absolument constant, n'existe en aucun cas; d'autre part, la stabilité des rapports juridiques privés ne repose absolument pas, dans l'Etat bourgeois moderne « bien ordonné », uniquement sur la police et les tribunaux. Les dettes ne sont pas seulement réglées par les individus parce qu'elles « seraient de toute façon recouvrées », mais aussi afin qu'ils puissent conserver leur crédit pour l'avenir. C'est ce qui ressort déjà clairement des conséquences pratiques qu'entraîne dans le monde des affaires les lettres de change entraînant un protêt.

socialement nécessaire à la production de l'objet en question. L'appréciation empirique, individuelle, sert ici de fondement à la théorie formelle-logique de l'utilité marginale. De même, les normes émanant de l'Etat peuvent se rapporter aux domaines les plus divers et avoir les caractères les plus variés. On en conclut que l'essence du droit s'épuise dans les normes de conduite, ou dans les ordres provenant d'une autorité supérieure et que la matière même des rapports sociaux ne contient pas par excellence les éléments générateurs de la forme juridique.

La théorie formelle-logique du positivisme juridique repose sur le fait empirique que les rapports qui se trouvent sous la projection de l'Etat sont les mieux garantis.

La question examinée par nous se réduit — pour utiliser la terminologie de la conception matérialiste de l'histoire — au problème des rapports réciproques entre la superstructure juridique et la superstructure politique. Si nous considérons la norme comme le moment primaire à tous points de vue, nous devons alors, avant de rechercher une quelconque superstructure juridique, présupposer l'existence d'une autorité établissant les normes, en d'autres termes d'une organisation politique. Nous devons en conclure que la superstructure juridique est une conséquence de la superstructure politique.

Marx lui-même cependant souligne que les rapports de propriété, qui constituent la couche fondamentale la plus profonde de la superstructure juridique, se trouvent en contact si étroit avec la base qu'ils apparaissent comme étant les « mêmes rapports de production », dont ils sont « l'expression juridique ». L'Etat, c'est-à-dire l'organisation de la domination politique de classe, naît sur le terrain des rapports de production et de propriété donnés. Les rapports de production et leur expression juridique forment ce que Marx nommait, à la suite de Hegel, la société civile. La superstructure politique et notamment la vie politique étatique officielle est un moment secondaire et dérivé.

La manière dont Marx se représente les rapports entre la société civile et l'Etat apparaît dans la citation suivante : « L'individu égoïste de la société bourgeoise a beau, dans sa représentation non sensible et son abstraction sans vie, se gonfler jusqu'à se prendre pour un atome, c'est-à-dire un être sans la moindre relation, se suffisant à lui-même, sans besoins, *absolument plein*, en pleine félicité, l'infortunée *réalité sensible*, elle, ne se soucie pas, de l'imagination de cet individu; et chacun des ses sens le contraint de croire à la signification du monde et des individus existant en dehors de lui; et il n'est pas jusqu'à son *profane* estomac qui ne lui

rappelle chaque jour que le monde *hors de lui* n'est pas *vide*, qu'il est au contraire ce qui, au sens propre, *remplit*. Chacune de ses activités et de ses propriétés essentielles, chacun de ses instincts vitaux devient un *besoin*, une *nécessité*, qui transforme son égoïsme, son *intérêt personnel* en intérêt pour d'autres choses et d'autres hommes hors de lui. Mais, comme le besoin d'un individu donné n'a pas, pour l'autre individu égoïste qui possède les moyens de satisfaire ce besoin, de sens intelligible par lui-même comme le besoin n'a donc pas de rapport immédiat avec sa satisfaction, tout individu se trouve dans l'obligation de créer ce rapport en se faisant également l'entremetteur entre le besoin d'autrui et les objets de ce besoin. C'est donc la *nécessité naturelle*, ce sont les *propriétés essentielles de l'homme*, tout aliénées qu'elles semblent, c'est l'*intérêt* qui tient unis les membres de la société bourgeoise dont le lien *réel* est donc constitué par la vie *civile* et non par la vie *politique*. Ce qui assure la cohésion des *atomes* de la société bourgeoise, ce n'est donc pas l'*Etat*, c'est le fait que ces atomes ne sont des *atomes* que dans la *représentation*, dans le *ciel* de leur *imagination*, — et qu'en *réalité* ce sont des êtres prodigieusement différents des atomes : non pas des *égoïsmes divins*, mais des *hommes égoïstes*. La *superstition politique* est seule à se figurer de nos jours que la cohésion de la vie civile est le fait de l'Etat, alors que, en réalité, c'est au contraire la cohésion de l'Etat qui est maintenue du fait de la vie civile » (9).

Dans un autre essai, *La critique moralisante ou la morale critique*, Marx revient au même problème. Il polémique contre le représentant du « socialisme vrai », Karl Heinzen, et écrit : « D'ailleurs si la bourgeoisie maintient politiquement, c'est-à-dire par sa puissance politique, « l'injustice dans les rapports de propriété », *ce n'est pas elle qui la crée*. « L'injustice dans les rapports de propriété », telle qu'elle est conditionnée par la division moderne du travail, la forme moderne de l'échange, la concurrence, la concentration, etc., *n'a nullement son origine dans la suprématie politique de la bourgeoisie*; c'est au contraire la suprématie politique de la bourgeoisie qui a sa source dans ces rapports modernes de production que les économistes bourgeois proclament comme lois nécessaires, éternelles » (10).

(9) Karl MARX, *La Sainte famille* (1845), trad. française d'Erna Cogniot, Ed. Sociales, Paris, 1963, pp. 146-147.

(10) Karl MARX, *La critique moralisante ou la morale critique*, in : *Œuvres philosophiques*, traduction Molitor, Ed. Costes, Paris, 1947, tome III, p. 130 (traduction modifiée par nous, J. M. B.). Ce serait naturellement une grande erreur de conclure à partir de ces quelques lignes que l'organisation politique ne joue absolument aucun rôle et que le prolétariat en particulier

Ainsi, le chemin qui va du rapport de production au rapport juridique, ou rapport de propriété, est plus court que ne le pense la soi-disant jurisprudence positive qui ne peut pas se passer d'un chaînon intermédiaire : le pouvoir d'Etat et ses normes. L'homme qui produit en société est la présupposition dont part la théorie économique. La théorie générale du droit, pour autant qu'elle a affaire à des définitions fondamentales, devrait partir également des mêmes présuppositions fondamentales. Ainsi, par exemple, il faut que le rapport économique de l'échange existe pour que le rapport juridique du contrat d'achat et de vente puisse naître. Le pouvoir politique peut régler, modifier, déterminer, concrétiser de manière très diverse, la forme et le contenu de ce contrat juridique, à l'aide des lois. La loi peut déterminer de manière très précise ce qui peut être acheté et vendu, comment, sous quelles conditions et par qui.

La jurisprudence dogmatique en conclut que tous les éléments existants du rapport juridique, y compris aussi le sujet lui-même, sont engendrés par la norme. En réalité, l'existence d'une économie marchande et monétaire est naturellement la condition fondamentale, sans laquelle toutes ces normes concrètes n'ont aucun sens. C'est sous cette condition uniquement que le sujet juridique a un substratum matériel en la personne du sujet économique égoïste que la loi ne crée pas, mais qu'elle trouve devant elle. Là où manque ce substrat, le rapport juridique correspondant est *a priori* inconcevable.

n'a pas besoin de lutter pour s'emparer du pouvoir d'Etat, puisque de toute façon ce n'est pas la chose essentielle. Les syndicalistes commettent cette erreur en se faisant les champions de « l'action directe ». La théorie des réformistes, qui se sont mis dans la tête le principe que la domination politique de la bourgeoisie découle des rapports de production, représente une déformation tout aussi grossière, d'autant plus qu'ils en concluent qu'une révolution politique violente du prolétariat est impossible et inutile. Ils transforment autrement dit le marxisme en doctrine fataliste et au fond contre-révolutionnaire. En réalité, ces mêmes rapports de production, d'où découle la domination politique de la bourgeoisie, engendrent naturellement, au cours de leur développement, les prémisses de la croissance des forces politiques du prolétariat et en dernière instance de sa victoire politique sur la bourgeoisie. On ne peut fermer les yeux sur cette dialectique de l'histoire que si l'on se trouve consciemment ou inconsciemment du côté de la bourgeoisie contre la classe ouvrière. Nous nous limitons ici à ces quelques remarques hâtives, car notre tâche ne consiste pas à réfuter les conclusions fausses qui ont été tirées de la théorie marxiste relative aux rapports de la base et de la superstructure (d'autant plus que cela a déjà été brillamment effectué par le marxisme révolutionnaire dans sa lutte contre le syndicalisme et le réformisme), mais à emprunter à cette théorie historique certains points de vues utiles à l'analyse de la structure juridique.

Le problème devient encore plus clair si nous le considérons dans sa dimension dynamique et historique. Nous voyons dans ce cas comment le rapport économique est dans son mouvement réel la source du rapport juridique qui naît seulement au moment du différend. C'est précisément le litige, l'opposition des intérêts, qui produit la forme juridique, la superstructure juridique. Dans le litige, c'est-à-dire dans le procès, les sujets économiques privés apparaissent déjà comme des parties, c'est-à-dire comme des protagonistes de la superstructure juridique. Le tribunal représente, même dans sa forme la plus primitive, la superstructure juridique par excellence. Par le procès judiciaire le moment juridique se sépare du moment économique et apparaît comme moment autonome. Historiquement le droit a commencé avec le litige, c'est-à-dire avec l'action judiciaire; et c'est plus tard seulement que le droit s'est emparé des rapports pratiques ou purement économiques préexistants qui revêtirent ainsi dès le début un aspect double, à la fois économique et juridique. La jurisprudence dogmatique oublie cette succession historique et commence immédiatement par le résultat achevé, par les normes abstraites avec lesquelles l'Etat rempli pour ainsi dire tout l'espace social, en conférant à toutes les actions qui s'y accomplissent des propriétés juridiques. Selon cette conception élémentaire ce n'est pas le contenu matériel, économique, des rapports mêmes qui est le moment fondamental, déterminant, dans les rapports d'achat et de vente, d'emprunt et de prêt, etc., mais l'impératif adressé au nom de l'Etat aux personnes singulières; ce point de départ du juriste praticien est tout aussi inutilisable pour l'analyse et l'explication de l'ordre juridique concret, que pour l'analyse de la forme juridique dans ses déterminations les plus générales. Le pouvoir l'Etat confère de la clarté et de la stabilité à la structure juridique, mais il n'en crée pas les prémisses qui, elles, s'enracinent dans les rapports matériels, c'est-à-dire dans les rapports de production.

Gumplowicz en arrive, comme on sait, à la conclusion stricte-ment opposée; il proclame le primat de l'Etat, c'est-à-dire de la domination politique (11). Il se tourne vers l'histoire du droit romain et croit avoir prouvé que « tout droit privé fut un temps droit public ». Cela provient selon lui du fait par exemple que « toutes les institutions fondamentales du droit privé romain » sont nées « à titre de privilèges de la classe dominante, comme avantages de droit public » destinés à consolider le pouvoir dans les mains d'un groupe victorieux.

On ne peut pas dénier à cette théorie une force de conviction,

(11) Cf. GUMPLOWICZ, *Rechtsstaat und Socialismus*, op. cit., § 35.

dans la mesure où elle souligne le moment de la lutte des classes et met fin aux représentations idylliques sur l'origine de la propriété privée et du pouvoir d'Etat. Mais Gumpłowicz commet néanmoins deux grandes erreurs. Premièrement il attribue à la violence en tant que telle, un rôle déterminant et oublie complètement que tout ordre social, également celui basé sur la conquête, est déterminé par l'état des forces productives sociales. Deuxièmement, il efface, quand il parle de l'Etat, toute distinction entre les rapports primitifs de domination et « l'autorité publique » au sens moderne, c'est-à-dire bourgeois, du terme. C'est pourquoi il en résulte chez lui que le droit privé est engendré par le droit public. Mais à partir de la même constatation, à savoir que les institutions essentielles du *jus civile* romain antique — propriété, famille, succession — furent créées par les classes dominantes pour consolider leur pouvoir, on peut aussi tirer une conclusion diamétralement opposée, à savoir que « tout droit public fut un temps droit privé ». Cela serait tout aussi juste, ou plus exactement tout aussi faux, car l'opposition entre le droit privé et le droit public correspond à des rapports beaucoup plus développés et perd sa signification quand on l'applique à ces époques primitives. Si les institutions du droit civil romain représentent effectivement un mélange de moments juridiques publics et privés — en employant la terminologie moderne — ils contiennent dans la même mesure également des éléments religieux et au sens large du terme des éléments rituels. A ce niveau d'évolution par conséquent le moment purement juridique ne pouvait pas encore se distinguer des autres et *a fortiori* trouver une expression dans un système de concepts généraux. Le développement du droit comme système ne fut pas engendré par les exigences des rapports de domination, mais par les exigences des échanges commerciaux avec ces peuplades précisément qui n'étaient pas encore comprises dans une sphère de pouvoir unique. C'est ce que reconnaît d'ailleurs Gumpłowicz lui-même (12). Les relations commerciales avec les tribus étrangères, avec les pérégrins, avec les plébéiens, et en général avec l'ensemble des personnes ne faisant pas partie de la communauté de droit public (selon la terminologie de Gumpłowicz), donnèrent vie au *jus gentium*, ce modèle de superstructure juridique dans sa forme pure. Contrairement au *jus civile* et à ses formes pesantes, le *jus gentium* rejette tout ce qui n'est pas lié au but et à la nature du rapport économique qui le fonde. Il s'adapte à la nature de ce rapport et semble ainsi être un droit « naturel ». Il essaye de réduire ce rapport

(12) *Op. cit.*, § 36.

au minimum de prémisses possible et se développe ainsi facilement en un système logique bien agencé. Gumpłowicz a sans doute raison quand il identifie la logique spécifiquement juridique à la logique du civiliste (13), mais il se trompe quand il croit que le système du droit privé pouvait se développer en raison de l'incurie en quelque sorte du pouvoir d'Etat. Son raisonnement est à peu près celui-ci : étant donné que les différends privés ne touchaient pas directement et matériellement aux intérêts du pouvoir d'Etat, celui-ci accorda à la caste des juristes l'entière liberté pour aiguïser leur esprit dans cette sphère (14). Dans le domaine du droit public, par contre, les efforts des juristes sont généralement ruinés sans ménagement par la réalité, car le pouvoir étatique ne tolère aucune immixtion dans ses affaires et ne reconnaît pas la toute-puissance de la logique juridique.

Il est tout à fait clair que la logique des concepts juridiques correspond à la logique des rapports sociaux d'une société de production marchande. C'est précisément dans ces rapports et non dans l'agrément de l'autorité publique qu'il faut chercher la racine du système du droit privé. Au contraire, la logique des rapports de domination et de servitude rentre en partie seulement dans le système des concepts juridiques. C'est pourquoi la conception juridique de l'Etat ne peut jamais devenir une théorie et demeure toujours une déformation idéologique des faits.

Nous constatons ainsi, partout où nous rencontrons une couche primaire de la superstructure juridique, que le rapport juridique est directement engendré par les rapports matériels de production existant entre les hommes.

Il s'ensuit qu'il n'est pas nécessaire de partir du concept de norme comme loi autoritaire externe, pour analyser le rapport juridique dans sa forme la plus simple. Il suffit de fonder l'analyse sur un rapport juridique « dont le contenu est donné par le rapport économique lui-même » (15) et d'examiner ensuite la forme « légale » de ce rapport juridique comme un cas particulier.

Posée dans sa perspective historique réelle, la question de savoir si la norme doit être considérée comme la prémisse du rap-

(13) Le fait historique que les définitions générales du droit se développent pendant longtemps comme une partie de la théorie du droit civil nous renvoie également au lien interne profond existant entre la logique juridique comme telle et la logique du civiliste. Seule une réflexion très superficielle peut laisser croire — comme chez Kavelin — que ce fait se laisse expliquer simplement par une erreur, par une méprise (cf. K. D. KAVELIN, *Sobranie Sočinenij* (œuvres), tome IV, p. 338.)

(14) L. GUMPLÓWICZ, *op. cit.*, § 32.

(15) KARL MARX, *Le Capital*, L. I, ch. II, *op. cit.*, p. 95.

port juridique nous a conduit au problème des relations réciproques existant entre la superstructure politique et la superstructure juridique. Dans la sphère logique et systématique cette question est celle des relations entre le droit objectif et le droit subjectif.

Dans son manuel de droit constitutionnel, Duguit attire l'attention sur le fait qu'une seule et même dénomination : « Droit » désigne des choses « qui s'interpénètrent sans aucun doute profondément mais qui se distinguent aussi très nettement les unes des autres » (16). Il pense ici au droit au sens objectif et au sens subjectif. Nous abordons dans ce cas effectivement un des points les plus obscurs et les plus controversés de la théorie générale du droit. Nous avons affaire à une étrange dualité de concept dont les deux aspects, bien que se situant à des niveaux différents, se conditionnent réciproquement. Le droit est simultanément sous un aspect la forme de la réglementation autoritaire externe, et sous un autre aspect la forme de l'autonomie privée subjective. Dans un cas c'est la caractéristique de l'obligation absolue, de la contrainte externe pure et simple, qui est fondamentale, dans l'autre c'est la caractéristique de la liberté garantie et reconnue à l'intérieur de certaines limites. Le droit apparaît tantôt comme le principe de l'organisation sociale, tantôt comme le moyen permettant aux individus de se « délimiter dans la société ». Dans un cas le droit se fonde pour ainsi dire totalement avec l'autorité externe, dans l'autre il s'oppose également totalement à toute autorité externe qui ne le reconnaît pas. Le droit comme synonyme de l'existence officielle de l'Etat et le droit comme porte-parole de la lutte révolutionnaire : cette dualité détermine un domaine de controverses infinies et de confusions invraisemblables.

La connaissance de cette profonde contradiction a suscité maintes tentatives pour supprimer d'une manière ou d'une autre cette désintégration désagréable des concepts. De nombreuses tentatives ont été faites pour sacrifier l'une des deux significations à l'autre. Ainsi par exemple le même Duguit, qui qualifie dans son manuel les expressions « de droit objectif et droit subjectif » « d'heureuses, claires et précises », s'efforce de prouver dans un autre ouvrage avec toute sa perspicacité que le droit subjectif repose tout simplement sur un malentendu, sur « une conception métaphysique, qui, dans une époque de réalisme et de positivisme comme la nôtre, ne peut pas être maintenue » (17).

(16) L. DUGUIT, *Etudes de droit public*, Paris, 1901.

(17) L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, 1913.

Le courant opposé, qui est défendu en Allemagne par Bierling et chez nous par les psychologues, avec à leur tête Petražickij, a tendance au contraire à présenter le droit objectif comme une « projection émotionnelle » dépourvue de signification réelle, comme une création de l'imagination, comme un produit de l'objectivation de processus internes, c'est-à-dire psychologiques, etc. (18).

Nous voulons provisoirement laisser de côté l'école psychologique et les tendances apparentées, et nous occuper de l'avis de ceux pour qui le droit doit être conçu exclusivement comme une norme objective.

Si l'on part de cette conception, on a d'un côté la règle impérative autoritaire comme norme et de l'autre côté l'obligation subjective correspondant à cette règle et créé par elle.

Le dualisme semble radicalement supprimé; cette suppression n'est pourtant qu'apparente. Car à peine veut-on appliquer cette formule qu'apparaissent les tentatives pour réintroduire à nouveau par des détours toutes les nuances indispensables à la formation du concept de « droit subjectif ». Nous nous heurtons à nouveau aux deux mêmes aspects avec la différence suivante en plus seulement : l'un des deux aspects, à savoir le droit subjectif, est représenté par différents artifices comme une sorte d'ombre; en effet aucune combinaison d'impératifs et d'obligations ne peut nous fournir le droit subjectif dans sa signification autonome et pleinement réelle en vertu de laquelle il est incarné par tout propriétaire de la société bourgeoise. Et il suffit en réalité de prendre pour exemple la propriété pour s'en convaincre. Si la tentative de réduire le *droit* de propriété à une série d'*interdictions* adressées à de tierces personnes n'est qu'un procédé logique, une construction mutilée et déformée, la présentation du droit de propriété bourgeois comme une obligation sociale n'est alors par-dessus le marché qu'hypocrisie (19).

(18) Cf. par exemple chez Bierling : « cela correspond à une tendance générale de notre esprit humain que de penser le droit avant tout comme quelque chose d'objectif, c'est-à-dire comme un Etre en soit et pour soi situé au-dessus des membres de la communauté juridique; cela a sans aucun doute une valeur pratique. Mais il faut seulement ne pas oublier que ce « droit objectif », même quand il a revêtu dans le droit écrit une forme propre extérieure, particulière, ne demeure jamais qu'une *forme de notre représentation* du droit et que le droit lui-même en réalité, comme tout autre produit de la vie psychique n'a d'existence proprement dite que dans les esprits, en particulier des membres mêmes de la communauté juridique ». (E. R. BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, Fribourg-en-B. et Leipzig, 1894, tome I, p. 145.)

(19) Dans son commentaire du code civil de la R.S.F.S.R. Gojchberg souligne que les juristes bourgeois progressistes commencent déjà à ne plus considérer la propriété privée comme un droit subjectif arbitraire, mais y

Tout propriétaire, y compris son entourage, comprend très bien que *le droit qui lui revient* en tant que propriétaire n'a pas grand chose de commun avec l'obligation, à tel point qu'il lui est même diamétralement opposé. Le droit subjectif est le fait primaire, car il repose en dernière instance sur des intérêts matériels qui existent indépendamment de la réglementation externe, c'est-à-dire consciente, de la vie sociale.

Le sujet comme porteur et destinataire de toutes les prétentions possibles, la chaîne des sujets liés les uns aux autres par des prétentions réciproques, telle est la structure juridique fonda-

voient un bien mis à la disposition de la personne. Gojchbarg se réfère nommément à Duguit qui affirme que le possesseur de capital ne doit être protégé juridiquement que parce qu'il exerce par de justes placements de son capital des fonctions socialement utiles.

Ces considérations des juristes bourgeois sont certes caractéristiques car elles sont le symptôme du déclin de l'époque capitaliste. Mais la bourgeoisie, d'autre part, ne tolère de telles considérations sur les fonctions sociales de la propriété que parce qu'elles ne l'engagent en rien. L'antithèse réelle de la propriété en effet n'est pas la propriété conçue comme fonction sociale, mais l'économie planifiée socialiste, c'est-à-dire la suppression de la propriété. Le sens de la propriété privée, son subjectivisme, ne consiste pas en ceci que « chacun mange *son propre pain* », c'est-à-dire, non pas dans l'acte de consommation individuelle, fût-elle productive également, mais dans la circulation, dans l'acte d'appropriation et d'aliénation, dans l'échange de marchandises où le but économique-social n'est que le résultat aveugle de buts privés et de décisions privées autonomes.

L'explication de Duguit selon laquelle le propriétaire ne doit être protégé que lorsqu'il s'acquitte de ses obligations sociales n'a aucun sens sous cette forme générale. Dans l'Etat bourgeois c'est une hypocrisie, dans l'Etat prolétarien c'est une dissimulation des faits. Car si l'Etat prolétarien pouvait reléguer directement chaque propriétaire à sa fonction sociale, il le ferait en prenant aux propriétaires le droit de disposer de leur propriété. Mais s'il en est incapable *économiquement*, il doit protéger l'intérêt privé comme tel et lui fixer uniquement certaines limites. Ce serait une illusion d'affirmer que tout individu, qui a accumulé à l'intérieur des frontières de l'Union Soviétique une certaine quantité d'argent, n'est protégé par nos lois et nos tribunaux que parce que précisément il a trouvé, ou trouvera, pour l'argent accumulé une utilisation sociale profitable. Par ailleurs Gojchbarg semble avoir complètement oublié la propriété en capital sous sa forme la plus abstraite, monétaire, et raisonne comme si le capital n'existait que sous la forme concrète du capital de production. Les côtés antisociaux de la propriété privée ne peuvent être paralysés que *de facto*, c'est-à-dire par le développement de l'économie planifiée socialiste au détriment de l'économie de marché. Mais aucune espèce de formule, même si elle est tirée des œuvres des juristes les plus progressistes d'Europe occidentale ne peut rendre socialement utiles les contrats juridiques produits sur la base de notre code civil et transformer chaque propriétaire en une personne exerçant une fonction sociale. Une telle suppression verbale de l'économie privée et du droit privé ne peut qu'obscurcir la perspective de leur suppression réelle.

mentale qui correspond à la structure économique, c'est-à-dire aux rapports de production d'une société reposant sur la division du travail et l'échange.

L'organisation sociale qui dispose des moyens de contrainte est la totalité concrète à laquelle nous devons aboutir après avoir conçu auparavant le rapport juridique dans sa forme la plus pure et la plus simple. L'obligation en tant que résultat d'un impératif ou d'un commandement apparaît par conséquent dans l'étude de la forme juridique comme un moment qui concrétise et complique les choses. Dans sa forme la plus abstraite et la plus simple, l'obligation juridique doit être considérée comme le reflet et le corrélat de la prétention juridique subjective. Si l'on analyse le rapport juridique on voit très clairement que l'obligation ne peut pas épuiser le contenu logique de la forme juridique. De plus, elle n'est même pas un élément autonome de cette forme juridique. L'obligation apparaît toujours comme le reflet et le corrélat d'un droit subjectif. La dette de l'une des parties n'est autre que ce qui revient à l'autre partie et lui est garanti. Ce qui est un droit du point de vue du créancier est une obligation du point de vue du débiteur. La catégorie de droit n'est achevée logiquement que là où elle inclut le porteur et le détenteur du droit dont les droits ne représentent que les obligations correspondantes d'autrui vis-à-vis de lui. Cette nature double du droit est particulièrement soulignée par Petražickij qui lui donne un fondement assez instable dans sa théorie psychologique *ad hoc*. Il faut pourtant remarquer que ces rapports réciproques entre le droit et l'obligation furent formulés de manière très précise par d'autres juristes non suspects de psychologisme (20).

Ainsi le rapport juridique ne nous montre pas seulement le droit dans son mouvement réel, mais découvre également les propriétés caractéristiques du droit en tant que catégorie logique. La norme au contraire est en tant que telle, c'est-à-dire en tant que prescription impérative, au même titre un élément de la morale, de l'esthétique, de la technique que du droit également.

La différence entre la technique et le droit ne consiste absolument pas, comme le pense I. Alekseev, en ceci que la technique présuppose un but extérieur à sa matière propre, alors que dans l'ordre juridique tout sujet constitue une fin en soi (21). Nous montrerons dans les pages suivantes que pour l'ordre juridique

(20) Cf., par exemple, A. MERKEL, *Juristische Enzyklopädie*, Leipzig, 1885, § 146, et N. M. KORKUNOV, *Enciklopedija prava (Encyclopédie du Droit)*.

(21) I. ALEKSEEV, *Vvedenie v izučenie prava (Introduction à l'étude du droit)*, Moscou, 1918, p. 114.

« la fin en soi » n'est que la circulation des marchandises. En ce qui concerne pourtant la technique du pédagogue ou du chirurgien, qui ont respectivement pour matière, l'un le psychisme de l'enfant, et l'autre l'organisme du patient opéré, personne ne pourra contester que la matière contient ici également en soi la fin.

L'ordre juridique se distingue précisément de toute autre espèce d'ordre social en ceci qu'il concerne des sujets privés isolés. La norme juridique doit sa spécificité, qui la distingue de la masse générale des autres règles morales, esthétiques, utilitaires, etc., précisément au fait qu'elle présuppose une personne munie de droits et faisant valoir par là activement des prétentions (22).

La tendance à faire de l'idée de réglementation externe le moment fondamental logique du droit conduit à identifier le droit à l'ordre social établi autoritairement. Cette tendance de la pensée juridique reflète fidèlement l'esprit de cette époque où l'idéologie de Manchester et la libre concurrence furent remplacées par les grands monopoles capitalistes et la politique impérialiste.

Le capital financier apprécie beaucoup plus un pouvoir fort et la discipline que « les droits éternels et intangibles de l'homme et du citoyen ». Le propriétaire capitaliste transformé en encaisseur de dividendes et de profits de bourse ne peut pas considérer sans un certain cynisme « le droit sacré de propriété ». Il suffit de se rapporter aux lamentations amusantes de Ihering sur « la fange de la spéculation en bourse et de l'agiotage frauduleux » où périt le « sentiment normal du droit » (23).

Il n'est pas difficile de prouver que l'idée de la soumission inconditionnelle à une autorité normative externe n'a pas le moindre rapport avec la forme juridique. Il suffit pour cela de prendre des exemples limites qui de ce fait sont plus clairs. Prenons l'exemple d'une formation militaire, où de nombreux hommes sont subordonnés dans leurs mouvements à un ordre commun et où l'unique principe actif et autonome est la volonté du commandant. Ou bien encore l'exemple de l'ordre des Jésuites où tous les frères de la communauté religieuse exécutent aveuglément et sans discussion la volonté du supérieur. Il suffit d'approfondir ces exemples pour conclure que plus le principe de la réglementation autoritaire, qui exclut toute référence à une volonté autonome parti-

(22) « Le droit n'est pas donné gratuitement à celui qui en a besoin. » M. A. MUROMCEV, *Obrazovanie prava (la formation du droit)*, 1885, p. 33.

(23) R. IHERING, *Der Kampf ums Recht*, Wien, 1900.

culière, est appliqué de manière conséquente, et plus se restreint le champ d'application de la catégorie du droit. Cela est particulièrement sensible dans la sphère du soi-disant droit public. La théorie juridique se heurte là aux plus grandes difficultés. De manière générale, un seul et même phénomène, que Marx caractérisait comme la séparation de l'Etat politique de la société civile, se reflète dans la théorie générale du droit sous la forme de deux problèmes distincts, qui ont chacun une place particulière dans le système et une solution spécifique. Le premier problème a un caractère purement abstrait et consiste dans cette scission du concept fondamental en deux aspects que nous avons déjà exposés plus haut. Le droit subjectif est la caractéristique de l'homme égoïste « membre de la société bourgeoise, de l'individu replié sur lui, sur son intérêt privé et sa volonté privée et séparé de la communauté ». Le droit objectif est l'expression de l'Etat bourgeois comme totalité qui « s'éprouve en tant qu'Etat politique et qui ne fait valoir sa généralité qu'en opposition aux éléments qui le composent ».

Le problème du droit subjectif et du droit objectif est le problème, formulé de manière philosophique, de l'homme comme individu bourgeois privé et de l'homme comme citoyen de l'Etat. Le même problème surgit cependant encore une fois sous une forme désormais plus concrète comme problème du droit public et du droit privé. La tâche se réduit ici à la délimitation de quelques domaines juridiques réellement existants, à la classification en différentes rubriques des institutions qui sont nées historiquement. La jurisprudence dogmatique avec sa méthode formelle-logique ne peut bien entendu résoudre ni le premier, ni le deuxième problème, ni expliquer le lien existant entre les deux.

La division du droit en droit public et en droit privé présente ainsi déjà des difficultés spécifiques, parce que la limite entre l'intérêt égoïste de l'homme en tant que membre de la société civile et l'intérêt général abstrait de la totalité politique ne peut être tracée que dans l'abstraction. En réalité ces moments s'interpénètrent réciproquement. De là l'impossibilité d'indiquer les institutions juridiques concrètes dans lesquelles ce fameux intérêt privé est totalement incarné et sous une forme pure.

Une autre difficulté est que le juriste, en traçant avec plus ou moins de succès une limite empirique entre les institutions du droit public et du droit privé, se heurte, à l'intérieur des limites de chacun de ces deux domaines, à nouveau au même problème qui semblait déjà être résolu, mais cette fois-ci à partir d'une autre problématique abstraite. Le problème apparaît à présent comme une contradiction entre le droit subjectif et le droit objectif.

Les droits publics subjectifs représentent à nouveau en fait les mêmes droits privés (et par conséquent aussi les mêmes intérêts privés) ressuscités et quelque peu modifiés seulement, qui se pressent dans une sphère où devrait régner l'intérêt général impersonnel, reflété par les normes du droit objectif. Mais tandis que le droit civil, qui traite de la couche juridique fondamentale et primaire, utilise abondamment et avec sûreté le concept de droit subjectif, l'utilisation de ce concept engendre régulièrement dans la théorie du droit public des malentendus et des contradictions. C'est pourquoi le système du droit civil se signale par sa simplicité, sa clarté et sa perfection, tandis que les théories du droit public foisonnent de constructions tirées par les cheveux, artificielles et unilatérales, au point qu'elles en deviennent grotesques. La forme juridique avec son aspect d'autorisation subjective naît dans une société composée de porteurs d'intérêts privés égoïstes et isolés. Lorsque toute la vie économique s'édifie sur le principe de l'accord entre des volontés indépendantes, chaque fonction sociale revêt d'une manière plus ou moins réflexive un caractère juridique, c'est-à-dire ne devient pas simplement une fonction sociale, mais également un droit appartenant à celui qui exerce ces fonctions sociales. Mais puisque les intérêts privés ne peuvent pas, étant donné la nature même de l'organisation politique, atteindre en elle un développement complet et une importance déterminante comme dans l'économie de la société bourgeoise, les droits publics subjectifs apparaissent également comme une chose éphémère, dépourvue de racines véritables et éternellement incertaine. En même temps, cependant, l'Etat n'est pas une superstructure juridique, mais peut seulement être pensé en tant que tel (24).

La théorie juridique ne peut pas identifier les droits du Législatif, les droits de l'Exécutif, etc., avec par exemple le droit du créancier à la restitution de la somme prêtée, car cela signifierait remplacer la domination de l'intérêt étatique général et impersonnel présumé par l'idéologie bourgeoise, par l'intérêt privé isolé. Mais en même temps chaque juriste est conscient du fait qu'il ne peut donner à ces droits aucun autre contenu fondamental, sans que la forme juridique ne lui échappe des mains. Le droit public ne peut exister qu'en tant que reflet de la forme juridique privée dans la sphère de l'organisation politique ou alors il cesse de

(24) « Pour la connaissance juridique, il s'agit exclusivement de répondre à la question suivante : comment doit-on concevoir juridiquement l'Etat ». (G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1905, p. 13).

manière générale d'être un droit. Toute tentative visant à présenter la fonction sociale pour ce qu'elle est, c'est-à-dire simplement comme fonction sociale, et à présenter la norme simplement comme règle organisatrice, signifie la mort de la forme juridique. La condition réelle d'une telle suppression de la forme juridique et de l'idéologie juridique est un état social où la contradiction entre l'intérêt individuel et l'intérêt social est surmontée.

Mais ce qui caractérise la société bourgeoise, c'est précisément le fait que les intérêts généraux se détachent des intérêts privés et s'opposent à eux. Et ils revêtent eux-mêmes involontairement dans cette opposition la forme d'intérêts privés, c'est-à-dire la forme du droit. En outre, comme il fallait s'y attendre, ce sont principalement ces moments qui se laissent intégrer complètement dans le schéma des intérêts privés isolés et opposés, qui constituent les moments juridiques dans l'organisation étatique (25).

A. G. Gojchbarg conteste même la nécessité de distinguer les concepts de droit public et de droit privé. On lit chez lui ceci : « la division du droit en droit public et en droit privé n'a jamais réussi aux juristes et n'est présentement reconnue que par les

(25) Cf. par exemple les considérations de S. A. Kotljarevskij sur le droit électoral : « dans l'Etat constitutionnel l'électeur remplit une fonction déterminée qui lui est dictée par l'ordre étatique transcrit dans la constitution. Mais du point de vue de l'Etat de droit il est impossible d'assigner seulement à l'électeur une telle fonction sans tenir compte du droit qui y est rattaché ». Nous ajouterons pour notre part que cela est tout aussi impossible que la simple transformation de la propriété bourgeoise en une fonction sociale. Kotljarevskij souligne en outre très justement que si l'on nie avec Laband l'élément d'investiture subjective de l'électeur, « l'éligibilité des représentants perd tout son sens juridique et se réduit à une question de technique et d'opportunité ». Là aussi nous retrouvons la même opposition entre l'opportunité technique fondée sur l'unité du but et l'organisation juridique construite sur la séparation et l'opposition des intérêts privés. Et finalement, le système représentatif doit tout son caractère juridique à l'introduction des garanties juridiques ou juridico-administratives du droit des électeurs. Le procès judiciaire et le différend entre les parties apparaissent ici également comme l'élément essentiel de la superstructure juridique (cf. S. A. Kotljarevskij, *Vlast' i pravo (autorité et droit)*, Moscou, 1915, p. 25). Le droit public ne devient en général l'objet d'élaboration juridique qu'en tant que droit constitutionnel, c'est-à-dire seulement avec l'apparition de forces qui se combattent mutuellement, comme le roi et le parlement, la chambre haute et la chambre basse, le gouvernement et la représentation nationale. Il en est de même du droit administratif. Son contenu juridique se réduit simplement à la garantie des droits de la population d'une part et des représentants de la hiérarchie bureaucratique d'autre part. De plus le droit administratif ou, comme on le nommait avant, le droit de police représente un mélange varié de règles techniques et de préceptes politiques, etc.

juristes les plus rétrogrades, parmi lesquels se trouvent aussi certains de nos juristes » (26).

Gojchbarg appuie en plus cette idée de l'inutilité de la division du droit en droit public et en droit privé sur les considérations suivantes : le principe du libre-échange, de la non-immixtion de l'Etat dans les affaires économiques est dépassé au XX^e siècle, dit-il, l'arbitraire individuel illimité dans la vie économique nuit aux intérêts de l'ensemble; il existe, même dans des pays qui ne sont pas passés par une révolution prolétarienne, de nombreuses institutions où se mélangent les domaines du droit privé et du droit public, et chez nous finalement, où l'activité économique est principalement concentrée dans les mains des organismes de l'Etat, la délimitation du concept de droit civil par rapport aux autres concepts n'a plus de sens. Il nous semble que cette argumentation repose sur toute une série de malentendus. Le choix de telle ou telle direction dans la politique pratique n'est pas déterminant par rapport aux fondements théoriques de la distinction des différents concepts. Nous pouvons ainsi par exemple être convaincus que l'édification des rapports économiques sur la base des rapports marchands a de nombreuses conséquences néfastes. Mais il ne s'ensuit pas que la distinction des concepts de « valeur d'usage » et de « valeur d'échange » est théoriquement inconsistante. Deuxièmement, l'affirmation (qui du reste ne contient rien de neuf) selon laquelle les domaines du droit public et du droit privé s'interpénètrent, n'aurait aucune espèce de signification si l'on ne pouvait pas distinguer ces deux concepts. Comment des choses qui n'ont pas d'existence séparée en effet pourraient-elles s'interpénétrer ? Les objections de Gojchbarg reposent sur l'idée que les abstractions de « droit public » et de « droit privé » ne sont pas le fruit d'un développement historique, mais simplement le produit de l'imagination des juristes. C'est pourtant précisément cette opposition qui est la propriété caractéristique de la forme juridique comme telle. La division du droit en droit public et en droit privé caractérise cette forme juridique, aussi bien du point de vue logique que du point de vue historique. Si nous déclarons cette opposition simplement inexistante nous ne nous élèverons absolument pas au-dessus de ces juristes praticiens « rétrogrades », mais nous serons au contraire contraints de nous servir de ces mêmes définitions formelles et scolastiques avec lesquelles ils opèrent.

(26) A. G. GOJCHBARG, *Chozjajstvennoe pravo (le droit économique)*, p. 5.

Le concept de « droit public » ne peut être lui-même développé que dans son mouvement : celui par lequel il est continuellement repoussé du droit privé, à mesure qu'il tend à se déterminer comme son opposé et par lequel il revient vers lui comme vers son centre de gravité.

La tentative inverse, c'est-à-dire la tentative pour trouver les définitions fondamentales du droit privé — qui ne sont autres que les définitions du droit en général — en partant du concept de norme, ne peut engendrer que des constructions inertes et formelles, qui ne sont pas exemptes par ailleurs de contradictions internes. Le droit, comme fonction, cesse d'être du droit tandis que la permission juridique devient, sans l'intérêt privé qui la soutient, quelque chose d'insaisissable, d'abstrait, qui passe facilement en son contraire, c'est-à-dire l'obligation (tout droit public est en effet en même temps une obligation). Aussi simple, compréhensible et « naturel » qu'est le « droit du créancier » à la restitution de la dette, aussi précaire, problématique et ambiguë est, disons, le « droit » du parlement à voter le budget. Si dans le droit civil les litiges sont traités au niveau de ce que Ihering nommait la symptomatologie juridique, c'est le fondement de la jurisprudence même qui est ici mis en doute. Là réside la source des hésitations et des incertitudes méthodologiques qui menacent de transformer la jurisprudence tantôt en sociologie, tantôt en psychologie.

Quelques-uns de mes critiques, par exemple Razumovskij (27) et T. Il'inskij (28) ont cru, en partie semble-t-il sur la base des développements précédents, que je m'étais donné pour tâche « de construire une théorie de la jurisprudence pure ». A la suite de quoi Il'inskij en vient à conclure que ce but n'a pas été atteint. Il écrit : « l'auteur a produit une théorie du droit qui est dans son essence sociologique, bien qu'il ait eu l'intention de la construire comme pure jurisprudence ».

Quant à Razumovskij, bien qu'il n'exprime aucune opinion précise sur mes objectifs, il m'attribue pourtant l'intention mentionnée plus haut, qu'il blâme très sévèrement : « sa (c'est-à-dire la mienne E. P.) crainte de voir les recherches méthodologiques transformer la jurisprudence en sociologie ou en psychologie révèle seulement qu'il a une représentation insuffisante du caractère de l'analyse marxiste ». « Cela est d'autant plus étrange —

(27) Cf. *Vestnik Kommunističeskoj Akademii*, vol. VIII.

(28) Cf. *Molodaja Gvardija*, n° 6.

s'étonne mon critique — que Pašukanis lui-même voit une certaine discordance entre la vérité sociologique et la vérité juridique et sait que la conception juridique est une conception unilatérale. » En effet cela est réellement étrange. D'un côté je crains que la jurisprudence ne se transforme en sociologie, de l'autre je reconnais que la conception juridique est une conception « unilatérale ». D'une part je veux produire une théorie de la jurisprudence pure, d'autre part il ressort que j'ai produit une théorie sociologique du droit. Où est la solution de cette contradiction ? La solution est très simple. En tant que marxiste je ne me suis pas donné pour tâche de construire une théorie de la jurisprudence pure et je ne pouvais pas également, en tant que marxiste, me donner une telle tâche. Dès le début j'étais parfaitement conscient du but que, selon l'opinion d'Il'inskij, j'aurais atteint inconsciemment. Ce but était de donner une interprétation sociologique de la forme juridique et des catégories spécifiques qui expriment cette forme juridique. C'est précisément pour cela que j'ai sous-titré mon livre « Essai de critique des concepts juridiques fondamentaux ». Mais ma tâche aurait été bien entendu totalement absurde si je n'avais pas reconnu l'existence de cette forme juridique même et si j'avais rejeté les catégories qui expriment cette forme comme des élucubrations oiseuses.

Lorsque je stigmatise la précarité et l'inadéquation des constructions juridiques dans le domaine du droit public en parlant des hésitations et des incertitudes méthodologiques qui menacent de transformer la jurisprudence tantôt en sociologie, tantôt en psychologie, il est étrange de croire que je veuille alors mettre en garde contre la tentative d'une critique sociologique de la jurisprudence du point de vue marxiste.

Une telle mise en garde s'adresserait alors en premier lieu à moi-même. Les lignes qui provoquèrent l'étonnement de Razumovskij, et qu'il explique par ma représentation insuffisante du caractère de l'analyse marxiste, se rapportent pourtant aux conclusions de la jurisprudence bourgeoise, qui perd confiance en la structure de ses conceptions dès qu'elle s'éloigne du rapport d'échange (au sens large du terme). Peut-être aurais-je dû montrer par une citation explicite que cette phrase relative « au danger qui menace la jurisprudence » est une allusion aux lamentations d'un philosophe bourgeois du droit. Ces lamentations ne se rapportent certes pas à la critique marxiste (celle-ci alors n'inquiétait pas encore les esprits des « juristes purs ») mais aux tentatives mêmes de la jurisprudence bourgeoise visant à masquer l'étroitesse de sa propre méthode par des emprunts à la sociologie et à la psy-

chologie. Mais j'étais loin de penser qu'on pourrait voir en moi un « juriste pur » à l'âme attristée par les menaces que fait peser sur la jurisprudence la critique marxiste, pour recourir à de telles mesures de précaution.

CHAPITRE IV

MARCHANDISE ET SUJET

Tout rapport juridique est un rapport entre sujets. Le sujet est l'atome de la théorie juridique, son élément le plus simple, indécomposable. C'est pourquoi également nous commencerons notre analyse par le sujet.

I. Razumovskij n'est pas d'accord avec moi que l'analyse du concept de « sujet » doive servir de fondement à l'étude de la forme juridique. Cette catégorie de la société bourgeoise développée lui paraît premièrement trop compliquée et deuxièmement elle ne lui semble pas caractériser les périodes historiques antérieures. Selon lui, c'est « le développement du rapport fondamental de toute la société de classe » qui devrait servir de point de départ (1). Celui-ci serait, comme dit Marx dans son *Introduction générale*, la propriété, qui à partir de l'appropriation de fait se développe par la suite en propriété juridique (2). Razumovskij toutefois, en montrant les voies de ce développement, en vient lui-même à la conclusion que la propriété privée comme telle ne prend forme que dans le processus du développement, ne devient propriété privée au sens moderne du terme que dans ce processus et cela pour autant que cette propriété s'accompagne non seulement « de la possibilité de la libre possession » mais aussi « de la possibilité de l'aliénation » (3). Mais cela signifie aussi que la forme juridique, dans sa forme développée, correspond précisément à des rapports sociaux bourgeois-capitalistes. Il est clair que des

(1) I. P. RAZUMOVSKIJ, *Problemy marksistskoj teorii prava (Problèmes de la théorie marxiste du Droit)*, Moscou, 1925, p. 18.

(2) Cf. K. MARX, *Introduction générale*, *op. cit.*, p. 212.

(3) RAZUMOVSKIJ, *op. cit.*, p. 114.



formes particulières de rapports sociaux ne suppriment pas ces rapports eux-mêmes et les lois qui leur servent de fondement. Ainsi, l'appropriation d'un produit à l'intérieur d'une formation sociale donnée et grâce à ses forces est un fait fondamental, ou, si l'on veut, une loi fondamentale. Mais ce rapport ne revêt la forme juridique de la propriété privée qu'à un stade de développement déterminé des forces productives et de la division du travail qui lui est liée. Rasumovskij croit qu'en fondant mon analyse sur le concept de sujet, j'élimine ainsi de mon étude les rapports de domination et de servitude, alors que la possession et la propriété sont indissolublement liées à ces rapports. Je ne songe nullement à contester ce lien. J'affirme seulement que la propriété ne devient le fondement de la forme juridique qu'en tant que libre disposition des biens sur le marché. La catégorie de sujet sert alors précisément d'expression générale à cette liberté. Que signifie par exemple la propriété juridique de la terre ? « Simplement, dit Marx, que le propriétaire foncier peut user de la terre comme chaque possesseur de marchandises peut le faire de ses marchandises » (4). D'autre part le capitalisme transforme précisément la propriété foncière féodale en propriété foncière moderne en ceci qu'il la libère totalement des rapports de domination et de servitude. L'esclave est totalement subordonné à son maître et c'est précisément pour cette raison que ce rapport d'exploitation ne nécessite aucune élaboration juridique particulière. Le travailleur salarié au contraire apparaît sur le marché comme libre vendeur de sa force de travail et c'est pourquoi le rapport d'exploitation capitaliste se médiatise sous la forme juridique du contrat. Je crois que ces exemples suffisent pour mettre en évidence l'importance décisive de la catégorie de sujet dans l'analyse de la forme juridique.

Les théories idéalistes du droit développent le concept de sujet à partir de telle ou telle idée générale, c'est-à-dire d'une manière purement spéculative : « le concept fondamental du droit est la liberté... Le concept abstrait de liberté est la possibilité de se déterminer à quelque chose... L'homme est le sujet du droit parce qu'il a la possibilité de se déterminer, parce qu'il possède une volonté » (5). Également chez Hegel « la personnalité contient principalement la capacité de droit et constitue le fondement (abstrait lui-même) du droit abstrait, par suite formel. L'impératif

(4) Karl MARX, *Le Capital*, L. III, Chap. xxxvii, trad. franç., M^{me} Cohen Solal, Gilbert Badia, Ed. Sociales, L. III, Tome III, p. 9.

(5) G. F. PUCHTA, *Kursus der Institutionen*, Leipzig, 1950, t. I, pp. 4-9.

du droit est donc : sois une personne et respecte les autres comme personnes » (6). Et plus loin : « Ce qui est immédiatement différent de l'esprit libre est, pour celui-ci comme en soi, l'extérieur en général — une chose, quelque chose de non libre, sans personnalité et sans droit » (7).

Nous verrons plus loin en quel sens cette opposition de la chose et du sujet nous livre la clef pour comprendre la forme juridique. La jurisprudence dogmatique se sert au contraire de ce concept sous son aspect formel. Pour elle le sujet n'est rien de plus qu'un « moyen de qualification juridique des phénomènes du point de vue de leur capacité ou incapacité à participer aux rapports juridiques » (8). La jurisprudence dogmatique par conséquent ne pose absolument pas la question des raisons pour lesquelles l'homme s'est transformé d'individu zoologique en un sujet juridique. Elle part du rapport juridique comme d'une forme achevée, donnée *a priori*.

La théorie marxiste considère au contraire toute forme sociale historiquement. Elle se fixe par conséquent pour tâche d'expliquer ces conditions matérielles historiquement données qui ont fait de telle ou telle catégorie une réalité. Les prémisses matérielles de la communauté juridique ou des rapports entre les sujets juridiques ont été définies par Marx lui-même dans le premier tome du *Capital*, mais en passant seulement, sous la forme d'indications très générales. Ces indications contribuent pourtant beaucoup plus à la compréhension du moment juridique dans les relations humaines que n'importe quel volumineux traité sur la théorie générale du droit. L'analyse de la forme du Sujet découle chez Marx immédiatement de l'analyse de la forme de la marchandise.

La société capitaliste est avant tout une société de propriétaires de marchandises. Cela signifie que les rapports sociaux des hommes dans le processus de production revêtent une forme chosifiée dans les produits du travail qui apparaissent les uns par rapport aux autres comme des valeurs. La marchandise est un objet dans lequel la diversité concrète des propriétés utiles devient simplement l'enveloppe chosifiée de la propriété abstraite de la valeur qui s'exprime comme capacité d'être échangée dans un rapport déterminé contre d'autres marchandises. Cette propriété s'exprime comme une qualité inhérente aux choses mêmes, en vertu d'une

(6) F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, Leipzig, 1821, trad. franç. dans coll. Idées, éd. Gallimard, Paris, 1940, p. 84.

(7) *Idem*, p. 88.

(8) Cf. ROZHDESTVENSKIJ, *Teorija sub'ektivnych publičnych prav* (Théorie du droit public subjectif), p. 6.

sorte de loi naturelle qui agit derrière le dos des hommes, de manière totalement indépendante de leur volonté.

Mais si la marchandise acquiert sa valeur indépendamment de la volonté du sujet qui la produit, la réalisation de la valeur dans le processus de l'échange présuppose au contraire un acte volontaire, concient, de la part du propriétaire de marchandises; ou comme dit Marx : « Les marchandises ne peuvent point aller elles-mêmes au marché ni s'échanger elles-mêmes entre elles. Il nous faut donc tourner nos regards vers leurs gardiens et conducteurs, c'est-à-dire vers leurs possesseurs. Les marchandises sont des choses et, conséquemment, n'opposent à l'homme aucune résistance. Si elles manquent de bonne volonté, il peut employer la force, en d'autres termes s'en emparer » (9).

Ainsi le lien social des hommes dans le processus de production, lien réifié dans les produits du travail et revêtant la forme d'une légalité élémentaire, exige pour sa réalisation un rapport particulier entre les hommes en tant qu'individus disposant de produits, en tant que sujets dont « la volonté habite dans ces choses mêmes » (10). « Le fait que les biens économiques contiennent du travail est une propriété qui leur est inhérente; le fait qu'ils puissent être échangés est une deuxième propriété qui ne dépend que de la volonté de leurs propriétaires, à la seule condition que ces biens soient appropriés et aliénables » (11). C'est pourquoi, en même temps que le produit du travail revêt les propriétés de la marchandise et devient porteur de valeur, l'homme devient sujet juridique et porteur de droits (12). « La personne dont la volonté est déclarée déterminante est le sujet du droit » (13).

En même temps la vie sociale se disloque d'une part en une totalité de rapports réifiés naissant spontanément (comme le

(9) K. MARX, *Le Capital I*, ch. II, *op. cit.*, p. 95.

(10) K. MARX, *Le Capital I*, ch. II, *op. cit.*, p. 95.

(11) R. HILFERDING, *Böhm-Bawerks Marx-kritik*, Wien, 1904, p. 54.

(12) L'homme en tant que marchandise, c'est-à-dire l'esclave, devient par reflet sujet dès qu'il apparaît comme individu disposant de choses-marchandises et participe à la circulation (Cf. sur les droits des esclaves, lors de la conclusion des contrats dans le droit romain : I. A. POKROVSKIJ, *Istorija rimskogo prava (Histoire du droit romain)*, t. II, 2^e éd., Petrograd, 1915, p. 294). Dans la société moderne, au contraire, l'homme libre, c'est-à-dire le prolétaire, quand il cherche en tant que tel un marché pour vendre sa force de travail, est traité comme un objet et tombe sous le coup des lois d'immigration, sous le coup des mêmes interdictions, contingents, etc., qui régissent les autres marchandises introduites à l'intérieur des frontières étatiques.

(13) B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrecht*, t. I; Frankfurt a. M., 1906, § 49.

sont tous les rapports économiques : niveau des prix, taux de plus-value, taux de profit, etc.), c'est-à-dire des rapports où les hommes n'ont pas d'autre signification que celle de choses, et, d'autre part, en une totalité de rapports où l'homme n'est déterminé que dans la mesure où il est opposé à une chose, c'est-à-dire est défini comme sujet. Tel est précisément le rapport juridique. Telles sont les deux formes fondamentales qui se distinguent l'une de l'autre principalement, mais qui, en même temps, se conditionnent mutuellement et sont très étroitement liées l'une à l'autre. Le lien social enraciné dans la production se présente ainsi simultanément sous deux formes absurdes, d'un côté comme valeur marchande et de l'autre comme capacité de l'homme d'être sujet du droit.

De même que la diversité naturelle des propriétés utiles d'un produit n'apparaît dans la marchandise que sous la forme de simple enveloppe de la valeur et que les variétés concrètes du travail humain se dissolvent dans le travail humain abstrait, comme créateur de valeur, de même, la diversité concrète du rapport de l'homme à la chose apparaît comme volonté abstraite du propriétaire, et toutes les particularités concrètes qui distinguent un représentant de l'espèce *homo sapiens* d'un autre se dissolvent dans l'abstraction de l'Homme en général, de l'homme comme sujet juridique.

Si la chose domine économiquement l'homme, parce qu'elle réifie à titre de marchandise un rapport social qui n'est pas subordonné à l'homme, l'homme en revanche, règne juridiquement sur la chose, parce qu'il ne devient lui-même, en qualité de possesseur et de propriétaire, qu'une simple incarnation du sujet juridique abstrait, impersonnel, un pur produit des rapports sociaux. Selon les termes de Marx : « Pour mettre ces choses en rapport les unes avec les autres à titre de marchandises, leurs gardiens doivent eux-mêmes se mettre en rapport entre eux à titre de personnes dont la volonté habite dans ces choses mêmes, de telle sorte que la volonté de l'un est aussi la volonté de l'autre et que chacun s'approprie la marchandise étrangère en abandonnant la sienne, au moyen d'un acte volontaire commun. Ils doivent donc se reconnaître réciproquement comme propriétaires privés » (14).

Il va de soi que l'évolution historique de la propriété en tant qu'institution juridique comprenant tous les divers modes d'acquisition et de protection de la propriété, toutes les modifications relatives aux divers objets, etc., ne s'est pas accomplie de manière aussi ordonnée et conséquente que la déduction logique mentionnée plus

(14) K. MARX, *Le Capital I*, ch. II, *op. cit.*, p. 95.

haut. Mais seule cette déduction nous dévoile le sens général du processus historique.

Après être tombé dans une dépendance d'esclave à l'égard des rapports économiques qui naissent derrière son dos sous la forme de la loi de la valeur, le sujet économique reçoit, en compensation pour ainsi dire, mais alors en tant que sujet juridique, un singulier présent : une volonté juridiquement présumée qui le rend absolument libre et égal parmi les autres propriétaires de marchandises. « Tous doivent être libres et aucun ne doit entraver la liberté des autres. Chacun possède son corps comme libre instrument de sa volonté » (15). Tel est l'axiome dont partent les théoriciens du droit naturel. Et cette idée de l'isolement, du repliement sur soi de la personne humaine, de cet « état naturel », d'où découle « le conflit de la liberté à l'infini », correspond tout à fait à la production marchande où les producteurs sont formellement indépendants les uns des autres et ne sont mutuellement liés que par l'ordre juridique artificiellement créé. Cette condition juridique elle-même, ou pour employer les mots du même auteur, « l'existence simultanée de nombreuses créatures libres, qui doivent toutes être libres et dont la liberté ne doit pas entraver la liberté des autres », n'est autre que le marché idéalisé, transposé dans les nuées de l'abstraction philosophique et libéré de la grossière empirie, où se rencontrent les producteurs indépendants, car comme nous l'apprend un autre philosophe : « dans le contrat commercial les deux parties font ce qu'elles veulent et chaque partie n'exige pas plus de liberté pour elle-même que ce qu'elle accorde à l'autre » (16).

La division croissante du travail, l'amélioration des communications et le développement consécutif de l'échange, font de la valeur une catégorie économique, c'est-à-dire l'incarnation des rapports sociaux de production qui dominant l'individu. Mais cela nécessite que les différents actes accidentels d'échange se transforment en une circulation élargie et systématique de marchandises. A ce stade de développement la valeur se distingue des évaluations occasionnelles, perd son caractère de phénomène psychique individuel et acquiert une signification économique objective. Des conditions réelles sont nécessaires également pour que l'homme se transforme d'individu zoologique en un sujet juridique abstrait et impersonnel, en une personne juridique. Ces conditions réelles sont, d'une part, le resserrement des liens sociaux et, d'autre part, la

(15) J. G. FICHTE, *Rechtslehre*, Leipzig, 1912, p. 10.

(16) H. SPENCER, *Social statics*, Londres, 1851, chap. XIII.

puissance croissante de l'organisation sociale, c'est-à-dire de l'organisation de classe qui atteint son apogée dans l'Etat bourgeois « bien ordonné ». La capacité d'être sujet juridique se détache alors définitivement de la personnalité concrète, vivante, cesse d'être une fonction de sa volonté consciente, efficace et devient une pure propriété sociale. La capacité d'agir s'abstrait de la capacité juridique, le sujet juridique reçoit un double en la personne d'un représentant et acquiert lui-même la signification d'un point mathématique, d'un noyau où se concentre une certaine somme de droits.

La propriété bourgeoise capitaliste cesse par conséquent d'être une possession fluctuante et instable, une possession purement de fait qui peut être contestée à tout instant et qui doit être défendue les armes à la main. Elle se transforme en un droit absolu, stable, qui suit la chose partout où le hasard la jette et qui, depuis que la civilisation bourgeoise a étendu sa domination sur tout le globe, est protégé dans le monde entier par les lois, la police, et les tribunaux (17).

A ce stade de développement la prétendue théorie volitive des droits subjectifs commence à se révéler inadéquate à la réalité (18). On préfère définir le droit au sens subjectif, comme « la part de biens que la volonté générale attribue et garantit à une personne ». La capacité de vouloir et d'agir n'est pas du tout requise ainsi chez cette personne. La définition de Dernburg se rattache bien entendu beaucoup plus à l'univers intellectuel des juristes modernes

(17) Le développement du prétendu droit de guerre n'est autre qu'une consolidation progressive du principe de l'inviolabilité de la propriété bourgeoise. Jusqu'à l'époque de la Révolution Française la population civile était pillée sans limite ni scrupule, aussi bien par ses propres soldats que par les soldats ennemis. Benjamin Franklin fut le premier à proclamer en 1785 le principe politique selon lequel dans les guerres futures « les paysans, les artisans et les commerçants doivent pouvoir continuer paisiblement leurs occupations sous la protection des parties belligérantes ». Rousseau fixa pour règle dans le *Contrat social* que la guerre doit être menée entre les Etats mais non entre les citoyens de ces Etats. La législation de la Convention punit très sévèrement le pillage par les soldats, aussi bien dans leur propre pays que dans les pays étrangers. C'est seulement en 1899 à La Haye que les principes de la Révolution Française furent érigés en droit international. L'équité nous oblige par ailleurs à indiquer que Napoléon éprouva certains scrupules en décrétant le Blocus continental et qu'il crut bon de justifier dans son message au sénat cette mesure « qui, par suite des hostilités entre les souverains fait subir des dommages aux intérêts des personnes privées » et « fait penser à la barbarie des siècles passés » ; lors de la dernière guerre mondiale par contre les gouvernements bourgeois portèrent atteinte ouvertement, sans aucune espèce de scrupule, aux droits de propriété des citoyens des deux parties belligérantes.

(18) Cf. H. DERNBURG, *Pandekten*, t. I, Berlin, 1902, § 39.

qui opèrent avec la capacité juridique des idiots, des nourrissons, des personnes juridiques, etc. La théorie de la volonté par contre équivaut dans ses conséquences extrêmes à l'exclusion des catégories mentionnées de la série des sujets juridiques (19). Dernburg est sans aucun doute plus près de la vérité en concevant le sujet juridique comme un phénomène purement social. Mais on voit par ailleurs tout à fait clairement pourquoi l'élément de la volonté joue dans la construction du concept de sujet juridique un rôle si essentiel. C'est ce que voit en partie également Dernburg lui-même quand il affirme que « les droits, au sens subjectif, existèrent historiquement bien avant que ne se formât un système étatique conscient de lui-même. Ils étaient fondés sur la personnalité des individus et sur le respect qu'ils surent gagner et imposer pour leur personne et leurs biens. C'est seulement par l'abstraction que l'on a pu former progressivement, à partir de la conception des droits subjectifs existants, le concept d'ordre juridique. La conception selon laquelle les droits, au sens subjectif, ne sont que l'émanation du droit au sens objectif est donc non historique et fautive » (20). Seul évidemment celui qui possédait non seulement une volonté, mais détenait aussi une part importante de pouvoir pouvait « gagner et imposer le respect ». Comme la majorité des juristes cependant, Dernburg a également tendance à traiter le sujet juridique en tant que « personnalité en général », c'est-à-dire comme une catégorie éternelle, située en dehors de conditions historiques déterminées. De ce point de vue, le propre de l'homme, comme être animé et pourvu d'une volonté rationnelle est d'être sujet juridique. En réalité la catégorie de sujet juridique est évidemment abstraite de l'acte d'échange qui a lieu sur le marché. C'est précisément dans cet acte d'échange que l'homme réalise pratiquement la liberté formelle de l'auto-détermination. Le rapport du marché dévoile cette opposition entre le sujet et l'objet en un sens juridique particulier. L'objet est la marchandise, le sujet est le propriétaire de marchandises qui en dispose dans l'acte d'appropriation et d'aliénation. C'est précisément dans l'acte d'échange que le sujet se manifeste pour la première fois dans toute la plénitude de ses déterminations. Le concept, formellement plus achevé, de sujet, qui ne comprend plus désormais que la capacité juridique, nous éloigne beaucoup plus du sens historique réel de cette catégorie juridique. C'est pourquoi il est si difficile

(19) Cf., au sujet des personnes juridiques : BRINZ, *Pandekten*, t. II, p. 984.

(20) H. DERNBURG, *op. cit.*, § 39.

aux juristes de renoncer à l'élément volontaire actif dans leurs constructions des concepts de « Sujet » et de « Droit subjectif ».

La sphère de domination, qui revêt la forme du droit subjectif, est un phénomène social qui est mis au compte de l'individu de la même manière que la valeur, autre phénomène social, est attribuée à la chose en tant que produit du travail. Le fétichisme de la marchandise est complété par le fétichisme juridique.

Les rapports des hommes dans le processus de production revêtent ainsi à un certain stade de développement une forme doublement énigmatique. Ils apparaissent d'une part comme des rapports entre des choses (marchandises) et d'autre part comme des rapports de volonté entre des unités indépendantes les unes des autres, égales entre elles : comme des rapports entre sujets juridiques. À côté de la propriété mystique de la valeur surgit un phénomène non moins énigmatique : le droit. En même temps le rapport unitaire et total revêt deux aspects abstraits et fondamentaux : un aspect économique et un aspect juridique. Dans le développement des catégories juridiques la capacité d'accomplir des actes d'échange n'est qu'une des diverses manifestations concrètes de la propriété générale de la capacité juridique et de la capacité d'agir. Historiquement cependant l'acte d'échange précisément a fait mûrir l'idée de sujet, comme porteur de toutes les prétentions juridiques possibles. C'est seulement dans l'économie marchande que naît la forme juridique abstraite, autrement dit que la capacité générale d'avoir des droits se sépare des prétentions juridiques concrètes. Seul le transfert continu des droits qui a lieu sur le marché crée l'idée d'un porteur immuable de ces droits. Sur le marché celui qui oblige quelqu'un s'oblige simultanément. Il passe à tout instant de la situation de partie prétendante à la situation de partie obligée. Ainsi se crée la possibilité de faire abstraction des différences concrètes entre les sujets juridiques et de rassembler ceux-ci sous un seul concept générique (21).

De même que les actes d'échange de la production marchande développée ont été précédés par des actes occasionnels et des formes primitives d'échange, tels les dons réciproques par exemple, de même le sujet juridique, avec la sphère de domination juridique qui s'étend autour de lui, a été précédé morphologiquement par l'individu armé, ou plus souvent par un groupe d'hommes

(21) En Allemagne, cela ne s'est produit qu'au moment de l'implantation du droit romain, comme le prouve d'ailleurs l'absence d'un terme allemand pour les concepts de « personne » et de « sujet juridique » (Cf. O. GIERKE, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, 3 vol., Berlin, 1873; vol. 2 : *Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs*, p. 30).

(gens, horde, tribu) capable de défendre dans le conflit, dans la lutte, ce qui représentait pour lui ses conditions mêmes d'existence. Cette étroite relation morphologique crée un lien évident entre le tribunal et le duel, entre les parties d'un procès et les protagonistes d'une lutte armée. Mais avec l'accroissement des forces sociales régulatrices, le sujet perd sa concrétisation matérielle. A la place de son énergie personnelle surgit la puissance de l'organisation sociale, c'est-à-dire de l'organisation de classe, qui trouve sa plus haute expression dans l'Etat (22). L'abstraction impersonnelle d'un pouvoir d'Etat agissant dans l'espace et le temps avec une régularité et une continuité idéales correspond ici au sujet impersonnel et abstrait dont elle est le reflet.

Cette puissance abstraite a un fondement tout à fait réel dans l'organisation de l'appareil bureaucratique, de l'armée permanente, des finances, des moyens de communication, etc. La condition préalable de tout cet ensemble est le développement correspondant des forces productives. Mais avant de se servir des mécanismes étatiques, le sujet s'appuie sur la stabilité et la continuité organiques des rapports. De même que la répétition régulière de l'acte d'échange constitue la valeur en une catégorie générale qui s'élève au-dessus de l'évaluation subjective et des proportions occasionnelles d'échange, de même la répétition régulière de ces mêmes rapports —, l'usage —, confère à la sphère subjective de domination un sens nouveau, en donnant un fondement à son existence par une norme externe. L'usage, ou la tradition, en tant que fondement supra-individuel des prétentions juridiques, correspond à la structure féodale avec ses limites et sa fixité. La tradition ou l'usage est par essence quelque chose qui est compris dans un cadre géographique déterminé, assez restreint. C'est pourquoi chaque droit ne se rapporte qu'à un sujet concret donné ou à un groupe limité de sujets. Dans le monde féodal chaque droit était un privilège, dit Marx. Chaque ville, chaque état social, chaque corporation vivait selon son propre droit qui suivait l'individu partout où il allait. L'idée d'un statut juridique formel commun à tous les citoyens, à tous les hommes, faisait totalement défaut à cette époque. Cette

(22) A partir de ce moment-là la figure du sujet juridique commence à ne plus paraître ce qu'elle est en réalité, c'est-à-dire le reflet d'un rapport qui naît derrière le dos des hommes, mais semble être une invention artificielle de la raison humaine. Mais les rapports eux-mêmes deviennent tellement habituels qu'ils semblent être les conditions indispensables de toute communauté. L'idée que le sujet juridique n'est qu'une construction artificielle a la même signification pour la théorie scientifique du droit qu'en économie politique l'idée du caractère artificiel de l'argent.

situation correspondait dans la sphère de l'économie à des unités économiques fermées, auto-subsistantes et à l'interdiction de l'importation et de l'exportation, etc.

« Jamais la personnalité n'eut un contenu entièrement identique. Originellement, l'état, la propriété, la profession, la confession, l'âge, le sexe, la force physique, etc., entraînent une inégalité si profonde de la capacité juridique que l'on ne vit même pas, au-delà des différences concrètes, en quoi la personnalité restait malgré tout identique à elle-même » (23).

L'égalité des sujets n'était présumée que pour des rapports compris dans une sphère relativement étroite. Ainsi les membres d'un seul et même état social dans la sphère des droits des états, les membres d'une seule et même corporation dans la sphère des droits corporatifs étaient-ils égaux. A ce stade le sujet juridique n'apparaît comme le porteur général abstrait de toutes les prétentions juridiques concevables qu'en qualité de titulaire de privilèges concrets.

« Au fond, la proposition du droit romain selon laquelle la personnalité est en soi égale et l'inégalité n'est que la conséquence d'un statut d'exception du droit positif, ne s'est pas imposée aujourd'hui, aussi bien dans la vie juridique que dans la conscience juridique » (24).

Etant donné qu'au Moyen Age le concept abstrait de sujet juridique faisait défaut, l'idée d'une norme objective s'adressant à un cercle indéterminé et élargi de personnes se confondait également avec l'institution de privilèges et de libertés concrètes. Au XIII^e siècle on ne trouve encore aucune trace d'une représentation claire de la différence existant entre le droit objectif et le droit subjectif, ou la possibilité juridique. Dans les privilèges et les franchises accordés par les empereurs et les princes aux villes, on trouve à chaque pas la confusion entre ces deux concepts. La forme habituelle de l'établissement d'une règle ou d'une norme générale est la reconnaissance de qualités juridiques à un domaine territorial déterminé ou à une partie de la population. La célèbre formule : « *Stadtluft macht frei* » (l'air citadin rend libre) avait également ce caractère et la suppression des duels judiciaires fut aussi réalisée de la même manière. A côté de telles dispositions, les droits des citadins à l'utilisation des forêts princières ou impériales furent accordés de façon tout à fait semblable.

Dans le droit municipal on peut observer initialement le même

(23) O. GIERKE, *op. cit.*, p. 35.

(24) O. GIERKE, *op. cit.*, p. 34.

mélange des moments subjectifs et objectifs. Les statuts urbains étaient en partie des règlements généraux, en partie l'énumération des droits ou privilèges particuliers dont jouissaient des groupes déterminés de citoyens.

Ce n'est que lorsque les rapports bourgeois se sont totalement développés que le droit revêt un caractère abstrait. Chaque homme devient un homme en général, chaque travail devient du travail social utile en général, chaque sujet devient un sujet juridique abstrait (25). En même temps la norme revêt également la forme logique achevée de la loi générale abstraite.

Le sujet juridique est par conséquent un propriétaire de marchandises abstrait et transposé dans les nuées. Sa volonté, au sens juridique, a son fondement réel dans le désir d'aliéner dans l'acquisition et d'acquiescer dans l'aliénation. Pour que ce désir se réalise il est indispensable que les désirs des propriétaires de marchandises s'accordent réciproquement. Juridiquement ce rapport s'exprime comme contrat ou comme accord entre des volontés indépendantes. C'est pourquoi le contrat est un concept central dans le droit. Exprimé de manière plus emphatique : le contrat représente un élément constituant de l'idée de droit. Dans le système logique des concepts juridiques le contrat n'est qu'une variété d'acte juridique en général, c'est-à-dire n'est qu'un des moyens de la manifestation concrète de la volonté à l'aide de laquelle le sujet agit sur la sphère juridique qui l'entoure. Historiquement et réellement le concept d'acte juridique est au contraire issu du contrat. En dehors du contrat les concepts de sujet et de volonté au sens juridique n'existent qu'en tant qu'abstractions mortes. C'est dans le contrat uniquement que ces concepts se meuvent authentiquement. En même temps la forme juridique, dans sa forme la plus simple et la plus pure, reçoit également dans l'acte d'échange un fondement matériel. L'acte d'échange concentre par conséquent, comme en un point focal, les moments essentiels aussi bien de l'économie politique que du droit. Dans l'échange comme dit Marx « le rapport des volontés ou rapport juridique est donné par le rapport économique lui-même ». Une fois née, l'idée de contrat tend à acquiescer une

(25) « Une société où le produit du travail prend généralement la forme de marchandise, et où, par conséquent, le rapport le plus général entre les producteurs consiste à comparer les valeurs de leurs produits et, sous cette enveloppe des choses, à comparer les uns aux autres leurs travaux privés à titre de travail humain égal, une telle société trouve dans le christianisme, avec son culte de l'homme abstrait et surtout dans ses types bourgeois, protestantisme, déisme, etc., le complément religieux le plus convenable » Karl MARX, *Le Capital*, I, ch. I, op. cit., pp. 90-91.

signification universelle. Les possesseurs de marchandises, avant de se reconnaître mutuellement comme propriétaires, étaient également des propriétaires naturellement, mais dans un sens différent, organique, extra-juridique. « La reconnaissance réciproque » n'est qu'une tentative pour expliquer, à l'aide de la formule abstraite du contrat, les formes organiques de l'appropriation qui reposent sur le travail, la conquête, etc., et que la société des producteurs de marchandises trouve déjà constituées à sa naissance. En soi, la relation de l'homme à la chose est privée de toute signification juridique. C'est ce que discernent les juristes quand ils essayent de donner à l'institution de la propriété privée le sens d'un rapport entre sujets, c'est-à-dire entre hommes. Mais ils construisent ce rapport de manière purement formelle et négative, comme une interdiction générale qui exclut, en dehors du propriétaire, tous les autres individus du droit d'utiliser la chose et d'en disposer (26). Cette conception suffit certes pour les buts pratiques de la jurisprudence dogmatique, mais est totalement inutilisable pour l'analyse théorique. Dans ces interdictions abstraites le concept de propriété perd toute signification vivante et se sépare de sa propre histoire pré-juridique.

Mais si le rapport organique, « naturel », de l'homme à la chose, c'est-à-dire l'appropriation, forme le point de départ génétique du développement, la transformation de ce rapport en un rapport juridique a eu lieu sous l'influence des besoins créés par la circulation des biens, c'est-à-dire essentiellement par l'achat et la vente. Hauriou attire l'attention sur le fait que le commerce maritime et le commerce par caravane n'avaient pas encore créé originellement le besoin de garantir la propriété. La distance séparant les personnes échangeuses les unes des autres était la meilleure garantie contre toute espèce de prétention abusive. La

(26) Ainsi par exemple B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrecht*, Frankfurt a M., 1906, t. I, § 38, en partant du fait que le droit ne peut exister qu'entre des personnes mais non entre une personne et une chose, conclut : « le droit réel ne connaît que des interdictions. Le contenu de la volonté qui arrête le droit réel est un contenu négatif ; ceux qui se trouvent en face de l'ayant droit doivent s'abstenir d'agir sur la chose et ils ne doivent pas entraver par leur comportement à l'égard de celle-ci l'action de l'ayant droit sur elle ».

La conclusion logique de cette façon de voir est tirée par SCHLOSSMANN (*Der Vertrag*), qui considère le concept de droit réel uniquement comme un « moyen terminologique auxiliaire ». H. DERNBURG (*Pandektenrecht*, tome I, paragraphe 22, remarques), écarte au contraire le point de vue selon lequel « même la propriété qui apparaît comme le plus positif de tous les droits n'a juridiquement qu'un simple contenu négatif ».

formation d'un marché stable crée la nécessité d'une réglementation du droit de disposer des marchandises et par conséquent du droit de propriété (27).

Le titre de propriété dans le droit romain antique, *mancipatio per aes et libram*, montre qu'il est né simultanément avec le phénomène de l'échange interne. De même, la succession héréditaire ne fut établie comme titre de propriété qu'à partir du moment où les rapports civils trouvèrent un intérêt dans un tel transfert (28).

Dans l'échange, pour employer les termes de Marx, l'un des propriétaires de marchandises ne peut s'approprier la marchandise étrangère et aliéner la sienne qu'avec le consentement de l'autre propriétaire. C'est précisément cette idée que les représentants de la doctrine du droit naturel voulurent exprimer en essayant de fonder la propriété sur un contrat originel. Ils ont raison, non pas bien entendu qu'un tel contrat ait jamais eu lieu historiquement, mais en ce sens que les formes naturelles ou organiques de l'appropriation revêtent un caractère de « raison » juridique dans les actions réciproques de l'acquisition et de l'aliénation. Dans l'acte d'aliénation la réalisation du droit de propriété comme abstraction devient une réalité. L'emploi quelconque d'une chose est lié à son type concret d'utilisation comme bien de consommation ou moyen de production. Mais quand la chose fonctionne comme valeur d'échange, elle devient une chose impersonnelle, un pur objet juridique et le sujet qui en dispose un pur sujet juridique. Il faut chercher l'explication de la contradiction existant entre la propriété féodale et la propriété bourgeoise dans leurs rapports respectifs avec la circulation. Le défaut principal de la propriété féodale aux yeux du monde bourgeois ne réside pas dans son origine (spoliation, violence, etc.) mais dans son immobilité, dans son incapacité à devenir l'objet d'une garantie réciproque en passant d'une main à l'autre dans l'acte d'aliénation et d'acquisition. La propriété féodale ou corporative viole le principe fondamental de la société bourgeoise : « chance égale d'accéder à l'inégalité ». Hauriou, un des juristes bourgeois les plus perspicaces place très justement au premier rang la réciprocité comme garantie la plus efficace de la propriété et nécessitant le minimum de violence extérieure. Cette réciprocité garantie par les lois du marché donne à la propriété son caractère d'institution « éternelle ». La garantie purement politique donnée par l'appareil de contrainte étatique se réduit au contraire à la protection d'une

(27) M. HAURIU, *Principes de droit public*, p. 286.

(28) *Idem*, p. 287.

certaine situation personnelle des propriétaires, c'est-à-dire à un moment qui n'a pas de signification de principe. La lutte des classes a souvent provoqué dans l'histoire une redistribution de la propriété ainsi que l'expropriation des usuriers et des grands propriétaires fonciers (29). Mais ces bouleversements, si désagréables qu'ils aient pu être pour les classes et groupes qui les subirent, n'ont pas pu ébranler le fondement de la propriété privée : la liaison, médiatisée par l'échange, des sphères économiques. Les mêmes hommes qui s'insurgèrent contre la propriété durent l'affirmer le lendemain, en se rencontrant sur le marché comme producteurs indépendants. Tel fut le cours de toutes les révolutions non-prolétariennes. Telle est la conclusion logique de l'idéal des anarchistes, qui rejettent les caractéristiques extérieures du droit bourgeois, la contrainte étatique et les lois, mais qui laissent subsister leur essence interne, le libre contrat entre des producteurs indépendants (30).

Ainsi, seul le développement du marché crée la possibilité et la nécessité d'une transformation de l'homme, qui s'approprie les choses par le travail (ou la spoliation), en un propriétaire juridique. Entre ces deux phases il n'existe pas de frontières strictes. Le « naturel » passe insensiblement dans le « juridique », de même que le vol à main armée est étroitement lié au commerce.

Karner a une autre conception de la propriété. D'après sa définition, « la propriété n'est, *de jure*, que le pouvoir qu'a la personne A de disposer de la chose N, le rapport tout nu entre un individu et une chose naturelle qui ne concerne *aucun autre individu* (souligné par moi E.P.) et aucune autre chose; la chose est une chose privée, l'individu est un individu privé, le droit est un droit privé. C'est ainsi également que se passent les choses dans la période de la production marchande simple » (31).

(29) « Tant il est vrai, remarque Engels à cette occasion, que depuis deux mille cinq cents ans la propriété privée n'a pu être maintenue qu'en violant la propriété. » F. ENGELS, *L'origine de la famille, de la propriété privée et de l'Etat*, Stuttgart, 1884, trad. franç., Jeanne Stern, Ed. Sociales, Paris 1954, p. 107.

(30) Ainsi par exemple, Proudhon explique : « Je veux le contrat, mais non les lois; pour que je sois libre, tout l'édifice social doit être reconstruit sur la base du contrat réciproque » (P. J. PROUDHON, *L'idée générale de la Révolution au XIX^e siècle*, 1851, p. 138). Mais tout de suite après, il doit ajouter : « La norme d'après laquelle le contrat doit être rempli ne reposera pas exclusivement sur la justice, mais aussi sur la volonté commune des hommes vivant en communauté. Cette volonté contraindra également, en cas de nécessité, au respect du contrat par la violence » (*idem*, p. 293).

(31) J. KARNER (pseudonyme de Karl Renner), *Die soziale Funktion der Rechtsinstitute, besonders des Eigentums*, in : *Marx-Studien*, t. I, 1904, p. 173.

Tout ce passage dénote une fausse compréhension des choses. Karner reproduit ici les robinsonnades en vogue. Mais l'on se demande pourquoi deux Robinsons, qui ignorent mutuellement leur existence, se représentent leurs rapports aux choses *juridiquement* alors que ce rapport est entièrement un *rapport de fait*. Ce droit de l'homme isolé mérite d'être placé à côté de la fameuse valeur du « vert d'eau dans le désert ». Aussi bien la valeur que le droit de propriété sont engendrés par un seul et même phénomène : par la circulation des produits devenus marchandises. La propriété au sens juridique est née, non pas parce qu'il est venu à l'idée des hommes de s'attribuer réciproquement cette qualité juridique, mais parce qu'ils ne pouvaient échanger des marchandises qu'en revêtant le masque du propriétaire. « Le pouvoir illimité de disposer de la chose » n'est que le reflet de la circulation illimitée des marchandises.

Karner constate qu'il « vient à l'esprit du propriétaire d'exercer la fonction juridique de la propriété en aliénant la chose » (32). Mais Karner ne voit pas du tout que le « juridique » commence précisément quand cette fonction est « exercée » ; tant que celle-ci n'existe pas, l'appropriation ne dépasse pas le cadre de l'appropriation naturelle, organique.

Karner reconnaît que « l'achat et la vente, l'emprunt, le prêt, la location existaient également auparavant, mais avec une extension subjective et objective restreinte » (33). En effet, ces diverses formes juridiques de la circulation des biens existaient si précocement qu'on rencontre déjà une formulation précise du prêt et du prêt à gages, avant même que la formule juridique de la propriété elle-même ait été élaborée. Ce seul fait nous donne la clef pour comprendre correctement la nature juridique de la propriété.

Karner au contraire croit que les hommes, avant même d'acheter, de vendre, ou d'hypothéquer des choses et indépendamment de cela, étaient déjà des propriétaires. Les rapports qu'il mentionne ne lui semblent être que des « institutions auxiliaires tout à fait accessoires qui comblent les lacunes de la propriété petite-bourgeoise ». En d'autres termes il part de la représentation d'individus totalement isolés auxquels il est venu à l'esprit (on ne sait pas pourquoi) de créer une « volonté générale » et au nom de cette volonté générale d'ordonner à tous de s'abstenir de toucher aux choses qui appartiennent à autrui. Après quoi ces Robinsons isolés

(32) *Idem*, p. 175.

(33) *Ibid.*

décident — ayant reconnu que le propriétaire ne peut être considéré comme être universel, ni en tant que force de travail, ni en tant que consommateur —, de compléter la propriété par les institutions de l'achat, de la vente, de l'emprunt, du prêt, etc. Ce schéma purement rationnel renverse l'évolution réelle des choses et des concepts.

Karner reproduit ici tout simplement le système d'interprétation du droit des Pandectes qui porte le nom de Hugo Heyse et dont le point de départ est également l'homme qui se soumet les objets du monde extérieur (droit réel), pour passer ensuite à l'échange des services (droit des obligations) et finalement aux normes qui règlent la situation de l'homme comme membre d'une famille et le destin de ses biens après sa mort (droit successoral et droit de famille). La relation de l'homme avec une chose qu'il a produite lui-même, ou dérobée, ou qui constitue aussi une partie de sa personnalité (armes, bijoux), représente sans aucun doute historiquement un élément du développement de la propriété privée. Elle représente la forme originelle, brute et limitée de cette propriété. Mais la propriété privée revêt un caractère achevé et universel seulement avec le passage à l'économie marchande ou plus exactement à l'économie marchande capitaliste. Elle devient alors indifférente à l'objet et rompt tout lien avec les sociétés humaines organiques (gens, famille, communauté). Elle apparaît dans sa signification universelle comme « sphère externe de la liberté » (Hegel), c'est-à-dire comme réalisation pratique de la capacité abstraite d'être un sujet de droits.

Sous cette forme purement juridique la propriété a logiquement peu de choses en commun avec le principe organique et naturel de l'appropriation privée comme résultat d'un déploiement de force personnelle ou comme condition d'une consommation et d'un usage personnels. Le rapport du propriétaire à la propriété est, depuis que toute la réalité économique s'est fragmentée dans la sphère du marché, abstrait, formel, conditionné et rationalisé, alors que la relation de l'homme au produit de son travail, par exemple une parcelle de terre cultivée par son travail personnel, représente quelque chose d'élémentaire et de compréhensible, même pour la pensée la plus primitive (34).

Si ces deux institutions, l'appropriation privée comme condition de l'utilisation personnelle libre, et l'appropriation privée

(34) C'est pourquoi précisément les défenseurs de la propriété privée aiment particulièrement faire appel à ce rapport élémentaire, parce qu'ils savent que la force idéologique de ce rapport dépasse de beaucoup sa signification économique pour la société moderne.

comme condition de l'aliénation ultérieure dans l'acte d'échange, se rattachent morphologiquement l'une à l'autre par un lien direct, ce sont logiquement pourtant deux catégories différentes, et le terme de « propriété » crée, rapporté à toutes deux, plus de confusion que de clarté. La propriété foncière capitaliste ne présuppose aucune sorte de lien organique entre la terre et son propriétaire. Elle n'est au contraire concevable que par le passage entièrement libre de la terre d'une main à l'autre.

Le concept de propriété foncière lui-même surgit en même temps que la propriété foncière individuelle et aliénable. Les fonds de terre communs du pâturage communal n'étaient pas du tout, à l'origine, la propriété d'une personne juridique (un tel concept n'existant absolument pas) mais étaient utilisés par les membres de la Marche en tant que personne collective (35).

La propriété capitaliste est au fond la liberté de transformation du capital d'une forme à l'autre, la liberté de transfert du capital d'une sphère à l'autre en vue d'obtenir le plus grand profit possible sans travailler. Cette liberté de disposer de la propriété capitaliste est impensable sans l'existence d'individus privés de propriété, c'est-à-dire de prolétaires. La forme juridique de la propriété n'est pas du tout en contradiction avec le fait de l'expropriation d'un grand nombre de citoyens, car la qualité d'être sujet juridique est une qualité purement formelle. Elle définit tous les gens comme également « dignes » d'être propriétaires, mais ne les rend pas pour autant propriétaires. Cette dialectique de la propriété capitaliste est exposée de manière grandiose dans le *Capital* de Marx, aussi bien là où elle rejoint les formes juridiques « immuables » que là où elle brise celles-ci par la violence (dans la période de l'accumulation primitive). Les recherches déjà mentionnées de Karner n'offrent sous cet angle que très peu de nouveautés en comparaison du tome I du *Capital*. Mais là où Karner veut être original il n'engendre que la confusion. Nous avons déjà indiqué sa tentative d'abstraire la propriété du moment qui la constitue juridiquement, c'est-à-dire de l'échange. Cette conception, purement formelle, entraîne une autre erreur : en examinant le passage de la propriété petite-bourgeoise à la propriété capitaliste, Karner déclare que « l'institution de la propriété a connu un riche développement dans un temps relativement court, a subi une transformation complète, sans qu'elle se soit modifiée dans sa nature juridique » (36) et il conclut, immédiatement après, que « la

(35) O. GIERKE, *op. cit.*, p. 146.

(36) J. KARNER, *op. cit.*, p. 166.

fonction sociale des institutions juridiques change, sans que se modifie leur nature juridique ».

On se demande alors : à quelles institutions se réfère Karner ? S'il est question de la formule abstraite du droit romain, rien ne pouvait, bien entendu, changer en elle. Mais cette formule n'a réglé la petite propriété qu'à l'époque des rapports bourgeois capitalistes développés. Si nous considérons au contraire l'artisanat corporatif et l'économie rurale à l'époque du servage, nous trouvons toute une série de normes restreignant le droit de propriété. On peut certes objecter que ces restrictions furent toutes de nature juridique-publique et qu'elles ne touchèrent pas à l'institution de la propriété comme telle. Mais dans ce cas toute l'affirmation se réduit à ceci : qu'une formule abstraite déterminée est identique à elle-même. D'autre part, les formes de propriété féodales et corporatives, c'est-à-dire les formes limitées de propriété, manifestèrent déjà leur fonction : l'absorption du travail non payé. La propriété de la production marchande simple que Karner oppose à la forme capitaliste de la propriété est une abstraction tout aussi nue que la production marchande simple elle-même. Car déjà la transformation d'une partie des produits en marchandises et l'apparition de l'argent créent les conditions pour l'apparition du capital usuraire qui, selon l'expression de Marx « fait partie avec le capital commercial, son frère jumeau, des formes antédiluviennes du capital, qui précèdent de loin le mode de production capitaliste et se retrouvent dans les structures sociales les plus diverses au point de vue économique » (37). Nous pouvons par conséquent conclure, contrairement à Karner que les normes se modifient, mais que la fonction sociale reste inchangée.

En raison de l'évolution du mode de production capitaliste le propriétaire se décharge progressivement des fonctions techniques de production et perd ainsi également la domination juridique totale sur le capital. Dans une entreprise de sociétaires, le capitaliste individuel ne possède qu'un titre sur une quote-part déterminée de revenu qu'il obtient sans travailler. Son activité économique et juridique à titre de propriétaire est presque entièrement limitée à la sphère de la consommation improductive. La masse principale du capital devient entièrement une force de classe impersonnelle. Dans la mesure où cette masse de capital participe à la circulation marchande, ce qui suppose l'autonomie de ses différentes parties, ces parties autonomes apparaissent comme la propriété de personnes

(37) Karl MARX, *Le Capital*, L. III, ch. xxxvi, trad. franç. de M^{me} C. Cohen-Solal et G. Badia, Ed. Sociales, Paris, 1959, L. III, t. II, p. 253..

juridiques. En réalité, c'est un groupe relativement restreint de grands capitalistes qui disposent de la grande masse du capital et qui, en plus, opèrent non pas directement, mais par l'intermédiaire de représentants ou de fondés de pouvoirs stipendiés. La forme juridique distincte de la propriété privée ne reflète déjà plus la situation réelle des choses, étant donné que par les méthodes de participation et de contrôle, etc., la domination effective s'étend bien au-delà du cadre purement juridique. Nous nous rapprochons alors du moment où la société capitaliste est déjà mûre pour se transformer en son contraire. La condition politique indispensable de ce renversement est la révolution de classe du prolétariat.

Mais bien avant ce bouleversement, le développement du mode de production capitaliste édifié sur le principe de la libre concurrence transforme ce principe en son contraire. Le capitalisme monopoliste crée les prémisses d'un tout autre système économique où le mouvement de la production et de la reproduction sociales s'accomplit non pas au moyen de contrats particuliers entre des unités économiques autonomes, mais grâce à une organisation centralisée et planifiée. Cette organisation est créée par les trusts, les cartels et autres unions monopolistes. La symbiose observée pendant la guerre des organisations capitalistes privées et des organisations étatiques en un puissant système de capitalisme d'Etat bourgeois représente une réalisation de ces tendances. Cette transformation pratique dans la structure juridique ne pouvait pas passer inaperçue dans la théorie. A l'aube de son développement le capitalisme industriel entoura le principe de la subjectivité juridique d'une certaine auréole en l'exaltant comme une qualité absolue de la personnalité humaine. A présent on commence à considérer ce principe uniquement comme une détermination technique permettant de « délimiter les risques et les responsabilités », ou alors on le présente simplement comme une hypothèse spéculative privée de tout fondement réel. Et comme cette tendance dirige ses coups contre l'individualisme juridique elle a acquis la sympathie de différents marxistes qui pensèrent y trouver les éléments d'une nouvelle théorie « sociale » du droit correspondant aux intérêts du prolétariat. Bien entendu un tel jugement témoigne d'une position purement formelle à l'égard de la question; sans compter même que les théories mentionnées ne fournissent aucun point de repère pour une conception sociologique véritable des catégories individualistes du droit bourgeois et qu'elles critiquent en plus cet individualisme non pas sous l'angle de la conception prolétarienne du socialisme, mais du point de vue de la dictature du capital financier. La signification sociale de ces doctrines est

la justification de l'Etat impérialiste moderne et des méthodes que celui-ci employa notamment pendant la dernière guerre (38). C'est pourquoi il n'est pas étonnant qu'un juriste américain en vienne, précisément sur la base des enseignements de la guerre mondiale, cette guerre la plus réactionnaire et la plus criminelle de l'histoire moderne, à des conclusions à résonances « socialistes » : « les droits individuels à la vie, à la liberté, à la propriété, n'ont aucune espèce d'existence absolue ou abstraite; ce sont des droits qui n'existent du point de vue légal que parce que l'Etat les garantit et qui, par conséquent, sont subordonnés entièrement au pouvoir d'Etat » (39).

La prise du pouvoir politique par le prolétariat est la condition fondamentale du socialisme. Mais l'expérience a montré que la production et la distribution organisées et planifiées ne pouvaient pas immédiatement remplacer, du jour au lendemain, les échanges marchands et la liaison des différentes unités économiques par le marché. Si cela était possible, la forme juridique de la propriété serait aussi complètement épuisée historiquement. Elle aurait achevé le cycle de son développement en revenant à son point de départ : aux objets d'usage individuel et immédiat; c'est-à-dire qu'elle serait redevenue un rapport élémentaire de la pratique sociale. Mais la forme juridique en général serait ainsi également condamnée à mort (40). Tant que la tâche de l'édification d'une économie planifiée unique ne sera pas résolue, tant que demeurera le lien du marché entre les différentes entreprises et groupes d'entreprises, la forme juridique demeurera également en vigueur. Il n'est pas nécessaire de mentionner aussi que la forme de la propriété privée des moyens de production dans la petite économie paysanne et artisanale reste presque totalement inchangée dans la période de transition. Mais également dans la grande industrie nationalisée l'application du principe du « calcul économique » signifie la formation d'unités autonomes dont la liaison avec les autres unités économiques est médiatisée par le marché.

Dans la mesure où les entreprises étatiques sont soumises aux conditions de la circulation, leurs interrelations ne revêtent pas

(38) Il s'agit, bien entendu, de la première guerre mondiale (N.D.T.).

(39) E. A. HARRIMAN, « Enemy property in America », in : *The American Journal of International Law*, 1924, t. I, p. 202.

(40) Le processus ultérieur du dépassement de la forme juridique se réduirait au passage progressif de la distribution d'équivalents (pour une certaine somme de travail une certaine somme de produits sociaux) à la réalisation de la formule du communisme développé « de chacun selon ses capacités à chacun selon ses besoins ».

la forme d'une coordination technique mais la forme de contrats. Et la réglementation purement juridique, c'est-à-dire judiciaire, des rapports devient alors également possible et nécessaire. De plus, la direction immédiate, c'est-à-dire la direction administrative-technique, qui se renforce indubitablement avec le temps, subsiste également au travers de la subordination à un plan économique général. Nous avons ainsi d'un côté une vie économique qui se déroule dans des catégories économiques naturelles et des relations sociales entre unités de production qui apparaissent sous une forme rationnelle, non masquée (c'est-à-dire non pas sous une forme marchande). A cela correspond la méthode des directives immédiates, c'est-à-dire des déterminations techniques sous la forme de programmes, de plans de production et de distribution, etc. De telles directives sont concrètes et changent continuellement à mesure que se transforment les conditions. D'un autre côté nous avons des marchandises circulant sous la forme de la valeur et par conséquent une liaison entre unités économiques qui s'exprime sous la forme de contrats. A cela correspond alors la création de limitations et de règles formelles plus ou moins fixes et constantes pour les rapports juridiques entre les sujets autonomes (code civil et peut-être aussi code commercial), et la création d'organes qui aident à réaliser pratiquement ces rapports en réglant les litiges (tribunaux, tribunaux arbitraux). Il est évident que la première tendance n'offre aucune perspective à l'épanouissement de la discipline juridique. La victoire progressive de cette tendance signifiera le dépérissement progressif de la forme juridique en général. On peut certes objecter à cela qu'un programme de production par exemple est également une norme de droit public, étant donné qu'elle procède du pouvoir d'Etat, qu'elle possède une force contraignante et qu'elle crée des droits et des obligations, etc. Certes, tant que la nouvelle société s'édifiera sur des éléments de l'ancienne société, c'est-à-dire à partir d'hommes qui conçoivent les liens sociaux seulement comme des moyens pour leurs fins privées, les simples directives techniques rationnelles revêtiront également la forme d'une puissance étrangère à l'homme et située au-dessus de lui. L'homme politique sera encore un « homme abstrait, artificiel » selon l'expression de Marx. Mais plus les rapports marchands et l'appât du gain seront radicalement supprimés de la sphère de la production, plus vite sonnera l'heure de cette libération définitive dont a parlé Marx dans son essai sur *La question juive* : « c'est seulement quand l'homme réel, individuel a repris en soi le citoyen abstrait, et qu'il est devenu comme homme individuel dans la vie empirique, dans son travail individuel, dans

ses rapports individuels, l'être générique, c'est seulement quand il a reconnu et organisé ses forces propres en forces sociales et qu'il ne sépare plus de soi la force sociale sous la forme de la force politique, c'est alors seulement que s'est consommé l'émancipation humaine » (41).

Telles sont les perspectives d'un lointain avenir. En ce qui concerne notre période de transition, nous devons indiquer ce qui suit. Si à l'époque de la domination du capital financier anonyme, les oppositions d'intérêts entre les différents groupes capitalistes (qui disposent de leur capital et du capital étranger) subsistent, dans le capitalisme d'Etat prolétarien par contre, et malgré la survie de l'échange marchand, les oppositions d'intérêts sont supprimées à l'intérieur de l'industrie nationalisée, et la séparation ou l'autonomie des différents organismes économiques (selon le modèle de l'autonomie de l'économie privée) n'est maintenue qu'en tant que méthode. De cette manière les rapports économiques quasi privés qui naissent entre l'industrie d'Etat et les petites économies, ainsi qu'entre les différentes entreprises et groupes d'entreprises à l'intérieur de l'industrie d'Etat elle-même sont maintenus dans des limites très strictes qui sont déterminées à chaque moment par les succès obtenus dans la sphère de la direction économique planifiée. C'est pourquoi la forme juridique comme telle ne contient pas dans notre période de transition ces possibilités illimitées qui s'offrent à elle dans la société bourgeoise capitaliste à ses débuts. Au contraire elle ne nous enferme dans son horizon borné que temporairement; elle n'existe que pour s'épuiser définitivement.

La tâche de la théorie marxiste consiste à vérifier ces conclusions générales et à poursuivre l'étude des données historiques concrètes. Le développement ne peut pas progresser de manière égale dans les différents domaines de la vie sociale. C'est pourquoi un travail minutieux d'observation, de comparaison et d'analyse est indispensable. C'est seulement lorsque nous aurons étudié à fond le rythme et la forme de la suppression des rapports de valeur dans l'économie et en même temps le dépérissement des moments juridiques privés dans la superstructure juridique et finalement la dissolution progressive de l'ensemble même de la superstructure juridique conditionnée par ces processus fondamentaux, que nous pourrons dire que nous avons expliqué au moins un aspect du processus d'édification de la culture sans classe de l'avenir.

(41) Karl MARX, *La Question Juive*, (1844) dans *Œuvres Choisies*, I, coll. Idées, éd. Gallimard, Paris, 1963, pp. 88-89.

CHAPITRE V

DROIT ET ÉTAT

La relation juridique ne présuppose pas par « nature » un état de paix, de même que le commerce n'exclut pas à l'origine le vol à main armée, mais va au contraire de pair avec lui. Le droit et l'arbitraire, ces deux concepts apparemment opposés, sont liés en réalité très étroitement. Cela est exact non seulement pour la période la plus ancienne du droit romain, mais aussi pour les périodes ultérieures. Le droit international moderne comprend une partie très importante d'arbitraire (rétorsions, représailles, guerre, etc.). Même dans l'état bourgeois « bien ordonné » la matérialisation des droits, selon l'opinion d'un juriste aussi perspicace qu'Hauriou a lieu, pour chaque citoyen, à ses propres « risques et périls ». Marx formule cela de manière encore plus nette dans son *Introduction générale à la critique de l'économie politique* : « Le Faustrecht (le droit du plus fort) est également un droit » (1). Cela n'est pas un paradoxe, car le droit est, tout comme l'échange, un moyen de communication entre des éléments sociaux dissociés. Le degré de cette dissociation peut être historiquement plus ou moins grand, mais elle-même ne peut jamais disparaître totalement. Ainsi par exemple les entreprises appartenant à l'Etat soviétique remplissent en réalité une tâche collective; mais comme elles doivent s'en tenir dans leur travail aux méthodes du marché, elles ont chacune d'entre elles des intérêts particuliers. Elles s'opposent l'une à l'autre en tant qu'acheteur et vendeur, agissent à leurs propres risques et périls et doivent par conséquent nécessairement se trouver réciproquement en *relation juridique*. La

(1) K. MARX, *Introduction générale à la critique de l'Economie politique*, 1857, dans *Contribution à la critique de l'Economie politique*, traduction Maurice Husson et Gilbert Badia, Ed. Sociales, Paris, 1967, p. 153.

victoire finale de l'économie planifiée fera de leur liaison réciproque une liaison exclusivement technique rationnelle et tuera ainsi leur « personnalité juridique ». Quand on nous présente par conséquent la relation juridique comme une relation organisée et bien réglée, en identifiant ainsi le droit et l'ordre juridique, on oublie qu'en réalité l'ordre n'est qu'une tendance et le résultat final (de surcroît encore imparfait), mais jamais le point de départ et la condition de la relation juridique. L'état de paix lui-même, qui semble être continu et uniforme à la pensée juridique abstraite, n'existait pas du tout comme tel aux premiers stades de développement du droit. L'antique droit germanique connaissait différents degrés de paix : la paix dans la maison, la paix à l'intérieur de l'enclos, la paix à l'intérieur du village. Et le degré de cet état de paix s'exprimait par le degré de gravité de la peine qui frappait celui qui la violait.

L'état de paix devint une nécessité quand l'échange devint un phénomène régulier. Lorsque les garanties pour le maintien de la paix étaient insuffisantes, les échangistes préféraient ne pas se rencontrer personnellement, mais examiner à tour de rôle les marchandises en l'absence de l'autre partie. En général cependant le commerce exige que se rencontrent non seulement les marchandises mais aussi les personnes. A l'époque de l'ordre gentilice tout étranger était considéré comme un ennemi; il était une proie comme les bêtes sauvages. Seuls les usages de l'hospitalité donnaient l'occasion de rapports avec les tribus étrangères. Dans l'Europe féodale, l'Eglise essaya de réfréner les guerres privées ininterrompues en proclamant pendant des périodes déterminées la « trêve de Dieu » (2).

En même temps les marchés et les centres commerciaux commencèrent à jouir de privilèges particuliers. Les marchands se rendant au marché obtinrent des sauf-conduits et leur propriété fut protégée contre les saisies arbitraires, tandis que des juges spéciaux assurèrent l'exécution des contrats. Ainsi naquit un « *jus mercatorum* » spécial ou un « *jus fori* » qui devint le fondement du droit municipal ultérieur.

A l'origine les centres de foire et les marchés étaient parties

(2) Il est intéressant de noter que l'Eglise, par le fait même de prescrire pour certains jours la « trêve de Dieu » sanctionnait pour le reste du temps les guerres privées. Au XI^e siècle il fut proposé de supprimer totalement ces guerres privées. Gérard, évêque de Cambrai protesta énergiquement contre cela et déclara que l'exigence d'une trêve de Dieu permanente contredisait « la nature humaine » (Cf. S. A. KOTLJAREVSKIJ, *Vlast' i pravo (autorité et droit)*, Moscou, 1925, p. 189).

intégrantes de domaines féodaux et étaient simplement des sources de profits avantageuses pour le seigneur féodal de l'endroit. Lorsque la paix du marché était accordée à une localité quelconque cela n'était destiné qu'à remplir les caisses du seigneur féodal et à servir par conséquent ses intérêts privés. Mais dans la mesure où le pouvoir féodal assumait le rôle de garant de la paix, indispensable aux contrats d'échanges, il revêtit, grâce à ses nouvelles fonctions, un caractère public nouveau qui lui était d'abord étranger. Un pouvoir de type féodal ou patriarcal ne connaît pas de frontières entre le privé et le public. Les droits publics du seigneur féodal à l'encontre de ses paysans étaient en même temps ses droits comme propriétaire privé; inversement ses droits privés peuvent être interprétés, si l'on veut, comme des droits politiques, c'est-à-dire publics. De même, le « *jus civile* » de la Rome antique est interprété par beaucoup de juristes (Gumplowicz par exemple) comme droit public puisque ses fondements et ses sources étaient l'appartenance de l'individu à une organisation gentilice donnée. En réalité nous avons affaire à une forme juridique embryonnaire qui n'a pas encore développé en elle-même les déterminations opposées et corrélatives de « droit privé » et de « droit public ». C'est pourquoi tout pouvoir qui porte les traces de rapports patriarcaux ou féodaux est caractérisé en même temps par la prédominance de l'élément théologique sur l'élément juridique. L'interprétation juridique, c'est-à-dire rationnelle, du phénomène du pouvoir ne devient possible qu'avec le développement de l'économie monétaire et du commerce. Seules ces formes économiques engendrent l'opposition entre la vie publique et la vie privée qui revêt avec le temps un caractère « éternel » et « naturel » et qui constitue le fondement de toute théorie juridique du pouvoir.

L'Etat moderne, au sens bourgeois du terme, naît au moment où l'organisation du pouvoir de groupe ou de classe englobe des relations marchandes suffisamment étendues (3). Ainsi à Rome le commerce avec les étrangers, les pèlerins, etc., exigeait la reconnaissance de la capacité juridique civile des personnes qui n'appartenaient pas à l'organisation gentilice. Mais cela supposait déjà la distinction entre le droit public et le droit privé.

Le divorce entre le principe de droit public de la souveraineté territoriale et le principe de la propriété privée de la terre s'accomplit dans l'Europe médiévale plus tôt et plus complètement qu'ailleurs à l'intérieur des enceintes des villes. Là les obligations réelles et personnelles inhérentes à la terre se différencient plus tôt qu'ail-

(3) Cf. M. HAURIU, *op. cit.*, p. 272.

leurs en impôts et en charges au profit de la communauté urbaine d'une part et en redevances fondées sur la propriété privée d'autre part (4).

La domination de fait revêt un caractère de droit public prononcé dès que naissent à côté et indépendamment d'elle des rapports qui sont liés à l'acte d'échange, c'est-à-dire des rapports privés par excellence. Dans la mesure où l'autorité apparaît comme le garant de ces rapports, elle devient une autorité sociale, un pouvoir public, qui représente l'intérêt impersonnel de l'Ordre (5).

L'Etat en tant qu'organisation de la domination de classe et en tant qu'organisation destinée à mener les guerres externes ne nécessite pas d'interprétation juridique et ne la permet même pas du tout. C'est un domaine où règne la soi-disant raison d'Etat qui n'est autre que le principe de l'opportunité pure et simple. L'autorité comme garant de l'échange marchand, par contre, peut non seulement être exprimée dans le langage du droit, mais se présente elle-même comme droit et seulement comme droit, c'est-à-dire se confond totalement avec la norme abstraite objective (6).

C'est pourquoi toute théorie juridique de l'Etat qui veut saisir toutes les fonctions de l'Etat est à présent nécessairement inadéquate. Elle ne peut pas être le reflet fidèle de tous les faits de la vie de l'Etat et elle ne donne qu'une reproduction idéologique, c'est-à-dire déformée, de la réalité.

La domination de classe, dans sa forme organisée comme dans sa forme inorganisée, est beaucoup plus étendue que le

(4) Cf. O. GIERKE, *op. cit.*, p. 648.

(5) En réalité les seigneurs féodaux occidentaux tout comme les princes russes, ne furent en aucun cas conscients de cette haute mission qui leur était dévolue et considérèrent leur fonction de gardien de l'ordre purement et simplement comme une source de revenus; les historiographes bourgeois ultérieurs ne manquèrent pas pourtant d'imputer à ces seigneurs féodaux et à ces princes russes des mobiles imaginaires, car pour ces historiens les rapports bourgeois et le caractère public du pouvoir qui en résulte avaient valeur de norme éternelle et immuable.

(6) Du reste, la norme objective est présentée comme la conviction générale des individus soumis à la norme. Le droit serait la conviction générale des personnes qui sont mutuellement en rapport juridique. La naissance d'une situation juridique serait par conséquent la naissance de la conviction générale qui aurait une force astreignante et qui exigerait d'être exécutée (G. F. PUCHTA, *Vorlesungen über das heutige römische Recht*). Cette formule dans son universalité apparente n'est en réalité que le reflet idéal des conditions des rapports marchands. Sans ces dernières la formule n'a aucun sens. Personne n'osera prétendre que par exemple la situation juridique des ilotes à Sparte fut le résultat de leur conviction générale devenue force astreignante (Cf. GUMPLOWICZ, *Rechtsstaat und Sozialismus*).

domaine qu'on peut désigner comme étant la sphère officielle de la domination du pouvoir d'Etat. La domination de la bourgeoisie s'exprime aussi bien dans la dépendance du gouvernement vis-à-vis des banques et des groupements capitalistes que dans la dépendance de chaque travailleur particulier vis-à-vis de son employeur, et dans le fait enfin que le personnel de l'appareil d'Etat est intimement lié à la classe régnante. Tous ces faits, dont on pourrait multiplier à l'infini le nombre, n'ont aucune espèce d'expression juridique officielle, mais concordent exactement dans leur signification avec les faits qui trouvent une expression juridique très officielle tels que par exemple la subordination des mêmes ouvriers aux lois de l'Etat bourgeois, aux ordres et décrets de ses organismes, aux jugements de ses tribunaux, etc. A côté de la domination de classe directe et immédiate se constitue une domination médiate, réfléchie, sous la forme du pouvoir d'Etat officiel en tant que pouvoir particulier détaché de la société. Ainsi surgit le problème de l'Etat qui offre autant de difficultés à l'analyse que le problème de la marchandise.

Engels, dans son livre, *L'origine de la famille, de la propriété privée et de l'Etat*, considère l'Etat comme l'expression du fait que la société s'est empêtrée dans des contradictions de classe insolubles. « Mais, dit-il, pour que les antagonistes, les classes aux intérêts économiques opposés, ne se consomment, elles et la société, en une lutte stérile, le besoin s'impose d'un pouvoir qui, placé en apparence au-dessus de la société, doit estomper le conflit, le maintenir dans les limites de « l'ordre »; et ce pouvoir, né de la société, mais qui se place au-dessus d'elle et lui devient de plus en plus étranger, c'est l'Etat » (7). Dans cet exposé il y a un endroit qui n'est pas très clair et qui apparaît par la suite quand Engels dit que le pouvoir d'Etat doit naturellement tomber dans les mains de la classe la plus forte qui « grâce à lui devient aussi classe politiquement dominante » (8). Cette phrase laisse supposer que le pouvoir d'Etat ne naît pas comme une force de classe, mais comme quelque chose de situé au-dessus des classes, qui sauve la société de la désagrégation et qui devient un objet d'usurpation seulement après coup. Une telle conception contredirait bien entendu les réalités historiques. Nous savons que l'appareil du pouvoir d'Etat a toujours été créé par la classe dominante. Nous croyons qu'Engels lui-même aurait repoussé une telle interpré-

(7) F. ENGELS, *L'origine de la famille, de la propriété privée et de l'Etat* (1884), trad. franç. Ed. Sociales, p. 156.

(8) *Idem.*, p. 157.

tation de ses paroles. Mais quoi qu'il en soit, sa formulation n'est quand même pas très claire. D'après elle l'Etat surgit parce qu'autrement les classes s'anéantiraient mutuellement dans une lutte acharnée où périrait la société tout entière. Par conséquent l'Etat naît lorsqu'aucune des deux classes en lutte n'est capable d'obtenir une victoire décisive. Dans ce cas, de deux choses l'une : ou bien l'Etat établit ce rapport d'équilibre et alors ce serait une force située au-dessus des classes, ce que nous ne pouvons pas admettre; ou bien il est le résultat de la victoire de l'une des classes. Dans ce cas cependant la nécessité de l'Etat pour la société disparaît puisque, avec la victoire décisive d'une classe, l'équilibre est à nouveau rétabli et la société sauvée. Derrière toutes ces controverses se cache une seule et même question fondamentale : pourquoi la domination de classe ne demeure-t-elle pas ce qu'elle est, à savoir l'assujettissement d'une partie de la population à l'autre ? Pourquoi revêt-elle la forme d'une domination étatique officielle, ou ce qui revient au même, pourquoi l'appareil de contrainte étatique ne se constitue-t-il pas comme l'appareil privé de la classe dominante, pourquoi se sépare-t-il de cette dernière et revêt-il la forme d'un appareil de pouvoir public impersonnel, détaché de la société ? (9).

Nous ne pouvons pas nous contenter de l'explication selon laquelle il est *avantageux* pour la classe dominante d'ériger un écran idéologique et de cacher sa domination de classe derrière le paravent de l'Etat. Car bien qu'une telle explication soit sans aucun doute correcte, elle ne nous dit pas pourquoi une telle idéologie a pu naître et par conséquent aussi pourquoi la classe dominante peut se servir d'elle. L'utilisation consciente des formes idéologiques est en effet différente de leur origine qui est généralement indépendante de la volonté des hommes. Si nous voulons mettre à nu les racines d'une idéologie donnée, nous devons chercher les rapports réels dont elle est l'expression. Nous nous heurtons alors par ailleurs à la différence fondamentale qui existe entre l'interprétation théologique et l'interprétation juridique du concept de « pouvoir d'Etat ». Dans le premier cas nous avons affaire à un fétichisme de la plus pure espèce; c'est pourquoi nous ne réussirons pas à découvrir dans les représentations

(9) A notre époque, où les luttes révolutionnaires se sont intensifiées, nous pouvons observer comment l'appareil officiel de l'Etat bourgeois cède la place aux corps francs des fascistes, etc. Cela nous prouve encore une fois que lorsque l'équilibre de la société est ébranlé, celle-ci ne cherche pas son salut dans la création d'un pouvoir situé au-dessus des classes, mais dans la tension maxima de toutes les forces des classes en lutte.

et les concepts correspondants autre chose que le dédoublement idéologique de la réalité, c'est-à-dire de ces mêmes rapports effectifs de domination et de servitude. La conception juridique par contre est une conception unilatérale dont les abstractions expriment seulement un des aspects du sujet réellement existant, c'est-à-dire de la société de production marchande.

Dans ses *Problemy marksistskoj teorii prava*, I. P. Razumovskij me reproche de transposer sans raison les questions de la domination et de la servitude dans la sphère indéterminée du « dédoublement de la réalité » et de ne pas leur accorder dans l'analyse de la catégorie du droit la place qui leur convient. Le fait que la pensée religieuse ou théologique représente un « dédoublement de la réalité » n'a plus besoin, me semble-t-il, après Feuerbach et Marx, d'être discuté. Je ne vois là rien d'indéterminé; la chose est au contraire claire et simple : l'assujettissement des paysans au seigneur féodal fut la conséquence directe et immédiate du fait que le seigneur féodal était un grand propriétaire terrien et disposait d'une force armée. Cette dépendance immédiate, ce rapport de domination de fait, revêtit progressivement un voile idéologique : le pouvoir du seigneur féodal fut progressivement déduit d'une autorité divine supra-humaine : « nulle autorité qui ne provienne de Dieu ». La subordination de l'ouvrier salarié au capitaliste et sa dépendance vis-à-vis de lui existe également sous une forme immédiate : le travail mort accumulé domine ici le travail vivant. Mais la subordination de ce même ouvrier à l'Etat capitaliste n'est pas identique à sa dépendance à l'égard du capitaliste singulier, qui est simplement déguisée sous une forme idéologique dédoublée. Ce n'est pas la même chose, premièrement parce qu'il existe ici un appareil particulier séparé des représentants de la classe dominante, situé au-dessus de chaque capitaliste singulier et qui figure comme une force impersonnelle. Ce n'est pas la même chose, deuxièmement parce que cette force impersonnelle ne médiatise pas chaque rapport d'exploitation. Le salarié n'est en effet pas contraint politiquement et juridiquement de travailler pour un entrepreneur *déterminé*, mais il lui vend formellement sa force de travail sur la base d'un libre contrat. Dans la mesure où le rapport d'exploitation se réalise formellement comme rapport entre deux propriétaires de marchandises « indépendants » et « égaux », dont l'un, le prolétaire, vend sa force de travail et l'autre, le capitaliste, achète celle-ci, le pouvoir politique de classe peut revêtir la forme d'un pouvoir public.

Le principe de la concurrence qui règne dans le monde bourgeois-capitaliste ne permet, comme nous l'avons déjà dit,

aucune possibilité de rattacher le pouvoir politique à l'entrepreneur individuel (comme dans le féodalisme où ce pouvoir était lié à la grande propriété foncière). « La libre concurrence, la liberté de la propriété privée, « l'égalité des droits » sur le marché, et la garantie de l'existence de la classe comme telle uniquement, créent une nouvelle forme de pouvoir d'Etat, la démocratie, qui fait accéder au pouvoir une classe collectivement » (10).

Il est tout à fait exact que « l'égalité des droits » sur le marché crée une forme spécifique de pouvoir, mais le lien entre ces phénomènes ne se situe pas du tout là où Podvolockij le croit être. En premier lieu, même s'il n'est pas lié à l'entrepreneur individuel, peut rester une affaire privée de l'organisation capitaliste. Les associations d'industriels avec leur réserve financière en cas de conflits, leurs listes noires, leurs lock-out et leurs corps de briseurs de grève sont indubitablement des organes de pouvoir qui existent à côté du pouvoir officiel, c'est-à-dire du pouvoir d'Etat. Ensuite l'autorité à l'intérieur de l'entreprise reste l'affaire privée de chaque capitaliste individuel. L'instauration d'un ordre interne de travail est un acte de législation privée, c'est-à-dire un élément authentique de féodalisme, même si les juristes bourgeois se donnent beaucoup de peine pour donner à la chose une tournure moderne en construisant la fiction d'un soi-disant *contrat d'adhésion* (11) ou de pleins pouvoirs particuliers que le capitaliste recevrait prétendument des organes du pouvoir public afin « d'exercer avec succès la fonction sociale nécessaire et utile de l'entreprise » (12).

Dans le cas présent cependant l'analogie avec les rapports féodaux n'est pas forcément exacte, car, comme le dit Marx : « L'autorité du capitaliste, dans le procès direct de production, parce qu'il personnifie le capital, la fonction sociale qui lui vaut sa qualité de directeur et maître de la production, diffère essentiellement de l'autorité basée sur la production due aux esclaves, aux serfs, etc. En régime capitaliste de production, la masse des producteurs immédiats se trouve face à face avec le caractère social de leur production, sous forme d'une autorité organisatrice sévère et d'un mécanisme social, parfaitement hiérarchisé, du procès de travail (mais les porteurs de cette autorité ne sont plus, comme dans les formes antérieures de production, des seigneurs politiques ou théocratiques; s'ils la

(10) I. P. PODVOLOCKIJ, *Marksistskaja teorija prava*, op. cit., 1923, p. 33.

(11) En français dans le texte (N.d.T.).

(12) TAL', « Juridičeskaja priroda organizacii ili vnutrennego porjadka predprijatija » (la nature juridique de l'organisation ou l'ordre interne de l'entreprise) in : *Juridičeskij Vestnik*, 1915, IX (I).

détiennent, c'est simplement qu'ils personnifient les moyens de travail vis-à-vis du travail » (13). Des rapports de domination et de servitude peuvent ainsi également exister dans le cadre du mode capitaliste de production, sans s'éloigner pour autant de la forme concrète sous laquelle ils apparaissent : comme domination des rapports de production sur les producteurs. Mais étant donné précisément qu'ils n'apparaissent pas ici sous une forme masquée comme dans l'esclavage ou le servage (14), on s'explique pourquoi ils passent inaperçus aux yeux des juristes.

Dans la mesure où la société représente un marché, la machine d'Etat se réalise effectivement comme la volonté générale impersonnelle, comme l'autorité du droit, etc. Sur le marché, comme nous l'avons déjà vu, chaque acquéreur et chaque vendeur est un sujet juridique par excellence. Là où les catégories de valeur et de valeur d'échange entrent en scène, la volonté autonome des échangistes est une condition indispensable. La valeur d'échange cesse d'être valeur d'échange, la marchandise cesse d'être marchandise quand les proportions d'échange sont déterminées par une autorité située en dehors des lois immanentes du marché. La contrainte, en tant qu'injonction basée sur la violence et adressée par un individu à un autre individu, contredit les prémisses fondamentales des rapports entre les propriétaires de marchandises. C'est pourquoi, dans une société de propriétaires de marchandises et à l'intérieur des limites de l'acte d'échange, la fonction de contrainte ne peut pas apparaître comme une fonction sociale, étant donné qu'elle n'est pas abstraite et impersonnelle. La subordination à un homme comme tel, en tant qu'individu concret, signifie dans la société de production marchande la subordination à un arbitraire, car celle-ci coïncide avec la subordination d'un propriétaire de marchandises à un autre. C'est pourquoi aussi la contrainte ne peut pas apparaître ici sous sa forme non masquée comme un simple acte d'opportunité. Elle doit apparaître plutôt comme une contrainte provenant d'une personne collective abstraite, et qui n'est pas exercée dans l'intérêt de l'individu dont elle provient — car chaque homme est un homme égoïste dans une société de production marchande — mais dans l'intérêt de tous les membres participant aux rapports juridiques. Le pouvoir d'un homme sur un autre est transposé dans la réalité comme le pouvoir du droit, c'est-à-dire comme le pouvoir d'une norme objective impartiale.

La pensée bourgeoise qui tient le cadre de la production mar-

(13) K. MARX, *Le Capital*, L. III, ch. LI, op. cit., t. III, pp. 255-256.

(14) *Idem*, ch. XLVIII, p. 209.

chande pour le cadre éternel et naturel de toute société, considère ainsi le pouvoir d'Etat abstrait comme un élément appartenant à toute société en général. Cela fut exprimé de la manière la plus naïve par les théoriciens du droit naturel qui fondèrent leur théorie du pouvoir sur l'idée des rapports entre des personnes indépendantes et égales et qui pensèrent ainsi procéder des principes des rapports humains comme tels. Ils ne firent en réalité que développer sous différentes nuances l'idée d'un pouvoir qui relie entre eux les propriétaires de marchandises indépendants. C'est ce qui explique les traits fondamentaux de cette doctrine qui apparaissent très nettement déjà chez Grotius. Pour le marché les propriétaires de marchandises qui participent à l'échange représentent le fait primaire, tandis que l'ordre autoritaire est quelque chose de dérivé, de secondaire, quelque chose qui s'ajoute de l'extérieur aux propriétaires de marchandises existants. C'est pourquoi les théoriciens du droit naturel considèrent le pouvoir d'Etat non pas comme un phénomène né historiquement et par conséquent lié aux forces agissantes dans la société en question, mais l'envisagent de manière abstraite et rationaliste. Dans les rapports des propriétaires de marchandises entre eux la nécessité d'une contrainte autoritaire surgit chaque fois que la paix est troublée ou que les contrats ne sont pas exécutés de plein gré. C'est pourquoi la doctrine du droit naturel réduit la fonction du pouvoir d'Etat au maintien de la paix et réserve à l'Etat la détermination exclusive d'être un instrument du droit. Enfin, sur le marché, chaque propriétaire de marchandises possède cette qualité par la volonté des autres et tous sont propriétaires de marchandises par leur volonté commune. C'est pourquoi la doctrine du droit naturel fait dériver l'Etat du contrat conclu entre différentes personnes isolées. Tel est le squelette de toute la doctrine qui, suivant la situation historique ou la sympathie politique et la capacité dialectique de tel ou de tel auteur, tolère les variations concrètes les plus diverses. Elle permet des déviations aussi bien républicaines que monarchistes et en général les degrés les plus divers de démocratisme et de révolutionnarisme.

Tout compte fait, cette théorie fut pourtant la bannière révolutionnaire sous laquelle la bourgeoisie mena ses luttes révolutionnaires contre la société féodale. C'est ce qui détermine également le destin de la doctrine. Depuis que la bourgeoisie est devenue une classe dominante, le passé révolutionnaire du droit naturel commence à éveiller en elle des appréhensions et les théories dominantes s'empressent de mettre de côté cette doctrine du droit naturel. Bien entendu cette théorie du droit naturel ne résiste

à aucune critique historique ou socialiste, car l'image qu'elle donne ne correspond en aucun cas à la réalité. Mais le plus singulier est que la théorie juridique de l'Etat, qui a remplacé la théorie du droit naturel et qui a rejeté la théorie des droits innés et inaliénables de l'homme et du citoyen, en se donnant ainsi la dénomination de théorie « positive », déforme la réalité effective au moins autant (15). Elle est contrainte de déformer la réalité parce que toute théorie *juridique* de l'Etat doit poser nécessairement l'Etat comme une puissance autonome séparée de la société. C'est précisément en cela que réside l'aspect *juridique* de cette doctrine.

C'est pourquoi, bien que l'activité de l'organisation étatique ait lieu effectivement sous la forme d'ordres et de décrets qui émanent de personnes singulières, la théorie juridique admet premièrement que ce ne sont pas des personnes qui donnent les ordres, mais l'Etat, et deuxièmement que ces ordres sont soumis aux normes générales de la loi qui exprime à nouveau la volonté de l'Etat (16). Sur ce point la doctrine du droit naturel n'est pas plus irréaliste que toute autre doctrine juridique de l'Etat, y compris la théorie la plus positive. L'essentiel de la doctrine du droit naturel consistait en effet à admettre à côté des différentes sortes de dépendances d'un homme vis-à-vis d'un autre (dépendances dont cette doctrine faisait abstraction) un autre type de dépendance encore, celle vis-à-vis de la volonté générale, impersonnelle, de l'Etat.

Mais cette construction précisément constitue également le fondement de la théorie juridique de « l'Etat comme personne ».

(15) Je n'ai pas besoin de prouver cette proposition en détail, car je peux me référer ici à la critique des théories juridiques de Laband, Jellinek, etc. par GUMPLOWICZ (cf. ses livres, *Rechtsstaat und Sozialismus* et *Geschichte der Staatstheorien*) ou encore au travail remarquable de V. V. ADORACKIJ, *Gosudarstvo (L'Etat)*, Moscou, 1923).

(16) Nous devons relever ici une petite contradiction. Si ce ne sont pas les hommes qui agissent, mais l'Etat lui-même pourquoi alors insister particulièrement sur la soumission aux normes de ce même Etat ? Cela n'est en effet qu'une répétition d'une seule et même chose. En général, d'ailleurs, la théorie des organes de l'Etat est une des pierres d'achoppement de la théorie juridique. Une fois venu à bout avec peine de la définition de l'Etat, le juriste qui veut continuer à voguer tranquillement, rencontre un nouvel écueil : le concept « d'organe ». Ainsi par exemple chez Jellinek, l'Etat n'a pas de volonté, mais seulement les organes de l'Etat. Il faut alors se demander comment ces organes sont nés ? Sans organe il n'existe pas d'Etat. La tentative pour éluder la difficulté, en concevant l'Etat comme un rapport juridique, ne remplace le problème général que par une série de cas particulier où il se désagrège. Car tout rapport juridique public concret contient en soi le même élément de mystification que l'on retrouve dans le concept général de « l'Etat comme personne ».

L'élément de droit naturel dans la théorie juridique de l'Etat se situe beaucoup plus profondément que cela ne paraît aux critiques de la doctrine du droit naturel. Il réside dans le concept même de pouvoir *public*, c'est-à-dire un pouvoir qui n'appartient à personne en particulier, qui se situe au-dessus de *tous* et qui s'adresse à *tous*. En s'orientant d'après ce concept, la théorie juridique perd inévitablement le contact avec la réalité. La différence entre la doctrine du droit naturel et le positivisme juridique moderne consiste uniquement en ceci que la première a perçu beaucoup plus distinctement le lien logique existant entre le pouvoir d'Etat abstrait et le sujet abstrait. Elle saisit les rapports mystifiés de la société de production marchande dans leur connexion nécessaire et fournit ainsi un exemple de clarté classique dans la construction. Le soi-disant positivisme juridique au contraire n'a même pas clarifié ses propres prémisses logiques.

L'Etat juridique est un mirage, mais un mirage qui convient fort bien à la bourgeoisie, car il remplace l'idéologie religieuse en décomposition et cache la réalité de la domination de la bourgeoisie aux yeux des masses. L'idéologie de l'Etat juridique convient encore plus que l'idéologie religieuse parce qu'elle ne reflète pas complètement la réalité objective, bien qu'elle s'appuie sur elle. L'autorité comme « volonté générale », comme « force du droit », se réalise dans la société bourgeoise dans la mesure où celle-ci représente un marché (17). De ce point de vue les règlements de police peuvent également figurer comme l'incarnation de l'idée kantienne de la liberté limitée par la liberté d'autrui.

Les propriétaires de marchandises libres et égaux qui se rencontrent sur le marché ne sont tels que dans le rapport abstrait de l'appropriation et de l'aliénation. Dans la vie réelle ils sont mutuellement liés par toutes sortes de liens de dépendance réciproque. Ainsi par exemple le petit commerçant et le commerçant en gros, le paysan et le propriétaire foncier, le débiteur ruiné et son créancier, le prolétaire et le capitaliste. Tous ces innombrables rapports

(17) Lorenz Stein a, comme on sait, opposé l'Etat idéal, situé au-dessus de la société, à l'Etat absorbé par la société, c'est-à-dire d'après notre terminologie, à l'Etat de classe. Comme tel il désignait l'Etat féodal absolutiste, qui protège les privilèges de la grande propriété foncière et l'Etat capitaliste qui garantit les privilèges de la bourgeoisie. Mais une fois que l'on a retranché ces réalités historiques il ne reste plus que l'Etat comme chimère d'un fonctionnaire prussien ou l'Etat comme garantie abstraite des conditions des échanges fondés sur la valeur. Dans la réalité historique cependant « l'Etat de droit » c'est-à-dire l'Etat situé au-dessus de la société, se réalise en fait uniquement comme son propre contraire, c'est-à-dire comme un « comité exécutif des affaires de la bourgeoisie ».

de dépendance concrets constituent le fondement réel de l'organisation étatique. Pour la théorie juridique de l'Etat pourtant tout se passe comme s'ils n'existaient même pas. De plus, la vie de l'Etat consiste en luttes de différentes forces politiques, c'est-à-dire de classes, de partis, de toutes sortes de groupements possibles; c'est là que se cachent les véritables ressorts du mécanisme de l'Etat. Ceux-ci demeurent aussi incompréhensibles pour la théorie juridique que les rapports mentionnés précédemment. Certes, le juriste peut faire preuve de plus ou moins grande souplesse et de capacité d'adaptation aux faits; il peut par exemple, à côté du droit écrit, prendre également en considération les règles non écrites qui sont nées progressivement dans la pratique de l'Etat, mais cela ne change rien à son attitude de principe vis-à-vis de la réalité. Une certaine discordance entre la vérité juridique et la vérité qui est le but de la recherche historique et sociologique est inévitable. Cela ne provient pas seulement du fait que la dynamique de la vie sociale jette par-dessus bord les formes juridiques figées et que le juriste est ainsi condamné à venir toujours quelques temps en retard dans son analyse; car si le juriste reste pour ainsi dire *à jour* (18) avec les faits dans ses affirmations, il les reproduit d'une autre façon que le sociologue. Le juriste en effet, s'il reste juriste, part du concept de l'Etat comme d'une force autonome qui s'oppose à toutes les autres forces individuelles et sociales. Du point de vue historique et politique les décisions d'une organisation de classe ou d'un parti influents ont une importance aussi grande et parfois plus grande que les décisions du parlement ou de toute autre institution de l'Etat. Du point de vue juridique au contraire cette sorte de faits n'existe pas pour ainsi dire. Par contre, si l'on met entre parenthèses le point de vue juridique, on peut apercevoir dans chaque décision du parlement, non pas un acte de l'Etat, mais une décision prise par un groupe ou une clique déterminés (qui agissent mus tout autant par des motifs individuels égoïstes ou des motifs de classe que n'importe quel autre groupe). Le théoricien extrême du normativisme, Kelsen, en conclut que l'Etat n'existe en général qu'en tant qu'objet de la pensée, en tant que système fermé de normes ou d'obligations. Une telle immatérialité de l'objet de la théorie du droit public a dû certes effrayer les juristes praticiens. Ceux-ci perçoivent en effet, si ce n'est avec leur raison, du moins instinctivement, la valeur indubitablement pratique de leurs concepts, précisément dans ce monde inique et non pas seulement dans le règne de la pure logique.

(18) En français dans le texte (N.d.T.).

« L'Etat » des juristes malgré sa « nature idéologique » est lié à une réalité objective, tout comme le rêve le plus fantastique repose quand même sur la réalité.

Cette réalité est avant tout l'appareil d'Etat lui-même avec tous ses éléments matériels et humains.

Avant de créer des théories achevées, la bourgeoisie construisit son Etat d'abord dans la pratique. Le processus commença en Europe occidentale dans les communautés urbaines (19).

Alors que le monde féodal ignorait toute différence entre les ressources personnelles du seigneur féodal et les ressources de la communauté politique, la caisse municipale commune apparut dans les villes d'abord sporadiquement et ultérieurement comme une institution permanente (20).

L'esprit des « affaires de l'Etat » acquiert alors pour ainsi dire son assise matérielle.

La création de ressources financières étatiques favorisa l'apparition d'hommes qui vivent de ces ressources : employés et fonctionnaires. A l'époque féodale les fonctions administratives et judiciaires étaient remplies par les serviteurs du seigneur féodal. Les services publics, au sens propre du terme, n'apparaissent au contraire que dans les communautés urbaines ; le caractère public de l'autorité trouve alors son incarnation matérielle. La procuration, au sens du droit privé d'un mandat donné pour conclure des affaires juridiques, se sépare du service public. La monarchie absolue n'eut alors plus qu'à prendre possession de cette forme d'autorité publique qui était née dans les villes et à l'appliquer à un territoire plus vaste. Tout perfectionnement ultérieur de l'Etat bourgeois, qui eut lieu aussi bien à travers des explosions révolutionnaires que par une adaptation pacifique aux éléments monarchistes féodaux, peut être ramené à un principe unique d'après lequel aucun des deux échangistes sur le marché ne peut régler le rapport d'échange de sa propre autorité ; celui-ci exige au contraire une tierce partie incarnant la garantie réciproque que les possesseurs de marchandises s'accordent mutuellement en leur qualité

(19) S. A. KOTLJAREVSKIJ, *Vlast' i pravo*, op. cit., p. 193.

(20) L'antique communauté allemande, la Marche, n'était pas une personne juridique disposant d'une propriété. Le caractère public des pâtures s'exprimait dans le fait que celles-ci étaient utilisées par tous les membres de la Marche. Les contributions destinées aux besoins publics n'étaient perçues que sporadiquement et toujours strictement en proportion des besoins. S'il y avait un reste, il était destiné à la subsistance commune. Cet usage montre combien était étrangère la notion de ressources publiques permanentes.

de propriétaires et personnifiant par conséquent les règles des rapports d'échange entre les possesseurs de marchandises.

La bourgeoisie posa ce concept juridique de l'Etat à la base de ses théories et essaya de le transposer dans la pratique. Elle le fit en se laissant guider toutefois par le fameux principe du « pour autant que » (21). La bourgeoisie en effet n'a jamais perdu de vue, au nom de la pureté théorique, l'autre aspect de la question, à savoir que la société de classe n'est pas seulement un marché où se rencontrent des propriétaires de marchandises indépendants, mais aussi, en même temps, le champ de bataille d'une guerre de classes acharnée, dans laquelle l'appareil d'Etat représente une arme très puissante. Sur ce champ de bataille les rapports ne se forment pas du tout dans l'esprit de la définition kantienne du droit comme la restriction minimum de la liberté de la personne, indispensable à la coexistence humaine. Gumpłowicz a ici parfaitement raison quand il explique qu'une telle sorte de droit n'a jamais existé car, « le degré de « liberté » des uns ne dépend que du degré de domination des autres. La norme de la coexistence n'est pas déterminée par la possibilité de la coexistence, mais par

(21) La bourgeoisie anglaise qui s'assura plus tôt que toutes les autres bourgeoisies la domination du marché mondial et qui par suite de sa situation insulaire se sentit invulnérable, put aller plus loin que toutes les autres bourgeoisies dans le sens de la réalisation de « l'Etat de droit ». La réalisation la plus conséquente du principe juridique dans les rapports réciproques entre le pouvoir d'Etat et le sujet singulier ainsi que la garantie la plus efficace pour que les porteurs du pouvoir ne puissent pas outrepasser leur rôle, celui de la personnification d'une norme objective, sont données par la subordination des organes étatiques à la juridiction d'un tribunal indépendant (qui bien entendu n'est pas indépendant de la bourgeoisie). Le système anglo-saxon est une sorte d'apothéose de la démocratie bourgeois. Mais dans d'autres conditions historiques la bourgeoisie est prête également, pour ainsi dire dans le pire des cas, à s'accommoder d'un système qui peut être désigné comme la « séparation de la propriété de l'Etat », ou « césarisme ». Dans ce cas, la clique régnante, avec son arbitraire despotique illimité (qui suit deux directions : une interne contre le prolétariat et une externe sous la forme d'une politique extérieure impérialiste) crée apparemment le terrain pour la « libre auto-détermination de la personne » dans la vie civile. Ainsi par exemple d'après Kotljarevskij, « l'individualisme juridique privé s'accorde en général avec le despotisme politique. Le code civil naît à une époque qui n'est pas seulement caractérisée par un manque de liberté politique dans l'ordre étatique français, mais également par une certaine indifférence à l'égard de cette liberté, qui se manifesta déjà pour ainsi dire très clairement lors du 18 Brumaire. Une telle liberté juridique privée ne donne pas seulement lieu à un accommodement avec beaucoup de côtés de l'activité de l'Etat, mais confère aussi à ce dernier un certain caractère de légalité » (*Vlast' i pravo*, op. cit., p. 171). On trouve une brillante caractérisation des rapports de Napoléon I^{er} avec la société civile chez Marx dans la *Sainte Famille*, op. cit., p. 150.

la domination des uns sur les autres ». L'Etat comme facteur de force dans la politique intérieure et extérieure : telle est la correction que la bourgeoisie dut apporter à sa théorie et à sa pratique de « l'Etat juridique ». Plus la domination de la bourgeoisie fut ébranlée, plus ces corrections devinrent compromettantes et plus vite « l'Etat juridique » se transforma en une ombre immatérielle jusqu'à ce qu'enfin l'aggravation extraordinaire de la lutte des classes force la bourgeoisie à jeter complètement le masque de l'Etat de droit et à dévoiler l'essence du pouvoir d'Etat comme la violence organisée d'une classe de la société sur les autres.

CHAPITRE VI

DROIT ET MORALITÉ

Pour que les produits du travail humain puissent se rapporter les uns aux autres comme des valeurs, les hommes doivent se comporter réciproquement comme des personnes indépendantes et égales.

Lorsqu'un homme se trouve sous le pouvoir d'un autre, c'est-à-dire lorsqu'il est esclave, son travail cesse d'être créateur et substance de valeurs. La force de travail de l'esclave ne transmet au produit, tout comme la force de travail des animaux domestiques, qu'une partie déterminée des coûts de sa propre production et reproduction. Tugan-Baranovskij en conclut que l'on ne peut comprendre l'économie politique que si l'on part de l'idée directrice éthique de la valeur suprême et par là de l'égalité des personnes humaines (1). Marx, comme on sait, tire la conclusion opposée : il rattache l'idée éthique de l'égalité des personnes humaines à la forme marchande, c'est-à-dire fait dériver cette idée de l'égalisation pratique de toutes les variétés du travail humain entre elles.

L'Homme effectivement, en tant que sujet moral, c'est-à-dire en tant que personne égale aux autres personnes, n'est autre que la condition préalable de l'échange sur la base de la loi de la valeur. L'homme en tant que sujet juridique, c'est-à-dire en tant que propriétaire, représente également une telle condition. Finalement ces deux déterminations sont très étroitement liées à une troisième où l'homme figure comme sujet économique égoïste.

Ces trois déterminations, qui ne sont pas réductibles l'une à l'autre, et qui sont apparemment contradictoires expriment l'en-

(1) TUGAN-BARANOVSKIJ, *Osnovy političeskoj ekonomii (Principes d'économie politique)*, 1917, p. 60.

semble des conditions nécessaires à la réalisation du rapport de valeur, c'est-à-dire d'un rapport où les relations des hommes entre eux dans le processus de travail apparaissent comme une propriété chosifiée des produits échangés.

Si l'on détache ces déterminations du rapport social réel qu'elles expriment et si l'on essaye de les développer comme catégories autonomes (c'est-à-dire par voie purement spéculative), on obtient pour résultat un chaos de contradictions et de propositions qui se nient réciproquement (2). Mais dans le rapport d'échange réel ces contradictions s'articulent dialectiquement en une totalité.

L'échangiste doit être égoïste, c'est-à-dire doit s'en tenir au pur calcul économique, sinon le rapport de valeur ne peut pas se manifester comme un rapport social nécessaire. L'échangiste doit être le porteur de droits, c'est-à-dire doit avoir la possibilité d'une décision autonome, car sa *volonté* doit en effet « habiter les choses ». Finalement l'échangiste incarne le principe de l'égalité fondamentale des personnes humaines, car dans l'échange toutes les variétés de travail sont assimilées l'une à l'autre et réduites au travail humain abstrait.

Ainsi les trois moments mentionnés plus haut, ou comme on aimait à dire auparavant, les trois principes de l'égoïsme, de la liberté et de la valeur suprême de la personne, sont indissolublement liés l'un à l'autre et représentent dans leur totalité l'expression rationnelle d'un seul et même rapport social. Le sujet égoïste, le sujet juridique et la personne morale sont les trois principaux masques sous lesquels apparaît l'homme dans la société de production marchande. L'économie des rapports de valeur nous livre la clé pour comprendre la structure juridique et morale, non pas au sens du contenu concret de la norme juridique ou morale, mais au sens de la forme même du droit et de la morale. L'idée de la valeur suprême et de l'égalité de principe des personnes humaines

(2) Les révolutionnaires petits-bourgeois, les jacobins, se sont tragiquement empêtrés dans ces contradictions. Ils voulurent soumettre le développement réel de la société bourgeoise aux formes de la vertu civique empruntées à la Rome antique. Marx dit à ce propos : « Être obligé de reconnaître et de sanctionner dans les *droits de l'homme* la société bourgeoise moderne, la société de l'industrie, de la concurrence universelle, des intérêts privés qui poursuivent leurs fins, ce régime de l'anarchie, de l'individualisme naturel et spirituel; vouloir en même temps annuler après coup pour tel ou tel individu particulier les *manifestations vitales* de cette société tout en prétendant façonner à l'antique la *tête politique* de cette société : quelle colossale illusion ! (*La Sainte Famille*, op. cit., p. 148).

a une longue histoire : de la philosophie du stoïcisme elle est passée dans les usages des juristes romains, dans les dogmes de l'Église chrétienne et ensuite dans la doctrine du droit naturel. L'existence de l'esclavage dans la Rome antique n'a pas empêché Sénèque d'être convaincu que « même si le corps peut être esclave et appartenir à un maître, l'âme reste quand même toujours *sui juris* ». Kant, au fond, ne fit point un grand pas en avant en comparaison de cette formule; chez lui également l'autonomie principielle de la personne se laisse très bien concilier avec des vues purement féodales sur le rapport entre le maître et la valetaille. Mais quelle que soit la forme qu'ait pu revêtir cette idée on retrouve en elle uniquement l'expression du fait que les différentes variétés concrètes du travail social utile se réduisent au travail en général, dès que les produits du travail sont échangés comme marchandises. Dans tous les autres rapports, l'inégalité des hommes entre eux (inégalités de sexe, de classe, etc.) saute aux yeux de manière si évidente au cours de l'histoire qu'il faut s'étonner, non pas de l'abondance des arguments qui ont été mis en avant dans ce domaine contre la doctrine de l'égalité naturelle des hommes par ses différents adversaires, mais de ce que, avant Marx, personne ne se soit interrogé sur les causes historiques qui favorisèrent la naissance de ce préjugé du droit naturel. Car si la pensée humaine au cours des siècles est à chaque fois revenue avec une telle obstination à la thèse de l'égalité des hommes et l'a élaborée de mille manières, c'est qu'il devait y avoir derrière cette thèse un quelconque rapport objectif. Sans aucun doute le concept de personne morale ou de personne égale est une formation idéologique qui, comme telle, n'est pas adéquate à la réalité. Le concept de sujet économique égoïste est également une déformation tout autant idéologique de la réalité. Néanmoins, ces deux déterminations sont quand même adéquates à un rapport social spécifique, même si elles ne l'expriment que de manière abstraite et par conséquent unilatérale. Nous avons déjà eu l'occasion d'indiquer qu'en général le concept ou le petit mot « d'idéologie » ne devait pas nous empêcher de poursuivre l'analyse en profondeur. On s'allégerait par trop la tâche si l'on se satisfaisait de l'explication selon laquelle la notion d'homme égal à tout autre homme est précisément la création d'une idéologie. Les concepts de « haut » et de « bas » sont des concepts qui n'expriment que notre idéologie « terrestre »; ils sont pourtant fondés sur la réalité effective, indubitable, de la pesanteur. C'est précisément lorsque l'homme reconnut la cause réelle qui le contraignit à distinguer « le haut » du « bas », c'est-à-dire la force de la pesanteur dirigée vers le centre de la

terre, qu'il saisit aussi le caractère limité de ces définitions qui les empêche d'être applicables à toute la réalité cosmique. Ainsi la découverte de la nature idéologique d'un concept n'était que l'envers de l'établissement de sa vérité.

Si la personne morale n'est autre que le sujet de la société de production marchande, alors la loi morale doit se manifester comme règle des rapports entre les propriétaires de marchandises. Cela confère inévitablement à la loi morale un caractère antinomique. D'une part, cette loi doit être sociale et se trouver ainsi au-dessus de la personne individuelle, d'autre part le propriétaire de marchandises est par nature porteur de la liberté (c'est-à-dire de la liberté d'appropriation et d'aliénation) de sorte que la règle qui détermine les rapports entre les propriétaires de marchandises doit être également transposée dans l'âme de chaque propriétaire de marchandises, en être la loi interne. L'impératif catégorique de Kant unit ces exigences contradictoires. Il est supra-individuel, parce qu'il n'a rien à voir avec des impulsions naturelles (crainte, sympathie, pitié, sentiment de solidarité, etc.). Selon les paroles de Kant en effet il n'effraye pas, il ne persuade pas, il ne flatte pas. Il est situé en dehors de toute motivation empirique, c'est-à-dire simplement humaine. En même temps il se manifeste indépendamment de toute pression extérieure au sens direct et grossier du mot. Il agit exclusivement par la conscience de son universalité. L'éthique kantienne est l'éthique typique de la société de production marchande, mais est également la forme la plus pure et la plus achevée de l'éthique en général. Kant a conféré à cette forme une figure logique achevée que la société bourgeoise atomisée s'efforça de transposer dans la réalité, en libérant la personne des attaches organiques de l'époque patriarcales et féodales (3). Les concepts fondamentaux de la morale perdent ainsi leur signification, si on les détache de la société de production marchande et si on essaye de les appliquer à une autre structure sociale. L'impératif catégorique n'est en aucun cas un instinct social, car sa destination essentielle est d'être actif là où

(3) La doctrine éthique de Kant se laisse très bien concilier avec la croyance en Dieu, d'autant plus qu'elle est le dernier refuge de cette croyance. Mais une liaison entre les deux n'est pas logiquement nécessaire. De plus, le Dieu qui cherche protection à l'ombre de l'impératif catégorique devient lui-même une abstraction très ténue et peu appropriée à intimider les masses populaires. C'est pourquoi la réaction cléricalo-féodale s'est fixé pour tâche de polémiquer contre le formalisme inerte de Kant, d'établir un Dieu à elle, plus sûr, qui « règne » pour ainsi dire et de mettre à la place de l'impératif catégorique, les sentiments vivants de « honte, de compassion et de vénération » (V. Solov'ev).

est impossible toute motivation naturelle, organique, supra-individuelle. Là où existe entre les individus une étroite liaison émotionnelle qui estompe les limites du Moi individuel, le phénomène de l'obligation morale ne peut trouver place. Si l'on veut comprendre cette catégorie, il ne faut pas partir de la liaison organique qui existe par exemple entre la femelle et son petit ou entre la famille et chacun de ses membres, mais de l'état d'*isolement*. L'être moral est un complément nécessaire de l'être juridique et les deux sont des modes de relations entre des producteurs de marchandises. Tout le pathos de l'impératif catégorique kantien se réduit à ceci que l'homme accomplit « librement », c'est-à-dire par conviction interne, ce qu'il serait contraint de faire dans la sphère du droit. En cela les exemples que cite Kant pour illustrer sa pensée sont très caractéristiques. Ils se réduisent entièrement à des manifestations de bienséance bourgeoise. L'héroïsme et les prouesses ne trouvent pas de place dans le cadre de l'impératif kantien. Il n'est absolument pas nécessaire de se sacrifier pour autant qu'on n'exige pas des autres un tel sacrifice. Les actions « irraisonnables » d'abnégation ainsi que le mépris de ses propres intérêts au nom de l'accomplissement de sa vocation historique, de sa fonction sociale, actions où se manifeste la plus haute tension de l'instinct social, se situent en dehors de l'éthique au sens strict du terme (4).

Schopenhauer et après lui, V. Solov'ev, ont défini le droit comme un certain minimum éthique. Avec autant de raison on peut définir l'éthique également comme un certain minimum social. La plus grande intensité du sentiment social se trouve en dehors de l'éthique au sens strict de ce terme et est un héritage transmis par les époques organiques précédentes, notamment par l'ordre gentilice, à l'humanité actuelle. Engels dit ceci par exemple en comparant le caractère des anciens Germains et des Romains civilisés : « leur valeur et leur bravoure personnelles, leur esprit de liberté et leur instinct démocratique qui voyait dans toutes les affaires publiques une affaire personnelle, bref toutes les qualités qu'avaient perdues les Romains et qui seules étaient capables de modeler, avec le limon du monde romain, des États nouveaux et de faire grandir des nationalités nouvelles, qu'était-ce donc,

(4) C'est pourquoi le professeur Magaziner par exemple a raison quand il qualifie l'éthique en ce sens de « modération et d'exactitude » et l'oppose à l'héroïsme qui pousse les hommes à des actions dépassant leurs devoirs. (J. M. MAGAZINER, *Obščee učenie o gosudarstve (Théorie générale de l'Etat)*, 2^e éd., Petrograd, 1922, p. 50.

sinon les traits caractéristiques du Barbare du stade supérieur, fruits de l'organisation gentilice ? » (5).

Le seul aspect par lequel l'éthique rationaliste s'élève effectivement au-dessus des instincts sociaux puissants et irrationnels est son universalisme qui s'étend à tous les hommes. Elle tend à briser tous les cadres organiques nécessairement étroits de la tribu, de la *gens*, de la Nation et à devenir universelle. Elle reflète ainsi des conquêtes matérielles déterminées de l'humanité, notamment la transformation du commerce en commerce mondial. La formule « ni Grec ni Juif » est le reflet d'une situation historique tout à fait réelle : l'unification des peuples sous la domination de Rome.

L'universalisme de la forme éthique (et par conséquent aussi de la forme juridique) — tous les hommes sont égaux, tous possèdent une même « âme », tous peuvent être sujets juridiques, etc. — a été imposé aux Romains par la pratique des rapports commerciaux avec les étrangers, c'est-à-dire avec des gens de coutumes, de langue, de religion différentes. C'est pourquoi il eut d'abord vraisemblablement quelque peine à être considéré par eux comme quelque chose de positif, ne serait-ce que parce qu'il impliquait le rejet de leurs propres coutumes enracinées : de l'amour de soi et du mépris de l'étranger. Maine indique ainsi par exemple que le *ius gentium* lui-même était une conséquence du mépris que portaient les Romains à tout droit étranger et de leur hostilité à accorder aux étrangers les privilèges du *ius civile* de leur pays. Selon Maine la Rome antique aimait aussi peu le *ius gentium* que les étrangers pour qui il était fait. Le mot « *aequitas* » lui-même signifiait égalité et aucune nuance éthique n'était vraisemblablement inhérente au début à cette expression. Il n'y a aucune raison d'admettre que le processus désigné par cette expression ait suscité dans l'esprit d'un Romain primitif autre chose qu'un sentiment d'aversion (6).

Néanmoins, l'éthique rationaliste de la société de production marchande se présenta ultérieurement comme une grande conquête et une très haute valeur culturelle dont on eut l'habitude de parler uniquement sur un ton d'enthousiasme. Il suffit de se rappeler la phrase célèbre de Kant : « Deux choses remplissent le cœur d'une admiration et d'une vénération toujours nouvelles et toujours croissantes, à mesure que la réflexion s'y attache et s'y applique : le ciel étoilé au-dessus de moi et la loi morale en moi » (7).

(5) F. ENGELS, *L'origine de la famille...*, op. cit., p. 143.

(6) SUMNER MAINE, *Ancient Law*, trad. russe de N. Belozerskaia, 1873, pp. 40 et 47.

(7) E. KANT, *Critique de la Raison pratique*, 1788.

Pourtant, quand le discours cite un tel « libre » accomplissement du devoir moral ce sont toujours les mêmes exemples qui entrent en scène — aumônes faites à un pauvre ou refus de mentir dans des circonstances où il serait possible de le faire impunément. D'autre part, Kautsky remarque très justement que la règle : « considère ton prochain comme une fin en soi » n'a de sens que là où l'homme peut être transformé pratiquement en un moyen pour un autre homme. Le pathos moral est indissolublement lié à l'immoralité de la pratique sociale et s'en nourrit. Les doctrines morales ont la prétention de changer le monde et de l'améliorer, mais en réalité elles ne sont qu'un reflet déformé, qu'un aspect de ce monde véritable, l'aspect précisément qui montre les rapports humains soumis à la loi de la valeur. Il ne faut pas oublier que la personne morale n'est qu'une des hypostases du sujet trinitaire; l'homme comme fin en soi n'est qu'un autre aspect du sujet économique égoïste. Une action qui est l'incarnation véritable et seule réelle du principe éthique contient aussi la négation de ce principe. Le grand capitaliste ruine de « bonne foi » le petit capitaliste sans porter atteinte par là à la valeur absolue de sa personne. La personne du prolétaire est « égale en principe » à la personne du capitaliste; cela s'exprime dans le « libre » contrat de travail. Mais de cette même « liberté matérialisée » résulte pour le prolétaire la possibilité de mourir tranquillement de faim.

Cette duplicité de la forme éthique n'est pas due au hasard, et n'est pas une imperfection extérieure, déterminée par les défauts spécifiques du capitalisme. Elle est au contraire un signe distinctif, essentiel de la forme éthique comme telle. La suppression de cette duplicité de la forme éthique signifie le passage à l'économie socialisée et planifiée; mais cela signifie l'édification d'un système social dans lequel les hommes peuvent construire et penser leurs rapports à l'aide des concepts clairs et simples de dommage et d'utilité. L'abolition de la duplicité de la forme éthique dans le domaine le plus important, c'est-à-dire dans la sphère de l'existence matérielle des hommes, signifie l'abolition de la forme éthique en général.

Dans son effort pour dissiper les brumes métaphysiques qui entourent la doctrine éthique, le pur utilitarisme considère les concepts de « bon » et de « mauvais » sous l'angle de l'utile et du nuisible. Par là il supprime bien entendu l'éthique ou plus exactement il essaye de la supprimer, de la dépasser, car la suppression des fétiches éthiques ne peut s'accomplir dans la pratique qu'avec la suppression simultanée du fétichisme marchand et du

fétichisme juridique. Tant que ce stade de développement ne sera pas atteint par l'humanité, c'est-à-dire tant que l'héritage de l'époque capitaliste ne sera pas surmonté, les efforts de la pensée théorique ne feront qu'anticiper cette libération future, mais ne l'incarneront pas pratiquement. Rappelons-nous les mots de Marx sur le fétichisme marchand : « la découverte scientifique faite plus tard que les produits du travail, en tant que valeurs, sont l'expression pure et simple du travail humain dépensé dans leur production marque une époque dans l'histoire du développement de l'humanité, mais ne dissipe point la fantasmagorie qui fait apparaître le caractère social du travail comme un caractère des choses, des produits eux-mêmes » (8).

Mais l'on me rétorquera que la morale de classe du prolétariat se libère dès à présent de tous les fétiches. Ce qui est moralement une obligation est ce qui est utile à la classe. Sous une telle forme la morale n'a rien d'un absolu, car ce qui est utile aujourd'hui peut cesser de l'être demain; et elle n'a rien de mystique ou de surnaturel non plus, car le principe d'utilité est simple et rationnel. Il est indubitable que la morale du prolétariat, ou plus exactement la morale de son avant-garde, perd son caractère fétichiste double en se purifiant par exemple des éléments religieux. Mais même une morale débarrassée de toute impureté, notamment des éléments religieux, reste quand même une morale, c'est-à-dire une forme des rapports sociaux où tout n'est pas encore ramené à l'homme lui-même. Lorsque le lien vivant qui rattache l'individu à la classe est effectivement si fort que les limites de son Moi s'estompent pour ainsi dire et que l'intérêt de la classe devient effectivement identique à l'intérêt personnel, il devient absurde de parler de l'accomplissement d'un devoir moral, et alors le phénomène de la morale est de toute façon inexistant. Mais là où n'a pas encore eu lieu une telle fusion des intérêts, apparaît inévitablement le rapport abstrait du devoir moral avec toutes les formes qui en résultent. La règle : « agis de telle sorte que cela profite au maximum à ta classe » sonnera de la même manière que la formule kantienne : « agis de telle sorte que la maxime de ta volonté puisse être érigée en principe d'une législation universelle ».

Tout la différence consiste en ceci que nous procédons dans le premier cas à une restriction concrète et que nous donnons à la logique éthique un cadre de classe (9).

(8) K. MARX, *Le Capital*, L. I, *op. cit.*, p. 86.

(9) Il va de soi qu'une éthique sans contenu de classe dans une société déchirée par les luttes de classes ne peut exister que dans l'imagination, mais

A l'intérieur de ce cadre elle conserve néanmoins toute sa valeur. Le contenu de classe de l'éthique n'anéantit pas en soi sa forme. Nous pensons ici non seulement à sa forme logique, mais également aux formes par lesquelles elle se manifeste réellement. A l'intérieur du collectif prolétarien également, c'est-à-dire d'un collectif de classe, nous pouvons observer les mêmes méthodes formelles d'accomplissement du devoir moral constituées de deux motivations opposées. D'une part, le collectif ne renonce pas à tous les moyens de pression possibles pour inciter ses membres à remplir leurs devoirs moraux. D'autre part, le même collectif ne caractérise une conduite comme morale que lorsqu'une telle pression extérieure n'en constitue pas la motivation. C'est pourquoi précisément dans la pratique sociale la morale et la conduite morale sont si étroitement liées à l'hypocrisie. Certes les conditions de vie du prolétariat constituent les prémisses pour le développement d'une nouvelle forme, supérieure et plus harmonieuse, de relations entre l'individu et la collectivité. De nombreux faits, qu'exprime la solidarité de classe prolétarienne, en témoignent. Mais à côté du nouveau continue de subsister aussi l'ancien. A côté de l'homme social de l'avenir, qui laisse fondre son Moi dans la collectivité et qui y trouve ainsi la plus grande satisfaction et le sens même de sa vie, continue également d'exister l'homme moral qui porte sur ses épaules le fardeau d'un devoir plus ou moins abstrait. La victoire de la première forme équivaut à la libération complète de l'homme de toutes les survivances des rapports juridiques privés et à la transformation définitive de l'humanité dans le sens du communisme. Cette tâche n'est pas du tout certes une tâche purement idéologique ou pédagogique. Le nouveau type de rapports humains nécessite la création et la consolidation d'une nouvelle base matérielle, économique.

Il faut par conséquent retenir le fait que la Morale, le Droit et l'État sont des formes de la société bourgeoise. Même si le prolétariat est contraint d'utiliser ces formes, cela ne signifie absolument pas qu'elles peuvent continuer à se développer en intégrant un contenu socialiste. Elles ne peuvent pas assimiler ce contenu, et elles devront dépérir à mesure que ce contenu se réalisera. Néanmoins, le prolétariat doit, dans l'actuelle période

pas dans la pratique. L'ouvrier qui se décide, indépendamment des privations auxquelles il s'expose, à participer à une grève, peut certes formuler sa décision comme un devoir moral qui lui prescrit de subordonner ses intérêts privés à l'intérêt général. Mais il est tout à fait clair que ce concept d'intérêt général ne peut pas embrasser également les intérêts du capitaliste contre lesquels la lutte ouvrière est menée.

de transition, exploiter dans le sens de ses intérêts de classe ces formes héritées de la société bourgeoise en les épuisant ainsi complètement. Mais pour cela le prolétariat doit avant tout avoir une représentation très claire, libérée de tout voile idéologique, de l'origine historique de ces formes. Le prolétariat doit avoir une attitude froidement critique, non seulement vis-à-vis de la Morale et de l'Etat bourgeois, mais aussi vis-à-vis de son propre Etat et de sa propre Morale. Il doit être conscient autrement dit de la nécessité historique de leur existence mais aussi de leur disparition (10).

Dans sa critique de Proudhon, Marx indique que le concept abstrait de justice n'est pas du tout un critère absolu et éternel, à partir duquel on peut édifier un rapport d'échange idéal, c'est-à-dire juste. Ce serait une tentative « pour transformer les échanges chimiques en fonction « d'idées éternelles », de « qualités particulières » et « d'affinités », au lieu d'étudier leurs lois réelles ».

Car le concept de justice lui-même est tiré du rapport d'échange et n'a pas de sens en dehors de lui. Au fond, le concept de justice ne contient rien de neuf essentiellement par rapport au concept d'égalité de tous les hommes que nous avons analysé plus haut. C'est pourquoi il est ridicule de voir dans l'idée de justice un quelconque critère autonome et absolu. Toutefois cette idée, si elle est habilement utilisée, permet d'interpréter l'inégalité comme égalité et convient ainsi tout particulièrement pour voiler l'ambiguïté de la forme éthique. D'autre part la justice est la marche qui mène de l'éthique vers le droit. La conduite morale doit être « libre », mais la justice peut être obtenue de force. La contrainte incitant à la conduite morale essaye de nier sa propre réalité; la justice par contre « échoit » ouvertement en partage à l'homme. Elle autorise la réalisation extérieure et une activité égoïste intéressée. C'est là que résident les points de contact et de discordance les plus importants entre la forme éthique et la forme juridique.

L'échange, c'est-à-dire la circulation des marchandises, suppose que les échangistes se reconnaissent mutuellement comme propriétaires. Cette reconnaissance, qui apparaît sous la forme

(10) Cela signifie-t-il qu'il « n'y aura plus de moralité dans la société future ? » Absolument pas si l'on conçoit la moralité au sens large comme le développement de formes humaines supérieures, comme la transformation de l'homme en un être générique. Dans le cas présent, il s'agit cependant d'autre chose; il s'agit de formes spécifiques de la conscience morale et de la conduite morale, qui, après avoir achevé leur rôle historique, doivent céder la place à d'autres formes, supérieures, de relations entre l'individu et la collectivité (remarque pour la troisième édition).

d'une conviction interne ou de l'impératif catégorique, est le maximum concevable auquel peut se hisser une société de production marchande. Mais en dehors de ce maximum il existe également un certain minimum, qui permet à la circulation des marchandises d'avoir lieu sans entrave. Pour réaliser ce minimum il suffit que les propriétaires se comportent *comme s'ils* se reconnaissaient mutuellement en tant que propriétaires. La conduite morale s'oppose ici à la conduite légale qui est caractérisée comme telle, indépendamment des motifs qui l'ont déterminée. Du point de vue juridique il est parfaitement égal que la dette soit remboursée parce que « de toute façon le débiteur serait contraint de payer » ou parce que le débiteur se sent moralement obligé de le faire. L'idée de contrainte extérieure et non seulement cette idée, mais aussi l'organisation de la contrainte extérieure, sont des aspects essentiels de la forme juridique. Lorsque le rapport juridique peut être construit de manière purement théorique comme l'envers du rapport d'échange, sa réalisation pratique exige alors la présence de modèles généraux plus ou moins fixés, une casuistique élaborée et finalement une organisation particulière qui applique ces modèles aux cas particuliers et qui garantit l'exécution contraignante des décisions. Ces besoins sont le mieux satisfaits par le pouvoir d'Etat, bien que le rapport juridique se réalise souvent aussi sans son intervention grâce au droit coutumier, à l'arbitrage volontaire, à la justice personnelle.

Là où la fonction de contrainte n'est pas organisée et ne dispose pas d'un appareil particulier situé au-dessus des parties, elle apparaît sous la forme de la soi-disant « réciprocité »; ce principe de réciprocité représente dans les conditions de l'équilibre des forces jusqu'à nos jours le seul et, il faut bien le dire, très précaire fondement du droit international.

D'autre part l'exigence juridique, à l'opposé de l'exigence morale, n'apparaît pas sous la forme d'une « voix intérieure », mais comme une exigence extérieure procédant d'un sujet concret qui est aussi en règle générale le porteur d'un intérêt matériel correspondant (11).

(11) Il en est ainsi dans le droit privé, qui est le prototype de la forme juridique en général. « Les exigences juridiques » qui proviennent des organes du pouvoir public, et derrière lesquelles ne se trouve aucun intérêt privé, ne sont que la configuration juridique des réalités de la vie politique. Le caractère de cette configuration est différent suivant les circonstances; c'est pourquoi la conception juridique de l'Etat tombe irrémédiablement dans le pluralisme juridique. Lorsque le pouvoir d'Etat est représenté comme l'incarnation d'une règle objective située au-dessus des sujets-parties, il fusionne pour ainsi dire avec la norme et devient au plus haut point imper-

C'est pourquoi l'accomplissement du devoir juridique est étranger à tous les éléments subjectifs du côté de l'obligé et revêt la forme externe, presque objective de *l'accomplissement d'une exigence*. Le concept d'obligation juridique lui-même devient ainsi très problématique. Si l'on est tout à fait conséquent il faut dire de manière générale — comme le fait Binder dans *Rechtsnorm und Rechtspflicht* — qu'une obligation juridique n'a rien de commun avec le « devoir », mais n'existe juridiquement qu'à titre de « responsabilité »; « être obligé » ne signifie rien de plus que « répondre sur ses biens (et dans le droit pénal également sur sa personne) par voie de procès et sous forme d'exécution contraignante » (12).

Les conclusions, paradoxales aux yeux de la plupart des juristes, auxquelles aboutit Binder et qui se laissent exprimer par la courte formule suivante : « le droit n'oblige juridiquement à rien » ne sont en réalité que la continuation conséquente de cette distinction des concepts que Kant avait déjà entreprise. Mais précisément cette délimitation nette de la sphère morale et de la sphère juridique l'une par rapport à l'autre est la source de contradictions insolubles pour la philosophie bourgeoise du droit. Si l'obligation juridique n'a rien de commun avec le devoir moral « intérieur », on ne peut alors en aucune manière distinguer la soumission au droit, de la soumission à la violence comme telle. Mais si l'on admet d'autre part dans le droit le moment du devoir comme la caractéristique essentielle, même avec la nuance objective la plus faible, la notion de droit, comme minimum socialement nécessaire, perd aussitôt son sens. La philosophie bourgeoise du droit s'épuise dans cette contradiction fondamentale, dans cette lutte sans fin avec ses propres prémisses.

Il est en outre intéressant de noter que les contradictions, qui

sonnel et abstrait. L'exigence de l'Etat apparaît comme loi impartiale et désintéressée. Il est dans ce cas presque impossible de concevoir l'Etat comme sujet, tant il est dénué de toute substantialité, tant il est devenu une garantie abstraite des rapports entre des sujets réels, propriétaires de marchandises. Cette conception, comme conception juridique la plus pure de l'Etat, est celle qui est défendue par l'école normative autrichienne, avec Kelsen à sa tête. Dans les rapports internationaux au contraire, l'Etat n'apparaît pas du tout comme l'incarnation d'une norme objective, mais comme le porteur de droits subjectifs, c'est-à-dire avec tous les attributs de la substantialité et de l'intérêt égoïste. L'Etat joue le même rôle quand il intervient à titre de fisc, de partie dans un litige juridique avec des personnes privées. Entre ces deux conceptions il peut y avoir de nombreuses formes intermédiaires et hybrides.

(12) J. BINDER, *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, Leipzig, 1916

sont au fond identiques, apparaissent sous deux formes différentes suivant qu'il s'agit du rapport entre le droit et la moralité ou du rapport entre l'Etat et le droit. Dans le premier cas, quand est affirmée l'autonomie du droit par rapport à la moralité, le droit se confond avec l'Etat en raison de la forte accentuation du moment de la contrainte externe. Dans le deuxième cas, lorsque le droit est opposé à l'Etat, c'est-à-dire à la domination de fait, le moment du devoir entre inévitablement en scène au sens du terme allemand de *sollen* (et non pas de *müssen*) et nous avons alors si l'on peut dire, un front unique du droit et de la moralité.

La tentative du professeur Petražickij pour trouver dans le droit un impératif qui serait absolu, c'est-à-dire éthique, et qui se différencierait en même temps de l'impératif moral, est restée sans succès (13). Comme on sait, le professeur Petražickij construit la catégorie du devoir juridique comme un devoir qui incombe à un sujet confronté à d'autres sujets qui peuvent en réclamer l'exécution. L'obligation morale par contre ne prescrit, selon lui, qu'une conduite déterminée, mais n'accorde pas aux tierces personnes le droit d'exiger ce qui leur est dévolu.

Le droit a par conséquent un caractère bilatéral impératif-attributif (tandis que la morale a un caractère uniquement obligatoire ou impératif. Le professeur Petražickij, s'appuyant sur des observations personnelles, nous assure qu'il peut distinguer sans peine l'obligation juridique qui l'engage à rembourser à un créancier la somme empruntée, de l'obligation morale qui l'engage à faire l'aumône à un pauvre. Mais il ressort que cette capacité de distinguer clairement les choses appartient exclusivement au professeur Petražickij. Car d'autres, tel le professeur Trubečkoj par exemple, nous assurent que l'obligation de faire l'aumône à un pauvre est du point de vue psychologique aussi liée à ce dernier que l'obligation de rembourser ses dettes l'est au créancier (14). (Une thèse qui, soit dit en passant, n'est pas désavantageuse pour le pauvre, mais qui devrait apparaître très contestable aux yeux du créancier.) Le professeur Rejsner par contre est de l'avis que le moment émotionnel d'une obligation établie se réfère entièrement à un pouvoir psychologique. Si chez le professeur Trubečkoj le créancier avec ses prétentions est mis par conséquent au même niveau « psychologiquement » que le pauvre, il est chez le professeur Rejsner ni plus ni moins qu'un supérieur. En d'autres

(13) L. I. PETRAŽICKIJ, *Vvedenie v izučenie prava*, op. cit.

(14) E. TRUBEČKOJ, *Enciklopedija prava (Encyclopédie du droit)*, Moscou, 1903, p. 28.

termes, la contradiction que nous avons relevée sous sa forme logique et systématique comme une contradiction des concepts, apparaît ici comme une contradiction dans les résultats livrés par l'observation personnelle. Mais la signification reste la même. L'obligation juridique ne peut pas trouver de signification autonome en elle-même et oscille éternellement entre deux limites extrêmes : la contrainte externe et le devoir moral « libre ».

Comme toujours, et ici également, la contradiction dans le système logique reflète la contradiction de la vie réelle, c'est-à-dire du milieu social qui a produit la forme même de la morale et du droit. La contradiction entre l'individuel et le social, entre le privé et le public que la philosophie bourgeoise du droit ne peut pas supprimer, malgré tous ses efforts, est le fondement réel de la société bourgeoise même, en tant que société de producteurs de marchandises. Cette contradiction est ici incarnée dans les rapports réels des hommes qui ne peuvent considérer leurs activités privées comme activités sociales que sous la forme absurde et mystifiée de la valeur marchande.

CHAPITRE VII

DROIT ET VIOLATION DU DROIT

La *Russkaja Pravda*, qui est le monument juridique le plus ancien de la période de Kiev de notre histoire, ne contient, en tout et pour tout, sur 43 articles (de la « liste académique ») que deux qui ne se réfèrent pas à des infractions au droit pénal ou au droit civil. Tous les autres articles définissent, soit des sanctions, soit des règles de procédure qui doivent être appliquées en cas de violation du droit. Dans un cas comme dans l'autre par conséquent on présuppose une violation de la norme (1).

Les soi-disant « loi barbares » des tribus allemandes offrent le même tableau. Ainsi par exemple sur les 408 articles de la loi Salique, 65 seulement n'ont pas de caractère répressif. Le plus vieux monument du droit romain, les lois des Douze Tables, commence par la règle qui concerne l'assignation judiciaire : « *si in jus vocat, ni it, antestamino igitur in capito* » (2). Le célèbre historien du droit Maine dit dans son livre *Ancient Law* : « En règle générale plus un code est vieux, plus la partie pénale est détaillée et complète » (3).

La non-soumission à la norme, la violation de la norme, l'éclatement de la forme normale des rapports et les conflits qui en résultent constituent le point de départ et le contenu principal

(1) Il est à peine nécessaire de mentionner ici le fait qu'à ce stade primitif du développement le soi-disant « délit » criminel et le « délit » civil ne se distinguaient pas encore l'un de l'autre. Le concept dominant était celui de dommage exigeant la réparation : le vol, le pillage, le meurtre, le non-remboursement d'une dette étaient indistinctement considérés comme des motifs permettant à l'individu lésé de porter plainte et d'obtenir réparation sous la forme d'une amende.

(2) *XII tablic.* éd. Nikol'skij, 1897, p. 1.

(3) Summer MAINE, *op. cit.*, p. 288.

de la législation archaïque. Le normal, par contre, n'est pas fixé comme tel au début; il n'existe pas tout simplement. Le besoin de fixer et de déterminer de manière précise l'étendue et le contenu des droits et des devoirs réciproques ne surgit que là où l'existence calme et paisible est troublée. De ce point de vue Bentham a raison de dire que la loi crée le droit en créant le délit. Le rapport juridique acquiert historiquement son caractère spécifique surtout en relation avec la violation du droit. Le concept de vol apparaît plus tôt que le concept de propriété. Les rapports dérivant du prêt sont déterminés dans les cas où le débiteur ne veut pas rembourser : « lorsque quelqu'un réclame à un autre une dette, mais que celui-ci nie », etc. (4).

La signification originelle du mot *Pactum* (pacte) n'est absolument pas celle de contrat en général, mais est dérivée de *pax* (paix), c'est-à-dire représente le règlement à l'amiable d'une contestation : le pacte met fin au différend (5).

Si par conséquent le droit privé reflète le plus directement les conditions générales de l'existence de la forme juridique comme telle, le droit pénal représente alors la sphère où le rapport juridique atteint la plus grande tension. Le moment juridique se détache ici en premier et le plus nettement des pratiques coutumières et devient totalement indépendant. Dans le procès judiciaire la transformation des actions d'un homme concret en actes d'une partie juridique, c'est-à-dire d'un sujet juridique, apparaît très clairement. Pour distinguer les actions et les volitions quotidiennes des manifestations juridiques de la volonté, le droit antique se servait de formules et de cérémonies solennelles particulières. Le caractère dramatique du procès judiciaire créa de manière sensible une existence juridique particulière à côté du monde réel.

De toutes les sortes de droit c'est précisément le droit pénal qui a le pouvoir de toucher la personne individuelle le plus directement et le plus brutalement. C'est pourquoi aussi le droit pénal a toujours suscité le plus grand intérêt pratique. La loi et la peine qui frappe sa transgression sont en général étroitement liées l'une à l'autre, de telle sorte que le droit pénal joue pour ainsi dire tout simplement le rôle d'un représentant du droit : c'est une partie qui remplace le tout.

L'origine du droit pénal est historiquement liée à la coutume

(4) *Russkaja Pravda*, Accademik Liste, art. 14.

(5) R. IHERING, *Geist des römischen Rechts*, I^{re} partie, trad. russe, 1875, p. 118.

de la vengeance sanglante. Ces deux phénomènes sont indubitablement très proches génétiquement. Mais la vengeance ne devient *réellement vengeance* que parce qu'elle est suivie par l'amende et la peine; ici également ce sont uniquement les stades ultérieurs du développement (comme on peut le remarquer très souvent dans l'histoire de l'humanité) qui rendent compréhensibles les esquisses contenues dans les formes antérieures. Si l'on aborde le même phénomène par l'extrémité opposée, on ne pourra y voir rien de plus que la lutte pour l'existence, c'est-à-dire une réalité purement biologique. Pour les théoriciens du droit pénal qui se limitent à une époque plus tardive la vengeance sanglante coïncide avec le *jus talionis*, c'est-à-dire avec le principe d'une réparation équivalente qui exclut la possibilité d'une vengeance ultérieure lorsque l'offensé ou sa famille se sont vengés. En réalité, comme M. Kovalevskij l'a montré justement, le caractère le plus ancien de la vengeance sanglante était tout autre. Les discordes entre les familles continuaient de génération en génération et toute offense, celle également causée par vengeance, devenait le motif d'une nouvelle vengeance sanglante. L'offensé et sa parenté devenaient à leur tour des offenseurs et le cycle se poursuivait d'une génération à l'autre, souvent jusqu'à l'extermination complète des familles ennemies (6).

La vengeance ne commence à être réglée par la coutume et à se transformer en une réparation d'après la règle du talion « œil pour œil, dent pour dent » que lorsqu'à côté de la vengeance commence à se consolider le système des arrangements ou des réparations en argent. L'idée de l'équivalent, cette première idée purement juridique, trouve à nouveau sa source dans la forme marchande. Le délit peut être considéré comme une variété particulière de la circulation dans laquelle le rapport d'échange, c'est-à-dire le rapport contractuel, est fixé après coup, autrement dit d'après l'action arbitraire de l'une des parties. La proportion entre le délit et la réparation se réduit également à une proportion d'échange. C'est pourquoi Aristote, en parlant de l'égalisation dans l'échange comme d'une variété de justice, y distingue deux types : l'égalisation dans les actions volontaires et l'égalisation dans les actions involontaires, en rangeant les rapports économiques de l'achat, de la vente, du prêt, etc. dans les actions volontaires et les différentes sortes de délits, qui entraînent des sanctions à titre d'équivalents spécifiques, dans les actions involontaires. C'est à

(6) M. KOVALEVSKIJ, *Sovremennyi obyčaj i drevnij zakon (les usages modernes et la loi antique)*, II, Petersbourg et Moscou, 1886, pp. 37-38.

lui également qu'appartient la définition du délit comme contrat conclu contre volonté. La sanction apparaît alors comme un équivalent qui compense les dommages subis par la victime. Cette idée a été également reprise, comme on sait, par Hugo Grotius. Pour naïves que puissent paraître ces constructions à première vue, elles dénotent pourtant une intuition beaucoup plus fine de la forme juridique que les théories éclectiques des juristes modernes. On peut observer très clairement sur les exemples de la vengeance et de la peine par quelles transitions imperceptibles l'organique et le biologique se rattachent au juridique. Cette connexion est encore accentuée par le fait que l'homme n'est pas capable de renoncer à l'interprétation habituelle, c'est-à-dire juridique (ou éthique), des phénomènes de la vie animale. Il attribue sans le vouloir aux actions des animaux une signification qui ne leur est conférée à vrai dire que par l'évolution ultérieure, c'est-à-dire par le développement historique de l'humanité.

L'auto-défense est un des phénomènes les plus naturels de la vie animale, et on la rencontre indifféremment, soit sous forme uniquement de réaction individuelle de l'être vivant, soit sous forme de réaction commune d'une collectivité. Les savants qui étudient la vie des abeilles ont montré que les abeilles qui surveillent l'entrée de la ruche attaquent et piquent toute abeille étrangère si celle-ci tente de pénétrer dans la ruche pour dérober du miel. Mais si une abeille étrangère a déjà pénétré dans la ruche elle est tuée dès qu'elle est découverte. Il n'est pas rare également de trouver dans le monde animal des cas où les réactions sont séparées de l'action qui les provoque par un certain laps de temps. L'animal ne répond pas immédiatement à l'attaque, mais remet son action à plus tard, à un moment plus opportun. L'auto-défense devient ici vengeance au sens le plus vrai du mot. Et comme la vengeance est indissolublement liée pour l'homme moderne à l'idée de réparation équivalente, il n'est pas étonnant que Ferri par exemple soit disposé à admettre l'existence d'un instinct « juridique » chez les animaux (7).

L'idée juridique effectivement, c'est-à-dire l'idée d'équivalence, ne s'exprime nettement et clairement, et ne se réalise objectivement, qu'à ce stade du développement économique où cette forme d'équivalence devient coutumière comme égalisation dans l'échange; en aucun cas par conséquent dans le monde animal, mais seulement dans la société humaine. Il n'est absolument pas

(7) E. FERRI, *Sociologia criminale*, trad. russe avec préface de Drill', vol. II, p. 37.

nécessaire pour cela que la vengeance ait été complètement supplantée par la réparation. Dans les cas précisément où la réparation est repoussée comme quelque chose de déshonorant (une telle conception prédomina longtemps parmi les peuples primitifs) et où l'exécution de la vengeance personnelle est considérée comme un devoir sacré, l'acte même de vengeance revêt une nouvelle nuance qu'il n'avait pas lorsqu'il ne représentait pas encore une alternative : à présent est introduite l'idée qu'il représente la seule réparation adéquate. Le refus de la réparation sous forme d'argent met en évidence en somme le fait que l'effusion de sang est le seul équivalent pour le sang déjà versé. De phénomène purement biologique la vengeance se transforme en une institution juridique dès qu'elle se rattache à la forme de l'échange équivalent, de l'échange mesuré par des valeurs.

Le droit pénal archaïque fait ressortir ce lien de manière particulièrement évidente et grossière en mettant directement sur un pied d'égalité le dommage causé aux biens et le préjudice porté à la personne avec une naïveté à laquelle les époques ultérieures renoncèrent pudiquement. Du point de vue du droit romain ancien il n'y avait rien d'anormal à ce qu'un débiteur insolvable paye ses dettes avec des parties de son corps (*in partes secare*) et qu'un coupable réponde sur ses biens d'une offense physique faite à une personne. L'idée d'arrangement sur la base d'une équivalence apparaît ici dans toute sa nudité et n'est compliquée ou voilée par aucune sorte de moment surajouté. En conséquence, le procès pénal revêt également le caractère d'un contrat commercial. « Nous devons nous représenter ici, dit Ihering, un marché où une des parties propose et l'autre accorde jusqu'à ce qu'elles tombent enfin d'accord. Cela était exprimé par les termes de *pacere*, *pacisci*, *depecisci* et l'accord proprement dit par le terme de *pactum*. C'est ici qu'entre en jeu dans le vieux droit nordique l'office d'un médiateur, choisi par les deux parties, qui détermine le montant de la somme pour l'accommodement (*l'arbiter* au sens romain originaire) » (8).

En ce qui concerne les soi-disant peines publiques, elles furent introduites à l'origine en raison principalement de considérations d'ordre fiscal et elles servirent à alimenter les caisses des représentants du pouvoir. « L'Etat, dit à ce propos Maine, n'exigeait pas du prévenu une amende pour le dommage qu'il était supposé lui avoir causé, mais exigeait seulement une certaine partie de l'indemnité due au plaignant à titre de juste dédomma-

(8) IHERING, *Geist des römischen Rechts*, trad. russe, vol. I, p. 118.

gement pour la perte de temps et pour ses services » (9).

L'histoire russe nous apprend que ce « juste dédommagement pour la perte de temps » était prélevé avec tant de zèle par les princes que d'après le témoignage des chroniques « le territoire russe était dévasté par les guerres et les impositions ». En outre, ce même phénomène de pillage judiciaire peut être observé non seulement dans l'ancienne Russie, mais également dans l'empire de Charlemagne. Aux yeux des anciens princes russes les profits que procuraient les frais de justice ne se distinguaient en rien des sources de revenus ordinaires. Ils les offraient à leurs serviteurs, les répartissaient, etc. On pouvait aussi se soustraire au tribunal du prince en payant une certaine somme (10).

Par ailleurs, à côté de la peine publique comme source de revenu, apparaît très tôt la peine comme moyen pour maintenir la discipline et défendre l'autorité du pouvoir cléricale et militaire. On sait que dans la Rome antique la plupart des délits graves étaient en même temps des délits contre les Dieux (11). Ainsi par exemple une des violations du droit les plus importantes pour le propriétaire foncier, le déplacement malveillant des bornes des champs, était considérée de toute antiquité comme un délit religieux, et la tête du coupable était offerte aux Dieux. La caste des prêtres qui apparaissait comme la gardienne de l'ordre ne poursuivait pas ainsi uniquement un intérêt idéologique, mais aussi un intérêt matériel très solide, car les biens du coupable étaient dans de tels cas confisqués à leur profit. D'autre part, les peines qui étaient infligées par la caste des prêtres à ceux qui portaient préjudice à leurs revenus — en refusant les cérémonies ou les offrandes établies, ou en tentant d'introduire de nouvelles doctrines religieuses, etc. — avaient également un caractère public.

L'influence de l'organisation cléricale, c'est-à-dire de l'Eglise, sur le droit pénal se manifeste en ceci que, bien que la peine continue de conserver le caractère d'un équivalent ou d'une réparation, celle-ci n'est plus liée immédiatement au dommage subi par la victime et n'est plus fondée sur les prétentions de cette

(9) S. MAINE, *op. cit.*, p. 269.

(10) Cf. la *dikaja vira* de la *Russkaja Pravda*.

(11) Comme le serment (*juramentum*) était une partie intégrante indispensable du rapport juridique, (selon Ihering les termes de « s'obliger », de « fonder un droit » et de « jurer » auraient eu longtemps la même signification), le rapport juridique tout entier était placé sous la protection de la religion, car le serment lui-même était un acte religieux et le faux serment ou le parjure étaient des délits religieux (cf. IHERING, *Geist des römischen Rechts*, p. 304.)

dernière, mais acquiert une signification supérieure, abstraite, en tant que châtement divin. L'Eglise veut ainsi associer au moment matériel du dédommagement le motif idéologique de l'expiation (expiatio) et faire ainsi du droit pénal bâti sur le principe de la vengeance privée un moyen efficace de maintien de la discipline publique, c'est-à-dire de la domination de classe. Dans cette perspective les efforts du clergé byzantin pour introduire la peine de mort dans la principauté de Kiev sont révélatrices. Le même but de maintien de la discipline détermine également le caractère des mesures punitives prises par les chefs militaires. Ceux-ci exercent la justice aussi bien sur les peuples assujettis que sur leurs propres soldats en cas de mutineries, de complots ou tout simplement d'indiscipline. La célèbre histoire de Clovis qui brise en deux de ses propres mains la tête d'un guerrier récalcitrant montre le caractère primitif de la justice pénale à l'époque de la naissance des empires barbares germaniques. Aux époques plus reculées cette tâche de maintien de la discipline militaire incombeait à l'assemblée populaire; avec le renforcement et la stabilisation du pouvoir royal cette fonction revint naturellement aux rois et s'identifia bien entendu à la défense de leurs propres privilèges. En ce qui concerne les délits criminels communs, les rois germaniques (tout comme les princes de Kiev) n'y portèrent pendant longtemps qu'un intérêt purement fiscal (12).

Cette situation se modifie avec le développement et la stabilisation des divisions de la société en classes et en états. La naissance d'une hiérarchie ecclésiastique et d'une hiérarchie laïque fait de la protection de leurs privilèges et de la lutte contre les classes inférieures opprimées de la population une tâche prioritaire. La désagrégation de l'économie naturelle et l'intensification consécutive de l'exploitation des paysans, le développement du commerce et l'organisation de l'Etat basé sur la division en états et en classes placent la juridiction pénale devant de tout autres tâches. A cette époque la justice pénale n'est déjà plus pour les détenteurs du pouvoir un simple moyen d'enrichissement, mais un moyen de répression impitoyable et brutale, avant tout des paysans

(12) On sait que dans le vieux droit russe l'expression « se faire justice soi-même » signifiait avant tout que l'on privait le prince des frais de justice qui lui étaient dus. De même dans le code du roi Erik les conciliations privées entre la victime, ou sa parenté, et le criminel étaient strictement interdites si elles devaient priver le roi de la part qui lui était due. Dans le même code cependant l'accusation au nom du roi ou de son magistrat n'était autorisée qu'à titre de rare exception (cf. WILDA : *Strafrecht der Germanen*, 1842, p. 219).

fuyant l'exploitation intolérable des seigneurs et de leur Etat, ainsi que des vagabonds paupérisés, des mendiants, etc. L'appareil de police et d'inquisition commence à occuper une fonction prééminente. Les peines deviennent des moyens soit d'extermination physique, soit de terrorisme. C'est l'époque de la torture, des peines corporelles, des exécutions capitales les plus barbares.

Ainsi s'est constitué progressivement l'amalgame complexe du droit pénal moderne où l'on peut distinguer sans peine les couches historiques qui lui ont donné naissance. Fondamentalement, c'est-à-dire du point de vue purement sociologique, la bourgeoisie assure et maintient sa domination de classe par son système de droit pénal en opprimant les classes exploitées. Sous cet angle ses tribunaux et ses organisations privées « libres » de briseurs de grève poursuivent un seul et même but.

Si l'on considère les choses de ce point de vue, la juridiction pénale n'est qu'un appendice de l'appareil de police et d'instruction. Si les tribunaux de Paris devaient réellement fermer leurs portes pour quelques mois, les seuls à en souffrir seraient les criminels détenus. Mais si les « fameuses » brigades de police de Paris cessaient leur travail, ne serait-ce qu'un jour, le résultat en serait catastrophique.

La juridiction criminelle de l'Etat bourgeois est la terreur de classe organisée qui ne se distingue des soi-disant mesures exceptionnelles utilisées durant la guerre civile que d'un certain degré. Déjà Spencer a indiqué l'analogie complète, l'identité même, des actions défensives dirigées contre les attaques extérieures (guerre) et des réactions dirigées contre ceux qui troublent l'ordre interne de l'Etat (défense judiciaire ou juridique) (13). Le fait que les mesures du premier type, c'est-à-dire les mesures pénales, soient utilisées *principalement* contre des éléments déclassés de la société et les mesures du deuxième type *principalement* contre les militants les plus actifs d'une classe nouvelle qui est sur le point de s'emparer du pouvoir, ne change pas plus la nature fondamentale des choses que la régularité et la complication plus ou moins grandes de la procédure employée. On ne peut comprendre le sens véritable de la pratique pénale de l'Etat de classe que si l'on part de sa nature antagoniste. Les théories du droit pénal qui déduisent les principes de la politique pénale des intérêts de la Société dans son ensemble sont des déformations conscientes ou inconscientes de la réalité. « La Société dans son ensemble » n'existe que dans l'imagination des juristes; il n'existe en fait que des classes qui

(13) H. SPENCER, *Principles of Sociology*, 1876, trad. russe, 1883, p. 659.

ont des intérêts opposés, contradictoires. Tout système historique déterminé de politique pénale porte la marque des intérêts de la classe qui l'a réalisé. Le seigneur féodal faisait exécuter les paysans insoumis et les citadins qui s'opposaient à sa domination. Les villes alliées pendaient les chevaliers pillards et détruisaient leurs châteaux. Au Moyen Age tout individu qui voulait exercer un métier sans être membre de la corporation était considéré comme violant la loi; la bourgeoisie capitaliste, à peine était-elle née, déclara délictueux les efforts des ouvriers pour se grouper dans des associations.

L'intérêt de classe imprime ainsi à chaque système pénal la marque de la concrétisation historique. En ce qui concerne en particulier les méthodes mêmes de la politique pénale, il est courant de faire ressortir les grands progrès accomplis par la société bourgeoise depuis l'époque de Beccaria et de Howard dans l'adoption de peines plus humaines : abolition de la torture, des peines corporelles et des peines infâmantes, des exécutions capitales barbares, etc. Tout cela représente sans aucun doute un grand progrès. Mais il ne faut pas oublier que l'abolition des peines corporelles ne s'est pas réalisée partout. En Angleterre la fustigation est autorisée, jusqu'à 25 coups de verges pour les mineurs de moins de 16 ans, jusqu'à 150 coups pour les adultes, pour punir le vol et la rapine. Le chat à neuf queues est utilisé en Angleterre pour les marins. En France, le châtiment corporel est appliqué comme sanction disciplinaire aux détenus des pénitenciers (14). En Amérique, dans deux Etats de l'Union, on mutilé les criminels en leur faisant subir l'émascation. Le Danemark a introduit en 1905 pour une série de délits les châtiments corporels de la trique et de la corde goudronnée. Plus récemment encore la chute de la république soviétique en Hongrie fut célébrée, entre autres, par l'introduction de la fustigation appliquée aux adultes pour toute une série de délits contre la personne et contre la propriété (15). Il faut noter en outre que les dernières décennies du XIX^e siècle et les premières décennies du XX^e siècle ont vu naître précisément dans un certain nombre d'Etats bourgeois une tendance caractéristique à la restauration des peines afflictives, cruelles et infâmantes. L'humanisme de la bourgeoisie cède la place aux appels à la sévérité et à une plus large application de la peine de mort.

Selon Kautsky cela s'expliquerait par le fait que la bourgeoisie avait une attitude pacifiste et humanitaire à la fin du XVIII^e siècle

(14) I. J. FOJNICKIJ, *Učenie o nakazanii (Théorie de la peine)*, p. 15.

(15) Cf. *Deutsche Strafrechtszeitung*, 1920, n^o 11 et 12.

et au début du XIX^e siècle, c'est-à-dire jusqu'à l'introduction du service militaire obligatoire, parce qu'elle ne servait pas dans l'armée. Il est très douteux que cela soit la raison fondamentale. La transformation de la bourgeoisie en une classe réactionnaire qui a peur de la montée du mouvement ouvrier, ainsi que sa politique coloniale, qui a été de tout temps une école de cruauté, ont été des causes plus importantes.

Seule la disparition complète des classes permettra de créer un système pénal d'où sera exclu tout élément antagoniste. La question se pose toutefois de savoir si dans de telles circonstances un tel système pénal sera encore nécessaire. Si la pratique pénale du pouvoir d'État est dans son *contenu* et son *caractère* un instrument de défense de la domination de classe, elle apparaît dans sa *forme* comme un élément de la superstructure juridique et s'intègre dans le système juridique comme l'une de ses branches. Nous avons montré précédemment que la lutte ouverte pour l'existence revêt avec l'introduction du principe d'équivalence une forme juridique. L'acte de défense légitime perd son caractère de simple acte de défense légitime et devient une forme d'échange, un mode particulier de circulation qui trouve sa place à côté de la circulation commerciale « normale ». Les délits et les peines deviennent ainsi ce qu'ils sont, c'est-à-dire revêtent un caractère juridique, sur la base d'un contrat de rachat. Tant que se conserve cette forme, la lutte de classe s'accomplit à travers la jurisprudence. Inversement la dénomination même de « droit pénal » perd toute signification si ce principe de rapport d'équivalence disparaît.

Le droit pénal est ainsi une partie intégrante de la superstructure juridique dans la mesure où il incarne une variété de cette forme fondamentale à laquelle la société moderne est soumise : la forme de l'échange d'équivalents avec toutes ses conséquences. La réalisation de ces rapports d'échange dans le droit pénal est un aspect de la réalisation de l'État de droit comme forme idéale des rapports entre les producteurs de marchandises indépendants et égaux qui se rencontrent sur le marché. Mais comme les rapports sociaux ne se limitent pas aux rapports juridiques abstraits de propriétaires de marchandises abstraits, la juridiction pénale n'est pas seulement une incarnation de la forme juridique abstraite, mais aussi une arme immédiate dans la lutte des classes. Plus cette lutte se fait aiguë et acharnée et plus la domination de classe a des difficultés à se réaliser à l'intérieur de la forme juridique. Dans ce cas le tribunal « impartial » avec ses garanties juridiques est refoulé par une organisation de la violence

de classe directe, dont les actions sont guidées exclusivement par des considérations d'opportunité politique.

Si l'on considère la société bourgeoise dans son essence comme une société de propriétaires de marchandises, il faut supposer *a priori* que son droit pénal est juridique au plus haut point, au sens précisé plus haut. Or il semble que nous nous heurtions ici dès le début à différentes difficultés. La première consiste en ceci que le droit pénal moderne ne part pas *a priori* du dommage subi par la partie lésée, mais de la violation de la norme établie par l'État. Mais si la partie lésée avec ses prétentions passe au second plan, on peut se demander où se situe alors la forme de l'équivalence. Néanmoins la partie lésée ne disparaît pas entièrement, même si elle reste au second plan : elle représente au contraire le fond de l'action en cours. L'abstraction de l'intérêt public lésé s'appuie sur la figure tout à fait réelle de la partie lésée qui participe au procès, soit en personne soit par l'intermédiaire d'un représentant, en donnant ainsi à ce procès une signification vivante (16).

Cette abstraction par ailleurs trouve une incarnation réelle en la personne du procureur public, même dans les cas où il n'y a pas réellement de victimes et où c'est la loi uniquement qui « proteste ». Ce dédoublement par lequel le même pouvoir d'État apparaît aussi bien dans le rôle de partie judiciaire (procureur) que dans le rôle de juge montre que le procès pénal comme forme juridique est inséparable de la figure de la victime exigeant « réparation » et par conséquent de la forme plus générale du contrat. Le procureur public réclame, comme il convient à une « partie », un prix « élevé », c'est-à-dire une peine sévère. L'inculpé sollicite l'indulgence, « une réduction », et le tribunal se prononce « en toute équité ». Si l'on rejette totalement cette forme de contrat, on enlève au procès pénal toute son « âme juridique ». Imaginons-nous un instant que le tribunal ne s'occupe en fait que de la manière dont les conditions de vie de l'accusé pourraient être transformées de manière à l'amender ou à protéger la société, et toute la signification du terme même de « peine » se volatiliserait aussitôt. Cela ne signifie pas que toute la procédure pénale et la procédure d'exécution soient totalement privées des éléments simples et compréhensibles mentionnés plus haut; nous voulons simplement montrer que cette procédure contient des particularités qui ne se laissent pas épuiser par les considérations claires et simples

(16) La satisfaction donnée à la partie lésée est considérée de nos jours comme un des buts de la peine (cf. F. V. LIST, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1905, paragraphe 15).

sur la finalité sociale, mais représentent un moment irrationnel, mystificateur et absurde. Nous voulons montrer également que ce moment précisément est le moment spécifiquement juridique.

Il existe encore une autre difficulté. Le droit pénal archaïque ne connut que le concept de dommage. Les notions de faute et de culpabilité qui occupent dans le droit pénal moderne une place si importante manquèrent totalement à ce stade de développement. L'acte prémédité, l'acte par imprudence et l'acte fortuit étaient évalués exclusivement d'après leurs conséquences. Les coutumes des Francs saliens et des Ossètes actuels se situent sous cet angle au même niveau de développement. Ces derniers ne font par exemple aucune espèce de différence entre une mort provoquée intentionnellement par un coup de poignard et une mort occasionnée par une chute de pierre en montagne à la suite d'un faux pas d'un taureau (17).

Comme on voit il ne s'ensuit absolument pas que le concept de responsabilité ait été étranger en soi au droit antique. Mais il était alors déterminé différemment. Dans le droit pénal moderne nous avons affaire, conformément à l'individualisme radical de la société bourgeoise, au concept d'une responsabilité strictement personnelle. Le droit antique était au contraire pénétré du principe de la responsabilité collective. On punissait les enfants pour les fautes de leurs pères et la *gens* était responsable de chacun de ses membres. La société bourgeoise par contre dissout tous les liens primitifs et organiques préexistants entre les individus. Elle proclame le principe : « chacun pour soi » et le réalise dans tous les domaines — y compris également dans le droit pénal — de façon tout à fait conséquente. De plus, le droit pénal moderne a introduit dans le concept de responsabilité un moment psychologique en donnant ainsi à ce concept une grande souplesse; il y a distingué plusieurs niveaux : responsabilité pour une conséquence prévue (préméditation) et responsabilité pour une conséquence imprévue, mais prévisible (acte par imprudence). Enfin elle construisit le concept de non-imputabilité, c'est-à-dire d'absence totale de responsabilité. L'introduction du moment psychologique dans le concept de responsabilité signifiait évidemment la rationalisation de la lutte contre la criminalité. C'est sur la base uniquement de la

(17) Lorsqu'un animal d'un troupeau de moutons, de bœufs, de chevaux fait tomber une pierre de la montagne, lit-on dans les coutumes écrites des Ossètes, et que cette pierre blesse ou tue un passant, les parents du blessé ou du mort poursuivent de leur vengeance sanglante le propriétaire de l'animal de la même manière que si la mort avait été donnée intentionnellement, ou alors ils exigent de lui le prix du sang. (Cf. KOVALEVSKIJ, *Sovremennyj obyčaj i drevnij zakon*, op. cit., II, p. 105).

distinction entre les actions incriminables et les actions non incriminables qu'a pu être construite une théorie des mesures préventives particulières et générales. Dans la mesure cependant où le rapport entre le délinquant et l'autorité pénale est construit comme un rapport juridique et se déroule sous la forme d'un procès judiciaire, ce nouveau moment n'exclut absolument pas le principe de la réparation équivalente, mais crée au contraire une nouvelle base pour son application. Que signifient ces distinctions de degré dans la responsabilité si ce n'est la différenciation des conditions d'un futur contrat judiciaire ? Une telle graduation de la responsabilité est un des fondements de l'échelle des peines, est un moment nouveau, idéal ou psychologique si l'on veut, qui s'ajoute au moment matériel du dommage et au moment objectif de l'acte pour constituer avec eux le fondement de la détermination proportionnelle de la peine. L'acte prémédité comporte la responsabilité la plus lourde et réclame par conséquent aussi la peine la plus sévère, toutes circonstances égales par ailleurs; l'acte par imprudence comporte une responsabilité moins grande et réclame une peine plus légère, toutes conditions égales par ailleurs; enfin en cas d'absence de responsabilité (l'auteur est non-incriminable), la peine n'est pas prononcée. Si on remplace les mesures pénales par la thérapeutique, c'est-à-dire par un concept médical et hygiéniste, on arrive à des résultats totalement différents. Dans ce cas en effet ce ne sera pas la proportionnalité de la peine qui nous intéressera surtout, mais la question de savoir si les mesures employées *correspondent* au but fixé, c'est-à-dire si elles permettent de protéger la société et d'agir sur le délinquant, etc. De ce point de vue il peut arriver facilement que le rapport soit tout à fait inversé : que dans le cas précisément d'une responsabilité atténuée les mesures les plus intensives et les plus longues soient nécessaires.

L'idée de responsabilité est indispensable si la peine se présente comme un moyen de réparation. Le délinquant répond sur sa liberté du délit commis et il en répond par un quantum qui est *proportionné* à la gravité de son acte. Cette notion de responsabilité est tout à fait superflue là où la peine a perdu son caractère d'équivalence. Mais s'il n'existe effectivement plus de trace du principe d'équivalence, la peine cesse en général d'être une peine au sens juridique du terme.

Le concept juridique de culpabilité n'est pas un concept scientifique car il mène directement aux contradictions de l'indéterminisme. Du point de vue de l'enchaînement des causes qui déterminent un événement quelconque il n'y a pas la moindre raison de privilégier tel chaînon causal plutôt que tel autre. Les actions d'un

homme psychiquement anormal (irresponsable) sont tout autant déterminées par une série de causes (hérédité, conditions de vie, milieu, etc.) que les actions d'un homme tout à fait normal (entièrement responsable). Il est intéressant de noter que la peine appliquée sous la forme de mesure pédagogique (c'est-à-dire sans référence à la notion d'équivalence), n'est absolument pas liée aux considérations sur l'imputabilité, la liberté de choix, etc. et qu'elle ne les nécessite même pas, La rationalité de la peine (nous parlons ici évidemment de la rationalité au sens le plus général, indépendamment de la forme, de la clémence ou de la sévérité de la peine), est déterminée en pédagogie exclusivement par la capacité pour un individu de saisir suffisamment le lien existant entre ses propres actions et leurs conséquences désagréables et de s'en souvenir. Les personnes que la loi pénale considère comme non-responsables de leurs propres actions, c'est-à-dire les très jeunes enfants, les anormaux psychiques, etc. sont également imputables sous cet angle, c'est-à-dire influençables dans un sens déterminé (18).

La peine proportionnée à la culpabilité représente fondamentalement la même forme que la réparation proportionnée au dommage. C'est l'expression arithmétique surtout qui caractérise la rigueur de la sentence : tant et tant de jours, de mois, etc. de privation de liberté, amende de tel ou tel montant, perte de tels ou tels droits, etc. La privation de liberté pour une durée déterminée par la sentence du tribunal est la forme spécifique dans laquelle le droit pénal moderne, c'est-à-dire bourgeois-capitaliste, réalise le principe de réparation équivalente. Cette forme est inconsciemment, mais profondément, liée à la représentation de l'homme abstrait et du travail humain abstrait mesurable par le temps. Ce n'est pas par hasard si cette forme de peine s'est introduite et fut considérée comme naturelle au XIX^e siècle précisément, c'est-à-dire à une époque où la bourgeoisie a pu développer et affirmer toutes ses caractéristiques. Les prisons et les cachots existaient également dans l'Antiquité et au Moyen Âge au côté d'autres moyens

(18) Le célèbre psychiatre Kraepelin affirme « qu'un travail pédagogique parmi les aliénés, tel qu'il est réalisé en fait avec un grand succès serait naturellement impensable si tous les aliénés qui ne sont pas touchés par la loi pénale étaient effectivement privés de la liberté d'auto-détermination au sens voulu par le législateur » (E. KRAEPELIN, *Die Abschaffung des Strafmasses*, 1880, p. 13). Bien entendu l'auteur fait ici une réserve en disant qu'il ne faut pas croire qu'il a l'intention de proposer la responsabilité pénale pour les aliénés. Pourtant ces considérations montrent avec suffisamment de clarté que le droit pénal n'utilise pas le concept d'imputabilité comme condition de la culpabilité au seul sens correct défini par la psychologie scientifique et la pédagogie.

d'exercice de la violence physique. Mais les individus y étaient généralement détenus jusqu'à leur mort ou jusqu'à ce qu'ils puissent payer leur rançon.

Pour que l'idée de la possibilité de réparer le délit par un quantum de liberté ait pu naître, il a fallu que toutes les formes concrètes de la richesse sociale aient été réduites à la forme la plus abstraite et la plus simple, au travail humain mesuré par le temps. Nous avons ici encore indubitablement un exemple d'interaction entre les différents aspects de la culture. Le capitalisme industriel, la Déclaration des Droits de l'Homme, l'économie politique de Ricardo et le système de la détention temporaire sont des phénomènes qui appartiennent à une seule et même époque historique.

Si le caractère d'équivalence de la peine, sous sa forme grossière, brutale, matériellement sensible de préjudice physique ou de rançon, conserve, précisément à cause de cette brutalité, sa signification élémentaire, accessible à tout le monde, il perd en revanche sous sa forme abstraite de privation de liberté pour une durée déterminée cette signification évidente, bien qu'on ait coutume ici également de caractériser la peine comme *proportionnée* à la gravité de l'acte. C'est pourquoi aussi beaucoup de théoriciens du droit pénal, particulièrement ceux qui se prétendent progressistes, s'efforcent tout naturellement de supprimer totalement ce moment de l'équivalence comme devenu manifestement absurde et concentrent leur attention sur les buts rationnels de la peine. L'erreur de ces criminalistes progressistes est de croire qu'ils sont en présence uniquement —, en critiquant les soit-disant théories absolues du droit pénal —, de conceptions fausses, d'égarements de la pensée qui peuvent être réfutés par la seule critique théorique. En réalité, cette forme absurde d'équivalence n'est pas une conséquence de l'égarement de quelques criminalistes, mais une conséquence des rapports matériels de la société de production marchande dont elle se nourrit. La contradiction entre les buts rationnels de la protection de la société ou de la rééducation du délinquant et le principe de la réparation équivalente n'existe pas seulement dans les livres et les théories, mais aussi dans la vie elle-même, dans la pratique judiciaire, dans la structure de la société elle-même. De même, la contradiction entre les rapports réciproques que les hommes comme tels entretiennent dans le travail et la forme d'expression absurde de ces rapports, la valeur marchande, réside non pas dans les livres et les théories, mais dans la pratique sociale elle-même. Pour le démontrer il suffira de s'arrêter à quelques moments. Si dans la vie sociale la peine était

effectivement considérée du point de vue de son *but* uniquement, l'exécution même de la peine et particulièrement ses résultats devraient provoquer le plus grand intérêt. Personne pourtant ne voudra contester le fait que le centre de gravité du procès pénal se situe dans l'énorme majorité des cas à l'intérieur de la salle d'audience et à l'instant même où la sentence est prononcée. L'intérêt porté aux méthodes d'action de longue haleine sur le délinquant est insignifiant en comparaison de l'intérêt suscité par l'instant impressionnant où est prononcée la sentence et déterminée la « mesure pénale ». Les questions de la réforme pénitentiaire n'agitent qu'un petit cercle de spécialistes. La question par contre qui pour le public se trouve au centre de l'attention est celle de savoir si la sentence correspond à la gravité du délit. Pour l'opinion publique, lorsque le tribunal a déterminé correctement l'équivalent, tout est pour ainsi dire réglé et le destin ultérieur du délinquant n'intéresse presque plus personne. « L'exécution de la sentence dit Krohne, l'un des spécialistes les plus connus en ce domaine, est le point délicat dans la pratique du droit pénal », c'est-à-dire est relativement négligé. « Si vous avez, poursuit-il, les meilleures lois, les meilleurs juges, les meilleures sentences et si les fonctionnaires chargés de l'exécution des peines sont incapables, vous pouvez alors jeter les lois à la corbeille et brûler les sentences » (19).

Mais la prédominance du principe de réparation équivalente ne se manifeste pas seulement dans ce partage de l'attention publique. Elle se manifeste aussi grossièrement dans la pratique judiciaire elle-même. A quel fondement se réfèrent en fait les sentences citées par Aschaffenburg dans son livre *Das Verbrechen und seine Bekämpfung*? Prenons ici deux exemples seulement parmi tant d'autres : un délinquant récidiviste qui a déjà été condamné 22 fois pour faux, vol, escroquerie, etc., est condamné pour la 23^e fois à 24 jours de prison pour outrage à fonctionnaire. Un autre, qui a passé en tout 13 ans en pénitencier et en prison, 16 fois condamné déjà pour vol et escroquerie, est condamné pour la 17^e fois à 4 mois de prison pour escroquerie. Dans ces cas on ne peut manifestement parler ni d'une fonction de défense, ni d'une fonction de rééducation. C'est le principe formel de l'équivalence qui triomphe ici : à culpabilité égale, peine égale (20). D'ailleurs qu'aurait pu faire d'autre le tribunal ? Il ne peut pas espérer amé-

(19) Cité par G. ASCHAFFENBURG, *Das Verbrechen und seine Bekämpfung*, Heidelberg, 1906, p. 216.

(20) Cette absurdité n'est autre que le triomphe de l'idée juridique car le droit est précisément l'application d'une mesure égale et rien de plus.

liorer en 3 semaines de détention un récidiviste impénitent, mais il ne peut pas non plus enfermer toute sa vie le sujet en question pour simple outrage à fonctionnaire. Il ne lui reste plus qu'à faire payer le délinquant avec de la menue monnaie (quelques semaines de privation de liberté). Par ailleurs, la justice bourgeoise veille soigneusement à ce que le contrat avec le délinquant soit conclu dans toutes les règles de l'art, c'est-à-dire à ce que chacun puisse se convaincre et contrôler que le paiement a été équitablement déterminé (publicité de la procédure judiciaire), que le délinquant a librement pu négocier sa liberté (procès sous forme de débats) et a pu utiliser les services d'un courtier judiciaire averti (admission d'avocats de la défense), etc. En un mot les rapports de l'Etat et du délinquant se situent tout à fait dans le cadre d'une affaire commerciale loyale. C'est en cela que consistent précisément les garanties de procédure pénale.

Le délinquant doit par conséquent savoir à l'avance de quoi il répond et ce qu'il encourt : *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Qu'est-ce que cela signifie ? Faut-il que chaque délinquant en puissance soit exactement informé des méthodes de correction qui lui seront appliquées ? Non, la chose est beaucoup plus simple et plus brutale. Il doit savoir quel quantum de liberté il devra payer en conséquence du contrat conclu devant le tribunal. Il doit connaître à l'avance les conditions sur la base desquelles il devra s'acquitter. Tel est le sens des codes pénaux et des procédures pénales.

Il ne faut pas s'imaginer que dans le droit pénal régnait initialement la fausse théorie de la réparation et que celle-ci fut ensuite supplantée par le juste point de vue de la défense de la société. Il ne faut pas croire que le développement s'est déroulé uniquement sur le plan des idées. En réalité la politique pénale, aussi bien avant qu'après l'apparition de la tendance sociologique et anthropologique en criminologie, avait un contenu de défense sociale (ou plus exactement de défense de la classe dominante). Mais à côté de cela elle contenait, et contient, des éléments qui ne proviennent pas de cette finalité technique et qui ainsi ne permettent pas à la procédure pénale de s'exprimer *entièrement* sous la forme rationnelle et non mystifiée de règles techniques sociales. Ces éléments dont l'origine doit être recherchée non dans la politique pénale comme telle, mais beaucoup plus profondément, donnent aux abstractions juridiques du délit et de la peine leur réalité concrète et leur confèrent une signification pratique dans le cadre de la société bourgeoise, malgré tous les efforts contraires de la critique théorique.

Un représentant notoire de l'école sociologique, van Hammel,

déclara au congrès de Hambourg des criminalistes en 1905 que les trois principaux obstacles qui se dressaient devant la criminologie moderne étaient les trois concepts de culpabilité, de délit et de peine. Lorsqu'on se sera débarrassé de ces trois concepts, ajouta-t-il, tout ira mieux. On peut rétorquer à cela que les formes de la conscience bourgeoise ne se laisseront pas supprimer uniquement par une critique idéologique, car elles constituent un tout avec les rapports matériels qu'elles expriment. La seule voie pour dissiper ces apparences devenues réalité est celle de l'abolition pratique de ces rapports, c'est-à-dire la lutte révolutionnaire du prolétariat et la réalisation du socialisme.

Il ne suffit pas de présenter le concept de culpabilité comme un préjugé pour pouvoir introduire aussitôt dans la pratique une politique pénale qui rende effectivement superflu ce concept. Tant que la forme marchande et la forme juridique qui en découle continueront à imprimer à la société leur marque, l'idée absurde au fond, c'est-à-dire du point de vue non juridique, que la gravité de chaque délit peut être pesée et exprimée en mois ou en années d'emprisonnement, conservera dans la pratique judiciaire sa force et sa signification réelles.

On peut naturellement éviter de proclamer cette idée sous cette formulation si brutale et choquante, mais cela ne signifie pas encore que l'on échappe ainsi définitivement à son influence dans la pratique. La modification terminologique ne change rien à l'essence de la chose. Le Commissariat du Peuple à la Justice de la R.S.F.S.R. a publié dès 1919 des principes directeurs de droit pénal où est repoussé le principe de la culpabilité comme fondement de la peine et où la peine elle-même est caractérisée non pas comme la réparation d'une faute, mais exclusivement comme une mesure de défense. Le code pénal de la R.S.F.S.R. de 1922 se passe également du concept de culpabilité. Enfin « les principes fondamentaux de la législation pénale de l'Union soviétique » excluent absolument la dénomination de « peine » pour la remplacer par la dénomination suivante : « mesures judiciaires-correctives de défense sociale ».

Une telle modification de la terminologie a indubitablement une certaine valeur démonstrative. Mais la question ne sera pas tranchée de manière satisfaisante par des démonstrations. La transformation de la peine de réparation en mesure adéquate de défense sociale et de rééducation des individus socialement dangereux exige la solution d'une tâche d'organisation énorme qui demeure non seulement en dehors du domaine de l'activité purement judiciaire, mais qui, en cas de succès, rend tout à fait inutiles le procès et la sentence judiciaires. En effet, lorsque cette tâche sera com-

plètement résolue, l'action de rééducation ne sera plus une simple « conséquence juridique » de la sentence qui sanctionne un « délit » quelconque, mais deviendra une fonction sociale tout à fait autonome, de nature médicale et pédagogique. Notre développement va, et ira sans aucun doute encore, en ce sens. Provisoirement cependant, tant qu'il nous faudra encore porter l'accent sur le terme de « judiciaire » en parlant des mesures de défense sociale, tant que les formes matérielles du procès judiciaire et du code pénal subsisteront, la modification de la terminologie demeurera largement une réforme purement formelle. Ce fait ne pouvait naturellement pas échapper à l'attention des juristes qui se sont exprimés sur notre code pénal. Je cite ici uniquement quelques opinions. N. Poljanskij trouve que dans la partie spéciale du code pénal « la négation du concept de culpabilité est purement extérieure » et que « la question de la culpabilité et de ses degrés est soulevée dans la pratique quotidienne de nos tribunaux » (21).

M. Isaev (22) dit que le concept de culpabilité « n'est pas ignoré par le code pénal de 1922 et puisqu'il distingue la préméditation de l'imprudence en opposant ces deux cas, il distingue également la peine de la mesure de défense sociale au sens strict » (23).

Bien entendu, aussi bien le code pénal en soi que la procédure judiciaire pour laquelle il est créé, sont pénétrés de part en part du principe juridique de la réparation équivalente. Qu'est donc en effet la partie générale de tout code pénal (y compris également du nôtre) avec ses concepts de complicité, de coresponsabilité, de tentative, de préparation, etc. sinon une méthode d'évaluation plus précise de la culpabilité ? Que représente la distinction faite entre la préméditation et l'imprudence si ce n'est une graduation de la culpabilité ? Que signifie le concept de non-imputabilité si le concept de culpabilité n'existe pas ? Et finalement à quoi sert toute la partie spéciale du code pénal s'il s'agit simplement de mesures sociales (de classe) de défense ?

Une application conséquente du principe de défense de la société n'exigerait pas la détermination de *corps de délits* distincts (auxquels se rattachent logiquement les *mesures pénales*

(21) N. N. POLJANSKIJ, « Le code pénal de la R.S.F.S.R. et le code pénal allemand », in : *Pravo i Zizn*, 1922, 3.

(22) M. M. ISAEV, « Le code pénal du 1^{er} juin 1922 », in : *Sovetskoe pravo*, 1922, 2.

(23) Cf. aussi TRACHTEROV « La formule de l'irresponsabilité dans le code pénal de la République Soviétique Socialiste d'Ukraine », in : *Vestnik Sovetskoi justicii*, organe du Commissariat du Peuple à la Justice de la République d'Ukraine, n° 5, 1923.

fixées par la loi ou le tribunal) mais une description précise des *symptômes* qui caractérisent l'état socialement dangereux et une élaboration précise des *méthodes* à appliquer à chaque cas particulier pour protéger la société. Le point crucial n'est pas seulement, comme le pensent certains, dans le fait que la mesure de défense sociale est liée dans son application à des moments subjectifs (forme et degré du danger social), alors que la peine repose sur un moment objectif, c'est-à-dire sur un délit concret défini dans la partie spéciale du code pénal (24). Le point crucial réside dans le caractère de ce lien. Il est en effet difficile de séparer la peine de sa base objective parce qu'on ne peut pas rejeter la forme de l'équivalence, sans ôter à la peine sa caractéristique fondamentale. Pourtant c'est seulement le corps de délit concret qui livre une certaine image d'une grandeur mesurable et par conséquent d'un certain genre d'équivalence. On peut contraindre un individu à expier une certaine action, mais il est absurde de le forcer à expier parce que la société le (c'est-à-dire le sujet en question) considère dangereux. C'est pourquoi la peine suppose un corps de délit fixé avec précision, alors que la mesure de défense sociale n'en a pas besoin. L'expiation forcée est une contrainte juridique qui s'exerce sur le sujet à l'intérieur du cadre formel du procès, de la sentence et de son exécution. La contrainte en tant que mesure de défense sociale est un acte de pure opportunité conforme à une fin et peut être déterminée comme telle par des règles techniques. Ces règles peuvent être plus ou moins complexes, suivant que le but est l'élimination mécanique de l'individu dangereux ou son amélioration. Dans chaque cas cependant les buts que s'est fixés elle-même la société trouvent dans ces règles une expression claire et simple. Dans les normes juridiques par contre, qui établissent pour des délits déterminés des peines déterminées, ce but social apparaît sous une forme masquée. L'individu qui est soumis à une action de rééducation est mis dans la situation d'un débiteur qui doit rembourser ses dettes. Ce n'est pas par hasard si le terme « d'exécution » est employé aussi bien pour l'accomplissement forcé des obligations juridiques privées que pour les peines disciplinaires. La même chose exactement est exprimée par le terme de « purger sa peine ». Le délinquant qui a purgé sa peine revient au point de départ, c'est-à-dire à l'existence individualiste dans la société, à la « liberté » de contracter des obligations et de commettre des délits.

Le droit pénal, comme le droit en général, est une forme de

(24) Cf. PIONTKOVSKIJ, « La mesure de défense sociale et le code pénal », in : *Sovetskoe pravo*, n° 3 (6), 1923.

rapports entre des sujets égoïstes isolés, porteurs d'un intérêt privé autonome ou des propriétaires idéels. Les plus avertis des criminalistes bourgeois saisissent très bien ce lien entre le droit pénal et la forme juridique en général, c'est-à-dire les conditions fondamentales sans lesquelles une société de producteurs de marchandises est impensable. C'est pourquoi, aux représentants extrêmes de l'école sociologique et anthropologique qui invitent à mettre *ad acta* les concepts de délit et de culpabilité et à en finir en général avec l'élaboration juridique du droit pénal, ils répondent très raisonnablement ceci : et qu'advient-il dans ce cas du principe de la liberté civile, des garanties de légalité de la procédure, du principe « *nullum crimen sine lege* », etc. ?

Telle est précisément la position de Cubinskij dans sa polémique contre Ferri, Dorado et autres (25). Voici un passage caractéristique : « Tout en appréciant sa (celle de Dorado) belle croyance en l'omnipotence de la science, nous préférons quand même rester sur un terrain solide, c'est-à-dire compter avec l'expérience historique et les faits réels; dans ce cas nous devons reconnaître que ce n'est pas un arbitraire « éclairé et rationnel » (et qu'est-ce qui garantit que cet arbitraire sera précisément tel) qui est souhaitable, mais un ordre juridique solide dont le maintien exige que soit poursuivie son étude *juridique*. »

Les concepts de délit et de peine sont, comme il ressort de ce qui a été dit précédemment, des déterminations nécessaires de la forme juridique, dont on ne pourra se débarrasser que lorsque commencera le dépérissement de la superstructure juridique en général. Et lorsqu'on commencera à dépasser réellement — et non pas seulement dans des déclarations — ces concepts devenus inutiles, ce sera la meilleure preuve que l'horizon borné du droit bourgeois s'élargit enfin devant nous.

(25) Cf. M. CUBINSKIJ, *Kurs ugodovnog prava (cours de droit pénal)*, 1909, pp. 20-33.

TABLE DES MATIÈRES

<i>Présentation</i> , par J.-M. VINCENT	3
<i>En guise d'introduction</i> , par Karl KORSCH	9
<i>Préface à l'édition allemande</i>	23
<i>Préface à la deuxième édition russe</i>	27
<i>Introduction</i>	37
CHAPITRE I. — <i>Les méthodes de construction du concret dans les sciences abstraites</i>	55
CHAPITRE II. — <i>Idéologie et Droit</i>	63
CHAPITRE III. — <i>Rapport et norme</i>	75
CHAPITRE IV. — <i>Marchandise et sujet</i>	99
CHAPITRE V. — <i>Droit et Etat</i>	123
CHAPITRE VI. — <i>Droit et moralité</i>	139
CHAPITRE VII. — <i>Droit et violation du droit</i>	153