

**ETUDES EN PHILOSOPHIE DU DROIT
ESTUDIOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO**

CSABA VARGA

Publications
du Projet sur des Cultures Juridiques Comparées
de la Faculté de Droit de l'Université Loránd Eötvös
à Budapest

(H-1364 Budapest V, Egyetem-tér 1-3)

PHILOSOPHIAE IURIS

redigit

Csaba Varga

ETUDES EN PHILOSOPHIE DU DROIT
ESTUDIOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO

CSABA VARGA

Budapest

1994

ISBN 963 - 462 - 864 - 8

ISSN 1218 - 0610

© Csaba Varga & original builders

For the realisation of the tasks defined in and thanks to the finances granted by
a number of projects, including the ones offered by
EC PHARE and TEMPUS

ETUDES / ESTUDIOS

Documents de Kelsen en Hongrie Hans Kelsen et Julius Moór	3
Notes 5	
[<i>Droit et Société</i> (Paris), (1987) N° 7, pp. 337-332]	
Quelques problèmes de la définition du droit dans la théorie socialiste du droit	10
I. [La question de la définition de la notion du droit] 10 II. [Les débats dans la théorie soviétique] 12 III. [Le résultat] 20 IV. [La notion du droit socialiste et la notion générale du Droit] 24	
[<i>Archives de Philosophie du Droit</i> XII (Paris: Sirey 1967), pp. 189-205]	
Lénine et la création révolutionnaire du droit	27
<i>Révolution et création révolutionnaire du droit</i> 27 1. La question de la généralité 28 2. La question de l'expression formelle 32 3. Consolidation sociale et la question de l'élaboration technique 34 En guise de conclusion: <i>Création révolutionnaire du droit et législation socialiste</i> 36 [Notes] 37	
[<i>Revue internationale de Droit contemporain</i> (Bruxelles), 1982/1, pp. 53-65]	
[Résumé]	40
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XIII (1970) 1, pp. 45-57]	
La séparation des pouvoirs Idéologie et utopie dans la pensée politique	41
[<i>Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae</i> , 27 (1985) 1-2, pp. 243-250]	
Les bases sociales du raisonnement juridique	49
[<i>Logique et Analyse</i> (Louvain), (1971) N°5, 53-54, pp. 171-176 et <i>Le raisonnement juridique</i> publ. Hubert Hubien (Bruxelles: Établissements Émile Bruylant 1971), pp. 171-176]	
Quelques questions méthodologiques de la formation des concepts en sciences juridiques	55
1. Introduction 55 2. La particularité de l'objet des sciences juridiques 56 3. La particularité de la méthodologie des sciences juridiques 58 4. La particularité de la formation des concepts en sciences juridiques: Quelques problèmes 63 4.1. Le concept du droit 64 4.2. Le concept dogmatique du contenu du droit 69 4.3. Le concept de la normativité juridique 71 4.4. Le concept des lacunes en droit 72 5. La particularité de la formation des concepts en sciences juridiques: Quelques conclusions 74 6. La formation des concepts en sciences juridiques et la réalité: Conclusions finales 77 7. Annexe: Des bases d'une classification possible des définitions en sciences juridiques 79	
[<i>Archives de Philosophie du Droit</i> XVIII (Paris: Sirey 1973), pp. 215-241]	

Algunas cuestiones metodológicas de la formación de los conceptos en ciencias jurídicas

82

1. Introducción 82 2. La particularidad del objeto de las ciencias jurídicas 83 3. La particularidad de la metodología de las ciencias jurídicas 85 4. La particularidad de la formación de los conceptos en ciencias jurídicas: Algunos problemas 92 4.1. El concepto del derecho 92 4.2. El concepto dogmático del contenido del derecho 98 4.3. El concepto de la normatividad jurídica 100 4.4. El concepto de las lagunas en derecho 102 5. La particularidad de la formación de los conceptos en ciencias jurídicas: Algunas conclusiones 105 6. La formación de los conceptos en ciencias jurídicas y la realidad: Conclusiones finales 108 7. Anexo: De las bases de una clasificación posible de las definiciones en ciencias jurídicas 110

[(Maracaibo: Instituto de Filosofía del Derecho LUZ 1982) p. 38 (Cuaderno de trabajo 32)]

La question de la rationalité formelle en droit Essai

d'interprétation de l'Ontologie de l'être social de Lukács

114

I. L'objectivation du droit en tant que porteur de la rationalité formelle 114 II. La rationalité formelle et les formes de sa manifestation dans le droit 119 III. Les structures formellement rationalisées et les caractéristiques ontologiques de leur fonctionnement 127 IV. Récapitulation 135

[Archives de Philosophie du Droit 23 (Paris: Sirey 1978), pp. 213-236]

Chose juridique et réification en droit Contribution à la théorie

marxiste sur la base de l'Ontologie de Lukács

138

I. "Ding" ou "Yerdinglichung" dans la philosophie marxiste? 138 II. Chose juridique comme rapport social 142 III. Objectivation et réification comme propriétés essentielles de la vie réelle du droit 149 1. [Objectivation] 150 2. [Réification] 152 3. [Aliénation] 160 IV. Conclusion 163

[Archives de Philosophie du Droit 25 (Paris: Sirey 1980), pp. 385-411]

[Résumé]

164

[Állam- és Jogtudomány, XXI (1978) 1, pp. 61-81]

Teorías macrosociológicas del derecho Panorama y valoración

165

I. Aportaciones de las teorías macrosociológicas del derecho 168 A/ [Derecho y ley positiva] 170 B/ [Relación entre el derecho y el Estado] 174 C/ [El derecho es un proceso social] 176 D/ [El derecho es un complejo] 181 E/ [El derecho como técnica específica de influencia social] 182 F/ [El derecho como un medio alternativo] 187 II. Función de la teorías macrosociológicas en la fundamentación del pensamiento jurídico como ciencia social 191

[Anuario de Filosofía del Derecho, Nueva Epoca V (Madrid 1988), pp. 23-53]

Domaine "externe" et domaine "interne" en droit

196

1. Le "juridique" et le "non-juridique" 196 2. Domaine "externe" et domaine "interne" en tant que groupes de phénomènes 201 3. Domaine "externe" et domaine "interne" en tant que points de références 209 4. Conclusion 213

[Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques (Bruxelles), (1985) N° 14, pp. 25-43]

[Débat]

214

[François Ost Défense et Illustration d'une distinction Droit et Société, (1986) N° 2, pp. 137-139]

Technique juridique

217

[Les sensus du technique juridique] 217 Étymologie 217 Traduction 217 Bibliographie 217 Sur "Technique juridique" 217 7. Droit et technique juridique 219 8. Technique législative] 219 Corrélat 219

[avec József Szájer] [Dictionnaire encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit sous la dir. André-Jean Amaud (Paris: Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence; Bruxelles: E. Story-Scientia 1988), pp. 412-414]

Présomption	220
[Les senses de la présomption] 220 Étymologie 220 Traduction 220 Bibliographie 220	
<i>Sur "Présomption"</i> 220 5. a/ Fonction 221 5. b/ Non-pertinence d'un fondement épistémologique du champ normatif 222 5. c/ La technique de la présomption 222	
Corrélat 222	
[avec <i>István Székely</i>] [<i>Dictionnaire encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit</i> sous la dir. André-Jean Amaud (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence; Bruxelles: E. Story-Scientia 1988), pp. 313-315]	
Fiction	222
[Les senses de la fiction] 222 Étymologie 223 Traduction 223 Bibliographie 223	
<i>Sur "Fiction"</i> 223 6. Présomption et fiction 224 Corrélat 225	
[avec <i>István Székely</i>] [<i>Dictionnaire encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit</i> sous la dir. André-Jean Amaud (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence; Bruxelles: E. Story-Scientia 1988), pp. 157-160]	
La moralité intérieure du droit	226
1. Le droit et la morale comme deux systèmes de normes et la moralité propre du droit 226	
2. Le droit en tant que porteur de valeurs et en tant qu'indication exclusivement extérieure 227	
3. Le crédit moral intérieur et extérieur du législateur 234 4. La moralité intérieure du droit 239 Notes 244	

[*La méthodologie du droit II* (Budapest: Magyar Tudományos Akadémia Állam- és Jogtudományi Intézet 1988), pp. 1-25 (multiplication)]

Reflexiones acerca del Derecho y sua Moralidad Interna	250
1. La ley y las costumbres como dos sistemas de normas y la moralidad interna de la ley 250	
2. La ley como portadora de valores y como un mero indicador externo 251 3. El crédito moral interior y exterior del legislador 257 4. La moralidad interna de la ley 262	
[<i>"H. L. Hart y el Concepto de Derecho"</i> ed. Agustín Squella, <i>Revista de Ciencias Sociales</i> [Valparaíso], 1986, pp. 473-488]	
Le droit en tant qu'histoire	266
1. Les deux conceptions du droit 266 2. Droit et histoire 267 3. Le droit comme histoire 272 4. En guise de résumé: Les deux stratégies du droit 275	
[<i>La modernisation du droit</i> ed. Radomir Lukic (Beograd 1990), pp. 13-24 (Académie serbe des Sciences et des Arts: Colloques scientifiques, vol. LII, Classe des Sciences sociales, No. 11)]	

RESUMES ET COMPTE RENDUS

La question de la définition du droit dans la littérature théorique socialiste des années de '60	281
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XXII (1979) 3, pp. 475-488]	
Les problèmes des préambules et la pratique législative	281
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XIV (1970) 2, pp. 249-307]	
Le préambule Une question de la théorie du droit	282
[<i>Acta Juridica Academiae Scientiae Hungaricae</i> , XII (1971) 1-2, pp. 101-128]	
Préformes de codification dans l'évolution antique du droit	282
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XVII (1974) 1, pp. 83-100]	
Manifestations de codification dans le développement du droit au moyen âge	283
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XVIII (1975) 1, pp. 135-158]	
Tendances de codification à l'époque de l'absolutisme éclairé	283
[<i>Jogtudományi Közlemények</i> , XXXI (1976) 2, pp. 70-80]	
La naissance du type classique de la codification en France	284
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XVII (1974) 3, pp. 457-479]	

Les codes tardifs de la réforme bourgeoise et sa problématique de codification	284
[<i>Jogtudományi Közlöny</i> , XXXII (1977) 6, pp. 320-329]	
Tentatives de codification aux Etats-Unis	285
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XV (1972) 2, pp. 305-329]	
Modernization of Law and Its Codificational Trends in the Afro-Asiatic Legal Development	286
[(Budapest: Institute for World Economics of the Hungarian Academy of Sciences 1976) 45 p. par Gérard Conac <i>Revue Internationale de Droit Comparé</i> , 29 (1977) 4, pp. 861-862]	
La naissance de la codification socialiste à l'Union Soviétique	287
[<i>Jogtudományi Közlöny</i> , XXIX (1974) 10, pp. 559-567]	
La perfection de la codification socialiste	287
[<i>Jogtudományi Közlöny</i> , XXX (1975) 1, pp. 11-20]	
Le déploiement d'un nouveau type, du type socialiste de la codification	287
[<i>Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae</i> , 17 (1975) 1-2, pp. 111-138]	
La notion et l'historicité du phénomène de codification	288
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XVIII (1975) 3, pp. 436-463]	
Illusions dans le développement de l'idée de codification	288
[<i>Jogtudományi Közlöny</i> , XXXI (1976) 8, pp. 434-441]	
Utopies de rationalité dans le développement de l'idée de codification	289
[<i>Law and the Future of Society</i> ed. F. C. Hutley, Eugene Kamenka, Alice Erh-Soon Tay (Wiesbaden: Franz Steiner Verlag 1979), pp. 27-41 (<i>Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie</i> , Beiheft 11)]	
Utopias of rationality in the development of the idea of codification	289
[<i>Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto</i> , LV (1978) 1, pp. 21-38, par Fausto E. Rodríguez <i>Boletino Mexicano de Derecho Comparado</i> , XII (1979) No. 35, pp. 672-673]	
Types de codification dans le développement codificationnel	291
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XIX (1976) 1, pp. 26-54]	
	292
[<i>Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae</i> , 19 (1977) 1-2, pp. 31-54 par María del Refugio González <i>Boletino Mexicano de Derecho Comparado</i> , XII (1979) No. 34, pp. 300-302]	
Le phénomène codificationnel Son essence historique et sa signification actuelle	294
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XX (1977) 4, pp. 568-574]	
La codification en tant que phénomène historico-sociale	294
1. Introduction 295 <i>Première partie: La manifestation historique de l'idée de codification</i> 295 2. Les formes primitives de la codification: l'Antiquité 295 3. Les formes primitives de la codification: l'époque féodale 295 4. L'absolutisme éclairé 296 5. La codification classique: le droit continental 296 6. La codification, dilemme pour le common law 297 7. Aspirations à la codification: les régimes afro-asiatiques 297 8. L'apport d'une nouvelle qualité dans l'histoire de la codification: les régimes socialistes 297 <i>Deuxième partie: Types de codification et problématique de l'évolution de la codification</i> 298 9. Faisabilité d'un concept universel de codification 298 10. La rationalisation comme fin abstraite et comme moteur dans l'évolution de la codification 298 11. Différents types de codification dans l'évolution de la codification 299 12. Conclusion 299	
[<i>Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae</i> , 23 (1981) 1-2, pp. 219-224]	
	300
[par F(terenc) Majoros <i>Revue Internationale de Droit Comparé</i> (Paris), 32 (1980) 4, pp. 873-876]	
	302
[par Denis Tallon <i>Revue Internationale de Droit Comparé</i> , 44 (1992) 3, pp. 740-741]	
	303
[par Paolo Cappellini <i>Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno</i> (Firenze), pp. 595-599]	
Le code en tant que système Le caractère de système possédé par le code et l'impossibilité de le concevoir d'une façon axiomatique	307
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XVI (1973) 2, pp. 268-299]	

Leibniz et le problème de la systématisation du droit	307
[<i>Jogtudományi Közlöny</i> , XXVIII (1973) 11, pp. 600-608]	
L'approche du droit comme système / L'approccio al diritto come sistema	308
[<i>Informatica e Diritto</i> , VII (1981) 2-3, pp. 177-199]	
Les questions fondamentales de la création du droit	309
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XXII (1979) 1, pp. 65-91]	
La hétérogénéité et la validité du droit Essai d'une reconstruction ontologique	309
[<i>Rechtsgeltung</i> hrsg. Csaba Varga und Ota Weinberger (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1986), pp. 88-100 (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 27)]	
La législation et son caractère responsablement conscient Les questions de principe de l'exposé des motifs ministériel	310
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XX (1977) 1, pp. 68-99]	
Sur la détermination sociale du raisonnement juridique	310
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XIV (1971) 2, pp. 249-285]	
Les bases de la conception théorique de l'application du droit	311
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XXI (1978) 3, pp. 339-366]	
Application du droit et sa conception théorique	311
[<i>Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie</i> , LXVII (1981) 4, pp. 462-479]	
L'activité judiciaire et sa logique Une contradiction entre les idéaux, la réalité et les perspectives	312
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XXV (1982) 3, pp. 464-485]	
Le Droit et sa mise en oeuvre La "conception juridique du monde", subsomption et manipulation	312
[<i>Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie</i> , LXX (1984) 2, pp. 173-189]	
La place du droit dans la conception du monde de George Lukács	313
I. Introduction: Lukács et la problématique juridique 313 Première partie: Premières accroches avec le droit 314 II. La rencontre du jeune Lukács avec le droit 314 III. Le concept juridique dramatisé de l'"Histoire et conscience de classe" 314 IV. Conclusions provisoires et interrogations 315 Deuxième partie: Le virage radical de l'"Ontologie" 315 V. Approche ontologique comme possibilité de dépasser le 'normativisme socialiste' 315 VI. La conception juridique de L'Ontologie 317 VII. Conclusion: Conception juridique ontologique et renouveau général du marxisme 317	
[<i>Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae</i> , XXV (1983) 1-2, pp. 234-239]	
[<i>Droit et Société</i> , (1986) No. 4, pp. 474-475]	318
[par Alessandra Dragone <i>Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto</i> , LXIII (1986) 2, pp. 304-306]	318
[par Christian Alias <i>Revue Internationale de Droit Comparé</i> , XXXVIII (1986) 3, pp. 996-997]	321
[par V. Olgiati <i>Rivista della Sociologia del Diritto</i> (Milano), XIV (1987) 1, pp. 175-176]	322
La théorie de Kelsen sur l'application du droit (Développement, interprétations, problèmes)	324
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XXIX (1986) 4, pp. 569-591]	
Le caractère imputatif de la constatation judiciaire des faits	324
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XXXI (1989) 2, pp. 496-543]	
Le caractère imputatif de la constatation judiciaire des faits	325
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XXXI (1989) 3, pp. 30-93]	
Le caractère non-cognitif de l'établissement du fait par le juge	325
[<i>Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae</i> , 32 (1990) 3-4, pp. 247-261]	
Index	327

Prof. Dr. Csaba VARGA
directeur de recherches
Institut de Droit de l'Académie des Sciences de Hongrie
(H-1250 Budapest, Boîte postale 25)
professeur, directeur de Projet en "Cultures Juridiques Comparées"
Faculté de Droit de l'Université Loránd Eötvös
(H-1364 Budapest, Egyetem-tér 1-3)

Bibliographie
des livres

- A felsőfokú jogi oktatás főbb mai rendszerei* [Les grands systèmes de l'enseignement supérieur juridique contemporains] (Budapest: Magyar Tudományos Akadémia Állam- és Jogtudományi Intézete 1967) 210 p.
- A kodifikáció mint társadalmi-történelmi jelenség* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1979) 351 p.; *Codification As A Socio-historical Phenomenon* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1991) viii + 391 p.
- A jog helye Lukács György világképében* (Budapest: Magvető 1981) 287 p. [Gyorsuló Idő]; *The Place of Law in Lukács' World Concept* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1985) 193 p.
- Politikum és logikum a jogban* A jog társadalomelmélete felé [Le politique et le juridique en droit: Vers une théorie sociale du droit] (Budapest: Magvető 1987) 502 p. [Elvek és Utak]
- A bírói ténymegállapítási folyamat természete* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1992) 269 p.; *A Theory of the Judicial Process* The Establishment of Facts (Budapest: Akadémiai Kiadó) en préparation
- A jogi gondolkodás paradigmái* Tudományfilozófiai és nyelvfilozófiai bevezetés (Budapest: Századvég) cca. 200 p. en préparation [Jogfilozófiák]; *Paradigms of Legal Thinking* Philosophy of Science and Philosophy of Language Considerations to Law (Budapest: Eötvös Loránd University "Comparative Legal Cultures" Project) en préparation [Philosophiae Iuris]
- Jogantropológia* Két tanulmány [Anthropologie juridique: Deux études] (Budapest 1993) 68 p.
- Law and Philosophy* Selected Papers in Legal Theory (Budapest: Eötvös Loránd University "Comparative Legal Cultures" Project 1994) xv + 530 p. [Philosophiae Iuris]
- Rechtsphilosophische Aufsätze* (Budapest: Eötvös Loránd University "Comparative Legal Cultures" Project 1994) cca. x + 230 p. sous presse [Philosophiae Iuris]
- Pravo* Teória i filozofija [Droit: Théorie et philosophie] (Budapest: Eötvös Loránd University "Comparative Legal Cultures" Project 1994) xv + 281 p. [Philosophiae Iuris]
- Összehasonlító jog* Cikk, megközelítések [Droit comparé: Articles et rapprochements] (Budapest: Eötvös Loránd Tudományegyetem "Összehasonlító Jogi Kultúrák" Projektum 1994) cca. 260 p. en préparation [Jogfilozófiák]
- Transition to Rule of Law* Hungary from Communism to Democracy (Budapest: Eötvös Loránd University "Comparative Legal Cultures" Project) cca. 100 p. en préparation [Philosophiae Iuris]

Modern polgári jogelméleti tanulmányok [Etudes en théorie du droit occidentale contemporaine] publié et préface par -- (Budapest: Magyar Tudományos Akadémia Állam- és Jogtudományi Intézete 1977) 145 p.

Jog és filozófia Antológia a század első felének polgári jogelméleti irodalma köréből [Droit et philosophie: Anthologie de la théorie juridique occidentale de la première moitié du XX^e siècle] publié et préface par -- (Budapest: Akadémiai Kiadó 1981) 383 p.

Tradition und Fortschritt in der modernen Rechtskulturen Proceedings of the 11th World Congress in Philosophy of Law and Social Philosophy in Helsinki, 1983, publié par --, en collaboration avec Stig Jørgensen et Yuhä Pöyhönen (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1985) 258 p. [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 23]

Rechtsgeltung Ergebnisse des Ungarisch-österreichischen Symposiums der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie 1985, publié et préface par Ota Weinberger, en collaboration avec et préface de -- (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1986) 136 p. [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 27]

Hans Kelsen *Tiszta jogtan* [Reine Rechtslehre, 1934] traduit par István Bibó [1937] publié et préface par -- (Budapest: Eötvös Loránd Tudományegyetem Bibó István Szakkollégium 1988) XXII + 106 p. [Jogfilozófiák]

Rechtskultur - Denkkultur Ergebnisse des Ungarisch-österreichischen Symposiums der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie 1987, publié par Erhard Mock, en collaboration avec et préface par -- (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1989) 175 p. [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 35]

Biotechnologie, Ethik und Recht im wissenschaftlichen Zeitalter Proceedings of the World Congress in Philosophy of Law and Social Philosophy in Kobe, 1987, publié par la collaboration de Tom D. Campbell, Robert C. L. Moffat, Setsuko Sato et -- (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1991) 180 p. [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 39]

A világ főbb jogrendszerei Jogcsoporthok [Les grands systèmes de droit contemporains: Familles du droit] publié sous la responsabilité de Gábor Hamza, Pál Horváth, Gábor Bánfalvi, Katalin Szegvári Nagy, Mihály T. Révész et -- (Budapest: Eötvös Loránd Tudományegyetem 1991) 369 p. [Összehasonlító Jogtörténeti Tanulmányok]

Carl Schmitt *Politikai teológia* [Politische Theologie, 1922] publié par -- (Budapest: ELTE Állam- és Jogtudományi Kar TEMPUS "Összehasonlító Jogi Kultúrák" 1992) xx + 41 p. [Jogfilozófiák]

Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik Ungarisch-österreichisches Symposium der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie 1990, publié par Peter Koller, en collaboration avec Ota Weinberger et -- (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1992) 185 p. [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 54]

Comparative Legal Cultures publié et préface par -- (Aldershot, Hong Kong, Singapore & Sydney: Dartmouth 1992) xxiv + 614 p. [The International Library of Essays in Law & Legal Theory, Series ed. Tom D. Campbell, Legal Cultures 1]

Marxian Legal Theory publié et préface par -- (Aldershot, Hong Kong, Singapore & Sydney: Dartmouth 1993) xxvii + 530 p. [The International Library of Essays in Law & Legal Theory, Series ed. Tom D. Campbell, Schools 9]

Coming to Terms with the Past under the Rule of Law The German Model [advanced edition] publié et préface par -- (Budapest 1994) xiii + 136 p. [Windsor Klub]; *Igazságtétel jogállamban* Német dokumentumok, publié et préface par -- (Budapest: Századvég 1994) cca. 80 p. sous presse [Windsor Klub]

István Losonczy *Egy realiztikus jogfilozófia vázlata / Abriss einer realistischen Rechtstheorie* [1948] publié et préface par -- (Budapest: Századvég 1994) cca. 200 p. en préparation [Jogfilozófiák]

European Legal Cultures publié sous la responsabilité et préfaces par Volkmar Gessner, Armin Höland et -- (Aldershot, Hong Kong, Singapore & Sydney: Dartmouth 1994) cca. 500 p. en préparation [European Law Textbook Series]

ETUDES / ESTUDIOS

Documents de Kelsen en Hongrie

Hans Kelsen et Julius Moór

Csaba VARGA*

La présente note n'épuise pas et de loin la richesse des relations et de la réception intellectuelle de Kelsen en Hongrie(1). Son but n'est que de servir d'orientation aux documents annexés.

Il faut toutefois faire quelques remarques préalables.

Dans l'histoire de la réflexion de philosophie juridique en Hongrie(2), Felix Somló(3) est le premier penseur de grande envergure dans l'œuvre de qui des pré-suppositions méthodologiques de Kant commencent à jouer un rôle dans la détermination du choix des modalités et des tendances de l'analyse. Somló fait très tôt des comptes rendus sur Kelsen(4); pendant la seconde moitié de l'année 1916, ce sont les relations de György Lukács avec Kelsen qui contribuent à ce que la grande entreprise de Somló, fondée sur la séparation des notions de l'a priori et de l'a posteriori, puisant largement dans le néo-kantisme, poussant jusqu'au bout la polémique avec Kelsen, la *Juristische Grundlehre*, trouve chez l'éditeur de Felix Meiner à Leipzig un accueil favorable(5); Kelsen n'oubliera pas, lui non plus, cette discussion(6).

Le disciple de Somló est Moór(7) qui jette les bases de son activité scientifique après une

vigoureuse critique de Rudolf Stammler en s'orientant dans la direction de Kelsen et de son Ecole de Vienne. C'est alors, après des études sporadiques – utilisant également la critique du socialisme de Kelsen après les épreuves de la République des Conseils de 1919 en Hongrie –, c'est-à-dire pendant les années vingt, qu'il approfondit de plus en plus la réflexion méthodologique de Kelsen pour la reformuler, ne manquant d'ailleurs pas de la critiquer(8).

C'est en ce temps-là que voit le jour l'extrait des développements en près de cinq cents pages de l'entreprise récapitulative de Kelsen, de l'*Allgemeine Staatslehre* (1925) faisant suite à sa synthèse des *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911, 2ème éd. 1923), qui paraît "Als Manuskript gedruckt" grâce aux soins de l'imprimerie de Rudolf M. Rohrer en 1926 à Brünn sous le titre *Grundriß einer allgemeinen Theorie des Staates*. Avec beaucoup de révérence, Kelsen dédie un exemplaire de ce fascicule de 64 pages à Moór – par la dédicace ici annexée – après avoir corrigé de sa propre main ses fautes typographiques. C'est pendant l'hiver de 1926 que Moór fait l'étude de cette œuvre qu'il finit le 14 février 1927, d'abord en y inscrivant des notes en marge en consignant ses réflexions et en soulignant (en différentes couleurs) des lignes ou des mots et, plus tard, graduellement, en ne la traitant qu'en tant que texte à traduire en mettant des points d'interrogation à des liaisons linguistiques ambiguës ou à des expressions paraissant dénuées de sens ou intraduisi-

* Maître de recherches,
Institut des Sciences Juridiques et Administratives de
l'Académie des Sciences de Hongrie, Budapest.
Professeur associé,
Faculté de Droit de l'Université de Budapest.

bles. C'est pendant cette lecture qu'il écrit une lettre à Kelsen, lui offrant de traduire et d'éditer en hongrois le "Grundriß", puisque Kelsen – dans la lettre publiée en annexe – exprime aussi ses regrets pour son retard à répondre, le 20 février. Parmi les annexes de la lettre de Kelsen, nous est restée une autobiographie intellectuelle – également publiée ici – en un premier exemplaire tapé à la machine sur un papier mince, daté de février, avec des corrections manuscrites. Moór l'avait publiée, quelque peu remaniée en tant que partie de sa propre préface datée du 7 mai 1927, en indiquant la qualité d'auteur de Kelsen(9), en se référant aussi à la préface de Kelsen parue dans la deuxième édition de ses *Hauptprobleme des Staatsrechtslehre*, porteuse d'analyses approfondies(10); en tout cas, l'autobiographie ici publiée sous forme de manuscrit de Kelsen n'est identique avec celle-ci ni en tant que texte, ni comme développement de sa pensée.

De la part de Kelsen ceci est encore suivi de quelques tirages à part et dédicaces de livres – un exemple d'une telle dédicace se trouve aussi en annexe(11) –, ainsi que d'un échange de correspondance plus de dix ans plus tard (voir la carte postale de Kelsen ici publiée(12)). Bien que leurs relations n'aient probablement jamais été interrompues(13), malheureusement les traces identifiées, comme des manuscrits ou des dédicaces, qui nous en sont restées, sont interrompues.

Je dois encore faire remarquer que la ligne suivie par Barna Horváth(14) diffère complètement de celle de Moór quant à sa carrière comme du point de vue scientifique. Il est le seul disciple et héritier de Moór à Szeged. Néanmoins, par sa critique aiguë à Moór et, bien entendu, à Kelsen aussi, en faisant prévaloir les exigences du sociologisme, à l'aide des approches et

des vues méthodologiques synoptiques qu'il avait développées dans le cadre du néo-kantisme, il s'était très tôt détaché de son maître, tout en créant une orientation sociologique propre, sur un fondement vigoureusement philosophique. Bien qu'il ait rencontré Kelsen sur le plan scientifique et aussi à plusieurs reprises dans sa vie, sa fuite en Amérique et les persécutions impitoyables du passé intellectuel hongrois imposées par le stalinisme ont fait que les documents sur les activités déployées par Horváth en Hongrie ont tout simplement disparu(15). Parmi les nombreux disciples de Horváth(16), c'est István Bibó(17) qui a établi les contacts les plus étroits avec Kelsen. En 1934/35, il fut même son étudiant à l'Institut Universitaire des Hautes Etudes de Genève; il le reverra plus tard; et c'est en 1937 qu'il termine son entreprise, caractéristique d'une jeunesse idéaliste, la traduction en hongrois de la *Reine Rechtslehre* de Kelsen(18).

De nouveau, l'on voit de larges possibilités de contacts et de rencontres lors du voyage de Kelsen en Hongrie, à l'occasion duquel il tient une conférence le 18 novembre 1929 dans la grande salle de l'Université de Pécs sous l'égide de la section des sciences juridiques et sociales de l'Association scientifique de l'Université royale hongroise Elisabeth(19). Les éventuels documents qui s'y rapportent sont également restés dans l'ombre.

En conclusion, la période d'après la Seconde guerre mondiale – au-delà des quelques années de la coalition transitoire des partis politiques qui avaient été concurrents avant la prise de pouvoir par le parti communiste – n'avait favorisé ni des contacts, ni une réception digne de Kelsen. Une critique écrasante s'imposait(21), une critique qui, tout en maintenant son refus total, s'atténua en

une demande de dépassement théorique(22). C'est sur ce terrain que de véritables rencontres ont pu finalement avoir lieu(23), aboutissant dans les années récentes à des essais de réinterprétation, utilisant les idées méthodologique et jurisprudentielle de Kelsen comme point de départ(24).

Notes:

1. Mihály Szołáczky (Pécs) commença à écrire un article sur le sujet pour le Kelsen-Institut de Vienne, mais rien ne fut publié dans aucune langue. Au Collège des étudiants en droit de l'Université "Eötvös Loránd" à Budapest, une série de publications est actuellement en cours de préparation sous le titre "Bibliothèque de Philosophie du Droit" *Jogfilozófiák*, éd. par Csaba Varga, dans le but de présenter la bibliographie de la philosophie du droit pour la période allant de 1920 à 1945 en Hongrie dans un de ces volumes et d'offrir une étude introductive et une anthologie sur la réception de Kelsen en Hongrie dans un autre volume. Une thèse pour l'obtention du diplôme ès sciences juridiques est actuellement en cours de préparation, sous la direction de Vilmos Peschka. Cette thèse, portant sur la philosophie néo-kantienne du droit en Hongrie, constituera un élément important d'information.
2. Cf. Felix Somló, "Die neuere ungarische Rechts- und Wirtschaftsphilosophie", *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 1, 1907-1908, pp. 315-323; Barna Horváth, "Die ungarische Rechtsphilosophie", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 24, 1930/1, pp. 37-85; Endre Nagy, "Sein, Geltung,

Recht in der Geschichte der ungarischen Rechtsphilosophie (1897-1935)", in *Rechtsgeltung*, éd. par Csaba Varga et Ota Weinberger, Stuttgart, Steiner, 1986, pp. 59-66 (*Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft Nr. 27).

3. Bódog Somló, Pozsony [Presbourg, aujourd'hui Bratislava en Slovaquie], 1873 - Kolozsvár [aujourd'hui Cluj-Napoca en Transylvanie, Roumanie], 1920: professeur, Académie de Droit, Nagyvárad (maintenant Oradea en Roumanie) en 1899; professeur à la Faculté de Droit, Kolozsvár, 1905; professeur à la Faculté de Droit de Budapest en 1918. Voir par exemple "Das Problem der Rechtsphilosophie", in *Verhandlungen des IIIen Internationalen Kongresses für Philosophie*, Heidelberg 1908, pp. 1054-1059; "Masstäbe zur Bewertung des Rechts", *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, III, 1910, pp. 508-522; "Die Anwendung des Rechts", *Zeitschrift für das Privat- und öffentlichen Recht der Gegenwart*, XXXVIII, 1911, pp. 55-74; "Das Verhältnis von Soziologie und Rechtsphilosophie, insbesondere die Förderung der Rechtsphilosophie durch die Soziologie", *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, IV, 1911, pp. 563-569; *Juristische Grundlehre*, Leipzig, Meiner 1917, 2ème éd. 1927; réimpression par Aalen, Scientia, 1973, X+556 p. Pour une bibliographie complète, voir Gyula Moór, "Somló Bódog", *Extrait de la Társadalomtudomány*, I, 1921/1, pp. 3-26.
4. "Hans Kelsen: Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen: Mohr 1911", *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, V, 1912, pp. 644-645.

5. Cf. Csaba Varga, *The Place of Law in Lukács' World Concept*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1985, pp. 31-32.
6. Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Tübingen, Mohr, 1920, pp. 31-36 et Hans Kelsen, *Der soziologische und juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, Tübingen, Mohr, 1922, pp. 202-203.
7. Gyula Moór, Brassó [aujourd'hui Brashov en Transylvanie, Roumanie], 1888 - Budapest, 1950 : professeur, Académie de Droit, Eperjes (aujourd'hui Preshov en Slovaquie) en 1914; Faculté de Droit, Kolozsvár (aujourd'hui Cluj-Napoca en Transylvanie, Roumanie, transférée à Szeged 1918); professeur, Faculté de Droit, Budapest, 1929-1947. Voir par exemple *Macht, Recht, Moral. Ein Beitrag zur Bestimmung des Rechtsbegriffes*, Szeged, M. Kir. Ferencz József Tudományegyetem, 1922, 46 p; "Das Logische im Recht", *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, II, 1928, 3, pp. 157-203; "Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus", in *Gesellschaft, Staat und Recht. Kelsen-Festschrift*, éd. par Alfred Verdross, Wien, Springer, 1931, pp. 58-105; "Das Problem des Naturrechts", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, XXVIII, 1934, 3 et 4, pp. 325-347 et 543-569; "Creazione e applicazione del diritto", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XIV, 1934, 6, pp. 653-680; "Recht und Gewohnheitsrecht", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, XIV, 1935, 5, pp. 545-567; "Reine Rechtslehre", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, XV, 1936, 3, pp. 330-343; "Der Wissenschafts-Charakter der Jurisprudenz", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, XX, 1941, 1, pp. 20-37; "Recht und Gesellschaft", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, XXI, 1942, 5, pp. 537-565.
8. La partie disponible de l'héritage des livres extrêmement précieux de Moór - constitué à partir de la bibliothèque personnelle de Somló - est revenue après des péripéties extraordinaires et grâce à la chance qui a couronné mes recherches éprouvantes pour les retrouver, en 1977 à la Bibliothèque du Parlement à Budapest, alors que quelques titres d'auteurs éminents et quelques manuscrits égarés parmi le matériel sont venus enrichir ma collection personnelle. Tout comme pour l'ensemble de la bibliothèque personnelle de Moór, les œuvres suivantes de Kelsen sont aussi très soulignées et pleines de remarques en marge avec des inscriptions indiquant des dates variant du 8 janvier 1917 au 22 mars 1924: *Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, Tübingen, Mohr, 1911; *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen, Mohr, 1920; *Sozialismus und Staat*, Leipzig, Hirschfeld, 1920; *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Tübingen, Mohr, 1922.
9. Gyula Moór, "Előszó (Préface)", in Hans Kelsen, *Az államelmélet alapvonalai (Esquisse de la théorie de l'Etat)*, trad. par Gyula Moór, Szeged, 1927, pp. VI-X (Szegedi tudományos könyvtár, III. kötet).
10. J'ai également trouvé, à côté de la lettre manuscrite de Kelsen et de son autobiogra-

phie, le texte de cette "Préface" par Kelsen, notamment dans une copie manuscrite de Moór écrite au stylo!

11. En plus du titre en annexe, voir par exemple "Die Bundesexekution", in *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, Mohr, 1927; "Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, VII, 1928, 2; "Die Technik des Völkerrechts und die Organisation des Friedens", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, XIV, 1934, 2.
12. Il s'agit de la contribution intitulée "Der Wissenschafts-charakter der Jurisprudenz" que Moór avait publiée, dans la collection d'études *Sborník prací posté 60. narozenin Františka Weyra*, Praha, 1939, également à Vienne.
13. Bien que, par exemple, Moór fût absent des deux premières sessions de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique (alors que Horváth y lisait des rapports), la troisième session - tenue en 1937 à Rome -, fut marquée par l'absence de Kelsen.
14. Barna Horváth, Budapest, 1896 - Hingham (Massachusetts), 1973 : professeur, Faculté de Droit, Szeged, 1929; professeur, Faculté de Droit, Budapest, 1949; "visiting professor", The New School for Social Research, The Graduate Faculty, New York, 1950-1956. Cf. par exemple, "Die Idee der Gerechtigkeit", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, VII, 1928, 4, pp. 508-545; "Gerechtigkeit und Wahrheit", *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, IV, 1929, 1, pp. 1-54; "Hegel und das Recht", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, XII, 1932, 1, pp. 52-89; *Rechtssoziologie. Probleme der Gesellschaftslehre und der Geschichtslehre des Rechts*, Berlin-Grunewald, Verlag für Staatswissenschaften und Geschichte, 1934, XI+331 p. (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft Nr. 28); "Les Sources du Droit positif", in *Le Problème des Sources du Droit positif*, Paris, Sirey, 1934, pp. 132-144 (Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique); "Sociologie juridique et théorie processuelle du droit", *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, V, 1935, 1-2, pp. 181-242; "Gerechtigkeit als Schein und Sein", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, XV, 1935, 4, pp. 446-469; "Macht, Recht, Verfahren", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, XXX, 1936, 1, pp. 67-85; "La structure du Droit dans ses rapports avec les autres règles de la vie sociale et avec les lois de la réalité", in *Droit, morale, mœurs*, Paris, Sirey, 1936, pp. 259-270 (IIème Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique); "La réalité, la valeur et le droit", in *Congrès Descartes*, Paris, Hermann, 1937, pp. 42-48 (Travaux du IXème Congrès International de Philosophie, vol. XII). Pour la période de son émigration, je ne mentionnerai que quelques réflexions sur Kelsen: "Comment on Kelsen", *Social Research*, 18, 1951, 3, pp. 313-334 et trois comptes rendus in *The American Journal of Comparative Law*, 3, 1954, 2, pp. 299-300; 4, 1955, 4, pp. 629-633; 6, 1957, 2-3, pp. 407-411.
15. Selon le témoignage de notre échange de cor-

responnance, ses enfants et en même temps ses héritiers, Mrs Nati H. Krivatsy (Pottomac, MD) et Beni Horvath, M.D. Hingham, (MA) n'ont pas connaissance de la sortie de documents importants de Hongrie.

16. Par exemple, Tibor Vas, *Die Bedeutung der transzendentalen Logik in der Rechtsphilosophie*, Szeged, 1925, 94 p. (Acta Litterarum ac Scientiarum Regiae Universitatis Francisco-Josephinae VI:1:d) et *A tiszta jogtan és a szemléleti jogelmélet. Die reine Rechtslehre und die anschauungstheoretische Rechtslehre*, Szeged, 1937, 16 p. (Szellem és Élet Könyvtára).
17. Cf. par exemple ses articles: "Le dogme du 'bellum justum' et la théorie de l'infailibilité juridique : essai critique sur la théorie pure du droit", *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, X, 1936, 1, pp. 14-27 et "Rechtskraft, rechtliche Unfehlbarkeit, Souveränität", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, XVII, 1937, 5, pp. 623-638.
18. La traduction fera l'objet, dans un proche avenir, et après de longues vicissitudes, du premier volume de la série intitulée "Bibliothèque de Philosophie du Droit" (voir la note 1). Elle sera complétée par un fac simile de la lettre de réponse adressée par Kelsen à Bibó, datée du 26 mai 1936 : *Hans Kelsen Tiszta Jogtana Bibó István fordításában (La Théorie pure du droit de Hans Kelsen dans la traduction de István Bibó)*, éd. et préface par Csava Varga, Budapest, Századvég, sous presse.
19. Hans Kelsen *A szuverénitás fogalmának változása (Le changement du concept de la souveraineté)*, Budapest, Politzer, 1931, 23 p.
- (Az Erzsébet Egyetem Barátai Tudományos Szövetsége jog-és társadalomtudományi szakosztályának kiadványai VI).
20. Relativement à Pécs, il faut mentionner une critique ultérieure sur Kelsen : István Losonczy, *A funkcionális fogalomalkotás lehetősége a jogtudományban (La possibilité d'une formation fonctionnelle des concepts dans la science juridique)*, Budapest, Királyi Magyar Egyetemi Nyomda, 1941, 141 p.
21. Cf. par exemple Imre Szabó, *A burzsoá állam-és jogbölcsélet Magyarországon (La philosophie bourgeoise de l'Etat et du droit en Hongrie)*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1955, 2ème éd. 1980, *passim* et "Hans Kelsen és a marxista jogelmélet (Hans Kelsen et la théorie marxiste du droit)", *Az Állam és Jogtudományi Intézet Értesítője*, I, 1957, 1, pp. 5-36.
22. Cf. par exemple Vilmos Peschka, *Grundprobleme der modernen Rechtsphilosophie*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1974, *passim* et "Hans Kelsen 'tisztá jogtanának' ideológiai jellege (Le caractère idéologique de 'la théorie pure du droit' de Hans Kelsen)" in son *Jog és jogfilozófia*, Budapest; Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1980, pp. 150-162.
23. Pendant la seconde moitié des années soixante, deux boursiers hongrois de la Fondation Ford lui ont rendu visite en Californie: Kálmán Kulcsár, à présent professeur de sociologie du droit à Budapest et Ferenc Mádl, à présent professeur de droit international privé à Budapest. Cf. Ferenc Mádl, "Egyetemi oktatás - jogi oktatás -

jogtudomány Amerikában (Education universitaire – éducation du droit – science du droit en Amérique)”, *MTA IX. Osztályának Közleményei*, 2, 1968, pp. 240-241 et 264.

24. Cf. par exemple Csaba Varga, “Die Rechtsanwendungslehre von Kelsen Mehrdeutigkeiten, ungelöste Probleme, theoretische Fragezeichen, Perspektiven”, *Rechtstheorie* à paraître; “Judicial Reproduction of the Law in an Autopoietical System?” Contribution présentée au 13ème Congrès de Philosophie du droit et de Philosophie sociale, à paraître (pour le résumé, voir *Law, Culture, Science and Technology. In Furtherance of Cross-cultural Understanding, Abstracts* [Kobe 1987] pp. 200-202, et “Hans Kelsens *Reine Rechtslehre* – gestern, heute, morgen”, *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae*, à paraître.

* Pour la “fiche technique” concernant Kelsen, voir *Droit et Société*, n° 1, 1985, p. 14.

Quelques problèmes de la définition du droit dans la théorie socialiste du droit

par Csaba VARGA

Institut des Sciences juridiques et politiques à Budapest.

I

La question fondamentale de la définition de la notion du droit est de nos jours aussi une des questions les plus discutées des sciences juridiques. Les polémiques parfois très vives engagées au cours des dernières années, et notamment depuis le xx^e Congrès du Parti communiste de l'Union soviétique par les représentants de la théorie du Droit dans les pays socialistes, sur les problèmes du rôle des rapports juridiques, de la légalité socialiste, de la fonction du droit ou de la structure du système juridique, reposent en dernière analyse sur la question de la définition de la notion du droit socialiste et des éléments qui le composent.

Ces discussions ayant pour objet la définition de la notion du Droit, sont inséparables d'une part de la critique sur la définition du Droit proposée par Vichinsky et d'autre part de la réévaluation de la critique exercée par la théorie soviétique du Droit sur les points de vue adoptés par Stoutchka et Pachoukanis. On sait que Golounsky et Strogovitch s'inspirant de la définition de Vichinsky¹ ont donné, dans leur manuel de 1940, la définition suivante du droit socialiste : « Le droit socialiste soviétique est l'ensemble des règles (normes) de conduite exprimant la volonté de la classe ouvrière et de tous les travailleurs, règles créées ou sanctionnées par l'autorité étatique de l'Etat socialiste, et dont l'application est assurée par la force coercitive de l'Etat socialiste en vue de la protection, de la garantie et du développement des rapports et d'un ordre correspondants et avantageux à la classe ouvrière et à tous les travailleurs ainsi qu'en vue de la liquidation entière et définitive des restes du capitalisme dans l'économie, dans la

1. Cf. le texte d'une conférence tenue en 1938 par A. J. VICHINSKY sous le titre : « Voprossu teoryi gosoudarstva i prava » (Questions de la théorie de l'Etat et du droit), Moscou, 1949, p. 84.

mentalité des particuliers et dans leur manière de vivre et enfin en vue de l'édification de la société communiste»¹.

Il y avait dans le passé déjà des auteurs soviétiques qui ont qualifié de « normativistes » les définitions proposées par Vichinsky et ses adhérents². Au fond ils n'ont cependant pas condamné la théorie de Vichinsky qui en opposition avec la conception sociologique de Stouthka et de Pachoukanis, réduisant le droit en dernière analyse au système des rapports sociaux, avait concentré son attention sur les traits normatifs du Droit vu comme un ensemble de règles de Droit, ils ont seulement exprimé l'opinion que Vichinsky n'avait accordé l'attention nécessaire ni au côté social du Droit ni à son caractère complexe, ce caractère se manifestant dans le fait que le Droit constitue l'unité de certains éléments normatifs socialement déterminés en même temps que d'un certain nombre d'autres éléments sociaux.

Toutes ces critiques de la définition du droit socialiste de Vichinsky et de ses adhérents peuvent être résumées en ce qui suit :

a) on lui reproche, n'ayant indiqué que d'une manière trop générale que le Droit en tant qu'expression de la volonté de la classe dominante était déterminé par les conditions socio-économiques objectives, d'avoir ouvert la voie au subjectivisme et au volontarisme dans l'interprétation du Droit³ ;

b) n'ayant pas assez souligné le côté social du Droit, elle a éliminé de la notion de ce dernier un de ses éléments importants, notamment celui du processus au cours duquel le Droit est mis en pratique dans la société ; et enfin,

c) ayant négligé la circonstance que la majorité des citoyens se conforme de plus en plus volontairement aux dispositions du droit socialiste et ayant indiqué la force coercitive de l'Etat comme le seul instrument propre à

1. S. A. GOLOUNSKY-M. S. STROGOVICH, « The Theory of the State and Law », in *Soviet Legal Philosophy*, Cambridge (Mass), 1951, p. 386.

2. Cf. par exemple : A. K. STALONEVICH, « K voprossou o ponlaty prava » (Autour de la question de la notion du droit), *Sovetskoye Gosudarstvo i Pravo* (en ce qui suit : SGP), 1948, n° 7, p. 49-63.

3. Haney, par exemple, après l'analyse approfondie de cette question, explique que la différence entre les approches normativistes, volontaristes et subjectivistes de cette question et la conception marxiste du droit consiste précisément dans le fait que cette dernière, tout en voyant dans le droit un ensemble de normes créées par l'Etat et exprimant la volonté de la classe dominante, met à jour en même temps les conditions matérielles de ces normes. La différence qualitative entre les différents types du droit existant sous les régimes esclavagiste, féodal, capitaliste et socialiste de la société et de l'économie, réside au fond dans le fait que le droit est en dernier ressort déterminé par les conditions économiques. Cf. Gerhard HANEY-Ingo WAGNER, *Grundlagen der Theorie des sozialistischen Staates und Rechts*, Teil II. Karl-Marx-Universität, Leipzig (Institut für Theorie des Staates und des Rechts), 1965, p. 5-7. — En distinguant les différents types de droit suivant leur contenu et leur substance, P. T. POLÉJAI résume les différents points de vue développés par les représentants soviétiques de la théorie du droit : « K voprossou o ponlaty socialisticheskogo prava » (La question de la notion du droit socialiste) in *Pravo i kommunisme* (Droit et Communisme), Moscou, 1965, p. 3-15.

assurer la mise en pratique du Droit, elle a pu donner l'impression que le respect des dispositions du droit socialiste n'était au fond assuré que par la contrainte étatique.

II

Les polémiques qui dans la doctrine soviétique se sont engagées au sujet de la question de la notion du Droit, ont été provoquées par les articles de Kétchékiane et de Piontkovsky sur la réalisation pratique du Droit et le rôle tenu par la notion de rapport juridique.

En analysant le problème des rapports juridiques, Ketchékiane en est arrivé à la conclusion qu'un rapport juridique n'est autre chose qu'une règle de Droit mise en pratique, c'est-à-dire transposée dans la réalité. Selon Kétchékiane, le Droit, l'institution du Droit se compose de l'ensemble des règles de Droit et des rapports juridiques respectifs, car leur réalisation sous forme de rapports juridiques constitue la condition de l'existence des règles de Droit¹.

Le point de départ de Piontkovsky est au fond identique à celui de Kétchékiane, mais cet auteur essaie d'appliquer aussi ses conclusions à la définition de la notion du Droit. Il voit dans l'ensemble des règles de Droit et dans les rapports juridiques une seule unité pour ce motif que les règles de Droit doivent se réaliser sous forme de rapports juridiques pour devenir des rapports sociaux, c'est-à-dire une réalité sociale. La notion du Droit doit donc se composer des règles de Droit en même temps que des rapports juridiques pour pouvoir exprimer l'essence sociale du Droit tel qu'il se réalise dans la société, seule une définition ainsi conçue étant susceptible d'exprimer à la fois le côté subjectif et le côté objectif du droit².

1. S. F. KÉTCHÉKIANE, *Normi prava i pravootnosnya* (Les normes du droit et les rapports juridiques), SGP. 1955, n° 2, p. 23-32. — En parlant de la manière dont les règles de droit sont déterminées par les rapports juridiques, Kétchékiane écrit notamment qu'« une règle de droit ne peut subsister sans qu'elle soit matérialisée dans les droits et les obligations d'une personne déterminée, c'est-à-dire en rapports juridiques » (page 27).

2. A. A. PIONTKOVSKY, *Nekotorié voprosi obshchéi théory gosoudarstva i prava* (Quelques questions de la théorie générale de l'Etat et du droit), SGP. 1956, n° 1, p. 14-28. « Les catégories de la « possibilité » et de la « réalité » dans la dialectique matérialiste donnent la réponse à la question de savoir comment l'existence sociale fait naître le droit comme un phénomène appartenant à la catégorie du « Sollen » et comment ce dernier se transforme en réalité, notamment en rapports sociaux » (*op. cit.*, p. 18). « Pour nous faire du droit une idée juste — écrit Piontkovsky dans un autre ouvrage — nous devons prendre pour point de départ l'unité dialectique de la règle du droit et des rapports juridiques. Sans les rapports juridiques qui lui doivent leur existence, la norme serait une chose morte, — d'autre part il n'existe pas de rapport juridique sans une règle de droit déterminée ». A. A. PIONTKOVSKY, *K voprossou o vsalmoотношеніи объективного i субъективного права* (Les relations entre le droit objectif et le droit subjectif), SGP. 1958, n° 5, p. 28. — A. K. СТАЛОНОВИЧ adopte le même point de vue

La plupart des auteurs n'ont pas accepté ces théories ; tout en reconnaissant ou même soulignant l'importance du rôle joué par les rapports juridiques dans la mise en pratique des règles de Droit, ils se sont opposés à la tendance de faire entrer les rapports juridiques dans la définition même du Droit. Ils ont notamment attiré l'attention sur le fait que le Droit en tant que partie de la superstructure déterminée par la base économique donnée, constitue un phénomène complexe se composant de vues et d'institutions juridiques et à cet autre fait que les rapports juridiques dans lesquels les règles de Droit se réalisent, font partie, en leur qualité d'institutions juridiques, du dernier composant du Droit seulement et non pas de la notion même du droit. Personne d'entre les participants à cette polémique n'a contesté le bien-fondé de la thèse que dans le processus de la réalisation sociale du Droit, les règles et les institutions du Droit représentent une certaine unité déterminée ; ils ont seulement souligné que cette unité ne constitue ni une identité ni un ensemble dont les composants se présupposent réciproquement ; et ont invoqué le motif que toute règle de Droit constitue un phénomène normatif dont l'existence et le caractère juridique sont indépendants tant de la circonstance que cette règle de Droit se réalise ou non en rapports juridiques que du nombre des rapports juridiques dans lesquels elle peut se réaliser¹.

Il y a d'autres problèmes non encore résolus qui se cachent derrière la question relative aux relations réciproques des règles de Droit et des rapports juridiques. Les auteurs que nous venons de citer et plusieurs autres participants à la discussion ont attiré l'attention sur cette circonstance. Voici quelques-uns de ces problèmes :

a) La règle de Droit considérée en elle-même, constitue-t-elle un phénomène juridique susceptible d'être analysé sous ses aspects sociaux ou est-ce plutôt que le caractère social du Droit se manifeste seulement sous forme de la réalisation de cette règle de Droit, notamment dans l'unité de la règle de Droit et des rapports juridiques ?

b) La mise en pratique d'une règle de Droit, c'est-à-dire sa réalisation sous forme de rapports juridiques, constituent-elles la condition de l'existence de cette règle de Droit ou est-ce que l'existence et le caractère juridique d'une règle de Droit sont indépendants de la réalisation sociale de cette dernière ?

concernant la définition du droit : « Nekotorié voprosi téorý socialisticheski pravovi otosyeny » (Quelques questions relatives à la théorie socialiste des rapports juridiques), SGP. 1957, n° 2, p. 26-27.

1. Farber était le premier à répondre aux articles de Kétchékiane et de Piontkovsky. Cf. I. E. FARBER, *K voprossou o poniaty prava* (La question de la notion du droit), SGP. 1957, n° 1^{er}, p. 38-50. « Dans une société, écrit-il notamment, le droit peut se réaliser complètement ou incomplètement et avec plus ou moins de difficultés et une partie de ses règles peut, au fond, être non-réalisée pour un certain groupe de la population sans qu'elle en cesse d'être le droit créé par la loi de l'Etat, un droit dont l'observation est assurée par la force de contrainte de l'appareil étatique » (p. 43).

c) Est-ce qu'une disposition prévue sous la forme prescrite par l'organe législatif compétent selon le droit en vigueur est nécessaire pour créer, modifier ou cesser un rapport juridique ? Est-ce que, par contre, une disposition devant son caractère de norme juridique exclusivement à son application pratique peut aussi suffire à cette fin ?

En ce qui concerne la première question, nous avons vu que Kétchékiane et Piontkovsky y ont donné une réponse non équivoque : pour eux, la substance sociale d'une règle de Droit se manifeste seulement au cours de sa réalisation sous forme de rapports juridiques¹.

Presque tous les participants à la discussion ont rejeté l'opinion suivant laquelle — comme aussi selon les vues exposées par Stoutchka et par Pachoukanis — le caractère social du Droit se manifeste exclusivement sous forme de rapports juridiques. Ils ont expliqué que la notion du Droit peut faire ressortir le caractère social du Droit sans qu'elle ait le rapport juridique comme un de ses composants, étant donné notamment que la règle de Droit constitue en elle-même un phénomène déterminé par les conditions de la société et possédant le caractère d'une réalité sociale, c'est-à-dire un phénomène dont la réalisation dans la société sous forme de rapports juridiques ne peut être considéré comme la réalisation d'une pure possibilité².

1. En résumant la discussion, nous n'entrons pas dans l'examen de la question de savoir si c'est toujours sous forme de la création, de la modification ou de la cessation de rapports juridiques qu'une règle de droit (par exemple une disposition du droit pénal) se réalise.

2. En ce qui concerne la polémique qui avait lieu en Union soviétique au mois de février 1956, cf. G. M. GROMOVA, *V Institutu Prava im. A. J. Vichinskogo ANSSSR* (Institut de droit A. J. Vichinsky de l'Académie des sciences de l'Union soviétique), SGP. 1956, n° 3, p. 129-135. D'entre les auteurs des critiques relatives à la théorie de Piontkovsky, plusieurs se sont prononcés défavorablement au sujet de cette dernière. Voir notamment : Zoltan PÉTERI, « Quelques questions relatives à la notion du droit dans la science juridique soviétique » (en hongrois) in *Allam- és Jogtudományi Intézet Értesítője* (Bulletin de l'Institut des sciences politiques et juridiques), 1958, n° 2, p. 304-314 ; D. A. KERIMOV-HARRY GLASS-JULIUS LEYMAN-ALFRED WIESE, « Über den Begriff des sozialistischen Rechts » in *Staat und Recht*, 1958, n° 11, p. 1150-1154 ; Vilmos PESCHKA ne s'oppose qu'à quelques unes des vues développées par Kétchékiane et par Piontkovsky dans un article intitulé : « La polémique sur la notion du droit dans la théorie soviétique du droit » (en hongrois), in *Jogtudományi Közlöny* (Bulletin de sciences juridiques), 1957, n° 4-6, p. 190-194. — Kétchékiane dans un ouvrage ultérieur est revenu sur son ancienne théorie pour adopter le point de vue correct qu'une règle de droit constitue en elle-même une réalité sociale : S. F. KÉTCHÉKIANE, *Pravootnoszenia v socialisticheskom obschestve* (Les rapports juridiques dans la société socialiste), Moscou, 1958, p. 11. Voir aussi l'analyse des rapports juridiques par Kétchékiane dans le manuel universitaire rédigé par P. S. ROMASKIN, M. S. STROGOVICH et V. A. TOUMANOV, *Thória gossoudarstva i prava* (Théorie de l'Etat et du droit), Moscou, 1962, p. 457-462.

3. Imre Szabó écrit notamment à ce sujet : « Le droit constitue en lui-même une réalité sociale ; le système juridique en vigueur en tant que l'ensemble des normes juridiques est lui-même un produit social dans lequel s'expriment les rapports sociaux par le canal de la conscience des membres de la société. En parlant de la réalisation du droit, c'est-à-dire des règles de droit, en rapports juridiques, nous pensons... à la réalisation, dans le fait individuel, du fait général en tant qu'existence et réalité ». Imre SZABÓ, *A szocialista jog* (Le droit socialiste), Budapest, 1963, p. 337 (L'ouvrage a paru

En ce qui concerne la deuxième question, la réalisation de la règle de droit sous forme d'un rapport juridique constitue selon Kétchékiane la condition de son existence. Piontkovsky, pour sa part ne soutient pas formellement cette affirmation ; pour lui, la mention des rapports juridiques dans la définition du Droit comme un de ses éléments composants, a surtout l'avantage que le caractère social du Droit, qui forme l'essence de ce dernier se trouve ainsi mieux exprimé. Pour les raisons plus haut indiquées, la plupart des auteurs socialistes ont refusé d'admettre cette conception en ce qui concerne la deuxième question également. Cependant, la discussion ne s'est pas terminée par là et se poursuit jusqu'à nos jours.

La troisième question ci-dessus indiquée, dans son application directe à la notion du Droit, s'est vue formulée par Mikolenko dans un article publié en 1965. L'analyse des différentes formes d'apparition du Droit a conduit cet auteur à la conclusion que le Droit ne se compose pas exclusivement de l'ensemble des règles de Droit créées par les organes législatifs de l'Etat et connues sous leur forme écrite ; dans certains cas dont le nombre varie sensiblement suivant le régime social du pays, son contenu est déterminé par le plus ou moins haut niveau de la conscience du Droit chez les organes chargés de l'application du Droit, c'est-à-dire par la pratique se manifestant sous forme de la création, de la modification ou de l'extinction des rapports juridiques¹.

Considérée en elle-même, la circonstance que tous ces problèmes font de nos jours aussi l'objet de vives discussions parmi les représentants de la théorie socialiste du Droit, laisse seulement conclure à la nécessité dans laquelle se trouvent toutes les théories du Droit de prendre position à l'égard de certaines questions déterminées, d'autant plus que les phénomènes nécessitant une telle réponse peuvent dans une mesure plus ou moins grande se produire dans toute société ayant son propre droit. La théorie socialiste du droit doit aussi donner une réponse à ces problèmes même si les phéno-

en langue russe sous le titre : *Socialisticheskoje pravo*, Moscou, 1964). « La norme juridique — écrit Peschka — n'est pas seulement une sorte de *Sollen* devant son existence au fait social ni une pure possibilité se transformant en réalité sociale par la réalisation de la norme juridique en rapports sociaux ; vu qu'en rapport avec la totalité sociale, elle renferme une possibilité objective en même temps que la volonté générale et réelle de la classe dominante, c'est-à-dire une chose réellement existante, elle constitue une réalité sociale également ». Vilmos PESCHKA, *Jogforras és jogalkotas* (Les sources et la création du droit), Budapest, 1965, p. 400.

1. I. F. MIKOLENKO, *Pravo i formi ego proavlenia* (Le droit et ses formes d'apparition), SGP. 1965, n° 7, p. 52-53. Partant des considérations que nous venons de résumer, Mikolenko donne du droit la définition suivante : « Le droit constitue l'ordre des rapports sociaux en tant que rapports de volonté, ordre confirmé et protégé par le pouvoir étatique » (p. 52). Les auteurs soviétiques se sont opposés à l'opinion de Mikolenko en invoquant entre autres le motif que cette opinion semble justifier la thèse que les tribunaux peuvent fonder leur décision non pas sur la loi, mais sur leur propre conviction juridique. Cf. D. A. KERIMOV, P. E. NEDBAILO, I. S. SAMOSHCHENKO et L. S. IAVICH, *K voprossou ob opredelenii poniatia socialisticheskogo prava* (Autour de la question de la définition du droit socialiste), Pravovedenié (Leningrad), 1966, n° 2, p. 22.

mènes qui les ont fait surgir n'étaient caractéristiques qu'à la première étape de l'évolution du droit socialiste, notamment à l'étape révolutionnaire et bien qu'à ce temps-là aussi, ils n'aient eu qu'une importance secondaire¹. Si donc la théorie socialiste du Droit se pose ces questions en rapport avec la définition du Droit, c'est surtout pour éclaircir la notion générale du Droit.

En ce qui concerne les questions ci-dessus indiquées, la théorie socialiste du Droit prend son point de départ dans la thèse que le droit se trouve déterminé par des facteurs socio-économiques, non seulement au cours de la création, mais aussi pendant l'application et la mise en pratique sociale du Droit. En dernière analyse, les règles de Droit doivent leur caractère normatif non pas aux normes juridiques elles-mêmes, ni à la contrainte étatique et politique assurant leur application, mais à la réalité sociale et à la force normative de cette dernière. Cela équivaut à dire que le droit joue, non pas le rôle d'un facteur déterminant, mais celui d'un facteur intermédiaire. Au point de vue social, les règles de conduite prévues par le droit et le comportement moyen des membres de la société sont, au fond, déterminés par les mêmes facteurs, notamment par ceux composant le processus objectif du mouvement social. Il s'ensuit que la normativité de la réalité sociale ne peut agir en faveur du respect du Droit qu'à la condition que les dispositions du Droit se conforment à la tendance de l'évolution de cette réalité. Dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsque l'a réglementation des rapports sociaux par le droit a un caractère subjectiviste ou volontariste, la force normative de la réalité sociale agit non pas dans le sens de l'observation, mais dans celui de l'inobservation du Droit, jusqu'à ce que le Droit, s'appuyant uniquement sur la contrainte venant de « dehors » finisse par perdre d'une manière ou de l'autre son caractère normatif, et la règle de Droit elle-même, son contenu originel².

1. « Depuis la fin de la période postrévolutionnaire — écrit Peschka du droit soviétique, en caractérisant en général les systèmes socialistes du droit — et notamment depuis l'établissement du système socialiste du droit, il n'existe plus en U.R.S.S. de législation fondée sur la coutume et la jurisprudence, les modes de la création du droit étant exclusivement la codification, la législation et la création de décrets se situant aux différents échelons de la hiérarchie législative ». PESCHKA, *op. cit.*, p. 80.

2. Cf. l'explication détaillée de ces thèses dans : KALMAN KULCSAR, *A jog szociológia problémái* (Les problèmes de la sociologie du droit), Budapest, 1960, en particulier, p. 183 à 201; KALMAN KULCSAR, *A jog nevelő szerepe a szocialista társadalomban* (Le rôle éducateur du droit dans la société socialiste), Budapest, 1961, p. 31-32, 76-77, 108-110 et 231-235; PESCHKA, *op. cit.*; ANITA M. NASCHITZ, dans « Le problème du droit naturel à la lumière de la philosophie marxiste du droit » in *Revue Roumaine des Sciences sociales*, Série de Sciences juridiques, 1966, n° 1^{er}, p. 19-40, a adopté un point de vue semblable, de même que Z. JIČINSKY dans le rapport qu'il a soumis en 1964 à la conférence consacrée à la discussion du problème de la fonction sociale du droit [et résumé par Edouard KORUNKA, *O spoločenskej funkcii práva* (La fonction sociale du droit), Pravnik, 1965, n° 3, p. 264-265] et IVAN BYSTRINA dans le rapport qu'il a soumis au mois de mai 1966 à la conférence internationale organisée à Iéna sur la définition du droit socialiste : « Zur Problematik der Rechtsnorm als Instrument der rechtlichen Regulierung » (cf. les détails de cette conférence dans Rainer GOLLNICK, « Internatio-

Les auteurs socialistes sont au fond d'accord pour accepter ces thèses et pour admettre que les dispositions prévues sous la forme prescrite par les organes compétents de l'Etat et mises en pratique dans la société sont à considérer comme des règles de Droit. La discussion porte, comme nous l'avons déjà dit, sur la question de savoir s'il y a lieu ou non de qualifier de règle de Droit, d'une part, une disposition qui a été créée sous la forme prescrite, mais qui n'a pas de réalité sociale et concernant laquelle il n'existe même pas de volonté étatique d'en assurer l'application par la contrainte et, d'autre part, une disposition qui est socialement mise en pratique et dont l'application est assurée par la contrainte étatique, mais qui ne provient pas de l'organe compétent ou n'a pas été créée sous la forme prescrite. La doctrine socialiste de nos jours donne à cette question deux réponses différentes conformément au point de vue que les représentants de la doctrine ont adopté concernant les théories de Kéthchikiane et de Piontkovsky.

L'une de ces réponses est fondée sur la question de la légitimité de la disposition en question ; en effet, elle prend pour point de départ le droit en vigueur pour constater quels sont les organes autorisés à prévoir des dispositions relatives aux droits et aux obligations des citoyens et sous quelle forme ils peuvent le faire. Pour pouvoir dire si une disposition est à considérer ou non comme règle de droit, il faut, suivant cette solution, seulement examiner si elle est considérée comme telle par le droit en vigueur, et non pas si elle a été ou non mise en pratique, ou en d'autres mots, une disposition est toujours en vigueur avant qu'elle soit abrogée sous la forme légale, c'est-à-dire pendant tout le temps pendant lequel elle peut être valablement appliquée par les organes chargés de l'application de la loi.

nales Symposium in Jena zum sozialistischen Rechtsbegriff • in *Staat und Recht*, 1966, n° 8, p. 1336-1345 ; le texte des rapports présentés à cette occasion va être publié dans la revue *Wissenschaftliche Zeitschrift der Friedrich-Schiller-Universität Jena*).

1. Haney et quelques autres auteurs socialistes disent que le droit socialiste se compose de règles générales de conduite créées sous la forme prescrite par « les organes compétents selon la Constitution ». HANEY-WAGNER, *op. cit.*, p. 26. Les partisans de cette opinion invoquent souvent le motif très important qu'en refusant à une disposition le caractère de règle de droit pour le seul motif que sous certains respects ou pour certaines raisons elle n'était pas mise en pratique, on s'opposerait au principe de la légalité. Lesdits auteurs soulignent en même temps que la raison d'être du droit en tant que phénomène de la superstructure est d'exercer une influence sur la base économique et de se réaliser dans les rapports sociaux. Dans une étude consacrée à l'analyse détaillée de cette question, Poléjaï se rallie à la même opinion qui est partagée par la majorité des auteurs soviétiques. POLÉJAÏ, *op. cit.*, p. 19-26. Concernant l'opinion des auteurs socialistes relative à la question de savoir si la jurisprudence a ou n'a pas le caractère d'une source de droit, cf. Anita M. NASCHITZ et Inna FODON, *Rolul practicii judiciare in formarea si perfectionarea normelor dreptului socialist* (Le rôle joué par la jurisprudence dans la création et le développement des normes juridiques socialistes), Bucaresti, 1961, p. 71-92. Selon les auteurs de cet ouvrage, la jurisprudence constitue une pratique au caractère créateur, mais non législatif, étant donné que le juge doit assister le législateur, et non pas prendre sa place. Ils disent en même temps que dans un cas où les activités législatives se heurtent à des difficultés techniques ou d'organisation empêchant le législateur de se rendre compte en temps voulu des défauts de la législation et d'y remédier, les organes judiciaires peuvent se trouver devant la nécessité de transgresser leurs attributions et de créer les normes juridiques nécessaires (*op. cit.*, p. 112).

Pour les partisans de l'autre solution, la question décisive est de savoir quelles sont les dispositions qui pratiquement sont appliquées comme des règles de droit dans une société donnée. Sous cet angle, il n'y a lieu de considérer comme des règles de Droit que les dispositions dont la réalisation dans la pratique sociale est assurée par l'application de la contrainte étatique aussi s'il est nécessaire, par les organes étatiques. On ne peut donc, suivant cette théorie, qualifier de règle de droit aucune disposition qui n'est pas mise en pratique sociale (c'est par exemple le cas pour une disposition dont les tribunaux refusent l'application pour appliquer éventuellement une autre norme) ; il faut par contre qualifier de règle de Droit tout acte et toute norme prévoyant pour les citoyens des règles de comportement (des droits et des obligations) sans l'autorisation légale nécessaire, pourvu que ces règles de comportement soient pratiquement observées par les citoyens et appliquées par les organes appliquant le droit (tels sont par exemple ceux d'entre les actes des organes administratifs inférieurs ou de la Cour suprême qui ont le caractère d'une création du Droit non autorisée, ainsi que toute jurisprudence devenue générale et constante qui est en contradiction avec la loi) ¹.

1. Kulcsar écrit notamment : « Lorsque dès son origine, notamment en raison d'une fausse appréciation des circonstances, ou plus tard, par suite du fait que la situation s'est évoluée en un autre sens que celui prévu par le législateur, une disposition du droit écrit se trouve tellement en opposition avec la situation sociale que son contenu original ne peut se transformer en comportement réel, cette circonstance se traduit tôt ou tard dans la pratique des organes étatiques également. Une telle pratique, pour assurer l'observation d'une règle de droit, pourra soit en transformer le contenu selon les nécessités sociales jusqu'à ce qu'il n'y aura plus de contradiction entre la règle et le comportement de la majorité, soit renoncer, dans un cas extrême, à l'application de la contrainte pour assurer l'observation de la règle de droit en question ; dans ce dernier cas, cette règle de droit cessera d'être en vigueur même si pour la forme elle continuera de l'être (*desuetudo*) ». « Si dans un cas individuel la pratique ne se conforme pas à la règle de droit, on ne s'en trouve encore pas en face d'un nouveau contenu normatif, car une telle pratique ne s'appuie pas à ce changement d'opinion étatique qui rendu nécessaire par la transformation des conditions sociales, est susceptible d'être exprimé non pas seulement par les organes étatiques investis selon la Constitution de droits législatifs, mais par d'autres organes étatiques également ». KULCSAR, *Les problèmes de la sociologie du droit* (en hongrois), p. 195-196 et 262. Cf. L'analyse critique et historique des conditions de la création du droit par les organes chargés de l'application du droit : ПЕЩИКА, *op. cit.*, p. 86-162, 473-481 et 485-487. Suivant cet auteur, « le fait général qui invalide une norme prohibitive et crée les conditions de la validité juridique de la nouvelle norme créée par l'organe chargé de l'application de la loi, consiste dans la continuité de la pratique contraire à l'interdiction formulée par le législateur ». Pour exprimer sous forme d'une norme législative le résultat des activités déployées par les organes chargés de l'application de la loi « il est nécessaire que lesdites activités s'appuient sur la force déterminante des conditions sociales ainsi que sur l'approbation ou le consentement tacite des organes compétents étatiques, législatifs et autres, en se répétant avec une certaine régularité et en devenant ainsi une pratique » (*op. cit.*, p. 146). En ce qui concerne la question de la validité des normes juridiques, un point de vue semblable est adopté par les auteurs qui en soulignant l'importance de la conviction qu'une règle de droit est juste, attirent l'attention sur le fait que la validité d'une règle de droit est indépendante de la circonstance que cette règle de droit s'applique avec ou sans contrainte étatique, mais qu'il n'en est pas de même avec la stabilité de la

Cette dernière conception repose en premier lieu sur l'analyse critique de la jurisprudence du régime juridique bourgeois et des régimes encore plus anciens¹. Le résultat de cette analyse et des conséquences auxquelles elle donne lieu se présente avant tout dans l'exigence que la notion générale du Droit soit définie d'une manière plus différenciée. A l'occasion de cette définition, il faut notamment tenir compte de la circonstance qu'il existe des régimes sociaux où la législation, en présence de certaines conditions, ne doit pas nécessairement être le résultat des activités des organes étatiques compétents, mais peut prendre une autre forme également ; d'autre part, ce sont toujours les normes effectivement mises en œuvre dans une société donnée qui doivent former l'objet de la définition en question.

Nous avons dit que les phénomènes soulevant les problèmes ci-dessus indiqués ne se présentent sous le régime socialiste que sous forme de sous-produits de l'évolution socialiste du Droit et qu'ils ont toujours un caractère transitoire, exceptionnel et sporadique ; étant donné, d'autre part, que l'évolution tend à éliminer complètement les phénomènes semblables, la conception ci-dessus résumée n'exerce aucune influence directe sur la définition des éléments essentiels du droit socialiste. Le droit socialiste est caractérisé par le fait qu'il constitue un des moyens les plus importants d'une politique de principe, fondée sur les lois de l'économie et de la société ; c'est pourquoi, dans une société socialiste, le législateur doit suivre avec une attention particulière l'évolution du Droit et sa mise en vigueur dans la société pour prendre les mesures nécessaires en vue de l'abrogation ou de la modification des dispositions légales ne satisfaisant pas à leur destination². La théorie socialiste du Droit a, pour sa part, le devoir de mettre à jour lesdits phénomènes et leurs causes pour aider ainsi, dans son propre domaine, les organes législatifs dans l'œuvre de la réalisation entière des principes régissant la politique juridique socialiste³.

règle de droit, car aucun système juridique ne peut, selon ces auteurs, subsister longtemps s'il repose uniquement sur la contrainte. Cf. Berislav PENIĆ, *Pravna znanost i dijalektika. Osnove za suvremenu filozofiju prava* (Science juridique et dialectique. Les fondements d'une philosophie contemporaine du droit), Zagreb, 1962, ch. II. En ce qui concerne l'importance de la conviction, cf. aussi : Zygmunt ZIEMBIŃSKI, *Normy moralne a normy prawne. Zarys problematyki* (Normes morales et normes juridiques. Les contours du problème), Poznań, 1963, chap. V.

1. L'analyse des faits ne peut conduire à l'approbation de la création de normes juridiques par les organes chargés de l'application de la loi, car, comme le dit Peschka après l'analyse détaillée de quelques éléments de cette question, « le processus de la création du droit par les organes chargés de l'application de la loi présente, en général, et dans toutes les phases du mouvement socio-juridique conduisant des rapports sociaux jusqu'aux normes juridiques, un aspect défavorable en comparaison avec les activités législatives des organes législatifs proprement dits de l'Etat ». PESCHKA, *op. cit.*, p. 481.

2. D. A. KERIMOV, *Svoboda, pravo i zakonnost* (Liberté, droit et légalité), Moscou, 1960, p. 152 ; Michael LAKATOS, *Otázky tvorby práva v socialistické společnosti* (Problèmes de la création du droit dans la société socialiste), Praha, 1963, p. 98.

3. Au cours des dernières années, la science juridique apporte en Union soviétique aussi une plus grande attention aux questions relatives au perfectionnement de la législation et à la plus grande efficacité du droit, ce qui se montre entre autres choses dans l'augmentation du nombre des articles, pour la plupart sociologiques, consacrés

III

Le résultat de la discussion relative à la notion du droit socialiste peut être résumé dans la thèse que le droit socialiste se composant de règles de Droit, il n'est pas nécessaire de faire entrer dans sa définition les éléments de la mise en pratique sociale et de la « légitimité » conférant aux règles dont il se compose, le caractère de règles de Droit, d'autant moins que les phénomènes contraignants éventuels n'ont aucun caractère général.

Compte tenu des considérations précédentes, la plupart des auteurs socialistes résument la notion du droit socialiste dans la définition suivante : Le droit socialiste constitue un système de règles de conduite créées ou sanctionnées par l'Etat socialiste en considération des lois de l'évolution sociale ; ces règles de conduite correspondent aux intérêts des travailleurs comme ils sont déterminés par les conditions de vie de ces derniers et expriment leur volonté de faire valoir ces intérêts ; l'application des dites règles qui réglementent les rapports sociaux en vue de la consolidation et du développement du régime socialiste de la société et, en dernière analyse, en vue de l'édification d'une société sans classes, est assurée par la contrainte étatique, mais leur observation a un caractère volontaire grandissant¹.

Quelques représentants du droit soviétique ont, il y a quelques années, exprimé l'opinion qu'il serait faux de présenter le droit soviétique simplement comme un ensemble de règles de conduite². Or, ces vues plutôt sporadiques n'ont reçu un grand écho ni dans la doctrine soviétique ni en géné-

aux dites questions. On a par exemple formulé la proposition que la méthode expérimentale de la réglementation juridique soit utilisée dans certains domaines, notamment en présence de la possibilité d'une réglementation alternative. Cf. M. P. LEBEDIEV, *Ob effektivnost' vozdeystviia socialisticheskogo prava na obshchestvennie otnosheniia* (L'efficacité de l'influence exercée par le droit socialiste sur les rapports sociaux), SGP. 1963, n° 1^{er}, p. 22-31.

1. Nous trouvons une définition semblable dans les ouvrages suivants : C. A. IAMPOLSKAIA, *O pravoovoi normé i pravovom otnoshenii* (Les règles de droit et les rapports juridiques), SGP. 1951, n° 9, p. 35 ; KERIMOW-GLASS-LEYMANN-WIESE, *op. cit.*, p. 1158 ; N. G. ALEXANDROV (réd.), *Osnovi teorii gosudarstva i prava* (Les bases de la théorie de l'Etat et du droit), Moscou, 1963, p. 281-282 ; L. S. IAVICH, *Ob opredelenii socialisticheskogo prava* (La définition du droit socialiste), Pravovedenie (Leningrad), 1963, n° 4, p. 110 ; SZABÓ, *Le droit socialiste* (en hongrois), p. 63 et POLEZJAI, *op. cit.*, p. 39.

2. Fedkine écrit par exemple que l'importance des règles de droit consiste non seulement dans le fait qu'elles déterminent le comportement des membres de la société, mais en premier lieu dans la circonstance qu'elles « expriment et stabilisent les rapports qui existent entre les différentes classes formant la base de la société », G. I. FEDKINE, *K voprosu ob opredelenii sovetskogo socialisticheskogo prava* (La question de la définition du droit socialiste soviétique), SGP. 1951, n° 5, p. 19 ; Galanza, de sa part, souligne que le comportement des communautés, la structure des organisations, etc. se trouvent également définis par le droit. P. N. GALANZA, *Ob opredelenii sovetskogo socialisticheskogo prava* (La définition du droit socialiste soviétique), SGP. 1951, n° 10, p. 29-32. Voir l'explication détaillée de toutes ces questions, entre autres, dans N. PETROV, *K voprosu o normativnost' pravovih aktov* (La question de la normativité des actes juridiques), SGP. 1963, n° 9, p. 124-133 et POLEZJAI, *op. cit.*, p. 15-19.

ral dans la doctrine socialiste ; les représentants de la science juridique socialiste ayant uniformément adopté le point de vue qu'en dernière analyse, le Droit régleme les rapports sociaux exclusivement sous forme de dispositions relatives à la conduite des particuliers¹ et qu'ainsi, le droit socialiste peut être considéré comme un ensemble de règles de conduite formant un système déterminé².

Au point de vue de la forme, le Droit en tant que système de règles de conduite se distingue des autres systèmes de règles de conduite par la circonstance que ces normes sont soutenues par l'Etat, cet appui étatique pouvant, si nécessaire, prendre la forme de contrainte. Il ne suffit pas de définir le droit socialiste, sous ses différentes formes historiques, comme un ensemble de dispositions prévues par l'Etat socialiste. Si nous avons dit que le droit socialiste constitue un ensemble de règles « créées ou sanctionnées », « assurées » ou « protégées » par l'Etat socialiste, ce n'était pas, en premier lieu, pour revenir sur la question traitée dans le paragraphe précédent et pour résoudre le problème de la mise en vigueur ou de la « légitimité » du droit, ou en aplanir les difficultés. C'est au fond pour des raisons historiques que nous avons indiqué comme un des éléments de la notion du droit socialiste la confirmation étatique comme une des formes de la législation. Nous avons déjà mentionné que ce sont les organes chargés de l'application du Droit qui à la première étape de l'évolution du droit soviétique, notamment à l'étape révolutionnaire, se sont provisoirement, et dans une certaine mesure, substitués à la législation, le pouvoir prolétarien en voie de développement ne s'étant pas opposé, pendant un certain temps, à cette pratique. Au fond, c'est par cette circonstance et par la volonté de donner la définition commune de toutes les formes historiques du droit socialiste, que s'explique l'insertion de l'élément de la sanction étatique dans la définition du droit socialiste³.

1. La plupart des auteurs socialistes s'est rangée à l'opinion que la fixation juridique de certaines conquêtes, l'établissement de la structure des différentes organisations, l'établissement juridique de tarifs etc. ne constituent que la forme d'expression abrégée de la réglementation des comportements humains correspondants. Si les thèses générales ayant le caractère de principes et constituant souvent le contenu d'une réglementation située sur l'échelon constitutionnel, exercent une influence sur le comportement des particuliers, c'est parce que « elles ont trait à l'ensemble du système socialiste du droit, et définissent ainsi le caractère de ce système en même temps que la pratique suivie dans les domaines de la législation et de l'application du droit et le mécanisme mis au service de l'observation du droit ». Cf. Imre SZABÓ, « La place de la Constitution socialiste dans le système juridique », in *A szocialista alkotmányfejlődés kérdései* (Les problèmes de l'évolution de la Constitution socialiste), Budapest, 1966, p. 26-29.

2. « Dans la société, le droit ne constitue pas simplement une multitude de normes ni une sorte d'expression sommaire, mais une espèce de totalité ou d'unité. Cette totalité qualitativement déterminée constitue un système de normes qui forme en elle-même une réalité sociale » — écrit B. V. CHEINDLINE, dans *Souschnost sovetskogo prava* (L'essence du droit soviétique), Léninegrad, 1959, p. 8.

3. SZABÓ, *op. cit.*, p. 40-42. Le fait que la définition donnée par Vichinsky renferme l'élément de la confirmation étatique, peut s'expliquer par la circonstance qu'en ce temps-là, on n'a pas encore refusé avec la même unanimité qu'aujourd'hui la possibilité de fonder le droit sur la coutume ou sur les décisions de la Cour suprême.

Les règles de conduite par lesquelles le Droit assure la protection d'une société donnée, ont toujours un caractère de classe en tant qu'elles servent les intérêts d'une seule classe et expriment la volonté de cette dernière¹. Les traits caractéristiques du contenu de classe de l'Etat et du droit socialistes ont été clairement définis par les classiques du marxisme, et plus tard par Lénine. On sait que Lénine a considéré l'Etat qui naît de la révolution socialiste, comme une sorte de semi-Etat, un Etat qui contrairement aux types d'Etats précédents, exprime de plus en plus les intérêts et la volonté de la majorité et enfin ceux de l'ensemble de la société².

La circonstance que surtout dans la première phase de l'évolution de leur droit les pays de démocratie populaire ont maintenu en vigueur quelques lois de l'époque bourgeoise et même de l'époque féodale et ne les ont remplacées que plus tard par des lois nouvelles, semble être en contradiction avec le fait que le contenu de classe du droit socialiste est qualitativement nouveau. N'oublions pourtant pas que si dans lesdits pays, les lois anciennes ont été provisoirement maintenues en vigueur, leur contenu de classe originel n'était aucunement conservé; au contraire, l'Etat socialiste n'a ordonné l'application de la loi existante qu'à la condition que les anciennes formes normatives qu'elle contient, s'emprennent d'un nouveau contenu de classe et servent la réalisation d'autres buts que dans le passé³.

1. Plusieurs auteurs ont souligné la nécessité qu'à l'occasion de l'examen du contenu de classe d'un système donné du droit, il y a lieu de prendre en considération, d'une part, la circonstance que la classe dominante, dans son propre intérêt, doit tenir compte de la volonté, des intérêts et des revendications d'autres classes aussi et que sa propre volonté comme elle s'exprime dans le droit, montre l'influence de ces facteurs et d'autre part, la circonstance que le système juridique contient des normes dans lesquelles non seulement l'intérêt de la classe dominante, mais celui de la société entière trouvent aussi leur expression, ce qui n'exclut nullement que la réglementation juridique dépende exclusivement, dans ce cas aussi, de la classe dominante et de sa volonté. Cf. l'analyse détaillée de ces questions dans MIHALY SZOTACZKI, « Le contenu de classe de la volonté juridique » (en hongrois), *Studia Iuridica auctoritate Universitatis Pécs publicata*, n° 6, Budapest, 1959, p. 13-19 et ANITA M. NASCHITZ, « Considérations sur les forces créatrices du droit dans la société socialiste. Aspects du mécanisme de la formation du droit dans la République socialiste de Roumanie », *Revue roumaine des Sciences sociales, Série de Sciences juridiques*, 1965, n° 2, particulièrement à la page 242.

2. On sait qu'aux termes du Programme voté par le XXII^e congrès du Parti communiste de l'Union soviétique, l'Etat soviétique en tant qu'Etat de la dictature prolétarienne s'est transformé dans l'Etat du peuple entier, en un organisme exprimant les intérêts et la volonté du peuple entier. Le problème de l'Etat du peuple entier et du droit qui lui correspond, a constitué, pendant des années, une des préoccupations majeures de la philosophie et du droit dans l'U.R.S.S. Cf. notamment les articles de Alexandrov, de Alexejew, de Burlacki, de Farberov, de Ioffe, de Piontkovsky et de Petrov, etc., publiés surtout dans le SGP. au cours des années 1962 et 1963. L'analyse de ces articles donne lieu à la conclusion que les auteurs n'ont pas encore adopté un point de vue définitif concernant ces questions.

3. SZABÓ, *op. cit.*, p. 45-46. Après l'examen de ce processus comme il s'est déroulé pendant l'évolution du droit en Roumanie, Eliescu en est arrivé à la conclusion qu'au cours de son utilisation, le droit d'ancien type avait conservé son ancien contenu normatif, mais non pas son contenu social et économique. Mihail ELIESCU, « Dialectice formei si continutului dreptului in perioada de trecere de la orinduirea capitalista la cea socialista si unele aspecte ale acestei dialectici in etapa de desavirsire a contruirii

Le fait que le droit socialiste correspond aux intérêts généraux de la majorité dont il exprime la volonté, suffit à lui seul à démontrer les grands changements intervenus dans le domaine des garanties destinées à assurer l'observation de la loi et notamment la diminution du rôle que joue dans ce domaine la contrainte étatique. Au cours de l'analyse de la définition du Droit par Vichinsky, la question s'est déjà posée de savoir quelle est la place que l'élément de la contrainte occupe dans la notion du droit socialiste. La plupart des auteurs ayant participé à la discussion qui s'était engagée sur ce sujet, a adopté le point de vue que la contrainte forme nécessairement un des éléments de la notion du droit socialiste, même si elle ne constitue ni la garantie exclusive ni la garantie principale de l'observation de ses dispositions¹. Ces auteurs ont souligné que la notion du droit socialiste

socialismului » (La dialectique de la forme et du contenu du droit dans la période de la transition du régime capitaliste au régime socialiste), *Studii si Cercetari juridice*, 1964, n° 3, notamment à la page 389. Dongoroz en est arrivé à la conclusion que le contenu du droit a un caractère complexe : le contenu normatif du droit se compose, selon lui, des principes, des institutions et des prescriptions de la réglementation, et son contenu socio-politique, des intérêts, de la volonté et de la valeur de classe qui s'expriment dans le droit. C'est donc en premier lieu le contenu socio-politique du droit qui reflète son caractère de classe et son contenu historique à un moment déterminé. Cf. Dongoroz, « Dreptul penal socialist al tarii noastre. Raportul dintre continutul normativ si continutul social-politic al dreptului penal din Republica Socialista Romania » (Le droit pénal socialiste de notre pays. Les rapports entre le contenu normatif et le contenu socio-politique du droit pénal dans la République socialiste de Roumanie), *Studii si Cercetari juridice*, 1965, n° 3, p. 468-472. Cette distinction faite entre contenu normatif et contenu politico-social ne permet naturellement de conclure ni à la continuité du contenu normatif, ni à la discontinuité du contenu social au cours de l'évolution du droit. Suivant Ionasco et Barasch, quelques éléments conceptuels et logiques du droit ont un caractère relativement constant, ce qui ne peut pas se dire de l'évolution du droit en général. Naschitz, de sa part, a attiré l'attention sur la circonstance qu'il existe certains facteurs qui sont caractéristiques pour plusieurs types de droit et par lesquels, dans certains domaines, se trouvent non seulement déterminés l'objet de la réglementation juridique et quelques-uns d'entre ses indices extérieurs, mais qui ont pour résultat l'identité et la continuité relative de la solution de base et en ce qui concerne certaines catégories de normes, celles de la « finalité » de la réglementation également. Traian IONASCO-Eugene A. BARASCH, « Les constantes du droit. Droit et logique », *Revue Roumaine des Sciences sociales, Série de Sciences juridiques*, 1964, n° 2 et NASCHITZ, *Le problème du droit naturel à la lumière de la philosophie marxiste du droit*, p. 27-32.

1. Pour la plupart des auteurs, la possibilité de l'application de la contrainte étatique est un signe distinctif du droit socialiste également. Cf. entre autres STOGOVICH, *Teoria gosoudarstva i prava* (Théorie de l'Etat et du droit), Moscou. 1949, p. 414 ; IAMPOLSKAIA, *op. cit.*, p. 40 ; FEDKINE, *op. cit.*, p. 22, O. E. LEIST, *O prirode i poulia preobrasovania sansy socialisticheskogo prava* (La nature et les modalités de la transformation des sanctions applicables en droit socialiste), SGP 1963, n° 1^{er}, p. 46 ; D. A. KERIMOV, « Liberty, Law and the Legal Order », *Northwestern University Law Review*, 1963.5, p. 655 ; S. V. KOURULEV, *Sanctija kak élément pravovoï normi* (La sanction comme un élément des normes juridiques), SGP. 1964.8, p. 47 ; N. G. ALEXANDROV, *Obshchenarodnoie pravo — novi etapa v rasviti socialisticheskogo prava* (Le droit du peuple entier — une nouvelle étape de l'évolution du droit socialiste), SGP. 1962, n° 2, p. 19-24. Au fond le même point de vue est adopté par les partisans de la thèse que les règles juridiques ne s'appuient pas simplement sur la contrainte étatique, mais plutôt

avait toujours renfermé l'élément de l'observation volontaire des dispositions du Droit, en même temps que celui de la possibilité de l'application de la contrainte étatique ; ce qui est caractéristique pour le droit socialiste au cours de son évolution, c'est que l'accent est mis sur l'observation de ses dispositions par la conviction¹. Voilà ce qui motive que l'observation volontaire de la loi figure parmi les éléments composants la notion du droit socialiste et qu'on voit dans le respect volontaire de la loi une nouvelle garantie de sa réalisation pratique, garantie fondée sur des bases objectives².

IV

Examinons maintenant la question du rapport entre la notion du droit socialiste et la notion générale du Droit. Cette dernière ne doit renfermer, selon la doctrine socialiste, que des éléments formant les caractéristiques communes de tous les types et de tous les systèmes de droit ayant existé au cours de l'histoire ; d'autre part, ces éléments communs doivent caractériser le droit non seulement dans sa forme, mais aussi dans son contenu et en exprimer pour ainsi dire l'essence. Le problème fondamental de la

sur une sorte de « garantie étatique » se composant en premier lieu des moyens de l'organisation et de la persuasion et seulement en dernier lieu de l'application de la contrainte. O.S. IOFFE-M. D. CHARGORODSKY, *O znachení obshchí oprédelení v íslédovaní voprosu prava i socialisticheskoí zakonnosti* (L'importance générale des définitions au cours de l'examen des problèmes du droit et de la légalité socialiste), SGP. 1963.5, p. 49-50.

1. Le problème de l'observation volontaire du droit et le rapport existant entre la contrainte et la persuasion font l'objet de plusieurs publications. Mentionnons en les suivantes : KULCSAR, *Le rôle éducateur du droit dans la société socialiste* (en hongrois), notamment p. 236 à 246 ; Imre SZABÓ, *Társadalom és jog* (Société et droit), Budapest, 1964, p. 123-133. « L'élément de la contrainte et celui de la persuasion sont étroitement liés dans toute règle de droit — écrit Kulcsar. La persuasion se réalise par la voie de la contrainte, celle-ci pouvant tant abstraitement qu'au cours de son application à des cas concrets, agir dans le sens de la persuasion » (*op. cit.*, p. 244). Haney résume ainsi le point de vue adopté par la plupart des auteurs socialistes : « L'éducation appartient dès son commencement au fond du droit socialiste, le premier but de ce dernier étant de permettre à l'homme de disposer lui-même de ses conditions de vie ». HANEY-WAGNER, *op. cit.*, p. 21.

2. Les avis des auteurs socialistes sont partagées en ce qui concerne la question de savoir si la définition doit renfermer le fait de l'observation volontaire de la loi ou plutôt les facteurs et les moyens sociaux qui sont derrière ce fait. Kerimow-Gläss-Leymann-Wiese, Alexandrov, Iavich, Poléjaï font entrer dans leur définition non seulement l'élément de la contrainte, mais aussi ceux de la persuasion, de l'opinion publique, de l'influence exercée par les facteurs sociaux et des activités sociales déployées en vue de l'organisation et de l'éducation, Haney parle de l'autorité de l'Etat et du développement de la démocratie socialiste comme de facteurs propres à assurer l'observation de la loi, — Szabó par contre a développé la thèse que lesdits facteurs ne constituent pas les éléments de la notion du droit socialiste, mais représentent les méthodes et les moyens de l'éducation dans l'observation volontaire de la loi. La définition du droit socialiste doit donc renfermer selon Szabó le fait de l'observation volontaire de la loi. SZABÓ, *Le droit socialiste* (en hongrois), p. 50-53.

définition du Droit est donc de savoir comment fonder cette définition sur une « abstraction rationnelle » qui sur la base de certaines caractéristiques de la forme délimite le Droit par rapport à d'autres systèmes de normes et exprime en même temps son essence en le caractérisant comme un instrument important de la protection et de la réglementation d'une société donnée, protection et réglementation qui ont toujours un caractère de classe.

Tant le Droit que quelques autres systèmes de normes jouant un rôle important dans la vie de la société (comme par exemple la morale des différentes classes sociales) sont, en dernière analyse et en ce qui concerne leur contenu général, déterminés par les conditions données d'une société et d'une économie; ils reflètent la volonté de certaines classes sociales comme déterminée par les intérêts de ces classes et ils réglementent les rapports sociaux en vue de la consolidation d'un régime social donné (ou aussi en vue de son affaiblissement lorsqu'il s'agit de la morale des classes opprimées). En considérant le Droit de ce côté seulement, on pourrait penser que le trait spécifique du Droit, celui qui le distingue de toute autre règle de comportement, c'est que l'observation de ses dispositions est assurée par la contrainte étatique¹. Or, une définition qui réduirait l'essence du Droit à un élément seulement formel, celui de la contrainte étatique par laquelle son observation est assurée, donnerait du Droit une idée trop formaliste et simpliste; aussi ne servirait-elle qu'à constater qu'au point de vue de la forme, une règle donnée constitue une règle de Droit et non une autre règle de comportement. Nous avons déjà dit que selon la doctrine socialiste, la définition du Droit doit avant tout faire ressortir les traits essentiels et distinctifs du Droit en tant que phénomène social et caractériser le rôle qu'il joue dans la société. Le fait que le Droit se compose de règles formulées par l'Etat, dont l'observation est assurée par la contrainte étatique, ne constitue qu'un élément secondaire de la notion du Droit, car il caractérise le Droit du dehors seulement, au point de vue de la forme. La circonstance que les règles de Droit sont prévues par l'Etat qui en assure l'observation par la contrainte, n'est que l'expression ou la conséquence du fait que le Droit réglemente les rapports fondamentaux de la société dans l'intérêt de la protection et de la consolidation d'un régime social ayant un caractère de classe².

1. Dans la littérature socialiste des dernières années, Kowalski a défini le droit d'une manière semblable. Soulignons cependant que selon cet auteur, la définition ne sert pas à la caractérisation d'un phénomène donné, mais seulement à sa délimitation d'autres phénomènes par des critères aussi peu nombreux que possible. Jerzy KOWALSKI, *Przyczynek do rozważań nad pojęciem prawa* (Considérations sur la définition de la notion du droit), *PANSTWO I Prawo*, 1964, n° 4, p. 563-571.

2. Cf. par exemple SZABÓ, *op. cit.*, p. 50. Selon Lukič la réglementation juridique a un élément extérieur absolument nécessaire qui est le fait d'être assurée par la contrainte étatique ainsi qu'un élément intérieur absolument nécessaire qui est son caractère de classe. Ces deux éléments formant la *conditio sine qua non* du droit — écrit Lukič, la réglementation d'un rapport ne peut être qualifiée de juridique que si elle reflète un intérêt de classe nécessitant une expression absolue, c'est-à-dire si le maintien du rapport en question ne peut être assuré sans la possibilité de l'application de la contrainte étatique. La réglementation juridique d'un rapport qui ne correspond pas à ces conditions,

Faisons en même temps remarquer qu'une définition se composant des éléments essentiels et généraux du Droit peut seulement caractériser d'une manière tout à fait générale l'essence et le caractère de classe de ce dernier et ne sert qu'au but de la présenter sur la base de ses traits les plus universels comme un ensemble de règles se distinguant, au point de vue aussi de son contenu, de tout autre système de normes. Selon l'opinion généralement adoptée par les représentants de la théorie socialiste du Droit, toute notion générale du Droit se compose uniquement d'éléments généraux et abstraits qui ne peuvent tenir compte ni du contenu historique ni du contenu de classe des différents types et systèmes concrets du Droit et qui ainsi ne sont pas aptes à faire comprendre, en eux mêmes, aucun de ces types ou systèmes¹. Des définitions générales telles que le Droit constitue un ensemble de règles de conduite créées ou sanctionnées par l'Etat, basées sur la contrainte étatique et exprimant la volonté de la classe dominante, cette volonté étant en dernier ressort déterminée par les conditions de vie matérielles de la dite classe², ne font ressortir le contenu de classe ni du droit bourgeois ni du Droit socialiste, et encore moins le rôle social et historique joué par ces derniers, qui constituent cependant leur substance spécifique. Dans une société socialiste, le caractère des conditions sociales et économiques, et par conséquent le contenu de classe du Droit, sa fonction sociale et historique et le rôle joué par la contrainte dans l'observation de ses dispositions diffèrent essentiellement et qualitativement du caractère et des fonctions, du Droit dans une société composée de classes antagonistes³.

Dans le domaine de la définition du Droit, la tâche de la théorie socialiste du Droit consiste, selon les représentants de cette science, dans la définition de la notion du Droit selon les différents types du Droit et puis dans la généralisation des éléments de ces notions sous forme d'une définition générale qui doit renfermer les éléments communs des dites définitions et être fondée sur la définition des différents types historiques du Droit selon leur contenu social et historique.

est pour Lukič un abus de la forme juridique. Radomir D. LUKIČ, *Teorija drzave i prava* (La théorie de l'Etat et du droit), vol. II, Beograd, 1956, p. 42-47.

1. Ces questions sont examinées d'une manière détaillée dans : Imre SZABÓ, « Hans Kelsen et la théorie marxiste du droit », in *Kritikai tanulmányok a modern polgári jogelméletéről* (Etudes critiques sur la théorie bourgeoise contemporaine du droit). Budapest, 1963, p. 415-421 et Gerhard HANEY, « Zum Inhalt des sozialistischen Rechtsbegriff », *Staat und Recht*, 1963. 1, p. 122-125. Gerhard HANEY (*Problèmes théoriques de la notion socialiste du droit*) et Mihály SZOTACZKI (*L'expression des intérêts de la société dans le droit socialiste*) ont développé la même thèse dans leurs rapports soumis à la conférence organisée à Léna sur la définition du droit socialiste.

2. C'est cette définition que nous trouvons par exemple dans STALGEVICH, *op. cit.*, p. 58 ; Ion Gh MAURER, « Cuvint inainte » (Introduction), *Studii si Cercetari juridice*, 1956, 1, p. 20 ; CHETINDLINE, *op. cit.*, p. 6 ; O. S. IOFFÉ-M. D. CHARGORODSKY, *Voprosi teorii prava* (Problèmes de la théorie du droit), Moscou, 1961, p. 59 et N. G. ALEXANDROV (éd.), *Osnovi teorii gosudarstva i prava*, p. 27.

3. Imre SZABÓ écrit à cet égard qu'au point de vue de la forme, les éléments de la notion générale du droit sont présents dans celle du droit socialiste également, mais ils y ont un contenu qualitativement différent. C'est précisément cette transformation du contenu qui nous permet de comprendre l'essence du droit socialiste ainsi que son rôle social. SZABÓ, *Le droit socialiste* (en hongrois), p. 30.

LÉNINE ET LA CRÉATION RÉVOLUTIONNAIRE DU DROIT (*)

par Csaba VARGA

*maître de recherches à l'Institut
des Sciences politiques et juridiques
de l'Académie des Sciences de Hongrie*

Révolution et création révolutionnaire du droit

Les révolutions sociales au cours desquelles une nouvelle classe s'empare du pouvoir pour réaliser d'un jour à l'autre des changements radicaux dans les rapports socio-économiques, portent de nombreux éléments d'incertitude dans le processus de la réalisation de leurs objectifs. En effet, il ne suffit pas de préparer la mise au point théorique des traits principaux du programme révolutionnaire et la prise du pouvoir. Car la direction de l'action révolutionnaire, sa forme concrète et ses modalités sont influencées par de nombreux facteurs non prévisibles — en premier lieu par la résistance des classes renversées, par l'attitude des alliés et par le changement éventuel de la situation dans la politique extérieure.

Le choix final, la détermination et la précision des variantes possibles de la tactique à appliquer dans le cadre de la stratégie révolutionnaire ne peuvent avoir lieu qu'au cours de l'action révolutionnaire elle-même. De plus, la confirmation ou la modification continues de la tactique, devenues nécessaires au cours de la transformation révolutionnaire, se présentent également comme des facteurs d'incertitude. Il y a aussi la possibilité des erreurs subjectives provenant des difficultés de l'exercice du pouvoir par la nouvelle classe dans de nouvelles conditions par de nouvelles méthodes (1).

(*) Cf. Revue de Droit Contemporain n° 1/70 S.N. Bratous « Lénine et la législation soviétique ».

Ces facteurs, ainsi que l'impossibilité pour une révolution de réaliser tous ses objectifs d'un coup sans participation créatrice des masses révolutionnaires, sans faire des concessions occasionnelles et temporaires à d'autres couches sociales, sans passer par des essais, et des risques d'erreurs et d'échecs transitoires, indiquent que la législation révolutionnaire est porteuse de signes particuliers différents à de nombreux égards de la législation stabilisée qui, après la conquête du pouvoir, dispose d'une organisation bien établie, de traditions propres de même que d'expériences pratiques. Cette différence est particulièrement vraie pour les révolutions socialistes, puisque l'objectif de celles-ci vise la création d'un ordre socio-économique qualitativement nouveau. Cette particularité affecte en premier lieu les solutions formelles, la technique même de la création révolutionnaire du droit.

Avant tout, sont caractéristiques de la législation révolutionnaire : le caractère très général des lois et des autres actes, la forme d'appel ou de proclamation, déclarative ou de principe, qu'ils revêtent souvent; une rédaction claire, plus souple et plus directe; souvent une liberté quasi totale de structuration des règles de droit, en particulier dans la formulation en bloc des motifs et des dispositions proprement juridiques; en général, un caractère agitateur-éducateur de propagande révolutionnaire, provenant aussi de la rédaction linguistique et structurale des règles de droit, c'est-à-dire — en ayant recours à une expression métaphorique de Lénine — « des vices de forme » caractéristiques de règles de droit qui ont souvent une apparence peu conforme aux exigences des juristes.

Cela ne signifie pas que les signes sus-indiqués sont les traits caractéristiques de *toute* législation révolutionnaire ou les traits caractéristiques généraux ou même inévitables de la *seule* législation révolutionnaire. Il s'agit seulement de particularités formelles qui se retrouvent sous une forme plus ou moins accentuée et plus ou moins fréquente dans la création du droit révolutionnaire, en raison de la dialectique de la transformation révolutionnaire, qui annule l'ancien système au cours de luttes importantes en instituant à sa place des institutions qualitativement nouvelles.

1. La question de la généralité

Comme nous l'avons dit, la phase de début du développement du droit socialiste soviétique a été caractérisée en premier lieu par la forme déclarative et de principe des lois et des autres actes portant règles de droit, par la généralité de leur contenu. Lénine n'était pas seulement conscient de cette circonstance, mais, comme cela découle de ses diverses prises de position, il s'attachait lui-même à ce que les dispositions du jeune pouvoir soviéti-

que ne s'engagent pas dans des questions de détail, qu'elles ne définissent pas les formes et modalités concrètes de l'exécution pratique.

Déjà le premier jour de la révolution, quand Lénine présenta au 2^e congrès des conseils des délégués ouvriers et soldats le projet du premier acte révolutionnaire, le texte, qu'il avait rédigé lui-même, du décret sur la terre, il souligna :

« Aussi exprimons-nous notre opposition à tout amendement à ce projet de loi, nous ne voulons pas entrer dans tous les détails, car nous rédigeons un décret et non pas un programme d'action. La Russie est grande et les conditions locales y sont diverses; nous voulons croire que la paysannerie saura elle-même, mieux que nous, résoudre correctement la question » (2).

A peine dix jours plus tard, à la session du comité exécutif central, au cours de la discussion de la question de la proclamation du monopole des annonces privées, il déclara aussi :

« Il y a naturellement des défauts dans notre projet de loi. Mais les Soviets l'appliqueront partout, selon les conditions locales. Nous ne sommes pas des bureaucrates et nous ne voulons pas l'appliquer à la lettre partout, comme c'était le cas dans les anciennes chancelleries » (3).

Dans l'esprit de Lénine, la généralité du niveau de la réglementation n'était pas une exigence *ad hoc*, mais un programme révolutionnaire conscient appliqué aux particularités russes, et à la même session, il le formula ainsi :

« Les Soviets locaux peuvent, selon les conditions de lieu et de temps, modifier, élargir et compléter les principes de base établis par le gouvernement » (4).

Le postulat du besoin de généralité entraînait naturellement l'obligation, pour toute personne à laquelle s'adressait la règle de droit, de l'exécuter d'une manière *créatrice*, au sens le plus strict du mot, en tenant compte aussi des particularités locales (5), et de contribuer par l'épreuve multiple de la pratique à la sélection des modalités les plus appropriées d'exécution, et de cristallisation des solutions concrètes.

Le fondement, et en même temps la condition, de l'exigence de généralité des dispositions fondamentales est que l'avant-garde de la révolution ait confiance dans la force créatrice des masses. Lénine y comptait. Dès le dixième jour de la révolution, il déclarait :

« La socialisme n'est pas le résultat des décrets venus d'en haut », car

« le socialisme vivant, créateur, est l'œuvre des masses populaires elles-mêmes » (7).

En même temps il était conscient du fait que la généralité des règles de droit laisse la porte ouverte à la naissance de nombreux effets non désirables ou même d'abus, ainsi que des possibilités juridiques particulièrement dangereuses du point de vue de la transformation révolutionnaire, sous le couvert de l'exécution (8).

Or, pour la majorité des lois fondamentales il n'y avait pas d'autre possibilité, parce que les conditions spécifiques (par exemple les grandes dimensions territoriales, l'absence d'homogénéité des conditions locales, d'expériences précédentes, de mise au point détaillée des programmes et aussi de temps disponible) ne permettaient pas objectivement la décentralisation des actes normatifs en instructions concrètes et directes servant à l'exécution pratique. Cette situation subsista plusieurs années après la prise du pouvoir. Par exemple, en décembre 1919, au sujet de la loi sur l'aide aux paysans, Lénine dut constater que :

« Nous ne pouvions dans une loi nous exprimer autrement, ni fournir des indications concrètes. Il nous fallait établir des règles d'ordre général, comptant sur son application scrupuleuse à l'échelon local par des camarades compréhensifs, qui sauraient trouver mille moyens de l'appliquer dans les conditions économiques concrètes de chaque localité » (9).

Par conséquent, la conception initiale de Lénine, formulée quant au niveau de la réglementation juridique, a été formée par l'analyse des circonstances et des conditions de la transformation révolutionnaire ainsi que par l'obligation de chercher le niveau et la méthode optima. Lénine pensait à ces questions en tant qu'homme politique. Il ne donnait pas à sa conception une portée absolue, il ne l'étendait pas aux étapes ultérieures du développement juridique soviétique ou au droit socialiste en général.

Or, la sphère de validité relativement particulière de la conception de Lénine n'exclut pas le moins du monde d'en déduire des conséquences de portée générale.

La conclusion la plus élémentaire pourrait être que la sphère du spécial, en tant que niveau généralement accepté de la réglementation par les règles du droit dans les Etats socialistes, ne pourrait se révéler — sans aucune condition préalable — comme un principe ou une exigence de portée universelle; en effet ceci suppose une accumulation des expériences de réglementation antérieure et une stabilité plus prononcée des rapports socio-économiques.

Dans une mesure plus ou moins grande, chaque acte créateur de droit porte en soi un élément d'incertitude. La création du droit ne pourrait s'avérer exclusivement réussie et ne pourrait se réaliser au sein de la réalité sociale que là, où le modèle théorique servant de base s'avère *vrai*, c'est-à-dire reflète les tendances de

développement effectives de la réalité sociale, d'une part, et où le texte juridique constitue l'expression *appropriée au but* du modèle, c'est-à-dire l'expression transmise par une technique juridique et par des solutions de procédure adéquates. La prise en considération soulignée de ces deux points de vue a également pénétré l'œuvre de Lénine. Il souleva par exemple, lui-même la question de savoir si

« l'action *législative* de la République soviétique... a(t)-elle été fondée sur des principes justes et appliquée d'une façon rationnelle ? » (10).

Et ceci donne en même temps une réponse plus directe à la question de savoir pourquoi la tendance de Lénine à la généralité, à la forme de principe des réglementations, était justifiée, voire l'unique voie à suivre. Dans les conditions provisoires de la révolution, en absence absolue et d'une stabilité des rapports sociaux et d'expériences relatives aux solutions partielles concrètes, les nombreuses variantes présentées par la situation de la lutte des classes dans l'immense domaine de la Russie soviétique, et l'importance *provisoire* de la nouvelle législation déterminée à la fois par le caractère *transitoire* du passage révolutionnaire et par les conditions toujours nouvelles de l'évolution concrète de la lutte des classes — c'est-à-dire les changements non exceptionnels de la tactique (11) et la nécessité de plus en plus fréquente des essais et tentatives dans les diverses formes de la réglementation — montraient que la solution optimale, offrant le moins de sources d'erreurs, est la forme d'une réglementation de principe ayant une généralité d'un degré supérieur à celui du spécifique. Donc une solution qui ne détermine pas l'élément constitutif de l'expression *appropriée au but*, c'est-à-dire la forme et les modalités de l'exécution pratique, mais confie leur formulation aux exécutants directs, c'est-à-dire à la conscience, aux expériences et aux aspirations des forces révolutionnaires.

La généralité des directives avait ainsi visé la multiplicité de l'exécution, la pluralité des modalités, en fin de compte le mûrissement des expériences d'exécution concrète, et, sur la base de leur évaluation, le choix des modalités à suivre en général par la suite, et ainsi le fondement d'une législation non plus provisoire, mais offrant une réglementation de détail uniforme.

Par conséquent, la théorie de la généralité de Lénine ne se limitait qu'à un état transitoire, d'une part, et elle était basée sur l'exigence que la réglementation ultérieure, suivant l'évaluation des expériences, pénétrant jusqu'à la sphère du spécial, s'appuie davantage sur les résultats de la pratique, sur les expériences politiques, sociales et techniques acquises au cours d'une exécution créatrice.

2. La question de l'expression formelle

L'autre trait principal de la législation révolutionnaire soviétique est aussi son caractère formel au sens plus strict du mot. Il concerne notamment le langage et la structure des règles de droit. Le langage plus simple des actes juridiques, leur structure plus lâche et moins formelle, ainsi que leur formulation visant à contribuer à ce qu'elles puissent jouer un rôle agitateur et éducatif, et se trouvent en relation organique avec la généralité du niveau de réglementation. Ces solutions ont été définies par les conditions de la lutte révolutionnaire, par l'exigence des moyens et des formes correspondant le mieux à ces conditions.

Nous devons observer ici qu'une circonstance supplémentaire a joué aussi un certain rôle dans la formation de ces traits, notamment que, dans la première période, la législation était un des outils les plus importants de la propagande politique (12), de la « propagande avec des vérités communes » (13). Les actes juridiques révolutionnaires appelaient à la conviction des classes révolutionnaires; les destinataires étaient les masses populaires; leur but fondamental était au début moins une réglementation « stricto sensu », qu'un appel aux actes révolutionnaires créateurs. Or, cette particularité fonctionnelle définit la particularité formelle du droit : en accord avec les revendications du passage révolutionnaire le rôle agitateur-éducateur du droit est passé dans une mesure extrême à l'avant-plan et ceci appelait impérativement des solutions de technique juridique adéquates.

Cependant, alors que dans la généralité de la législation révolutionnaire une particularité spécifiquement russe jouait aussi son rôle — notamment la grandeur du territoire touché par la transformation révolutionnaire et la diversité des spécificités locales — le langage plus simple et la structure plus lâche et moins formelle du droit pourra être plus généralement caractéristique de la législation des différentes sociétés, en fonction du besoin de la mise en valeur de la fonction agitatrice-éducatrice du droit.

Les exigences de forme primaire de la législation révolutionnaire incluent un caractère univoque, une simplicité et une clarté du langage juridique, une motivation compréhensible, franche et sincère, permettant d'en appréhender simultanément les causes, ce qui a abouti fréquemment à un mélange des dispositions positives avec l'appréciation politique en forme de préambule.

L'activité pratique de Lénine avait été caractérisée par une remarquable prise en considération de ces exigences. Il avait vigoureusement souligné la nécessité de la simplicité et de la clarté du langage des actes politiques et juridiques importants (14). En guise d'introduction au projet de décret sur la dissolution de l'Assemblée constituante, une disposition concise

est précédée d'une évaluation et de motifs politiques d'environ quatre-vingts lignes : « c'est pourquoi le Comité exécutif central décrète : l'Assemblée constituante est dissoute » (15); dans de nombreux cas, au cours de la discussion des projets des diverses pièces de législation il demanda lui-même, ou donna l'instruction, de « faire précéder le décret... d'une explication accessible à tous » (16) ou bien de « souligner plus fortement l'idée fondamentale » servant de base aux dispositions (17).

Il est inévitable que la révolution compte sur la conscience et l'enthousiasme des forces révolutionnaires, comme condition essentielle du maintien de l'élan révolutionnaire et ainsi du succès de la révolution, sur la base d'une sincérité de rapports entre le dirigeant et les dirigés. Lénine avait souligné cette idée dès le lendemain de la révolution (18), et elle se manifesta d'une manière conséquente dans sa conception de la législation (19).

Le développement du droit suppose également le développement d'une technicité juridique. Des notions spécifiquement juridiques se cristallisent par l'élaboration technique du système du droit, et, dans l'intérêt de la cohérence et de l'univocité, ainsi que de l'absence de contradictions des dispositions formant les éléments constitutifs du système, un langage juridique s'est créé qui se trouve en corrélation étroite avec la langue quotidienne, ne se sépare pas de cette dernière, mais n'est pas non plus identique avec elle et apparaît plus ou moins comme une langue professionnelle.

Lors de la formulation des règles le législateur rencontre deux exigences qui se contredisent réciproquement : l'une est la demande de la compréhensibilité du langage juridique, l'autre est la demande de la pureté logique de ce langage. Ces deux exigences représentent en même temps deux extrêmes : en chaque texte juridique ces deux exigences sont réalisées sous la forme d'un *compromis*. Le caractère et le niveau de ce compromis changent en fonction des conditions sociales concrètes. Au cours de révolutions la compréhensibilité, plus précisément le mode de formulation populaire et agitatif, est acquis un accent plus vigoureux, même au prix de ce que l'élaboration technique passe provisoirement à l'arrière-plan. Cette circonstance ne cause pas d'elle-même un affaiblissement de la sécurité de droit. Elle n'est qu'un phénomène accompagnant la relève d'un type de droit par un autre type de droit, — accompagnant la « ruine » (20) transitoire infailliblement inhérente à toute sorte d'un tel processus, c'est-à-dire accompagnant la recherche d'une sécurité juridique fondée sur un nouveau type de droit.

C'est dans ces corrélations que, dans l'intérêt d'une compréhensibilité et d'une expression manifestement populaires, Lénine

avait considéré le recul temporaire de l'élaboration technique à l'arrière-plan comme nécessaire et l'avait évaluée d'une manière *positive*. Il avait signalé à de nombreuses occasions en rapport avec diverses lois que celles-ci « comportent des vices de formes » (21), sont « techniquement et peut-être même juridiquement très imparfaites » (22), qu'on ne pourrait de loin les considérer comme « les modèles de la perfection » (23); concernant l'une d'elles « nous savons qu'elle n'a pas été inventée par une quelconque commission, rédigée par des juristes » (24), car en tant qu'un homme politique il avait vu la question fondamentale de la révolution dans la conquête, le maintien ainsi que la consolidation du pouvoir — y compris du pouvoir législatif —, et cette transformation révolutionnaire exigeait l'émission rapide d'actes stabilisateurs couvrant le plus largement les rapports sociaux, et le renforcement de leur effet social, et non pas du tout leur élaboration technique minutieuse par des juristes. Dix jours après la révolution, Lénine avait lui-même énoncé qu'il considérait comme une question fondamentale la possession du pouvoir et l'émission des actes qui correspondent aux bases du nouvel ordre tout en « écartant toutes les difficultés de forme »; en effet :

« Que ces lois, du point de vue de la société bourgeoise, comportent des vices de formes, soit ! Mais n'oublions pas, le pouvoir est aux mains des Soviets qui peuvent apporter les corrections nécessaires » (25).

3. Consolidation sociale et la question de l'élaboration technique

Bien entendu, l'exigence de la création du droit sous une forme populaire n'est de loin pas identique à l'inexactitude, à la tolérance d'une rédaction négligée. Déjà dans la phase du début Lénine s'était plusieurs fois référé à la nécessité de la précision (26), en même temps il était conscient de ce qu'avec la clôture de la phase transitoire — avec la stabilisation des rapports sociaux du nouvel ordre — l'élaboration technique pertinente de la législation deviendrait inévitablement nécessaire et passerait au premier plan, et qu'entre exigence d'expression populaire et exigence d'élaboration technique, il faudrait établir un nouveau compromis. Or, cela ne pouvait non plus signifier dans l'esprit de Lénine un décalage total de l'accent principal, mais impliquait plutôt que la société stabilisée, par sa législation d'un niveau aussi techniquement élevé, reproduise la forme d'expression populaire et compréhensible en abandonnant les moyens ayant servi à l'atteindre, ou, plus précisément, en les transformant pour les porter au niveau technique supérieur de la formation d'un système juridique cohérent, logiquement exempt de contradictions.

Cette exigence commence à passer au premier plan pendant les années vingt et elle atteint son expression totale en 1922 quand, d'une part, Lénine soulève avec de plus en plus d'urgence la question de la prolifération de la législation du pouvoir soviétique, ainsi que du manque de la stabilité et de l'unité du système juridique et, sous cet aspect, la nécessité d'une systématisation et d'une récapitulation (27); d'autre part, il met de plus en plus l'accent sur l'évaluation des expériences accumulées jusqu'à cette date, sur la pénétration d'une réglementation mûrie jusqu'aux détails et aussi sur la réalisation d'une unité de la législation, — en bref, sur l'efficacité de la réalisation de la législation nouvelle (28).

C'est en même temps la période où Lénine formule sa conception en vertu de laquelle et le caractère directement populaire du droit, et la multiplicité et l'adaptation aux lieux de son exécution subsistent néanmoins dans la société socialiste stabilisée. Cependant, dans la période du développement consolidé l'idée de l'unité doit être mise en valeur sur un double plan : par le renforcement de la législation centrale unifiée, d'une part, et par le contrôle central unifié de l'exécution et de sa légalité, d'autre part (29).

Il est vrai que déjà auparavant Lénine avait accordé une grande attention aux préparatifs de la législation nouvelle. Dans plusieurs cas il confia par exemple l'élaboration des dispositions juridiques à plusieurs organes concurrents, afin de pouvoir choisir parmi les différentes alternatives « le meilleur programme », « le programme le plus pratique » (30), mais le fait du décalage de l'accent est évident : dans ces années Lénine considère la législation non plus seulement du côté de la tactique politique, mais aussi du côté de *l'élaboration technique juridique*. C'est alors qu'il soulève la nécessité de convoquer le comité exécutif central à « des sessions prolongées » « aux fins... de l'élaboration des questions principales de la législation » (31); quand il demandera aux membres du comité exécutif central de discuter d'une manière plus approfondie les projets de loi, car

« Mieux vaut remettre à plus tard et laisser nos responsables dans les localités examiner attentivement les choses; il faut se monter plus exigeant à l'égard des législateurs, ce qu'on ne fait pas chez nous » (32)

— voire il prête aussi attention à ce qu'au cours des préparatifs du Code civil, dans l'intérêt d'une prise en compte absolue des institutions servant à la protection des travailleurs, la littérature et la pratique juridiques des pays de l'Europe occidentale soient aussi étudiées (33).

En guise de conclusion

Création révolutionnaire du droit et législation socialiste

Nous avons examiné les traits particuliers formels de la création révolutionnaire du droit soviétique qui forme un ensemble inséparable de l'œuvre de Lénine, et notamment la généralité du niveau de la réglementation juridique, la façon plus directe de sa formulation linguistique et, par conséquent, la relégation temporaire de l'élaboration technique du droit à l'arrière-plan. Nous avons essayé de montrer que la formulation générale du droit, exigée par Lénine, était dictée par les conditions de la lutte révolutionnaire, et plus particulièrement par les conditions spécifiques de la Révolution d'Octobre. Les conditions très complexes de la lutte des classes et celles de la guerre civile ont aussi contribué au fait que l'élaboration technique du nouveau droit soviétique, très jeune alors, ait été mise de côté. Les traits qui caractérisaient la Révolution d'Octobre ne se retrouvent pas, du moins partiellement, dans la République hongroise des Conseils. Il en est résulté que ces traits de la création révolutionnaire du droit soviétique ne l'ont caractérisée que d'une manière moins forte.

La formulation des bases du droit d'un nouveau type au cours des luttes, l'élaboration des principes majeurs du droit soviétique ne pourraient pas encore être considérées en elles-mêmes comme la création d'un système juridique complet. Lénine lui-même avait compté avec ce fait et il contribua grandement à ce qu'à partir des règles d'un niveau général, souvent d'une importance provisoire, et peu élaborées du point de vue technique, un système cohérent, unifié, exempt de contradictions, et aussi logiquement univoque, pénétrant jusqu'au niveau du spécifique, puisse être forgé dans une période où le socialisme pourrait déjà être, avec l'exigence d'une stabilité relative, « mis dans les compartiments des articles et paragraphes ».

Par conséquent, il est évident que la création d'un système juridique n'est pas une demande a priori et valable sous toutes les conditions. Elle dépend de l'existence de conditions objectives; elle suppose une stabilité relative et des rapports sociaux et des expériences de réglementation préalables.

Par sa formulation structurale et une expression linguistique plus directes et compréhensibles, la législation socialiste doit elle-même aussi contribuer à ce que l'aliénation du droit soit supprimée dans la mesure du possible. Bien que la création d'un système formel de droit ainsi que son élaboration technique puissent agir dans le sens du maintien ou même de l'accentuation de l'aliénation de la forme juridique, cette formulation structurale et cette expression linguistique plus directes et compréhensibles pourront dans une forte mesure neutraliser cette tendance à

l'aliénation tout en apportant une satisfaction considérable de toutes les exigences techniques spécifiques.

La nécessité de la satisfaction optimale de ces deux exigences souvent contradictoires a encore été soulignée par Lénine à l'époque de la stabilisation, à l'époque de la transition à la création d'un système juridique complet lorsqu'il donnait des exemples qui ont une influence remarquable sur la législation socialiste jusqu'à nos jours. Cette influence se manifeste dans les préambules des lois, formes que l'on retrouve presque généralement dans la législation socialiste, dans la publication presque régulière de l'exposé des motifs ministériels dans les journaux officiels, dans l'application de méthodes de meilleures en meilleures de rédaction des lois, dans la préoccupation du législateur pour une expression simple et compréhensible des normes juridiques : en somme, dans la recherche incessante des méthodes et des voies les meilleures d'une formulation adéquate au nouveau type, socialiste, du droit.

(1) Lénine avait prévu la présence historiquement justifiée et même l'inéliminabilité de ces facteurs d'incertitude; après le début de la révolution il fit la déclaration suivante : « L'avènement d'une nouvelle classe sur la scène historique, en qualité de chef et de dirigeant de la société, ne se passe jamais sans une période de violents "remous", de secousses, de luttes et de tempêtes, d'une part et, d'autre part, sans une période de tâtonnements, d'expériences, de flottements, d'hésitations dans le choix de nouveaux procédés répondant à une situation objective nouvelle. » LENINE, V., *Œuvres*, tome 27, Paris-Moscou, Editions sociales - Editions en langues étrangères, 1961, p. 271.

(2) LENINE, *Œuvres*, tome 26, 1975, p. 269.

(3) Ibid., p. 298.

(4) Ibid., p. 300.

(5) « Chaque fabrique, chaque village — avait-il dit en mars 1918 — est une commune de production et de consommation qui a le droit et le devoir d'appliquer à sa façon les dispositions légales générales des Soviets / "à sa façon" non pas dans le sens de leur violation, mais dans celui de la diversité des formes d'application /, de résoudre à sa façon le problème du recensement de la production et de la répartition des produits. » LENINE, *Œuvres*, tome 27, p. 270.

(6) « Nos décrets relatifs aux exploitations paysannes — avait constaté Lénine en mars 1919 — ... sont justes en tant que voies tracées, en tant qu'appel à l'action pratique. Lorsque nous disons : "Encouragez l'association", nous donnons des directives qu'il faudra mettre à l'épreuve maintes fois avant de trouver leur forme définitive d'application. » LENINE, V., *Œuvres choisies en trois volumes*, tome 3, Moscou, Editions du Progrès, 1968, p. 204.

(7) LENINE, *Œuvres*, tome 26, p. 300.

(8) « Et si l'aide que les communes agricoles fournissent aux paysans ne sert qu'à se conformer strictement à la loi, cette aide, loin d'être utile, peut même simplement causer du tort » / LENINE, *Œuvres choisies*, tome 3, p. 311 /, d'une part. « Mais bien entendu, on peut tourner n'importe quelle loi, même en faisant semblant l'exécuter. Et la loi d'aide aux paysans, appliquée de façon peu consciencieuse, peut se convertir en un jeu parfaitement futile et amener des résultats diamétralement opposés » / Ibid., p. 314 /, d'autre part.

(9) Ibid., pp. 313-314, de même *ibid.*, p. 201, etc. - Remarquons que l'introduction du principe d'analogie dans le Code Pénal de 1922, — proposée par Lénine — se réfère aussi à l'exigence de la généralité. Peut-être le compte rendu écrit par M. Sik dans ses mémoires n'a qu'une valeur d'anecdote, mais il est certainement pas dénué d'enseignement. Selon ce récit, le président du tribunal révolutionnaire de Tchita en Sibérie avait l'opinion suivante sur la généralité relative rendue possible par l'analogie : « Le juge bourgeois, afin de pouvoir présenter les intérêts exploités de la bourgeoisie comme une vérité objective, avait besoin de gros codes et recueils de lois. La justice soviétique qui est au service des intérêts du prolétariat révolutionnaire, a une tâche bien plus simple et plus facile. Si vous regardez ce Code Pénal — le tout ne fait que 28 pages, la partie générale et la partie spéciale ensemble correspondent à 227 articles. De ceux-ci 56 articles font la partie générale, alors que 171 articles la partie spéciale. De tous ceux-ci pour nous, en fait, il n'y en a que deux qui sont importants : l'article six qui définit ce qu'il faut considérer comme une infraction, et l'article dix qui parle de l'analogie. Si, selon l'article 6 quelque chose devait être considéré comme infraction, alors il n'est pas important qu'il y ait aussi un article séparé à la partie spéciale... Ces deux articles nous disent tout. Le reste, cela n'a pas été fait pour nous. Ces articles sont pour le monde, pour ceux qui ne considèrent pas l'essentiel comme étant important, mais les articles comme tels. » SIK, Endre, *Próbáevék / Années d'essai I*, Budapest, Ztynyi, 1967, p. 762.

(10) LENINE, *Œuvres*, tome 28, 1961, p. 315 / souligné par Cs. V. I.

(11) « A une époque de transition, les lois ont une valeur provisoire. Et si une loi fait obstacle au développement de la révolution, on l'abolit ou on la rectifie. » LENINE, *Œuvres*, tome 27, p. 551.

(12) Cette nature de fonction du droit a également été motivée et justifiée par les exigences de la transformation révolutionnaire. « On se moquait de nous — a rappelé Lénine, on disait : les bolchéviques ne comprennent pas qu'on n'applique pas leurs décrets... Mais cette phase était légitime quand les bolchéviques ont pris le pouvoir et ont dit au simple paysan, au simple ouvrier : voici comment nous voudrions que l'Etat fût gouverné; voici un décret; essayez-le. Au simple ouvrier ou paysan, nous exposons d'emblée nos conceptions politiques, sous forme de décrets. Résultat : nous avons conquis cette énorme confiance, dont nous avons joui et dont nous continuons de jouir parmi les masses populaires. » LENINE, *Œuvres choisies*, tome 3, p. 716.

(13) Ibid., p. 201.

(14) « Il faut aborder le peuple sans termes latins, avec simplicité, de façon intelligible. » LENINE, *Œuvres*, tome 36, 1959, p. 450.

(15) LENINE, *Œuvres*, tome 26, p. 458.

(16) LENINE, *Œuvres*, tome 28, p. 41.

(17) LENINE, *Œuvres*, tome 27, p. 372.

(18) « Pour nous, un Etat est fort grâce à la conscience des masses. Il est fort quand les masses savent tout, quand elles peuvent juger de tout et vont à l'action consciemment. Nous ne devons pas craindre de dire la vérité... » LENINE, *Œuvres*, tome 26, p. 263.

(19) C'est dans ce sens qu'il écrivit p.ex. que « dans notre Constitution il n'y a pas de belles paroles » / LENIN, V.I., *Collected Works*, vol. 30, Moscow, Progress, 1965, p. 242 / et cette idée est reflétée au sujet du projet du Code Pénal dans sa lettre écrite à Koursky, dans laquelle il souligne que cela serait « une duperie ou une illusion » de camoufler le maintien temporaire de la terreur; donc « il faut ouvertement déclarer la thèse de principe politiquement sincère et n'ayant pas seulement un caractère strictement juridique / qui justifie la substance et la motivation de la terreur » / LENIN, *Collected Works*, vol. 33, 1973, p. 358 I.

(20) LENINE, *Œuvres*, tome 27, p. 529.

(21) LENINE, *Œuvres*, tome 26, p. 299.

(22) LENIN, *Collected Works*, vol. 33, p. 392.

(23) LENIN, *Collected Works*, vol. 30, p. 240.

(24) LENINE, *Œuvres*, tome 28, pp. 146-147.

(25) LENINE, *Œuvres*, tome 26, p. 299.

(26) Déjà le 17 novembre 1917 Lénine s'était préoccupé de ce qu'un décret « par sa rédaction... pouvait conduire à des malentendus regrettables » / *ibid.*, p. 301 /; plus tard il attirera l'attention sur la nécessité qu'aux projets de décrets en question soit donnée « une formulation juridique plus précise » / LENINE, *Œuvres*, tome 27, p. 372 / de même que « les règlements et les lois » définissant certaines peines sont à « formuler avec plus de précision » / LENINE, *Œuvres*, tome 28, p. 41 /.

(27) LENIN, *Collected Works*, tome 30, pp. 468-469; tome 33, pp. 83 et 224-225; etc.

(28) « Jadis nous avions besoin de ces déclarations, affirmations, appels et décrets. Nous en avons suffisamment. En ces temps ils étaient indispensables pour démontrer au peuple que nous voulions construire de nouvelles choses, encore jamais vues. Mais avons-nous le droit de répéter au peuple ce que nous voulons édifier ?... Les temps ont déjà passé où il s'agissait d'esquisser politiquement les grandes tâches, aujourd'hui c'est le temps de réaliser dans la pratique ces tâches ». LENIN, *Collected Works*, tome 33, p. 73. « Personne ne contrôle comment ces décrets sont résolus dans la pratique, ces décrets dont nous avons bien plus que le nécessaire et que nous formulons par le zèle et l'application illustrés par Mayakovski. » *Ibid.*, p. 224. « A mon avis, l'essentiel est de déplacer le centre de gravité de notre travail de rédaction de décrets et d'ordonnances / sur ce point notre bêtise confine à l'idiotie / au choix des hommes et au contrôle de l'exécution. C'est le nœud du problème. » LENINE, *Œuvres*, tome 36, p. 578. « Le nœud de la question n'est pas dans les institutions, ni dans la réorganisation, ni dans de nouveaux décrets, mais dans le choix des hommes et le contrôle de l'exécution. » *Ibid.*, p. 586.

(29) LENIN, *Collected Works*, tome 33, pp. 363-367.

(30) LENINE, *Œuvres*, tome 28, p. 466, et semblablement LENIN, *Collected Works*, tome 30, p. 307. Sur la critique de la législation, voir LENINE, *Œuvres*, tome 27, pp. 324 et seq.

(31) LENIN, *Collected Works*, tome 33, p. 253.

(32) LENINE, *Œuvres choisies*, tome 3, p. 720.

(33) LENIN, *Collected Works*, tome 33, p. 203.

LÉNINE ET LA CRÉATION RÉVOLUTIONNAIRE DU DROIT

Csaba Varga

(Résumé)

La révolution est une période extrêmement dynamique de l'évolution sociale, comportant nombreux éléments d'incertitude. En conséquence, la création révolutionnaire du droit est marquée de plusieurs empreintes spécifiques se manifestant même dans la technique législative.

La période initiale de l'évolution juridique soviétique était caractérisée par une forme déclarative de principes des actes juridiques et par une *généralité* extrême de leur contenu. Dans l'effort de Lénine cette généralité a fait son apparition comme un programme révolutionnaire adapté aux conditions données. En effet, dans les conditions transitoires de la révolution, la variété des particularités locales, le manque de stabilité des conditions sociales et le caractère provisoire de la législation ont indiqué comme la meilleure solution une réglementation dans la forme de l'énonciation de principes, présentant le minimum de sources d'erreurs. Ce procédé, en s'abstenant de définir les formes directes de la mise en oeuvre pratique, a confié le choix des modalités les plus opportunes aux aspirations des forces révolutionnaires et a visé ainsi l'échange des expériences acquises au cours de l'exécution pratique, pour jeter les fondements d'une réglementation détaillée et unifiée. Une autre caractéristique de la création révolutionnaire du droit vient du style plus simple et de la structure plus souple des actes juridiques ainsi que de leur *rédaction dans une forme concentrée sur l'accomplissement de la fonction d'agitation et d'éducation du droit*, ce qui a eu pour résultat que les dispositions positives ont été mêlées à des appréciations politiques, qu'on a fait souvent usage de différentes formes de préambules. En cette matière un certain rôle était joué aussi par le fait que la législation était un des instruments de la propagande politique. La solution visant à obtenir cet effet politique a rendu nécessaire que les questions de la formation d'un système juridique et d'une élaboration technique adéquate soient reléguées provisoirement à l'arrière-plan, ce qui à cette époque a été considéré par Lénine comme une chose nécessaire. — Dans la *période de la stabilisation* cette situation s'est modifiée. Conformément l'exigence de la consolidation et de la plus grande efficacité de la réglementation juridique, Lénine a mis déjà en relief l'idée de l'unification de la législation en indiquant comme tâche le renforcement de la législation centrale et le contrôle de l'exécution et de la légalité par des organes centraux. Il a considéré la législation non seulement sous ces aspects de la tactique politique, mais aussi du côté des aspects spécifiquement juridiques de l'élaboration technique des règles de droit. Cette nouvelle exigence, au milieu de celles d'une perfection technique a abouti à la naissance d'un compromis de nouveau genre, notamment ou fait que la législation d'un niveau élevé, aussi du point de vue de sa technique, reproduit désormais la forme populaire antérieure, au moyen de la transformation des méthodes du passé, sur le plan de la formation d'un système cohérent.

La séparation des pouvoirs : idéologie et utopie dans la pensée politique

Il y a deux millénaires et demie que le philosophe grec de l'école ionienne, HÉRACLITE né à Ephèse, formula déjà le grand dilemme de la confluence de *loi* et *tyrannie* ainsi que de *liberté* et *licence* et, par cela, de la recherche de leur équilibre délicat étant toujours rompu et exigeant toujours un renouvellement. "Le problème majeur de la société humaine est — comme il a formulé — à associer un tel degré de la liberté sans quoi la loi constituerait une tyrannie avec un tel degré de la loi sans quoi la liberté serait tout simplement une licence." Et dans le développement européen et dans celui s'irradiant de l'Europe ce dilemme subsiste toujours; et jusqu'à nos jours des sociologues, politologues et juristes se voient contraints à reformuler la sagesse ancestrale. On pourrait même la placer parmi des enseignements de l'Antiquité classique, l'on sent de flotter dans une telle mesure les paroles prononcées par

Lord ACTON aux vérités éternelles de l'intemporalité: "Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely."¹

Si, sur les vestiges de István BIBÓ, l'acteur et penseur politicien hongrois tout récemment décédé, l'on dégage l'enseignement de l'analyse de l'histoire de la politique et de celui de la pensée politique que "derrière les '*devenirs*', en s'étendant au-delà des siècles même sur de longue terme ce sont certaines '*structures*' qui sont essentielles, structures qui désignent des limites et en même temps offrent des possibilités pour le présent 'et que au-delà de ces structures' il y a aussi des '*modèles*' dans l'histoire dont la structure interne peut changer, mais leur validité peut se prouver consistante à travers des différentes structures",² alors dans ces formulations nous devons voir un problème se cachant derrière le modèle et à la fois une prétention de la formulation

¹ Lord ACTON: *Essays on Freedom and Power*. Boston, 1948. p. 364.

² SZÜCS, J.: Vázlat Európa három történeti régiójáról (An outline of three historical regions of Europe), *Történelmi Szemle*, 3/1981.

de ce modèle. Et si l'on met tout cela en parallèle avec l'interprétation marxiste du phénomène de l'*aliénation* et avec le fait que l'*aliénation* en soi-même n'est pas un phénomène universel et n'est nécessairement pas un phénomène particulier mais elle est un phénomène s'offrant de la rencontre des conditions objectives, en tout cas socialement concrètement déterminées, et de leurs tombées subjectives (à savoir que l'*aliénation* n'est aucunement une "condition humaine" déterminant nécessairement l'existence sociale et elle n'est non plus un trait historiquement limité qui pourrait être *a priori* exclue de la pratique des systèmes actuels du socialisme,³ alors il devient perceptible l'actualité de ce sphère de problèmes pour la théorie socialiste aüssi.

Cette caractérisation sommaire du problème laisse peut-être prévoir à la portée du symposium international qui a eu lieu à Varna du 26 au 28 septembre 1983 au siège F. J. Curie des travailleurs scientifiques sur le thème de "Séparation des pouvoirs : théorie, législation et pratique." Le rapport servant point de départ pour les délibérations, "La doctrine sur la séparation des pouvoirs étatiques" présenté par le professeur Yaroslav RADEV, organisateur en chef du symposium en tant que vice-président du Conseil d'État Bulgare et directeur du Centre Unifié des Sciences Juridiques et Administratives à Sofia, a concentré avant tout au développement bourgeois, à ses formulations doctrinales et solutions constitutionnelles. Les spécialistes en droit constitutionnel et politologie, représentant la Bulgarie, la République Démocratique Allemande, l'Union Soviétique, la Pologne et la Tchécoslovaquie ont enquêté surtout aussi le développement et l'état actuel des grands modèles historiques présentés par l'Angleterre, les États-Unis d'Amérique et la France. Grâce à un nombre de rapports, ce tableau d'ensemble était naturellement complété par un aperçu de l'histoire des doctrines juridiques et politiques respectifs, par un panorama des régimes constitutionnels bourgeois, et aussi, à la lumière de la position socialiste portant sur l'unité des pouvoirs

étatiques, par l'éclaircissement des rapports entre les organes de pouvoir étatique issu d'une représentation nationale et les organes gouvernementaux, respectivement des rapports entre les organes centraux et locaux.

Je suis d'avis que seulement une approche méthodologique peut être utile d'un point de vue de philosophie juridique, une approche qui tente de saisir l'élément idéologique (de même, tout ouvertement utopique) et dans la doctrine de la distribution des pouvoirs et dans la critique pratique des efforts visant sa réalisation pour qu'elle puisse rendre possible avec la critique d'idéologie ayant fini, et rendre simplement inomissible au nom des exigences de l'intégrité théorique, la révélation des connexités sociales fondamentales au-delà des éléments d'une critique d'idéologie, c'est-à-dire celle du fondement propre du problème et, par cela, son actualité de tous temps. C'est pourquoi que ma contribution n'a entrepris qu'un traitement méthodologique; elle a eu la seule ambition à devenir un stimulateur des recherches ultérieures à effectuer en domaines de la théorie et de la sociologie politiques.

•

L'humanité tient en tant que part du trésor commun des idées et en tant que reconnaissance jouant un rôle dans le développement de la civilisation occidentale le plus récent la différenciation et la description conceptuelles des pouvoirs étatiques et l'exigence des nouveaux temps exprimée d'une façon normative de ce que ces pouvoirs soient séparés d'une manière absolument conséquente et dans le système de l'Etat et dans son fonctionnement réel.

Cette communauté des idées ne signifie aucunement ni une universalité et ni une éternité réelles. La reconnaissance en question s'est développée de composants politiques et théorétiques de caractères et de motifs différents. Pour en mentionner seulement quelques de ses manifestations les plus éminentes : ARISTOTE est parvenu à l'idée d'une

³ Cf. avant tout LUKÁCS, Gy.: *A társadalmi lét ontológiájáról* (Vers une ontologie de l'être social). Vol. II. Magvető, Budapest, 1976. Chapitre IV et—en connexité avec les phénomènes de l'objectivation et réification—VARGA, Cs.: *Chose juridique et réification en droit—Contribution à la théorie marxiste sur la base*

42 de l'Ontologie de Lukács, Archives de Philosophie du Droit, tome 25. Sirey, Paris, 1980. Chapitre III. § 3.

différentiation conceptuelle (le corps délibératif, les magistratures et le corps judiciaire en tant que les trois éléments du pouvoir étatique) au cours de l'analyse comparative des différentes formes des polis grecs;⁴) LOCKE a introduit une séparation des pouvoirs (pouvoirs législatif, exécutif et fédératif) dans l'intérêt d'un gouvernement subordonné aux lois au lieu du règne des hommes;⁵ et MONTESQUIEU a proposé une séparation des pouvoirs, formellement garantie mais ayant en vue en même temps de leur coopération (la puissance législative, la puissance exécutive et la puissance de juger en tant que sortes de pouvoirs) pour se rendre garante de la liberté civique par la déposition de ses fondements institutionnels.⁶ La reconstruction conceptuelle faite par l'histoire politique y révèle le chemin parcouru de la rêve antique des *formes de gouvernement mixtes* et des compromis mutuels y inclus par voie de la recommandation bourgeoise de la *séparation des pouvoirs* contre le despotisme de l'absolutisme féodal vers la *découverte institutionnelle* de l'égalité d'apparences du libéralisme. Et il est clair pour l'histoire de la théorie que c'est un développement à partir de la *différenciation* des composants de structure et des grandes fonctions étatiques jusqu'à la reconnaissance de certains *effets mutuels du fonctionnement* et de *certaines régularités du développement* de l'organisme étatique. Cela veut dire que la littérature tente donc de prouver d'une façon accentuée qu'il y a une hétérogénéité, discontinuité et même une altérité historiques dans le développement de cette idée d'une part. Mais d'autre part, comme on va le voir tout de suite, tout cela semble à retomber en tant qu'une sorte de l'unité indifférenciée sous les coups des incantations des politologues et des constitutionnalistes jugeant le présent à partir des idées du passé.

Mais de quoi s'agit-il en effet à ce propos? Tout brièvement de la circonstance que les idées sont dès le début plurivalentes, conséquemment elles peuvent être utilisées librement sans l'exigence d'avoir aucune sorte de prérogatives ou contre-prérogatives. Ou, plus précisément, au cours des grandes transformations bourgeoises du tournant

des XVII^e et XVIII^e siècles et avant tout dans la pratique constituante révolutionnaire en Amérique et en France, l'idée de la différenciation et de la séparation des pouvoirs a été interprétée comme un *précepte prescrivant une solution institutionnelle positive* et, en conformité avec celui-ci, la séparation des pouvoirs a été imposée comme un modèle en soi-même suffisant quoique nécessaire. Quiconque manifestation de celle-ci soit passée en revue et inspectée. On peut voir clairement de n'importe quelle manifestation de tout cela qui est-ce qu'il a intervenu et avec quel résultat engendré. Notamment, c'était tout simplement *l'absolutisation d'un objectif à atteindre, la sélection d'un moyen exclusif à le réaliser et, comme une conséquence, la présomption de la réalisation de l'objectif même par fait que la sélection du moyen est faite*. Évidemment, tout cela n'est pas seulement une simplification, mais une déformation falsifiant la reconnaissance primitive et, par cela, menaçant même sa propre raison d'être.

Mais l'action entraîne avec elle une sorte de réaction et cela ne manquait non plus dans ce cas. De même, si l'action se montre d'être trop catégorique, trop ferme et intolérante à toute autre éventualité, on ne peut pas être surpris si la réaction s'y ajuste et répond justement par toucher la corde sensible, sans s'efforçant à fournir une réponse plus contextuelle et différenciée, découvrant le noyau de problème primitif et y accordant une compréhension et une sensibilité plus adéquates. A quelle autre réponse pourra-t-elle inspirer l'énonciation presque agressive déterminée et résolue par MADISON, énonciation selon laquelle "l'accumulation de toutes sortes de pouvoirs... dans les mêmes mains, quoiqu'ils soient les mains d'une seule personne, de quelques un ou de plusieurs personnes et quoique cette(s) soi(en)t héréditaire(s), auto-désignée(s) ou élue(s), une telle accumulation ne peut être autrement prononcée que la définition propre de la tyrannie?" Ou, à quelle autre réponse pourra-telle inspirer la mise en objectif des moyens, suffisante en elle-même, selon laquelle "le département législatif ne pourra jamais exercer les pouvoirs exécutif et judiciaire ou l'un d'eux; le

⁴ ARISTOTLE: *La Politique*. Livre IV, chapitre 14.

⁵ LOCKE, J.: *An Essay concerning the True Original, Extent, and End of Civil Government*. Chapitres X-XII.

⁶ MONTESQUIEU: *De l'esprit des lois*. Livre XI, chapitre VI.

⁷ MADISON, J.: *The Federalist*, No. 47 (le février 1^{er}, 1778).

département exécutif ne pourra jamais exercer les pouvoirs législatif et judiciaire ou l'un d'eux; le département judiciaire ne pourra jamais exercer les pouvoirs législatif et exécutif ou l'un d'eux; et pour finir cela engendrera un gouvernement des lois au lieu de celui des hommes?"⁹ Ou bien à quelle autre réponse pourra-t-elle inspirer la déclaration de l'Assemblée Nationale révolutionnaire qui a énoncé qu'une société au sein de laquelle la séparation des pouvoirs n'est pas déterminée, ne possède pas de Constitution? On sait que la réponse a pu mettre en question justement est-ce qu'ils existent ou pourraient-ils exister au fond des pouvoirs mutuellement séparés; est-ce qu'une telle exigence doctrinaire ou sa formulation normative a été réalisée ou pourrait-elle être réalisée en pratique; ou bien il ne s'agit tout du fait que ces projections présentées comme théoriques et aussi leurs formulations normatives ne sont que des illusions fallacieuses dictées par le simple désir et explicable seulement par l'euphorie caractéristique à la lune de miel des révolutions car leur critique et réfutation complètes sont données par le nouveau régime de l'Etat et par sa Constitution qui le reflète? Je suis d'avis qu'une telle réponse n'était pas seulement adéquate mais aussi justifiable, c'est-à-dire juste dans tous les deux sens du mot. En effet, les espérances que j'ai citées plus haut s'étaient avérées non seulement des illusions dès l'heure de leur naissance, mais aussi les développements ultérieurs (les nouvelles constitutions et leurs fondations politiques et constitutionnelles également) ont entraîné leurs limitations supplémentaires et/ou leur dépassement effectué par plus ou moins de compromis.

Dans le cas si l'on tombe d'accord de tout cela, il ne reste qu'une seule question : une telle réponse

peut-elle être complète en elle-même, ou bien elle constitue une réponse dont le caractère est défini par l'insuffisance ou même par les limitations de la position de la question?

Je crois que l'on pourrait parvenir plus près à un éclaircissement suffisant si l'on tente d'employer la notion de l'idéologie de MARX. Suivant la reconstruction méthodologique faite par Georges LUKACS, l'on peut faire les constatations qui suivent : l'idéologie n'est autre chose qu'un instrument "pour rendre conscient et tenir jusqu'au bout leurs conflits".⁹ Ce qui veut dire que selon une formulation générale, "l'idéologie est avant tout la forme de l'élaboration intellectuelle de la réalité, qui sert à rendre consciente et active la pratique sociale des hommes."¹⁰ Considérant que selon l'approche principale de l'ontologie de l'être social "le critère décisif et final de l'existence ou non-existence d'un phénomène social est fourni par son efficacité sociale,"¹¹ la critique de l'idéologie, c'est-à-dire la démonstration de sa vérité ou fausseté en sens épistémologique n'est pas suffisante en elle-même, parce qu'elle n'est pas capable de donner l'explication de quelle manière des idéologies parfois vraies et parfois fausses peuvent également exercer une influence sociale; elle n'est pas capable de fournir une explication non plus à la question "de quelle manière pouvaient-ils les hommes agir sur la base d'une idéologie 'idiote' pourtant en conformité considérable avec leurs propres intérêts, c'est-à-dire d'une façon directement adéquate."¹² On peut conclure clairement de l'examen de l'oeuvre de MARX que "c'est pourquoi qu'il a soulevé le problème de l'idéologie non pas dans une abstraction gnoseologique mais dans une forme concrète de l'ontologie sociale lorsque pour lui la base génétique

⁹ *The Constitution of Massachusetts*. Partie I, § XXX.

⁹ "... ideologischen Formen, worin sich die Menschen dieses Konflikts bewußt werden und ihn ausfechten." MARX, K.: *Zur Kritik der politischen Ökonomie — Vorwort*. En: Marx, K. et Engels, F.: *Werke*. Vol. 13. Dietz, Berlin, 1975. p. 9.

¹⁰ „Ideologie ist vor allem jene Form der gedanklichen Bearbeitung der Wirklichkeit, die dazu dient, die gesellschaftliche Praxis der Menschen bewußt und aktionsfähig zu machen." LUKACS: *A társadalmi lét ontológiájáról*, Vol. II, p. 449. (*Zur Ontologie des gesellschaftlichen Seins. Die wichtigsten Problemkomplexe: Das Problem der Ideologie*. Manuscrit conservé aux Archives et Bibliothèque de Lukács à Budapest, p. 947.)

¹¹ „Dominierend zeigt sich die gesellschaftliche Wirklichkeit als letztinniges Kriterium für das gesellschaftliche Sein oder Nichtsein einer Erscheinung." LUKACS, G.: *Zur Ontologie des gesellschaftlichen Seins — Die ontologischen Grundprinzipien von Marx*. Luchterhand, Darmstadt et Neuwied, 1972. p. 8.

¹² "... wie Menschen auf Grundlagen einer 'blödsinnigen' Ideologie doch weitgehend ihren Interessen gemäß, also unmittelbar richtig handeln konnten." LUKACS: *A társadalmi lét ontológiájáról*. Vol. II, p. 466.

de la définition de l'idéologie n'était pas le dilemme de sa vérité ou fausseté mais sa fonction : pour rendre conscient et tenir jusqu'au bout les conflits de la vie sociale provoqués par l'économie."¹³ Conséquemment, dans une formulation extrême, "la mesure (des idéologies) n'est pas nécessairement quelle est gnoséologiquement plus adéquate ou socio-historiquement plus progressive, mais quelle a une impulsion plus efficace pour répondre aux questions soulevées par la situation historiquement toujours concrète du développement social et de leurs conflits."¹⁴

En appuyant par un exemple : lorsque j'ai tenté d'esquisser des connexités ontologiques parmi les institutions, le fonctionnement et l'idéologie du droit formel moderne, j'ai dû réaliser que l'approche qui part des normes pour parvenir aux normes, décrite par MARX et ENGELS comme la "conception juridique du monde",¹⁵ est un composant *sine qua non* de ce type du droit en tant que caractérisation idéale du fonctionnement considéré comme spécifiquement juridique. Bien que sur les pages de l' *Idéologie allemande* (1844) MARX et ENGELS aient démontré que cette conception n'était pas justifiée du point de vue gnoséologique, ils n'ont développé qu'une critique idéologique car en ce temps-là c'était justement cela qu'ils ont eu comme une tâche à remplir. Cependant, la reconstruction ontologique révèle des connexités

fonctionnelles entre le système des normes qui est basé sur la définition formelle des constitutifs des causes légales, qui est soutenu par une validité formelle et présuppose une observation formelle de ses règles, d'une part, et l'idéologie professionnelle des juristes qui sont responsables pour le fonctionnement et la reproduction pratique de ce système des normes, suggérant justement une telle conception, d'autre part.¹⁶

Cet exemple permet peut-être de tirer une conclusion analogique, notamment que la doctrine politique de la séparation des pouvoirs de même que sa formulation constitutionnelle remplissent une fonction *idéologique*, conséquemment la démonstration de ses limitations réelles ou même de son caractère dépassé n'excède pas le niveau d'une *critique de l'idéologie*. Il y a cependant une différence considérable entre l'exemple ci-dessus concernant le droit et l'ensemble des problèmes relatifs à la séparation des pouvoirs. A savoir, l'idéologie professionnelle des juristes suggère une directive pour l'activité de l'autorité en fonction pour appliquer le droit : agir comme si l'observation formelle de ces règles formelles pourrait aboutir à une décision sociale responsable, agir donc d'une telle manière que le maximum de l'observation formelle de ces règles formelles puisse conduire à l'optimum d'une décision sociale responsable, en effet. Par contre, la formulation idéologique de la séparation

¹³ „Marx hat daher das Problem der Ideologie nicht erkenntnistheoretisch abstrakt, sondern gesellschaftsontologisch konkret aufgeworfen, indem bei ihm bei der Bestimmung der Ideologie nicht das Dilemma von Richtigkeit oder Falschheit die genetische Grundlage bildet, sondern ihre Funktion: die von der Ökonomie im gesellschaftlichen Leben ausgelösten Konflikte bewußt zu machen und auszufechten.“ LUKÁCS, Vol. III, p. 231. (*Zur Ontologie des gesellschaftlichen Seins — Prolegomena*. Manuscrit, p. 340.).

¹⁴ „... deren Maßstab jedoch nicht unbedingt das erkenntnistheoretisch richtigere, auch nicht das gesellschaftlich-geschichtlich Progressivere ist, sondern der bewegende Impuls für eine gerade Geradesosein der gesellschaftlichen Entwicklung und ihren Konflikte gestellt haben.“ LUKÁCS, Vol. II, p. 466. (Manuscrit, p. 967.).

¹⁵ „juristische Illusion“ en MARX, K. et ENGELS, F.: *Die deutsche Ideologie*. En leur Werke. Vol. 3. Dietz, Berlin, 1978. p. 63 et „juristische Weltanschauung“ en ENGELS, F.: *Juristen-Sozialismus*, En *id.* Vol. 21. Dietz, Berlin, 1979. p. 492.

¹⁶ En première tentative de formulation, voir VARGA, Cs.: *La question de la rationalité formelle en droit — Essai d'interprétation de l'Ontologie du l'être social de Lukács*. Archives de Philosophie de Droit, tome 23. Sirey, Paris, 1978. Chapitre III. Pour un développement plus détaillé, cf. VARGA, Cs.: *The Concept of Law in Lukács' Ontology, Rechtslehre*, 3/1979. pp. 328 et seq.; VARGA, Cs.: *Towards a Sociological Concept of Law — an Analysis of Lukács' Ontology, International Journal of the Sociology of Law*, 2/1981., Chapitre IV, § 6 et VARGA, Cs.: *Towards the Ontological Foundation of Law — Some Theses on the Basis of Lukács' Ontology, Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, 1/1983., § 6. En dernière tentative de formulation, voir VARGA, Cs.: *Das Recht und ihr Verwirklichung: — „Juristische Weltanschauung“, Subsumption and Manipulation, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 2/1984. § 3.

des pouvoirs n'a rien de référence à l'activité quotidienne des individus bien déterminés, mais elle suggère plutôt un principe à suivre pour l'établissement institutionnel, structurel et fonctionnel du système d'organisme social le plus complexe, notamment de celui de l'Etat. Et tout cela veut dire que tandis que *l'idéologie professionnelle des juristes suggère une idée irréalisable dans sa totalité mais pas entièrement irréalisable dans des cas individuels, la doctrine de la séparation des pouvoirs offre un idéal irréalisable et dans son ensemble et dans des cas individuels* et d'une telle façon elle semble flotter par un brouillard léger des utopies.

Bien qu'à nos jours il soit largement accepté que le penser fait fondement sur une série de prémisses non-prouvées¹⁷ et que l'utopie peut paraître non seulement en tant que système des vues cohérent mais aussi en tant que composant primitif d'un tel système,¹⁸ même malgré l'entreprise prétentieuse de la sociologie de connaissance le rattachement des concepts de l'idéologie et de l'utopie n'a pas pu avoir lieu parce que la sociologie de connaissance les a interprétés, et même a confrontés, l'un excluant l'autre.¹⁹ Toutefois si l'on utilise le concept marxiste de l'idéologie, *il dépend évidemment de l'accomplissement de sa fonction sociale est-ce que l'utopie se qualifie d'un composant idéologique ou non*. Par contre de la tradition engelsienne partagée par les courants de sociologie occidentaux aussi, qui considère l'utopie comme un système des vues cohérent et la caractérise d'un point de vue méthodologique en tant que description de l'image future remplaçant l'analyse scientifique du présent,²⁰ en connexion avec l'idéologie je parle plutôt de l'élément utopique, *caractérisé avant tout par son résultat fonctionnel : par l'identification et l'utilisation de n'importe quelle idéalité en tant*

qu'indicateur de direction positif. L'essentiel de l'élément utopique est donc un *idéal confronté avec le présent*,²¹ qui offre une *mesure pour l'analyse et l'appréciation de la réalité*, d'une part, et un *indicateur de direction pour transformer la réalité*, d'autre part. Il peut remplir ce rôle double parce que dans la liaison entre les objectifs et les moyens il concentre, au lieu du caractère direct des moyens, sur le caractère indirect des objectifs. Dans la piste zigzagée de la pratique, produite par la transformation des moyens en objectifs et par l'absence d'aucun élément de rétrocouplage en ce processus, il peut indiquer une direction parce que c'est tout au plus s'il renferme des moyens enfermés dans cet idéalité et y dissous. Conséquemment, ni son renouvellement continu dialectique, ni son caractère abstrait, même ni l'impossibilité de sa réalisation directe exclut qu'il puisse servir d'indicateur de direction. Sa connexion dialectique avec la réalité s'exprime dans les faits que sa "preuve" est constituée par l'efficacité pratique de ce qu'il puisse servir d'indicateur de direction positif et sa "critique" peut être raisonnable seulement et exclusivement *en unité avec la critique de la réalité confronté en lui et par lui*.

Si l'on tente de libérer l'ensemble des problèmes politique et constitutionnel de la séparation des pouvoirs des instrumentalisationes qui l'ont actualisé, il me semble que l'on pourra obtenir une image qui correspond à celle qui était ci-dessus esquissée. On peut admettre qu'une différenciation faite entre *les théories de la séparation des pouvoirs et celles de l'équilibre des pouvoirs* ait une importance historique ou terminologique, il est pourtant certain que ces dernières sont plus larges, touchant l'essentiel du problème, conséquemment génétiquement plus primitives, et que l'on peut observer les variations

¹⁷ *Proceedings of the Symposium on Scientific Objectivity*. Munksgaard, Copenhagen, 1977. (Danish Yearbook of Philosophy, vol. 14.).

¹⁸ *Utopias and Utopian Thought*, édité par F. E. Manuel. Souvenir Press, London, 1973.

¹⁹ P. ex. MANNHEIM, K.: *Ideologie und Utopie*. Cohen, Bonn, 1929.

²⁰ ENGELS, F.: *Die Entwicklung des Sozialismus von der Utopie zur Wissenschaft* (paru d'abord en langue française en 1880, puis — avec une introduction — en langue anglaise en 1892).

²¹ Pour la plupart, la littérature formule la notion de *genus proximum* de l'utopie ou dans la *perspective* (cf. KATZ, G.: *Utopias and Utopianism*. En: International Encyclopedia of the Social Sciences, vol. XVI. Macmillan, New York, 1968/ou dans *l'image désiré* (cf. NEUSÜSS, A.: *Utopie*. Luchterhand, Berlin et Neuwied, 1968. Étude introductive, chapitre III, § 1). Cependant, ces notions n'excluent pas la *réalisabilité* de l'utopie, elles la plutôt poussent à l'avenir. C'est pourquoi que j'emploie les notions de l'*idéal* et *idéalité* à ce

idéologiques justement de celles-ci à partir de ses manifestations de l'Antiquité jusqu'à celles de l'époque contemporaine.

Comme j'ai mentionné plus haut, l'analyse des connexions ontologiques entre les formes idéologiques et la réalité actuelle rend possible la découverte de ce que sur la base de la réalité donnée pourquoi justement l'idéologie donnée s'est développée et a obtenu une utilisation efficace en pratique. Il devient explicable donc le fait que sur le sol du développement européen, dans la lutte des parlements contre le roi et, par la suite, du Tiers État contre l'héritage institutionnel de l'absolutisme féodal, pourquoi et comment l'idéologie s'est-elle réduite à une seule *expression de moyens* (c'est-à-dire la simple séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire) et que dans les périodes de transformations révolutionnaires avec une concentration radicale des pouvoirs pourquoi et comment l'idéologie a-t-elle cédé sa place à une *négaration complète* (c'est-à-dire à la reconnaissance tout au plus d'une certaine distribution de fonctions sur la base de l'unité inconditionnelle du pouvoir étatique) comme c'était également exigé par Jean-Jacques ROUSSEAU, au nom de la souveraineté du peuple, par le jacobinisme et, à notre siècle, aussi par la théorie bolchévique de la dictature du prolétariat.

C'est précisément cette recherche des connexions ontologiques qui peut démontrer que des conditions différentes peuvent "produire" des idéologies différentes au traitement et à la solution pratiques du même problème; que dans ces idéologies la transformation des moyens en objectifs, le rôle exagéré de l'élément utopique ou même la négation du noyau réel du problème pouvaient remplir une fonction nécessaire en leur *hic et nunc* concret, adéquate à l'état de la société et de ses conflits donc ayant une existence réelle (*seinhaftig*) en sens de LUKÁCS. Il n'est pas par hasard qu'un

représentant éminent du droit constitutionnel hongrois, dans son discours inaugural prononcé il y a une décennie à l'Académie des Sciences de Hongrie, s'occupait des contradictions intérieures et des égalisations dans l'organisme de l'État socialiste;²² et il n'est pas par hasard non plus que justement après la fin de la seconde guerre mondiale, lors de l'établissement, au cours des années de la politique de coalition, des fondements espérés d'une nouvelle société hongroise, une personnalité de grande autorité politique a jugé à propos de déclarer dans son discours inaugural prononcé à la même Académie des Sciences : "Le problème n'est donc pas résolu par le fait que nous catégorisons les fonctions de l'État pour en conclure qu'elles doivent être séparées aussi strictement que possible; l'essentiel est à distribuer des compétences, couper et supprimer des compétences, même organiser des pouvoirs concurrents en contre-coup de n'importe quel phénomène institutionnel de la concentration des pouvoirs."²³

Je suis d'avis que même en présence des interprétations actualisantes, un enseignement similaire est suggéré par la formulation de MARX, occasionnée par les escarmouches du Landtag et clairement discernable en ce qu'il y a à dire en général et en concret : "La vision des pouvoirs entourée du plus grand respect en tant que principe sacré et inviolable par les grands philosophes d'État ... n'est au fond autre chose que la division simple du travail industriel employée au mécanisme d'État dans l'intérêt de la simplification et du contrôle. Et comme c'est le cas avec tous les principes sacrés, éternels et inviolables, cela acqui aussi une application précisément dans une telle mesure comme les conditions existantes la demandent."²⁴ La critique de l'idéologie refuse donc la mystification qui se manifeste dans la profession de la toute-puissance des moyens et qui transforme les

²² BIIHARI, O.: Contradictions intérieures et égalisations dans l'organisme de l'État socialiste, *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae*, 3—4/1975.

²³ BIBŐ I.: Az államhatalmak elválasztása egykor és most (La séparation des pouvoirs au temps jadis et à l'heure actuelle) (1946), *Vigilia*, 8/1980.

²⁴ „Die Teilung der Gewalten, die ... große Staatsphilosophen als ein heiliges und unverletzliches Prinzip mit der tiefsten Ehrfurcht betrachten, ist im Grunde nicht anders als die profane industrielle Teilung der Arbeit, zur Vereinfachung und Kontrolle angewandt auf des Staatsmechanismus. Sie wird, wie alle andern heiligen, ewigen und unverletzlichen Prinzipien, nur soweit angewandt, als sie gerade den bestehenden Verhältnisse zusagt.“ MARX K.: *Vereinbarungssitzung vom 4. Juli* (1848). En: Marx, K. et Engels, F.: Gesamtausgabe. Partie I, tome 7, p. 177.

moyens en objectifs suffisants en eux-mêmes. Cependant ce n'est pas au caractère sans objet de la théorie ou au manque de son actualité que le reconstruction des connexions ontologiques en conclut, mais elle révèle dans les limitations de l'expression idéologique de l'ensemble des problèmes en question aussi son caractère pratiquement ayant

une existence sociale hic et nunc concrète (seinhaftig en sens de LUKÁCS), c'est-à-dire son rattachement pratique au résultat actuellement nécessaire et aussi se produisant en tant que tel, c'est-à-dire sa contribution réelle en tant que facteur social réel.

Cs. Varga

LES BASES SOCIALES DU RAISONNEMENT JURIDIQUE

Csaba VARGA

1. Le raisonnement juridique fait son apparition dans le processus psychique de l'application du droit conduisant à la décision judiciaire. Il sert ainsi directement à remplir la *fonction de base du droit*. L'on sait que cette fonction consiste dans la solution des conflits sociaux, solution ayant une tendance déterminée et reflétant des intérêts déterminés. Par cela, ainsi qu'au moyen du système de normes donné comme sa base et en même temps comme son résultat, le droit est destiné à assurer un ordre social ayant une tendance déterminée et reflétant des intérêts déterminés.

Considérant la chose au point de vue de cette fonction de base, la *création* et l'*application* du droit apparaissent comme coessentielles. En effet, sur le niveau de la généralité de la fonction de base elles sont déterminées par les mêmes facteurs et elles ont les mêmes caractéristiques; de plus, dans la sphère de l'application du droit ces facteurs et ces caractéristiques se présentent doublement: en partie par l'entremise de la création du droit et en partie d'une façon autonome, indépendante de celle-là.

2. La possibilité de ce que le *raisonnement juridique soit logiquement déterminé* dépend du fait de savoir si: a) dans sa fonction de base et b) dans le système positif de ses exigences le caractère d'être logiquement déterminé est postulé ou pré-supposé par le droit, et que c) le droit le rend ou non pratiquement possible.

Au cas où le fait d'être logiquement déterminé signifie que la décision exprimant le résultat du raisonnement juridique est déterminée d'une façon univoque et strictement déductive par un système préexistant de propositions axiomatiquement construites, il semble que la réponse concernant toutes les trois questions ci-dessus indiquées devra être *non*; par contre au cas où le fait d'être logiquement déterminé signifie seule-

ment que le processus psychique conduisant à la décision est soumis au contrôle de la logique, c'est-à-dire que le processus est *non-illogique*, alors il semble que la réponse sera *oui*.

3. En effet, le droit se présente comme étant *socialement déterminé* dans tous les phases et aspects de sa création et de son application, à savoir dans ceux de sa naissance, de sa mise en œuvre et de son extinction. Ce fait d'être socialement déterminé, comme c'est rappelé par la théorie marxiste, se manifeste lui-même comme un système complexe de facteurs économiques, politiques et autres.

Dans cet ordre d'idées il résulte de la nature des choses même que

a) en comparaison de la fonction de base du droit la *création du droit*, c'est-à-dire la position formelle et préalable d'un modèle de décision se présente comme une fonction *subordonnée* et *instrumentale*; elle ne doit donc être qualifiée en aucun cas comme une condition *sine qua non*. Dans certains domaines ou à certaines époques elle peut constamment ou exceptionnellement manquer, ou bien, même en cas où elle est présente, certains intérêts sociaux spécifiques peuvent exiger la construction d'un nouveau modèle soit *ad hoc* soit institutionnalisé par la jurisprudence;

b) c'est le droit même qui dans le système positif de ses exigences se déclare logiquement *ouvert* en imposant au juge d'emblée de recourir aux divers procédés *non-contraignants* et non strictement déductifs, et ceci notamment en formulant diverses possibilités d'application analogiques et discrétionnaires ainsi que des clauses de principes, de dispositions et de notions de caractère général; et enfin

c) la formation des prémisses du syllogisme de décision à savoir l'établissement des faits juridiquement significatifs lors de la qualification et le choix de la norme à appliquer lors de l'interprétation *s'éloigne*, concernant les points qui touchent de plus près le fond, de la sphère de la certitude logique et ceci d'autant plus que le tranchement des questions de fond ne fait pas l'objet spécifique de la logique.

4. Les efforts accomplis pour donner à la théorie de l'action sociale une structure d'esprit cartésien, pour donner à la pen-

sée juridique des formes géométriques, se sont révélés comme utopistes. Même si en principe rien n'exclut que les différents types du raisonnement pratique soient décrits selon les règles de la logique stricte, aujourd'hui devient de plus en plus générale la conviction que la *tendance dite formaliste* de la logique juridique est en elle seule impropre à saisir l'essentiel du raisonnement juridique. C'est la *tendance dite antiformaliste* récemment évoluée et organisée qui a fait les pas décisifs et aussi méthodologiquement très importants, pour embrasser les moments dialectiques spécifiquement caractéristiques.

En même temps c'est notoire que, d'une part, aussi la tendance formaliste admet l'existence de certains moments d'argumentation et de rhétorique et que, d'autre part, même la tendance antiformaliste ne conteste non plus l'importance qui revient à la logique formelle. La base de cette dualité spécifique, de la dialectique du «oui» et du «non», donc de la *mise au premier plan de l'approche non-formelle*, résulte non pas d'une thèse philosophique *aprioristique*, ni d'un relativisme axiologique voire d'un agnosticisme gnoséologique, mais de la reconnaissance du caractère foncièrement social du droit.

5. Comme nous l'avons dit, par rapport à la fonction de base du droit, le raisonnement juridique joue un rôle instrumental ce qui sert à sauvegarder un ordre social satisfaisant aux exigences de l'évolution sociale. Il est donc naturel que le *contexte social du droit* détermine tous les phases et aspects de la vie de celui-ci et que par conséquent il détermine en dernière analyse aussi les cadres, la validité et l'efficacité spécifiques des méthodes et des procédés de démonstration et d'argumentation appliqués en connexion avec le droit.

Le fait que l'argumentation juridique possède le *caractère complexe d'être socialement déterminée* produit ses effets avant tout dans la description des composants réels des méthodes et des procédés d'argumentation, donc dans le processus conduisant à la formation des prémisses de décision. La qualification des faits et l'interprétation des normes visant la jonction autoritaire d'un certain fait et d'une certaine norme dans le syllogisme de décision, offre pour la controverse, la persuasion et l'acte de décision exprimant leur résultat des possibilités et

des moyens innombrables. Concernant les différents composants également possibles du processus d'argumentation il est *impossible* d'établir un ordre de préférence logiquement déterminé. L'autonomie de l'argumentation par rapport aux moyens de la logique formelle se manifeste encore plus lorsque, en conséquence de l'absence d'une réglementation préexistante ou de la déficience ou du contenu trop général de cette réglementation, le processus de la décision comprend aussi la création d'un modèle de décision *ad hoc*. Enfin, il convient encore de remarquer qu'il y a des arguments qu'on peut employer dans certaines situations avec des *chances* logiquement *égales* mais qui peuvent conduire à des résultats *opposés* qui s'excluent mutuellement.

Or, parmi les procédés d'argumentation possibles le *choix* des arguments relevant et forts, *celui* des modes d'interprétation adéquats *et celui* des acceptions socialement «authentiques» *sont influencés par le contexte social du raisonnement juridique* et en premier lieu *par la conséquence sociale* mentalement anticipée de cet acte, ainsi que par le fait que l'ensemble de l'activité de décision vise un but déterminé; la tendance et le résultat des procédés rhétoriques sont définis par le caractère d'être socialement déterminé des phénomènes qui leur servent d'objets et de véhicules.

6. L'absence d'une démonstration formelle et la nécessité d'une persuasion sont expliquées pas autant par la relativité des valeurs, par la hétérogénéité des opinions et des aspirations personnelles que par les conceptions différentes socialement déterminées relatives aux intérêts et aux idées, aux rôles et aux attentes sociaux, c'est-à-dire en dernière analyse par l'hétérogénéité socialement déterminée des *forces sociales* au point d'intersection desquelles se trouve l'homme.

La conscience de la relativité des valeurs et les implications gnoséologiques de cette conscience projetées sur la *raison pratique* figurent donc non pas comme cause mais comme effet. La cause réside dans les différences des conditions sociales influant sur l'individu et dans les effets de ces conditions; ainsi l'objectivité des différences mentionnées et de leurs conséquences rendent d'emblée illusoire tout espoir de pouvoir

persuader ou gagner un auditoire universel. La *base objective de la rationalité des décisions*, soit fondamentales soit instrumentales, c'est-à-dire de leur justifiabilité et justification, réside dans la nature contraignante des choses, dans les faits actuels et prospectifs de l'évolution sociale ainsi que dans l'objectivité du réfléchissement subjectif de ces derniers en tant qu'une image adéquate.

7. Naturellement, la *possibilité* mentionnée d'une rationalisation objective signifie pratiquement avant tout la possibilité d'une justification globale à longue distance et cette possibilité n'exclut point la stabilisation relative de divers conflits d'intérêts et d'opinions des différents groupes de la société.

Or, c'est précisément pour ce motif qu'en considération des antagonismes des classes, des différends entre les groupes et des conflits susceptibles de menacer l'existence sociale dans n'importe lequel de ses éléments, la décision juridique restera encore longtemps nécessairement dictée par le *pouvoir* d'une façon *autoritaire* avec la force particulière de la *validité* et/ou de la chose *jugée*.

La *justification* de la décision au regard de la pertinence de son contenu et de son caractère socialement souhaitable allant au-delà de son exactitude formelle et de sa conformité relative au modèle de décision, ne peut consister que dans la persuasion de sa qualité propre à donner satisfaction aux intérêts en cause et de la communauté de ces intérêts, c'est-à-dire dans la persuasion visant la mise en évidence de son *utilité instrumentale* et de la *communauté de l'image des buts* comme aussi de leur *caractère socialement fondé*. Tout ceci peut être par beaucoup accepté et peut s'approcher du niveau de la certitude de la démonstration dans une mesure d'autant plus grande qu'il possède un fondement *objectif* et qu'il est soutenu par des arguments reflétant des intérêts et des buts qui se révèlent manifestement *communs* pour l'ensemble de la société, pour la collectivité entière.

8. Les bases sociales du raisonnement juridique ci-dessus esquissées font voir que les particularités fonctionnelles, les possibilités et les limites des procédés formels et des procédés d'argumentation, destinés à servir de base à la décision judi-

ciaire, sont fortement influencés d'une manière importante au point de vue de la théorie et de la pratique également, par le contexte social qui constitue le milieu naturel de la décision. De cette façon le caractère d'être socialement déterminé du raisonnement juridique rend désirable que soient démontrées les limites substantielles de l'approche formaliste et qu'en même temps soient élaborées de plus près les *composantes sociales* de l'approche antiformaliste en la subordonnant, en ce sens, à la sociologie.

*Institut des Sciences juridiques et politiques
de l'Académie des Sciences de Hongrie (Budapest)*

Quelques questions méthodologiques de la formation des concepts en sciences juridiques

par Csaba VARGA

*Institut des Sciences juridiques et politiques
de l'Académie des Sciences de Hongrie*

1. Introduction. 2. La particularité de l'objet des sciences juridiques. 3. La particularité de la méthodologie des sciences juridiques. 4. La particularité de la formation des concepts en sciences juridiques. Quelques problèmes. 4.1. Le concept du droit. 4.2. Le concept dogmatique du contenu du droit. 4.3. Le concept de la normativité juridique. 4.4. Le concept des lacunes en droit. 5. La particularité de la formation des concepts en sciences juridiques. Quelques conclusions. 6. La formation des concepts en sciences juridiques et la réalité. Conclusion finale. 7. Annexes. Des bases d'une classification possible des définitions en sciences juridiques.

1. Introduction.

La méthodologie de la formation des concepts en sciences juridiques présente nombre de traits qui coïncident ou qui sont identiques avec ceux de la méthodologie des recherches en sciences juridiques. En effet, la formation des concepts est au fond au service de la cognition et de la recherche : l'on sait que les concepts constituent en partie une des bases et des prémisses des processus de cognition et en partie le résultat et la sommation synthétiques des processus en question.

La méthode qui peut ou qui doit être appliquée à un objectif donné, notamment la méthodologie du processus dont il s'agit, est déterminée par la nature et les qualités objectives de l'objet de la recherche. Ainsi la connexité entre les qualités concrètes de l'objet et la méthodologie a pour résultat qu'en ce qui suit — lorsque nous essayons de tracer, dans le cadre d'une conception formée au moins comme une hypothèse de travail, les contours d'un problème spécifique mais extrêmement important — nous devons commencer notre discours par l'analyse des caractéristiques de l'objet en question.

Ce problème qui se présente d'une façon implicite ou explicite dans le rejet d'une manière de voir donnée ou bien dans des efforts visant la conciliation des différentes approches, d'une façon indirecte ou directe, mais en tout cas nécessairement, peut être formulée, de prime abord, en nous approchant seulement du concret et par conséquent dans une forme très rude et grossière, comme il suit ; sur le terrain de la formation des concepts et en considérant l'aspect méthodologique de cette formation, quelle est la conséquence du fait que la réalité susceptible d'entrer en ligne de compte dans les recherches en sciences juridiques se présente comme une réalité double ?

Or, dans une forme sous-entendue cette question comporte aussi une affirmation que nous devons expliquer, même brièvement pour éviter tout malentendu en la matière.

2. *La particularité de l'objet des sciences juridiques.*

L'objet spécifique des sciences juridiques est d'une part le système du droit comme un ensemble de normes juridiques et d'autres expressions ainsi que d'institutions formées par ces dernières s'organisant dans un système plus ou moins fermé, fixées dans des textes normatifs où elles doivent être retrouvées ; d'autre part l'objet dont nous parlons est la réalité sociale comprenant à la fois les événements s'accomplissant dans la société et les autres données sociologiques ensemble avec les tendances et les exigences objectives de son développement, constituant le terrain pour la naissance, la réalisation et la modification du système du droit et en même temps un élément déterminant ces dernières. Bien que le système du droit — comme il résulte aussi de ses fonctions qui constituent sa raison d'être — soit propre à exercer une influence sur la réalité sociale, néanmoins, en dernière analyse et au fond, c'est la réalité sociale qui le détermine aussi bien dans sa formation que dans sa réalisation et dans ses changements. De cette façon le système du droit fait son apparition aussi dans sa capacité d'agir et de rétro-agir comme une réalité reflétée, d'ordre secondaire et résultant d'une duplication spécifique, c'est-à-dire comme la superstructure d'une base donnée portant des traits spécifiques.

Quand à la définition du statut ontologique du système, en ce qui concerne la norme juridique constituant l'unité de base de celui-ci, une importance fondamentale revient au fait qu'en l'espèce il s'agit d'une objectivation reflétant d'une façon particulière la réalité sociale objective dont elle se détache¹, d'une objectivation qui dans les processus sociaux figure à la fois comme cause et comme effet². Et bien que la norme juridique — comme

1. Voir PESCHKA Vilmos, *Sein und Sollen in der modernen Rechtsphilosophie Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae*, XI (1969) 1-2, pp. 22 à 34.

2. Cf. PESCHKA Vilmos, « Célszerűség a munkafolyamatban és a jogi normában » (Le caractère téléologique du procès de travail et de la norme juridique), *Allam- és Jogtudomány*, XI (1968) 2, p. 245.

toutes les objectivations ayant la qualité de *Sollen* — soit caractérisée, quant à son contenu, par le fait que, dans cette objectivation, « nous imaginons comme existant quelque chose qui pour le moment n'est pas encore réel »¹, la norme juridique, cette « construction artificielle humaine »², est elle-même une réalité sociale, le système du droit en vigueur comme l'ensemble des règles juridiques normatives est lui-même un produit social³, une expression des rapports sociaux qui possèdent non seulement l'attribut de l'existence mais aussi celui de la réalité⁴.

Donc les normes juridiques, bien qu'elles ne décrivent pas la réalité font partie de cette dernière, vu qu'elles acquièrent une existence réelle par leur fixation dans les textes des lois ou des décisions judiciaires⁵. Or, de cette sorte, même si nous soulignons que, « entre l'élément normatif et l'élément de la réalité il n'y a aucune contradiction, parce que la normativité repose précisément sur la pratique sociale effective » et que « les mêmes rapports sociaux qui donnent naissance aux normes juridiques définissent, avec une généralité sociale, aussi les attitudes humaines effectives »⁶, nous devons d'autre part signaler que cette identité dialectique largement conçue du *Sein* et du *Sollen* en conséquence notamment de l'objectivation du *Sollen* se présentant sur le plan ontologique, comprend aussi la diversité donc aussi la possibilité d'une contradiction dialectique du *Sein* et du *Sollen*. En effet, s'il est vrai que « le *Sein*, conçu en sens général et large, se présente comme *Sollen* devant l'homme », que donc le *Sein* lui-même figure comme *Sollen*⁷, alors nous devons accepter comme vrai aussi que ce *Sollen*, en tant qu'objectivation du *Sein*, en tant qu'une forme, une conséquence objectivisées du réfléchissement et du doublement du *Sein*, se présente également comme *Sein*. Aussi bien le *Sollen* juridique que le *Sein* juridique trouvant son expression dans le processus de la réalisation et dans l'état déjà réalisé du *Sollen*, constituent le théâtre des processus de mouvement juridique et

1. HEGEL (G.W.F.), *Phänomenologie des Geistes*, Jubiläumsausgabe, 3. Auflage, Stuttgart, 1951, p. 463.

2. Quant à l'usage de l'expression « künstliche menschliche Konstruktion », voir KLAUS Georg, *Einführung in die formale Logik*, Berlin, 1958, p. 72.

3. Cf. SZABÓ Imre, *A szocialista jog* (Le droit socialiste), Budapest, 1963, p. 337 et PESCHKA Vilmos, *Jogforrás és jogalkotás* (La source et la création du droit), Budapest, 1965, p. 400.

4. En ce qui concerne la séparation de ces deux attributs et la distinction faite entre la réalité, d'une part, et de droit conçu comme un système *de lege lata* et, en tant que tel, comme une partie de la conscience sociale, d'autre part, voir KNAPP Viktor, *Filosofické problémy socialistickeho prava* (Problèmes philosophiques du droit socialiste), Praha, 1967, chap. III.

5. Voir entre autres PECZENIK Aleksander, « Doctrinal Study of Law and Science », *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, XVII (1967) 1-2, p. 129.

6. KULCSÁR Kálmán, *A szociológiai gondolkodás fejlődése* (Le développement de la pensée sociologique), Budapest, 1966, p. 464.

7. PESCHKA Vilmos, « A Sein és Sollen problémája a modern jogelméletben » (Le problème de « Sein » et de « Sollen » dans la théorie de droit contemporain), *Állam- és Jog-tudomány*, XI (1968) 3, p. 432.

en même temps les composants organiques de la réalité sociale qui en est le facteur déterminant, ils constituent donc des éléments qui se trouvent les uns avec les autres, ou bien avec la réalité sociale dans un rapport dialectique de diversité et d'identité également.

En conséquence la séparation de ces phénomènes connexes ne vise pas le détachement des connexités ontologiques et fonctionnelles mais la distinction de certains côtés et pôles de ces phénomènes, à savoir la distinction relative qui est à faire entre le système plus ou moins fermé des normes et des autres phrases exprimées en forme de langue, fixées par écrit d'une manière généralement formalisée, donc le « *law in books* » selon Pound, d'une part, et toutes les « autres » réalités sociales comprenant aussi le « *law in action* », d'autre part¹; cette distinction est justifiée comme nous allons le voir du point de vue de la théorie et de la pratique également.

3. La particularité de la méthodologie des sciences juridiques.

Comme c'est souvent expliqué ou formulé en connexité avec l'affirmation de l'existence de différents « niveaux » ou « plans » ontologiques du droit, « la multiplicité méthodologique de la science juridique est dictée par la complexité nommée parfois ontologique du droit »².

Or, aux fins d'une analyse par la science juridique le système du droit et la réalité sociale qui en est la base ainsi que le terrain de sa réalisation, apparaissent d'une part comme des sujets de connaissance organiquement liés l'un à l'autre puisque, comme nous allons le voir, l'analyse du système du droit ne peut aboutir en elle-même à des résultats atteignant la valeur propre aux sciences sociales, tandis qu'une analyse de la réalité sociale qui néglige le système des exigences formulées en droit positif devrait être qualifiée au point de vue de la science du droit comme un non-sens; d'autre part cependant cet enchevêtrement est loin d'avoir pour résultat la fusion de ces deux sujets de connaissance ou de leur analyse dans une unité non-différenciée.

En conformité avec les différentes tendances de recherches en sciences juridiques³ notre littérature souligne donc l'exigence de la multiplicité des

1. Quant à l'usage de ces notions voir POUND Roscoe, *Jurisprudence*, Vol. IV, Saint Paul, 1959, p. 14 et à la lumière d'exemples Vol. III, p. 362 et s.

2. Cf. par exemple OPALEK Kazimierz, *The Complexity of Law and of the Methods of its Study*, Extrait de « *Scientia* » (Revue Internationale de Synthèse Scientifique, Milan, CIV (1969) mai-juin, p. 3.

3. Selon un essai de classification, tenant compte aussi des considérations relevant de la théorie de sciences, le résultat des recherches en sciences juridiques peut s'exprimer dans les types de constatations ayant trait : A) à l'élaboration de l'appareil et du système conceptuels du système du droit; B) à l'interprétation et à l'application du droit; C) à la réalisation du droit sur le plan des phénomènes psychiques et sociaux; D) aux problèmes de caractère de *lege ferenda*; et, enfin E) à l'évaluation extra-systémologique du droit. Voir WROBLEWSKI Jerzy, *Legal Norm as the Object of Legal Sciences*, *Archivum iuridicum Cracoviense*, II (1969), pp. 20-21.

approches, tandis que nous ne rencontrons pas l'unanimité pour décider quelles sont les méthodes concrètes dont l'application doit être considérée comme une approche propre à la science du droit¹. En même temps on rencontre souvent une opinion qui semble indiquer que dans le domaine des sciences juridiques on doit compter avec deux méthodes fondamentales typiques ou bien avec deux groupes de telles méthodes. « Les méthodes des sciences de l'Etat et du droit sont déterminées par la circonstance — nous pouvons le lire dans une thèse formulée en Hongrie² — que les phénomènes juridiques ont un contenu social, qu'ils sont socialement déterminés, mais qu'ils sont exprimés dans une forme particulière ». Il semble qu'à une telle manière de voir mettant en relief le rôle du sujet de la connaissance répond aussi « la conception réaliste d'un double niveau au sens de laquelle dans les sciences juridiques nous devons nous occuper du droit d'une part sur le niveau des significations et d'autre part sur le niveau des phénomènes, de la pratique, des attitudes »³.

L'examen des travaux de recherches en sciences juridiques permet en réalité de conclure à une telle dualité se présentant en dernière analyse. En effet, certaines approches visent en premier lieu à découvrir les lois intrinsèques régissant le système du droit en tant que système des concepts et des expressions, donc comme un système des acceptions, d'interpréter des parties distinctes de ce système, et enfin, de mettre en comparaison des groupes de normes analogues des différents systèmes de droit ; nous considérons ces tendances de recherches, dont les résultats sont exprimés dans des constatations de *lege lata* et seulement par exception dans des constatations de *lege ferenda* reposant sur des postulats logiques, comme des approches positivistes ou dogmatiques. Par contre, d'autres approches visent en premier lieu la découverte des liens de causalité ou des liens fonctionnels unissant le système du droit et la réalité sociale, donc la dé-

1. Selon certaines manières de voir, par exemple, la méthodologie des sciences juridiques se compose des méthodes logique, comparative et sociologique ainsi que de celles de l'établissement de modèles et d'expériences sociales (КАСИМІРЧОУК P. V., *Pravo i metodue ego isutchenia*) Le droit et les méthodes de son étude, (Moscou, 1965). D'autres mentionnent parmi les méthodes primaires les approches philosophiques (ontologique, gnoséologique, axiologique et logique) ainsi que les approches causales-explicatives (sociologique et psychologique) et les approches dogmatiques-normatives (LUKIC Radomir D., « Metodi isutchavanja prava » (Les méthodes de l'étude du droit), *Anamo Pravnog Fakuljeta u Beogradu*, XIII (1965) 1-2, p. 46). Une troisième conception, également très répandue, en dehors du-plan linguistique-logique, considéré comme fondamental, tient compte comme des plans méthodologiques de l'analyse, des plans psychologique, sociologique et axiologique (OPALEK Kazimierz : « The Peculiarities of the Study of Law and the Question of Integration », *Archivum Iuridicum Cracoviense*, I (1968) p. 12). etc.

2. « A magyar állam- és jogtudományok és a társadalmi gyakorlat » (Les sciences politiques et juridiques en Hongrie et la pratique sociale), *Állam- és Jogtudomány*, VII (1964) 1, p. 12.

3. OPALEK, *The Complexity of Law...*, op. cit., p. 13.

couverte du mécanisme de l'influence et de l'effet exercés d'une part par la réalité sociale et d'autre part par le système du droit, et en partie aussi la découverte d'une réalité sociale concrète se trouvant en connexion avec une réglementation entreprise ou à entreprendre dans le cadre du système du droit ; nous considérons ces tendances de recherches, dont les résultats sont exprimés dans des constatations sociologiques de faits ou dans des constatations *de lege ferenda* reposant sur une évaluation sociale, comme des approches sociologiques.

En ce qui concerne la première méthode ou le premier groupe des méthodes, il faut avant tout faire distinction entre le positivisme juridique au sens étroit du terme en tant qu'une conception théorique formée concernant le droit, et le positivisme juridique pris dans un sens large en tant qu'une manière d'approcher le droit. En effet, l'approche positiviste, comme tendance de recherche, comme une technique spécifique appliquée lors de l'analyse du droit, considérée en elle-même, ne constitue pas une caractéristique particulière d'une idéologie ou d'une conception juridique donnée, mais l'interprétation et l'élaboration *de lege lata* plutôt formelles du droit comprenant l'analyse de sa structure notionnelle et logique également, dont l'accomplissement, sous le titre d'une dogmatique juridique ou sous n'importe quel autre titre se révèle désirable et nécessaire dans toutes les sciences du droit, pourvu qu'elles entrent en ligne de compte seulement comme une analyse partielle¹. L'approche positiviste vise la cognition du *Sollen* juridique, de la construction de la forme juridique, de la structure du « *law in books* », du système du droit comme un ensemble des textes ayant des significations déterminées, de sorte que nous pouvons considérer entièrement bien fondée et justifiée la constatation que la théorie du droit ne s'arrête pas devant l'analyse de cette forme comme telle², étant donné que la dogmatique juridique n'est qu'un échelon élémentaire bien qu'indispensable de la cognition des phénomènes juridiques³. En même temps cependant au point de vue du service et de la sauvegarde de la légalité formellement interprétée, comme aussi de la cognition de l'aspect spécifiquement juridique du phénomène du droit, l'approche positiviste peut devenir d'une importance fondamentale, voire déterminante ; ainsi devons nous considérer comme équitable aussi l'opinion selon laquelle « dans l'ensemble des sciences la dogmatique juridique ne peut prendre qu'une place très modeste ; toutefois dans une communauté civilisée moderne elle doit être qualifiée d'absolument essentielle »⁴.

1. Cf. KRYSTUFEK Zdenek, *Historické základy právního pozitivismu* (Les fondements historiques du positivisme juridique), Prague, 1967, pp. 130 à 132.

2. Voir, entre autres, SZABO Imre, *Szocialista jogelmélet-népi demokratikus jog* (Théorie socialiste du droit — droit des démocraties populaires), Budapest, 1967, p. 94.

3. Tout en reconnaissant son indispensabilité, le caractère primaire de l'approche dogmatique est jugé anti-scientifique parmi d'autres par EHRLICH Stanislaw, « Kilka uwag w sprawie metodologii nauk prawnych » (Considérations sur la méthodologie des sciences juridiques), *Panstwo i Prawo*, XIX (1964) 11, pp. 642 et s.

4. CASTBERG Frède, *Problems of Legal Philosophy*, 2nd ed., Oslo, London, 1957, p. 7.

A l'encontre du sujet de l'analyse dogmatique l'objet de l'approche sociologique n'est pas le « *law in books* », mais le « *law in action* » : les méthodes sociologiques favorisent la découverte des lois intrinsèques du droit se manifestant sur le plan des « phénomènes » et des faits ». Ce sont seulement les recherches de ce type qui peuvent assurer réellement le caractère de sciences sociales des recherches juridiques, et c'est seulement cette circonstance qui peut dans une certaine mesure expliquer des tendances presque séculaires, se présentant dans quelques Etats encore de nos jours, lesquelles sous le signe de certains postulats relevant de la théorie des sciences ou simplement de la modernisation, visent la liquidation de la science dogmatique du droit et son intégration dans une théorie sociologique d'ensemble. En effet, la méthode sociologique n'est pas seulement un procédé spécifique ou une technique de recherche, mais elle constitue une méthode fondamentale pour s'approcher du droit dans le cadre d'une science sociale, qui cependant, en elle-même, ne peut pas justifier que l'approche sociologique devienne exclusive.

Notre manière de voir selon laquelle l'approche dogmatique et l'approche sociologique constituent deux tendances ou méthodes fondamentales des recherches juridiques ne signifie pas seulement que ces approches jouent un rôle important, voire un rôle d'importance décisive dans les recherches juridiques, mais elle signifie aussi que ces approches se présentent comme des types d'approche, comme des méthodes comprenant des techniques, des procédés et des modes concrets d'analyse, comme des méthodes comprises dans un sens global.

En considérant la chose dans cette connexité nous pouvons affirmer que la méthode comparative, par exemple, se forme comme une méthode complexe, composée des éléments des approches dogmatique et sociologique, à la suite d'une application conjointe de ces éléments dans un but spécifique. En effet, le droit comparé signifie en partie la mise en parallèle de certaines parties des différents systèmes de droit, en tant que systèmes de *lege lata*, notamment la mise en parallèle des textes, des normes et d'autres expressions y relatifs ainsi qu'en partie et en particulier la mise en parallèle de la réalité sociale, du processus et de l'état de la réalisation des systèmes de droit en question et la découverte des rapports de causalité qui les régissent¹. Ainsi les recherches de droit comparé — bien qu'à l'époque du règne de la manière de voir positiviste l'application des méthodes positivistes fût au premier plan des recherches en droit comparé également — doivent être centrées actuellement au delà de l'élaboration des aspects dogmatiques des différents systèmes de droit, avant tout sur la détermination et sur les liens sociaux directs de ces systèmes de droit et sur l'élément social de leur contenu² ; dans ce sens il semble donc que la thèse qui veut que « l'appli-

1. Cf. par exemple HALL Jerome, *Comparative Law and Social Theory*, Baton Rouge, 1963, pp. 59-65, 68 et 81.

2. Voir ZZABO Imre, Az összehasonlító jogtudomány (La science comparative du droit), in *Kritikai tanulmányok a modern polgári jogelméletéről* (Etudes critiques sur

cation de la méthode comparative soit pénétrée d'une manière de voir fortement analogue à celle de la sociologie juridique »¹ reflète correctement l'exigence fondamentale concernant la matière.

En ce qui concerne les fondements méthodologiques la situation est sous un certain aspect similaire à celle de l'évaluation. En effet, nous ne pouvons nullement considérer l'évaluation comme une méthode qui est, même partiellement, caractéristique de l'approche positiviste ; en même temps cependant l'analyse dogmatique révèle un certain côté qui s'exprime dans la formulation des jugements de valeur. L'examen du système du droit en tant qu'un système de différentes expressions comprend en effet, au delà de la délimitation des significations, aussi la constatation de la validité, du manque de contradictions, etc. projetée sur des normes distinctes ou sur des groupes de normes. Or, dans le cadre d'un système donné la constatation de la validité se révèle comme une évaluation systématiquement relativisée, ou bien — en particulier dans le cas de contradiction entre des normes ou dans le cas où le système du droit ne contient aucune définition formelle des critères de la validité — comme une évaluation reposant sur les principes traditionnels du droit et de son application et en dernière analyse sur la présomption de la rationalité du législateur². Cette évaluation prend dans les analyses dogmatiques souvent la forme de constatation *de lege ferenda* reposant sur de postulats logiques, et avant tout sur la présomption mentionnée de la rationalité du législateur. Faisant abstraction de cette forme de manifestation plutôt exceptionnelle, l'évaluation adhère en général aux recherches sociologiques. Dans ce domaine l'évaluation vise l'appréciation utilitaire du rôle, de l'importance, du bien-fondé ou de la nécessité d'une norme donnée³, ou plus précisément une appréciation instrumentalement relativisée renvoyant au caractère désirable de la création d'une norme⁴. Dans les recherches sociologiques ces évaluations apparaissent en général sous la forme de constatations *de lege ferenda* et, comme telles, souvent comme des règles téléologiques. Dans cette connexité une importance décisive revient au fait que dans le domaine des valeurs il ne s'agit plus d'un monde isolé mais d'une réalité sociale régie par la loi de la causalité, du moment que les valeurs signifient au fond des expressions spécifiques des rapports sociaux⁵. Or, cette circonstance

la théorie bourgeoise du droit contemporain), Budapest, 1963, en particulier pp. 62 et s. ; RODIÈRE René, *Introduction au droit comparé*, Barcelone, 1967, p. 11 etc.

1. BRUTAU José Puig, « Realism in Comparative Law », *American Journal of Comparative Law* (1954), 1, p. 49.

2. Voir en particulier NOWAK Leszek, *Próba metodologicznej charakterystyki prawnoznawstwa* (Etude sur le caractère méthodologique de la science du droit), Poznań, 1968, chap. V.

3. Voir par exemple GRZYBOWSKI Stefan, *Wypowiedz normatywna oraz jej struktura formalna* (Enonciation normative et sa structure formelle), Krakow, 1961, chap. VIII.

4. Voir par exemple : WROBLEWSKI, *Legal Norm ...*, op. cit., p. 20-21 et 26.

5. Cf. PÉTERI Zoltan, « Die Kategorie des Wertes und das sozialistische Recht », *Wissenschaftliche Zeitschrift der Friedrich-Schiller-Universität Jena* (Gesellschafts- und

semble rappeler le fait que l'analyse des connexités sociales, l'approche des phénomènes juridiques dans un esprit réellement sociologique renferme non seulement la mise au jour des liens fonctionnels de causalité mais aussi l'évaluation des phénomènes se trouvant les uns et les autres dans une telle connexité¹.

La mise en relief des approches dogmatique et sociologique comme des méthodes de base typiques et générales des sciences juridiques, nous conduit nécessairement à la conclusion que le pluralisme méthodologique existant au sujet des techniques, des modes et des procédés concrets de la recherche doit être au fond réduit à un dualisme, répondant au double caractère de l'objet de recherche. Dans le processus de cognition cependant ce dualisme signifie non pas une contradiction mais bien un parallélisme se manifestant aussi dans l'unité complexe du processus de recherche, étant donné que l'application des différentes méthodes scientifiques est réunie dans une unité de principe par une conception complexe, par une manière de voir dialectique du droit². Ces deux méthodes se présentent ainsi comme renvoyées l'une à l'autre, puisque « l'analyse sociologique sans une attention constante portée aux aspects logiques demeure stérile de même que l'analyse logique dépourvue d'observations empiriques sur le terrain de la société »³.

4. La particularité de la formation des concepts en sciences juridiques. Quelques problèmes.

Après nos observations préliminaires destinées à jeter des fondements de la position du problème et formulées en ce qui précède jusqu'ici sous une forme seulement générale, nous voudrions esquisser quelques problèmes concrets touchant les concepts principaux de la théorie et de la science du droit. Ces problèmes peuvent se présenter concernant des thèmes relativement assez éloignés mais néanmoins aptes à développer le problème de base déjà signalé; ils comprennent une question méthodologiquement similaire et ainsi permettent de délimiter une conception qui sera développée plus amplement dans ce qui suit, mais qui peut servir pour le moment d'une hypothèse de travail.

Sprachwissenschaftliche Reihe), XV (1966), 3, p. 428; DROBNITZKI O. G., *A szellemi értékek világa* (Le monde des valeurs spirituelles), traduit de russe, Budapest, 1970, chap. V, paragraphe 2 et en particulier p. 234 et s. etc.

1. Cf. SZABÓ Imre, *Szocialista jogelmélet...*, op. cit., p. 51; du même auteur: « Gegenstand der marxistisch-leninistischen Rechtstheorie, in *Aktuelle Probleme der marxistisch-leninistischen Staats- und Rechts-theorie*, Budapest, 1968, p. 28, et aussi VARGA, Csaba, « Osszehasonlító jog és társadalomelmélet » (Droit comparé et théorie sociale) *Allam- és Jogtudomány*, IX (1966), 4, p. 733.

2. Cf. KASIMIRTCHOUK, *Pravo...*, op. cit., p. 44.

3. BRUSIN OTTO, « Legal Theory — Some Considerations », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (1957), 4, p. 467.

4.1. *Le concept du droit.*

L'on sait que les escarmouches et les débats théoriques passionnés des siècles passés sont devenus des bases et des stimulants de nombre de déclarations pessimistes, voire entièrement agnostiques, en ce qui concerne la définition du concept du droit. Il semble, par exemple, que l'on puisse paraphraser, après 150 ans, la constatation bien connue et quelque peu ironique de Kant, selon lequel « ceux parmi nous qui ont appris que l'humilité ont déjà renoncé à l'essai de définir le droit »¹. Récemment même dans la théorie socialiste a été développée une opinion selon laquelle il n'existe et on ne peut attendre aucun accord concernant la question de savoir quels sont les critères concrets auxquels devrait s'adapter la définition de l'extension et de la compréhension conceptuelles du terme « droit »². Nombre de controverses semblables touchant des questions soulevées dans les sciences juridiques doivent être considérées en effet comme illusoirs, vu qu'en formulant la question de la manière dont il s'agit, la solution dépend au fond des facteurs conventionnels, d'un accord linguistique³.

La définition des critères qui trouvent leur expression dans le concept du droit soulève en théorie surtout deux questions controversées, dont la solution dépend avant tout du choix entre les approches positiviste ou sociologique ou de la préférence donnée à l'une de ces dernières⁴. Il s'agit tout d'abord de connaître l'importance qu'on doit attribuer au fait qu'une norme garantie par la force coercitive de l'Etat est créée ou non par un organe (étatique) qualifiée à cet effet par la constitution et dans une forme prévue aussi par la constitution. Deuxièmement il s'agit de l'importance qu'on doit attribuer à la circonstance de connaître si dans la réalité sociale une norme juridique se fait valoir ou non avec ou sans une application de la force coercitive par l'Etat.

L'on sait que certaines approches forment le concept du droit, en dehors d'autres facteurs de contenu, eu égard au système des exigences formelles du droit positif et qu'ainsi elles font entrer dans le cercle notionnel du droit tous les actes régulièrement émis dans la forme requise par un organe compétent, et ceci indépendamment du fait de savoir si, dans la réalité sociale, tels actes se font valoir ou non. D'autres approches par contre regardant le droit uniquement du côté de la réalité sociale et font abstraction du système des exigences formelles du droit positif et ainsi ces approches font entrer

1. RADIN Max, « A Restatement of Hohfeld », *Harvard Law Review* LI (1938), p. 1145.

2. Voir GREGOROWICZ Jan, *Definicje w prawie i w nauce prawa* (Définition dans le droit et dans la science du droit), Łódź, 1962, chap. III.

3. Cf. par exemple PECZENIK Aleksander, *Wartość naukowa dogmatyki prawa* (a valeur scientifique de la dogmatique juridique), Cracovie, 1966, chap. IV, paragraphe 12.

4. Quant à la position de la question et un compte rendu analytique des essais socialistes d'une solution, voir VARGA Csaba, « Quelques problèmes de la définition du droit dans la théorie socialiste du droit », *Archives de Philosophie du Droit* XII (1967), pp. 189 et s.

dans le cercle notionnel du droit tous les actes qui se font valoir d'une façon considérée comme caractéristique du droit, donc tous les actes qui devant la société se présentent comme droit, notamment comme droit garanti dans une généralité donnée par la contrainte de l'Etat, et ceci indépendamment du fait de savoir si ces actes sont le résultat d'une création régulière ou seulement de l'application du droit. Dans la littérature juridique nous ne rencontrons que rarement de positions formulées avec une précision similaire ; en même temps cependant c'est un fait que certaines approches — éventuellement au moyen de la définition de conditions strictement délimitées — mettant en relief plutôt, d'une façon primaire ou exclusive, soit le critère de la régularité¹, soit celui de la mise en œuvre² et soulignent ainsi l'importance essentielle de leur définition.

Quant au problème qui nous préoccupe dans le cadre présent, peu importe la mesure ou l'étendue dans laquelle s'écartent l'une de l'autre des extensions des concepts du droit conçus en général, ou relatifs à une société donnée, exprimant le résultat obtenu par une approche positiviste ou sociologique. C'est un fait qu'en rapport avec le caractère de la formation sociale ou des particularités d'une période donnée de l'évolution, existent d'une part dans une mesure plus ou moins grande, plus ou moins fréquemment ou bien comme des phénomènes exceptionnels des normes régulièrement créées qui ne se font pas valoir, et d'autre part des normes qui se font valoir bien qu'elles aient été créées par un organe incompétent ou d'une manière irrégulière. Comme nous avons essayé aussi de le faire figurer sur le dessin ci-inclus [1], l'extension et la compréhension des concepts du droit et des différentes définitions y afférentes s'écartent les unes des autres en principe.

Conformément à notre conclusion les concepts conçus dans un sens ou dogmatique ou sociologique constituent des objets de connaissance distincts qui ne sont identiques ni du point de vue de la théorie ni du point de vue de la pratique ; nous devons donc définir et examiner séparément la valeur de vérité de chacune de ces définitions. Cette complexité nécessaire du droit qui suppose au moins une dualité, ne résulte donc pas d'un problème tout simplement sémantique³ ; la diversité de la signification du mot « droit »

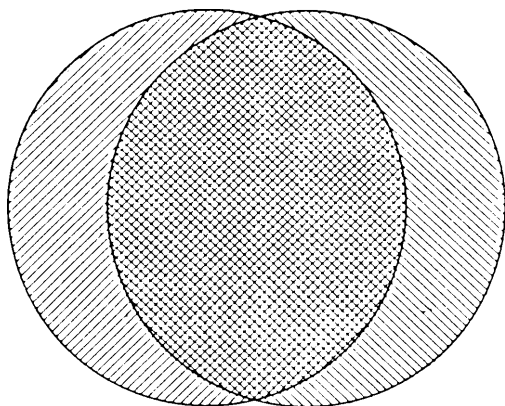
1. Voir par exemple HANEY Gerhard et WAGNER Ingo, *Grund-lagen der Theorie des sozialistischen Staates und Rechts*, Teil II, Leipzig, 1965, p. 26. Ces auteurs, en définissant formellement le critère de la régularité, en font un élément constitutif de leur définition. Les conceptions socialistes y relatives sont résumées par SZABÓ, *A szocialista jog, op. cit.*, pp. 219 et s., pp. 230 et s. ainsi que par POLEJAV P. T., « K voprosou o poniatii socialistscheskogo prava » (Sur la question du concept du droit socialiste), dans *Pravo i kommunisme* (Droit et communisme), Moscou, 1965, pp. 19-26.

2. Voir par exemple KULCSAR Kálmán, *A jog-szociológia problémái* (les problèmes de la sociologie du droit), Budapest, 1960, pp. 195-196 ; 216-220 et 261-262 ; PESCHKA Vilmos, *Jogforrás ...*, op. cit., pp. 126 et s., pp. 426 et s. ; MIKOLENKO J.-F., « Pravo i formu ego proiavlénia » (Le droit et les formes de son apparition), *Sovietskoie gosudarstvo i pravo* (1965), 7, pp. 52-53.

3. Selon une approche caractéristiquement américaine « la seule manière intelligente de s'occuper d'un mot de plusieurs acceptions comme le « droit » doit comporter la

— méritant certainement une analyse à part — ne constitue en effet qu'une expression particulière d'un problème plus profond, se trouvant en connexité avec le statut ontologique du droit, avec ses signes spécifiques essentiels et avec les formes de son apparition.

Fig.[1]



= droit régulièrement émis,
ne se réalisant pas



= droit se réalisant sans
être régulièrement émis



= droit régulièrement émis
et se réalisant

Pour qu'un système de normes puisse exister comme droit, non seulement comme le produit d'une objectivation particulière révélant un caractère du Sollen mais que, en s'acquittant de sa fonction constituant sa raison

reconnaissance du fait que la définition elle-même doit être multiple ». WILLIAMS G., *The Controversy concerning the Word « Law »*, in *Philosophy, Politics and Society*, éd. by P. Laslett, 1956, p. 155 ; cité par STONE Julius, « Meaning and Role of Definition of Law », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1963, Beiheft, Nr. 39, Neuauflage Nr. 2, p. 11.

d'être, il puisse devenir un élément véritable et une partie vivante du *Sein* et qu'il puisse influencer sur les processus du mouvement se déroulant dans la sphère de ce dernier, — du point de vue du problème que nous analysons il est nécessaire que le système de normes dont il s'agit obtienne la qualité de validité juridique et qu'en cette qualité il se fasse aussi valoir dans la réalité sociale¹. Il semble donc que la création régulière et la mise en œuvre constituent deux conditions *sine qua non* du devenir droit, de l'existence en tant que droit, conditions qui, comme telles, sont parallèles, bien que la force coercitive et déterminante des faits de la réalité sociale soit loin de respecter toujours le spécifique de la juridicité se manifestant d'une façon formelle. En même temps cependant les choses sont caractérisées par un mouvement continu, par la perpétuité des changements produisant des transitions, des transformations du devenir autre ainsi que par l'entrelacement des processus pour maintenir en supprimant (*Aufhebung*), formant sans cesse de nouveaux caractères et relations, par des éléments donc qui se présentent en même temps comme éléments d'une dialectique matérialiste². Or, ces éléments apparaissent nécessairement aussi comme des signes du phénomène juridique : certains phénomènes sociaux, au cours de leur formulation ou en conséquence de leur application en masse comme droit, montrent le processus du devenir droit de ce qui est non-droit, tandis que d'autres phénomènes sociaux, au cours de leur formulation comme non-droit ou en conséquence du manque de leur application comme droit présentent le processus du devenir non-droit. L'avance vers la juridicité et l'éloignement de la juridicité constituent donc des caractères objectifs de certains phénomènes sociaux exprimant la tendance du développement, puis, sur un certain niveau du développement et après un certain temps, des caractères qui passent l'un dans l'autre. Cependant dans ces processus sans arrêt il semble possible de fixer avec plus ou moins d'exactitude certains points ou, d'une manière ou d'une autre, le non-droit est devenu déjà droit et le droit non-droit ; la fixation de ces points est une tâche des définitions dont nous avons déjà parlé. Comme il résulte de ce qui précède les différentes définitions peuvent saisir ces points en présentant des critères divergents. En effet le point fixé par la définition du concept dogmatique du droit n'offre socialement aucune base suffisante aux fins du devenir droit, tandis que le point fixé par la définition du concept sociologique du droit se révèle insuffisant du point de vue de l'apparition formelle spécifique.

Ce n'est pas seulement de l'intérêt de la théorie qu'il semble nécessaire de faire des concepts indépendants de certains phénomènes qui ne peuvent

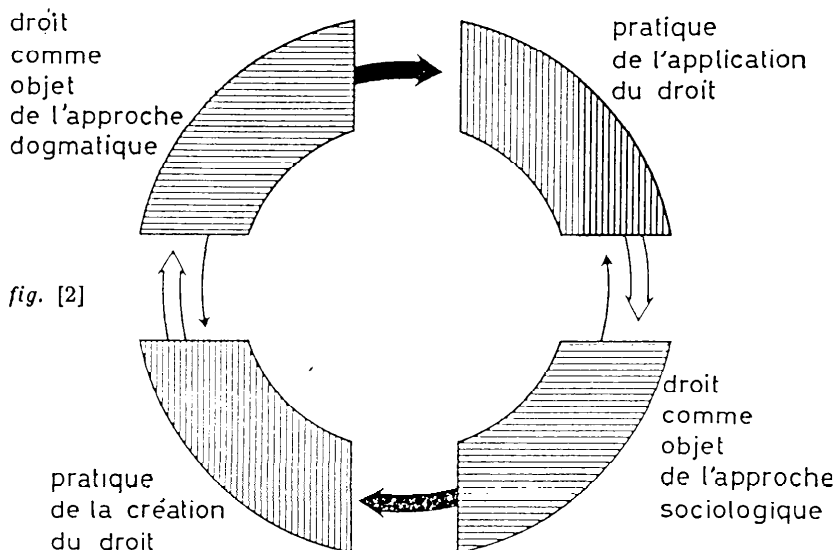
1. La subsistance conjointe de ces critères est reconnue même par la tendance méthodologiquement la plus homogène et jusqu'au bout conséquemment formelle du normativisme, c'est-à-dire par la théorie pure du droit. Voir Kelsen Hans, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien, 1960, p. 219.

2. Cf. LENIN W. J., « Zur Kritik der hegelschen 'Wissenschaft der Logik' », in W. J. LENIN, *Aus dem philosophischen Nachlass*, Berlin, 1954, pp. 144-145.

être considérés comme droit que dans un certain sens résultant d'une certaine qualité qu'ils possèdent. Comme nous avons dit, en la matière il s'agit de concepts dont l'extension comprend un cercle d'objets en partie différents. Les phénomènes qui sont englobés par le concept dogmatique du droit, répondent au postulat de la légalité et aux considérations officielles de ceux qui appliquent le droit, pendant que les phénomènes englobés par le concept sociologique du droit répondent à la réalité de cette légalité et aux considérations pratiques de ceux auxquels le droit est appliqué. La sphère des phénomènes qui ne peuvent être qualifiés droit que dans un certain sens ou en conséquence d'une certaine qualité qu'ils possèdent, ne peut aucunement être considérée comme invariable. Les lignes de délimitation ne présentent en effet pas de rigidité mais une image remuante, se changeant sans cesse dans le temps et dans l'espace. Comme nous essayons de le faire figurer sur le dessin ci-inclus [2], les phénomènes en question sont caractérisés non seulement par leur formation perpétuelle mesurée par rapport à la juridicité, mais aussi par le fait que concernant certains de leurs traits déterminés ils sont dans une connexité fonctionnelle l'un avec l'autre. En effet, dans le mouvement circulatoire de la création et de l'application du droit, le droit qui prend corps dans la création du droit, à savoir le droit dans un sens dogmatique, d'une part, et le droit qui prend corps dans l'application du droit, à savoir le droit dans un sens sociologique, d'autre part, en conséquence du fait de la création régulière, de même que du fait de la mise en œuvre, interprétées comme des qualités spécifiques, prennent place aux pôles opposés d'une connexité dialectique, comme des participants à un processus de mouvement juridique porteurs également d'une fonction acquise spécifique, renfermant en soi aussi l'élément du *feed-back*.

Finalement, on doit répondre aussi à la question de savoir dans quelle mesure et de quelle façon nous considérons possible, à la lumière de notre présente conception, de former et de définir un concept scientifique général du droit. Le caractère scientifique « général » répond — il nous semble — à la saisie et à l'élaboration synthétique de l'objet de la connaissance. Le droit en tant qu'une objectivation ayant le caractère du *Sollen*, comme nous l'avons dit, ne répond à sa fonction que dans le cas où il se fait valoir dans la réalité sociale après être régulièrement émis. Ce qui signifie d'autre part que le droit — en abandonnant l'état transitoire d'être et en même temps ne pas être droit — parvient à une existence relativement ferme, complète et parfaite, même dans son caractère essentiellement temporaire et variable, lorsqu'il se présente comme une unité du droit prise à la fois dans un sens dogmatique et sociologique. L'exigence de la synthèse méthodologique demande du reste également une solution semblable : la synthèse des méthodes dogmatique et sociologique comme des approches fondamentales ne peut être réalisée qu'en reconnaissant parallèlement les postulats qui découlent de ces méthodes et en faisant de ces postulats des éléments d'une conception unie. Ainsi, sur le plan du concept réfléchissant la généralité essentielle ne peut apparaître qu'une norme ou un système de normes qui

en unissant les signes essentiels des formes fondamentales de la manifestation et de la réalisation porte en soi à la fois le spécifique formel et la réalité substantielle de la réalisation de la fonction.



4.2. Le concept dogmatique du contenu du droit.

Selon une opinion généralement acceptée dans la littérature juridique, la dogmatique juridique ne prend jamais appui sur les facteurs sociaux inhérents à la norme, ni sur les facteurs s'attachant à la fonction de la réglementation juridique, mais uniquement sur le texte de la norme¹. Selon cette manière de voir le droit *de lege lata* obtenu comme résultat d'une analyse dogmatique reste identique avec le droit qui est exprimé dans le texte de la norme. Or, à cette théorie de l'interprétation qui peut être considérée comme statique, puisque, en se centrant ou se limitant à des directives linguistiques et systématologiques, elle tend à conserver le maximum de la stabilité du système du droit, on peut opposer la théorie de l'interprétation dite dynamique, laquelle, en acceptant des directives téléologiques, vise avant tout de contribuer efficacement à la réalisation des buts sociaux du système du droit². La récente littérature méthodologique de l'approche dogmatique

1. Voir par exemple KRYSTUFEK, *Historické Základy ...*, op. cit., pp. 131-132.

2. WROBLEWSKI Jerzy, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego* (Les lignes fondamentales d'une théorie de l'interprétation du droit populaire), Warszawa, 1959, pp. 151-193 ainsi que du même auteur : « The Relativity of Juridical Concepts », *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* (1960), 2, p. 278 et s.

adapte cette dernière manière de voir en soulignant que l'étude dogmatique « renferme à la fois des généralisations reposant sur des analogies, des généralisations inductives et des généralisations reposant sur le principe de la justice également », ce qui cependant renvoie déjà à l'élaboration des aspects de *lege ferenda* du droit, parce que le produit de l'analyse dogmatique se présente ainsi nécessairement comme un « système de correctifs » du droit ¹. Or, dans ces conditions, pendant que le résultat des recherches de *lege lata* est exprimé forcément dans la forme des propositions vraies ou fausses, susceptibles d'être aussi logiquement justifiées, les recherches dogmatiques de *lege ferenda* ne possèdent ce caractère qu'en partie, puisque « les expressions relativisées par les normes peuvent être des propositions seulement si dans l'expression respective la norme en question n'est pas interprétée et ne renferme pas de termes d'évaluation » ².

En même temps cependant le droit de *lege lata* apparaît parfois dans le texte juridique d'une façon qui est insuffisante pour la théorie ; en effet l'idée « matérielle » du législateur subit souvent, en devenant une idée « technique », des modifications inévitables dans le processus de la formation de l'expression formelle du droit. Etant donné qu'ainsi une contradiction n'est aucunement exclue, entre les deux idées, l'analyse dogmatique doit reconstruire le contenu de la norme non seulement sur la base des éléments compris dans le texte, mais aussi sur celle des éléments se trouvant en dehors du texte ; ainsi cependant la recherche aboutit nécessairement à former distinctement des concepts forme et matériel l'un à côté de l'autre. Ce fait à son tour a pour résultat un dualisme des méthodes et des concepts même à l'intérieur de l'approche dogmatique, bien que ce soit l'idée « technique », le texte formellement fixé, qui en principe serve de base à l'application du droit ³. En cette connexité est digne d'une attention particulière le fait que dans ce cadre aucune de ces idées n'est capable de remplacer ou d'enrichir l'autre, parce que, s'agissant de concepts entièrement séparés, « chacune de ces catégories accomplit son propre devoir et chacune d'elles, séparée, devrait être l'instrument servant à la connaissance du contenu du droit en vigueur » ⁴.

Quant à cette forme de manifestation du dualisme, nous en voyons la spécificité dans le fait que les deux côtés ci-dessus mentionnés de ce dualisme des méthodes et de la formation des concepts se présentent dans le cadre d'une seule approche, de l'approche dogmatique dans le sens strict du terme, puisqu'en principe l'idée matérielle n'est mise au jour au moyen des directives téléologiques et la mise au jour elle-même est accomplie non pas en vue

1. PECZENIK, *Doctrinal Study of Law ...*, op. cit., pp. 138 et 140.

2. WROBLEWSKY, *Normativity ...*, op. cit., p. 65.

3. RITTERMAN Stefan, « Méthode de la formation des notions dans la systématique du droit positif, notamment du droit civil », *Archivum Iuridicum Cracoviense*, I (1968) en particulier illustré par des exemples présentés et analysés, pp. 113-117.

4. RITTERMAN, « Méthode ... », op. cit., p. 118.

d'un développement successif du droit *de lege lata*, mais dans l'intérêt d'une compréhension plus profonde, plus exacte et plus complète de ce droit. Une contradiction éventuelle entre les deux côtés ne peut être aplanie qu'au moyen du redressement de « l'erreur » commise lors de l'élaboration technique de l'idée matérielle, donc par la transformation adéquate de l'idée technique, ce qui cependant ne signifie pas une synthèse, parce que le résultat en est la suppression de la distinction des deux côtés, l'anéantissement des signes divergents de l'idée matérielle du législateur et de l'idée technique se manifestant dans le produit du législateur, en conséquence de quoi les signes restants deviennent identiques. Ces notions n'offrent donc aucune possibilité d'une synthèse conceptuelle; leur destin est en effet, de rester, en conformité de l'acte du législateur, soit irrécconciliables, soit indistinguibles.

4.3. *Le concept de la normativité juridique.*

La normativité constitue une spécificité du droit, comme par ailleurs de toute objectivation sociale ayant le caractère du *Sollen*. En conséquence, la normativité apparaît comme un signe nécessaire et comme un élément effectif du droit. En même temps cependant, si nous essayons de définir le sens ou l'essence de la normativité, nous nous trouvons en face de problèmes dans leurs principaux traits semblables ceux qui se sont déjà posés lors de la définition du droit.

En cette matière le problème se présente dans la forme suivante : pour les recherches dogmatiques, donc en même temps, d'une façon déterminée par l'exigence formelle de la légalité, aussi pour ceux qui appliquent le droit, toutes les normes et autres expressions se révèlent à un moment donné comme valables par conséquent normatives, qui ont été formulées dans des textes promulgués d'une manière conforme aux conditions prévues par le système du droit. Ainsi, en considérant la chose dans un aspect positiviste, la normativité ne signifie rien d'autre que la norme ou l'expression en question possédant un caractère normatif fait partie et élément constitutif d'un système du droit valable, donc normatif. Bref, la normativité signifie une position à l'intérieur d'un système¹. De cette normativité de principe, considérée du point de vue formel du système des exigences formelles du droit positif, doit être distingué le fonctionnement effectif de la normativité, sa « réalisation », la mise en œuvre pratique des normes considérées positivement valables. Comme c'est signalé aussi par l'application générale par exemple en pays anglo-saxons des expressions telles que « *to be in force* » et « *to enforce* », ou bien en pays allemands des expressions telles que « *geltend sein* » et « *zur Geltung kommen* » à la lumière d'une approche différenciée, aussi bien ces expressions que le concept de la normativité font apparition

1. Cf. VARGA Csaba, « The Preamble : A Question of Jurisprudence », *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae*, XIII (1971) 1-2, chapitre III, et concernant quelques problèmes essentiels ultérieurs voir en particulier la note 30.

d'une façon redoublée. Ainsi de la normativité de principe, considérée dans un sens positiviste, on peut distinguer la normativité considérée dans un sens sociologique qui signifie la réalisation pratique de la normativité de principe, donc le fonctionnement social actuel des normes et d'autres expressions dans leur qualité d'être parties d'un système du droit ¹.

La subsistance des faits servant de base à cette dualité conceptuelle aboutit aux résultats déjà connus. Concernant certaines normes il existe une normativité dogmatique qui ne conduit jamais à une normativité sociologique et, inversement, il existe une normativité sociologique concernant certaines normes qui n'a pas été précédée du tout d'une normativité dogmatique quelconque. Tout ceci cependant n'affecte pas le fait général s'exprimant aussi comme une exigence, à savoir que la normativité dogmatique et la normativité sociologique s'attachent l'une à l'autre dans la plupart des cas à la fois génétiquement et fonctionnellement et qu'elles doivent s'attacher forcément, parce que le caractère spécifiquement juridique de la normativité sociologique ne peut être assuré que par un facteur purement formel renvoyant au poids du contenu, à savoir par la normativité dogmatique. Or, par cela une réponse est donnée aussi à la question relative à la possibilité d'une synthèse, puisqu'un concept général, renfermant en réalité l'essence de la normativité doit contenir tous les différents traits essentiels, mis à jour par l'analyse, dans leur caractère fonctionnellement coordonné et en reflétant aussi leur rôle et leur poids effectifs.

4.4. *Le concept des lacunes en droit.*

Le droit embrasse une partie considérable des rapports sociaux, toutefois sans pouvoir jamais aspirer à l'intégralité. Dans un sens très général du terme nous nommons lacune en droit une situation dans laquelle le droit ne donne pas de réponse à une question, encore qu'il la devrait contenir. Or pour décider sur la présence réelle d'une telle situation, la théorie peut donner deux réponses différentes, suivant qu'elle s'approche du problème du côté des exigences apparaissant aussi dans la réglementation juridique ou seulement du côté des exigences se manifestant dans la réalité sociale.

En conséquence, certains auteurs formulent le concept de la lacune en considération du système des exigences formelles du droit ou, plus précisément, de la volonté du législateur visant la réglementation et exprimée d'une manière normative, eu égard aussi à l'obligation de décider incombant à celui qui applique le droit, tandis que d'autres considèrent comme décisif

1. Cf. notamment : PESCHKA, *Jogforrá...*, *op. cit.*, pp. 137 et s.; 390 et s. Concernant l'usage en cette œuvre du concept de la validité et en particulier la distinction sous-entendue des côtés dogmatique et sociologique, voir VARGA Csaba, A « Jogforrás és jogalkotás » problematikájához (A propos des problèmes soulevés par la monographie « La source et la création du droit »), *Jogtudományi Közlemény*, XXII (1970) 9, paragraphe 2.1, pp. 503-504.

un critère se trouvant en dehors du droit et définissent le concept de la lacune en partant du cercle des rapports sociaux nécessitant une réglementation, et n'attribuent au critère mentionné, reposant sur des postulats du droit positif, une certaine importance que concernant la possibilité légale de ce que la lacune soit comblée par celui qui applique le droit¹. Les concepts de la lacune résultant de ces deux sortes d'approches ne coïncident pas ; selon les expériences pratiques — comme résultat de différentes considérations relevant de la politique juridique — c'est en général la seconde qui est plus ample, renfermant une partie considérable — mais pas nécessairement l'ensemble de la première.

Eu égard à ce qui précède, le problème se présente dans le fait que ces deux définitions peuvent être simultanément vraies et justifiées, puisque nonobstant l'identité nominale de leur objet il s'agit de *definienda* différents considérés de divers points de vue. Or, pour éviter tout semblant d'apriorisme, cette circonstance impose de prime abord à la théorie des lacunes en droit le devoir de définir ses concepts de base en partant à la fois du spectre positiviste des dispositions du système du droit dont il s'agit et du spectre sociologique des exigences sociales formées à l'égard du droit, ou de rendre au moins consciente la possibilité d'une divergence des deux concepts².

Entre ces deux concepts de la lacune en droit certaines connexités existent évidemment ; il semble qu'en dernière analyse on puisse imaginer même leur synthèse, ce qui cependant se révèle pratiquement très problématique. En effet, la contradiction entre la volonté et l'œuvre du législateur pourrait guère être pratiquement englobée dans une unité avec la contradiction existant entre l'œuvre du législateur et l'exigence se manifestant dans la réalité sociale, notamment dans une unité assurant un rôle suffisamment réel aux deux côtés, au moins sur un niveau raisonnable de l'abstraction. C'est vrai qu'il semble possible de former un concept de la lacune échafaudée sur la contradiction qui existe d'une part entre l'œuvre et, d'autre part, entre la volonté du législateur et l'exigence se manifestant dans la réalité sociale ; une telle construction cependant, vu que l'apparition du problème de la lacune en droit, en tant que problème, s'entrelace en pratique dans tous les cas avec l'apparition de l'exigence d'une réglementation, aurait pour résultat non pas une synthèse — puisque les deux composants

1. Voir à la conception précédante par exemple SZABÓ Imre, *A jogszabályok értelmezése* (L'interprétation des normes juridiques), Budapest, 1960, pp. 352 à 373 et à la dernière par exemple PESCHKA Vilmos, *Gondolatok a joghézagról és a jogi analogiáról* (Réflexions sur la lacune en droit et l'analogie juridique), *Jogtudományi Közöny*, XXI (1966) 3, pp. 129 à 141. Il est à remarquer que dans la théorie continentale se fait valoir en général une conception qui peut être ramenée aussi à ces deux approches opposées rappelant la dualité en question. Voir par exemple *Le problème des lacunes en droit*, Etudes publiées par Ch. Perelman, Bruxelles, 1968, en particulier pp. 145-146 et 171-173.

2. Cf. VARGA Csaba, « Kodifikáció — joghézag — analógia » (Codification — lacune en droit — analogie), *Állam- és Jogtudomány*, XII (1969) 3, pp. 572-573.

de celle-ci étaient loin d'avoir le même poids et les mêmes possibilités — mais bien une primauté exclusive assurée en dernière analyse à l'approche dogmatique, primauté qui au fond dépouillerait entièrement l'approche sociologique de sa fonction particulière et de son rôle spécifique.

La reconnaissance ou la négation de la qualité de critère de la volonté du législateur ne rendent pas le concept de la lacune tout simplement plus riche, plus substantiel ou plus profond, mais dans la pratique elles forment, voire elles constituent, en fin de compte, le concept de la lacune. Comme un trait qui est commun avec les exemples invoqués, renfermant la possibilité d'une synthèse, nous pouvons rappeler que toute réponse conduisant à l'exclusion catégorique d'un des composants indique le caractère fondamentalement erroné de la manière dont la question a été posée ; concernant le concept de la lacune cependant le manque d'une exclusion catégorique de l'un par l'autre ne peut en aucune façon avoir pour résultat d'englober dans une unité réciproque des concepts qui se font valoir l'un à côté de l'autre, parce que la reconnaissance du concept dogmatique renferme pratiquement — comme nous l'avons dit — aussi le choix du concept sociologique, donc synthétique, par contre le concept sociologique se présentant comme un concept plus pauvre ne représente que soi-même, comme un élément du concept dogmatique élargi dans son application pratique¹.

5. La particularité de la formation des concepts en sciences juridiques. Quelques conclusions.

Les problèmes concrets mentionnés, qui ne constituent qu'une fraction minime des formes d'apparition caractéristiques de notre problème fondamental ainsi que les voies possibles de leur solution indiquent la présence de connexions d'ordre plus général. Nous pourrions les résumer brièvement de la sorte que c'est la nature de la réalité juridique qui détermine la nature des recherches, donc aussi celle de la formation des concepts juridiques, de

1. Une synthèse raisonnable, satisfaisant aussi à des considérations d'ordre pratique, ne pourrait avoir lieu qu'au cas, où on pouvait dire que (dans un sens) la contradiction entre la volonté et l'œuvre du législateur crée (même en l'absence d'une exigence sociale) une lacune en droit et que, en même temps (dans un autre sens) aussi la contradiction entre l'œuvre du législateur et l'exigence sociale créée (même en l'absence de la volonté du législateur) une lacune en droit. Du reste, un raisonnement qui en mettant en parallèle la présence de la volonté visant une réglementation et l'absence d'une réglementation effective concluerait à l'existence d'une lacune en droit même à défaut d'une exigence sociale visant la réglementation en question serait une attitude, si non alogique, en tout cas doctrinaire. Pour ce motif, l'existence d'une exigence sociale se présente pour toutes les deux approches comme une prémisse naturellement donnée et, comme telle, pratiquement commune, de la sorte que la controverse véritable et la diversité des concepts résultant des approches différentes consiste au fond seulement dans l'acceptation ou dans le rejet de la volonté du législateur en tant qu'un critère ultérieur supplémentaire.

la sorte qu'à la double réalité du droit répond en général une double formation de concepts.

Cette dualité de la formation des concepts qui se manifeste sur le plan de l'analyse, exprime la nature objective de phénomènes et d'objets de la cognition qui ne peuvent être même accidentellement identiques que d'une façon nominale, mais qui dans la réalité diffèrent les uns des autres en principe — plutôt actuellement que potentiellement — dans nombre de leurs caractères et par conséquence dans leur extension également.

Quant aux concepts élaborés lors de l'analyse scientifique du droit, la recherche ne peut s'arrêter, en général, devant la démonstration de la dualité. En ce qui concerne cette dualité — comme nous nous efforçons de démontrer aussi à l'aide d'un tableau synoptique comprenant des exemples antérieurement esquissés [3], elle exprime seulement les conceptions qui sont propres à l'analyse, ainsi que ses résultats qui sont impossibles à négliger même s'ils sont partiels et d'une importance limitée. En effet, les différents côtés de l'analyse sont en eux-mêmes impropres à saisir la totalité du sujet et les connexités de base unissant ses différents composants, à cause de quoi le processus de cognition se manifestant aussi dans la formation de concepts doit aboutir à la création d'une synthèse, laquelle maintient en supprimant le caractère et la validité spécifiques des éléments cachés dans des différents modes de l'approche, et englobe ces éléments dans une unité dialectique.

Par contre, il peut arriver aussi qu'il soit impossible qu'une synthèse puisse prendre naissance. Ce n'est qu'une des formes de cette situation, lorsque la synthèse se révélerait *a priori* inimaginable ou dépourvue de sens. Dans ce cas la dualité se produit non seulement en conséquence de la différence entre les approches, objectivement déterminées par le sujet, mais dans le cadre d'un mode donné de l'approche, dans l'intérêt d'une distinction catégorique à faire entre certains phénomènes imaginés comme unis, distinction qui ne fait que refléter la dualité effective du sujet. Or, il peut arriver également que pour un motif de principe ou pratique la synthèse ne pourrait se réaliser que dans la forme d'une pseudo-synthèse. Lors de l'analyse des exemples nous avons essayé de découvrir la cause de ces situations; nous aimerions donc passer maintenant à un autre problème qui se présente en connexion avec ce qui précède.

Même si dans un sens symbolique seulement, il semble intéressant de rapporter aux concepts en sciences juridiques la constatation suivant laquelle « les représentations conceptuelles, non seulement symbolisant le réel, mais encore en permettant de le manipuler, le constituant »¹. Ce qui pour nous est important dans cette idée, c'est qu'elle indique nettement que dans l'action pratique, dans les processus sociaux régis par la loi de la

1. PARAIN-VIAL J., « Note sur l'épistémologie des concepts juridiques », *Archivus de Philosophie du Droit*, IV (1959) p. 132.

causalité, la formation des concepts et leur application à des phénomènes comme leur qualification soient loin de jouer un rôle passif, toujours déterminé et jamais instrumentalement déterminant, parce que les concepts, en tant que produits spécifiques du processus d'objectivation se déroulant dans le processus de cognition, acquièrent une existence active, devenant indépendante en présence de certaines conditions et qu'ainsi les concepts deviennent capables d'exercer une rétroaction agissant sur les processus de mouvements sociaux également.

fig. [3]

4.1. /droit/

4.3. /normativité/

concept dogmatique	= A
concept sociologique	= B
<hr/>	
concept synthétique	= A + B

4.2. /idée matérielle et idée technique du droit/

idée matérielle	= A
idée technique	= B
<hr/>	
correction	
de l'idée technique	= A \equiv B
manque de correction	
de l'idée technique	= A \Leftrightarrow B

4.4. /lacune en droit/

concept dogmatique	= X \longleftrightarrow Z
concept sociologique	= Y \longleftrightarrow Z
<hr/>	
concept dogmatique dans la pratique	= /X + Y/ \longleftrightarrow Z
<hr/>	
concept synthétique ?	= /X + Y/ \longleftrightarrow Z ?

Eu égard aussi à cette circonstance il semble très important que les concepts qu'on a formés soient d'une part réels et d'autre part liés suffisamment à des signes linguistiques donnés. En ce qui concerne le caractère réel d'un concept, il arrive souvent que la mise au jour du contenu conceptuel ne conduise qu'à des manipulations avec des mots, à des procédés nominaux seulement. Dans ces cas on peut toujours constater plus tard qu'il ne s'agissait pas d'un concept réel ou que le procédé appliqué était fautif. Dans la pratique on rencontre de tels problèmes le plus souvent lorsqu'il résulte que la définition d'un concept ou de la réalité prétendue cachée derrière le concept ne peut être qualifiée au maximum que d'une définition dite lexicale, reflétant l'usage historique d'un mot, ou d'une définition dite arbitraire avec un contenu quelconque qui, destiné à introduire l'usage d'une ex-

pression en principe nouvelle, représente une décision de terminologie¹. En ce qui concerne par contre la liaison adéquate d'un concept à un signe linguistique donné, le problème peut se poser en conséquence au fait que la signification s'attache au signe en principe avec une prétention à l'exclusivité, de la sorte qu'en constatant plusieurs significations d'un signe donné, on doit parler au fond de plusieurs signes².

Or, dans les cas où la création d'une synthèse entre les composants d'une dualité comportant une antinomie semble se heurter à des obstacles insurmontables, il peut arriver facilement que l'échec de la création de la synthèse en question survienne pour le motif qu'un concept non-réel figure comme (au moins) un membre de l'antinomie et qu'ainsi cette dernière se révèle aussi une pseudo-antinomie. Par contre, lorsque les concepts s'excluent réciproquement se montrent réels et en tout cas lorsque la création d'une synthèse paraît être *a priori* exclue, il s'agit au fond de deux concepts indépendants qui ne sont que mis en rapport l'un à l'autre, englobés mais pas du tout unis par une dualité antinomique, concepts auxquels reviennent des signes linguistiques distincts. Ainsi donc dans tous les cas où l'on observe l'opposition de concepts exprimés par le même signe linguistique qui ne présentent aucune possibilité de synthèse, on doit constater la présence d'une polysémie ou d'une homonymie³.

6. La formation des concepts en sciences juridiques et la réalité. Conclusions finales.

La reconnaissance de la différenciation ne conduit en elle-même ni à la relativisation subjective de la réalité juridique, ni à celle de la formation des concepts en sciences juridiques. Le droit a précisément pour fonction sociale de favoriser la naissance d'une corrélation désirable et adéquate entre la réalité et le droit, à savoir que le droit reflète réellement les exigences objectives du développement de la réalité sociale et que la réalité sociale se forme ainsi, à son tour effectivement en conformité avec le système des exigences formelles du droit. La reconnaissance de la différenciation signifie donc la reconnaissance de l'hétérogénéité, plutôt actuelle que purement potentielle, de la réalité et du droit ; cette hétérogénéité et cette dualité ne sont pas simplement des résultats des manières de voir et

1. Pour la première, voir STONE, *Meaning and Role...*, *op. cit.*, p. 13 et pour la seconde AJDUKIEWICZ Kazimierz, «Three Concepts of Definition», *Logique et Analyse*, I (1958) 3-4, pp. 116 et s. Il est à remarquer que certains auteurs (comme par exemple KANTOROWICZ Hermann, *The Definition of Law*, ed. by A. H. Campbell, Cambridge 1958, p. 2) considèrent toute définition comme une proposition postulant à un signe donné une signification donnée.

2. Cf. par exemple ANTAL László, *A formális nyelvi elemzés* (L'analyse formelle de la langue), Budapest, 1964, pp. 199-200.

3. Cf. KAROLY Sándor, *Altalános és magyar jelentés* (Sémantique générale et sémantique de la langue hongroise), Budapest, 1970, pp. 78 et s.

des approches divergentes, lesquelles ne font que les mettre au jour en les condensant dans des notions ; par ailleurs cette dualité est déjà depuis longtemps reflétée comme un fait par le langage des sciences juridiques, par le langage des juristes et par le langage commun également.

La négation éventuelle de ces deux pôles et de la possibilité d'une dualité qui en résulte en matière de la formation des concepts, peut devenir l'origine de nombre de controverses qui du point de vue de la conception ci-dessus esquissée n'ont aucun sens, mais qui sous le masque d'une identité nominale peuvent avoir trait à des sujets différents. Or, certaines considérations méthodologiques de ce genre peuvent être également retrouvées dans les différentes tendances de la pensée juridique. « La voie à suivre — a écrit un auteur à propos d'un problème concret¹ — n'est pas celle de déjouer la dualité en choisissant l'un de ses composants, mais celle de la vaincre, en indiquant qu'à la lumière d'une interprétation précise il ne s'agit pas d'une expression des manières de voir opposées et irréconciliables, puisque la dualité symbolise les différents éléments actuels du phénomène juridique ».

La science du droit forme donc, comme résultat des approches dogmatiques et sociologiques, des concepts plus ou moins indépendants qui sont dans un rapport déterminé les uns avec les autres. Ces notions cependant n'existent pas pour eux-mêmes, puisque « les rapports des notions (= leurs transitions = leurs antinomies) = voilà le contenu principal de la logique, où ces notions (et leurs changements, transitions, antinomies) sont présentées comme les réfléchissements du monde objectif ». De cette sorte — se continue et ordre d'idées — du moment que « c'est la dialectique des choses qui crée la dialectique des idées et pas inversement »², ces concepts, comme concepts partiels, s'organisent en des composants d'une unité organique et deviennent les éléments d'une synthèse. En effet, ces concepts et leurs définitions, d'une manière déterminée par la structure de la réalité et par la dialectique pénétrant le mouvement des choses, se complètent mutuellement ; ils deviennent vrais non les uns contre les autres, mais parallèlement et en s'appuyant mutuellement dans le cadre d'une unité synthétiques, parce qu'au cas de chacun des deux concepts de différent type, il s'agit de concepts qui, bien qu'également scientifiques, ont d'une sphère de validité limitée. Ce fait indique que des résultats vraiment scientifiques et exempts de partialité ne peuvent être obtenus par les approches scientifiques résumées sous les termes de méthodes dogmatique et sociologique que conjointement : de concert, ce qui, en connexité avec la nécessité d'une étude complexe du droit, explique d'ailleurs à la fois l'utilité des recherches méthodologiques spécialisées et l'importance méthodologique des études approfondies de la théorie et de la pratique du droit positif.

1. Ross Alf, *Towards a Realistic Jurisprudence : A Criticism of the Dualism in Law*, Copenhagen, 1946, p. 13.

2. LENIN, *Zur Kritik ...*, op. cit., p. 116.

7. *Annexe. Des bases d'une classification possible des définitions en sciences juridiques.*

La mise à jour du contenu conceptuel, la délimitation des concepts et leur distinction d'autres concepts s'accomplissent en général au moyen de leur définition vue d'une analyse des concepts aboutissant à une définition. Les définitions en sciences juridiques portent ainsi l'empreinte des traits méthodologiques fondamentaux que nous venons de constater concernant la formation des concepts en sciences juridiques.

Les connexités méthodologiques existant entre la formation et la définition des concepts rendent ainsi possible que, sur la base de l'analyse et de la classification des concepts qui sont propres aux sciences juridiques, on forme certaines conclusions au sujet des définitions dont on fait usage dans ces sciences. La base primaire d'une classification des définitions devrait consister dans les objets et les méthodes de définition qui ont été élaborés par la littérature de philosophie et de logique, en tenant compte des exigences d'une classification de validité générale. Etant donné cependant que, d'une part, une classification ainsi entreprise concernant les détails n'a pas abouti jusqu'ici à un résultat définitif ou satisfaisant, et ceci ni dans la littérature de logique formelle, ni dans celle de logique dialectique¹, et que, d'autre part, une classification de ce genre ne pourrait guère devenir apte à faire distinction entre les diverses espèces spécifiques des définitions typiquement employées en sciences juridiques, nous estimons qu'il convient mieux que les diverses espèces de ces définitions soient classifiées sur la base des divers objets spécifiques de définition, connexes avec les aspects méthodologiques de la formation des concepts en sciences juridiques.

Conformément à ce qui précède, ce que nous essayons de faire figurer aussi sur le tableau synoptique ci-joint [4], on peut distinguer à notre avis les types de base suivants des définitions qui caractérisent les sciences juridiques :

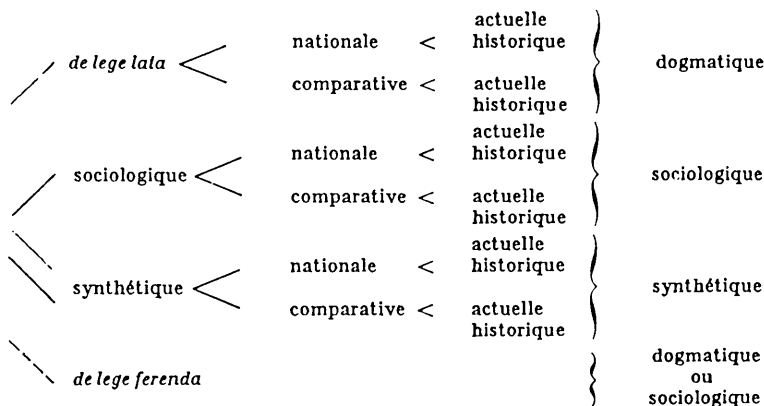
A. — la définition *de lege lata*, considérée du point de vue du système des exigences du droit positif, renferme les éléments conceptuels d'une institution du droit positif. La définition *de lege lata* est toujours à considérer comme une définition dogmatique. Suivant que la définition reflète le système des exigences d'un système du droit donné ou, comme résultat d'une comparaison, le système des exigences de plusieurs systèmes de droit, on peut parler d'une définition a) nationale ou b) comparative. En outre,

1. Quant aux préoccupations et incertitudes touchant le caractère relatif aux critères et aux résultats de la classification des définitions, notamment le choix de la forme de base et des divers types (à côté des définitions nominale et réelle) des définitions, voir entre autres AJDUKIEWICZ, « Three Concepts... », *op. cit.*, pp. 115 et s. ; SCARPELLI Umberto, « La définition en droit », *Logique et Analyse*, I (1958) 3-4, pp. 127 et s. ; TAMAS György, *A tudományos megközelítés* (La définition scientifique), Budapest, 1961, pp. 16 et s., pp. 52 et s.

suivant que la définition reflète le système des exigences de systèmes de droit en question, projeté sur une date ou sur une période donnée, on peut parler d'une définition a) actuelle ou b) historique. La compréhension et l'extension des définitions comparatives et des définitions historiques peuvent se révéler soit identiques avec la compréhension et l'extension des définitions nationales et des définitions actuelles, soit plus larges que ces dernières. La valeur de vérité de toutes ces définitions dépend seulement et uniquement de l'adéquation des éléments conceptuels de la définition avec le système des exigences, actuel ou historique, de système(s) de droit en question ;

B. — la définition sociologique, considérée du point de vue de la réalité sociale, renferme les éléments conceptuels de l'apparition et de la mise en œuvre dans la réalité sociale d'une institution du droit positif. Suivant les cadres dans lesquels la définition en question reflète l'apparition et la mise en œuvre dans la réalité sociale de l'institution du droit positif, on peut parler d'une définition a) actuelle ou b) historique également. La valeur de vérité de toutes ces définitions dépend seulement et uniquement de l'adéquation des éléments conceptuels de la définition avec la réalité sociale :
fig. [4]

GENRES TYPIQUES DES DÉFINITIONS EN SCIENCES JURIDIQUES



C. — la définition synthétique, considérée du point de vue d'une synthèse des approches dogmatique et sociologique, renferme les éléments conceptuels d'une institution du droit positif, faisant simultanément apparition à la fois dans le système des exigences du droit positif et dans la réalité sociale. La compréhension et l'extension des définitions synthétiques peuvent se révéler soit identiques avec la compréhension et l'extension des définitions dogmatiques et sociologiques, soit plus étroites que ces dernières. Suivant

les cadres dans lesquels la définition en question reflète le concept synthétique de l'institution juridique en question, on peut parler d'une définition a) nationale ou b) comparative et d'une définition a) actuelle ou b) historique également. La valeur de vérité de toutes ces définitions dépend seulement et uniquement de l'adéquation simultanée des éléments conceptuels de la définition avec le système des exigences du droit positif et avec la réalité sociale ;

D. — la définition *de lege ferenda*, considérée du point de vue d'une évaluation sociale donnée, renferme les éléments conceptuels d'une institution juridique dont on propose l'introduction au système des exigences du droit positif. Cette définition est à considérer comme une définition sociologique conçue en sens large, sauf le cas où l'évaluation sociale repose sur un postulat logique rapporté au système des exigences du droit positif ; en ce cas on peut parler d'une définition dogmatique conçue en sens plus large. Une définition *de lege lata*, sociologique ou synthétique, actuelle ou historique, reposant sur de système(s) de droit donné(s), projetée sur autre(s) système(s) de droit ou projetée sur le (s) même (s) système (s) mais à une autre date ou période, peut aussi adparaître comme une définition *de lege ferenda*. La valeur de vérité de toutes ces définitions dépend seulement et uniquement de l'adéquation des éléments conceptuels de la définition avec l'évaluation sociale.

Ces types de définition, nous le répétons, ne comprennent que les variantes qui se présentent le plus fréquemment dans les sciences juridiques et qui forment donc une particularité caractéristique des analyses propres aux sciences juridiques ; nous ne sommes par ailleurs pas étendus sur la question des définitions moins spécifiques, par exemple lexicales et arbitraires. En même temps cependant, concernant n'importe quelle des définitions analysées, nous pouvons en principe distinguer, d'une part, les définitions destinées à mettre au jour l'essence ou le contenu conceptuels et, d'autre part, les définitions visant une simple délimitation des autres espèces de phénomènes. Ces deux formes de définition renvoient, indépendamment de l'objet de la définition, non seulement aux buts divergents de la définition, mais aussi à la formation divergente de leur contenu et ainsi à la spécificité divergente des valeurs de vérité en question. En effet, la forme première des définitions ne peut être vraie qu'au cas où y figurent tous les éléments essentiels formant le contenu du concept, par contre la seconde ne peut l'être qu'au cas, où son contenu est apte à former d'une manière satisfaisant aux critères de Boece le genre prochain et la différence spécifique également.

ALGUNAS CUESTIONES METODOLOGICAS DE LA FORMACION DE LOS CONCEPTOS EN CIENCIAS JURIDICAS

Csaba Varga

INSTITUTO DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS DE LA
ACADEMIA DE LAS CIENCIAS DE HUNGRIA

1. Introducción. 2. La particularidad del objeto de las ciencias jurídicas. 3. La particularidad de la metodología de las ciencias jurídicas. 4. La particularidad de la formación de los conceptos en ciencias jurídicas. Algunos problemas. 4.1. El concepto del derecho. 4.2. El concepto dogmático del contenido del derecho. 4.3. El concepto de la normatividad jurídica. 4.4. El concepto de las lagunas en derecho. 5. La particularidad de la formación de los conceptos en ciencias jurídicas. Algunas conclusiones. 6. La formación de los conceptos en ciencias jurídicas y la realidad. Conclusión final. 7. Anexos. De las bases de una clasificación posible de las definiciones en ciencias jurídicas.

1. Introducción

La metodología de la formación de los conceptos en ciencias jurídicas presenta muchos rasgos que coinciden con los de la metodología de las investigaciones en ciencias jurídicas o que son idénticos a ellos. En efecto, la formación de los conceptos está, en el fondo, al servicio de la cognición y de la investigación: se sabe que los conceptos constituyen, en parte, una de las bases y de las premisas de los procesos de cognición y, en parte, el resultado y la suma sintéticos de los procesos en cuestión.

El método que puede o que debe aplicarse a un objetivo dado, especialmente la metodología del proceso de la cual se trata, está determinado por la naturaleza y las cualidades objetivas del objeto de la investigación. Así, la conexión entre las cualidades concretas del objeto y la metodología tiene por resultado que en lo que sigue —cuando tratamos

de trazar, en el marco de una concepción formada por los menos como una hipótesis de trabajo, los contornos de un problema específico pero extremadamente importante— debemos comenzar nuestro discurso por el análisis de las características del objeto en cuestión.

Este problema que se presenta de modo implícito o explícito en el rechazo de una manera de ver dada o bien en esfuerzos tendientes a la conciliación de los diferentes enfoques, de forma indirecta o directa, pero en todo caso necesariamente, puede formularse, a primera vista, acercándonos sólo a lo concreto y, por consiguiente, en forma muy ruda y grosera, como sigue; en el terreno de la formación de los conceptos y considerando el aspecto metodológico de esta formación, ¿cuál es la consecuencia del hecho de que la realidad susceptible de ser tomada en consideración en las investigaciones en ciencias jurídicas se presenta como una realidad doble?

Ahora bien, en una forma sobreentendida esta pregunta admite también una afirmación que debemos explicar, además brevemente, para evitar todo malentendido en la materia.

2. La particularidad del objeto de las ciencias jurídicas.

El objeto específico de las ciencias jurídicas es, por una parte, el sistema del derecho como un conjunto de normas jurídicas y de otras expresiones así como de instituciones formadas por estas últimas que se organizan en un sistema más o menos cerrado, determinadas en textos normativos donde deben ser halladas; por otra parte, el objeto del cual hablamos es la realidad social que comprende, a la vez, los acontecimientos que se realizan en la sociedad y los demás datos sociológicos junto con las tendencias y las exigencias objetivas de su desarrollo, que constituyen el terreno para el nacimiento, la realización y la modificación del sistema del derecho y, al mismo tiempo, un elemento que determina a estos últimos. Aunque el sistema del derecho —según se deriva también de sus funciones que constituyen su razón de ser— sea apropiado para ejercer una influencia sobre la realidad social, sin embargo, en última instancia y en el fondo, es la realidad social la que lo determina tanto en su formación como en su realización y en sus cambios. De este modo, el sistema del derecho hace su aparición también en su capacidad de actuar y de retroactuar como una realidad reflejada, de orden secundario y que resulta de una duplicación específica, es decir, como la superestructura de una base dada que contiene rasgos específicos.

En cuanto a la definición del estatuto ontológico del sistema, en lo que respecta a la norma jurídica que constituye la unidad de base de éste, una importancia fundamental regresa en el hecho de que en la especie se trata de una objetivación que refleja de manera particular la realidad social objetiva de la cual se separa¹, de una objetivación que en los procesos sociales figura, a la vez, como causa y como efecto². Y aunque la norma jurídica —como todas las objetivaciones que tienen la cualidad de *Sollen*— se caracterice, en cuanto a su contenido, por el hecho de que, en esta objetivación, “imaginamos como existente cualquier cosa que por el momento no es todavía real”³, la norma jurídica, esa “construcción artificial humana”⁴, es ella misma una realidad social, el sistema del derecho en vigencia como el conjunto de las reglas jurídicas normativas es él mismo un producto social⁵, una expresión de las relaciones sociales que poseen no solamente el atributo de la existencia sino también el de la realidad⁶.

Por tanto, las normas jurídicas, aunque no describen la realidad son parte de esta última, puesto que adquieren una existencia real por su fijación en los textos de las leyes o de las decisiones judiciales⁷. Ahora bien, de ese modo, incluso si subrayamos que, “entre el elemento normativo y el elemento de la realidad no hay ninguna contradicción, porque la normatividad reposa precisamente en la práctica social efectiva” y que “las mismas relaciones sociales que originan las normas jurídicas definen, con

-
1. Ver Peschka, Vilmos, “*Sein und Sollen in der modernen Rechtsphilosophie*” *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae*, XI (1969) 1-2, p.p. 22 a 34.
 2. Cf. Peschka, Vilmos, “*Célszerűség a munkafolyamatban és a jogi normában*” (El carácter teleológico del proceso de trabajo y de la norma jurídica), *Állam-és Jogtudomány*, XI (1968) 2, p. 245.
 3. Hegel (G.W.F.), *Phänomenologie des Geistes*, Jubiläumsausgabe, 3. Auflage, Stuttgart, 1951, p. 463.
 4. En cuanto al uso de la expresión “*künstliche menschliche Konstruktion*”, ver Klaus, Georg, *Einführung in die formale Logik*, Berlin 1958, p. 72.
 5. Cf. Szabó, Imre, *A szocialista jog* (El derecho socialista), Budapest, 1963, p. 337 y Peschka, Vilmos, *Jogforrás és jogalkotás* (La fuente y la creación del derecho), Budapest, 1965, p. 400.
 6. En lo que respecta a la separación de esos dos atributos y la distinción hecha entre la realidad, por un lado, y de derecho concebido como un sistema de leyes, como tal, como parte de la conciencia social, por otro lado, ver Knapp, Viktor, *Filosofické problémy socialistickeho práva* (Problemas filosóficos del derecho socialista), Praha, 1967, Cap. III.
 7. Ver entre otros Peczenik, Aleksander, “*Doctrinal Study of Law and Science*”, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, XVII (1967) 1-2, p. 129.

una generalidad social, también las actitudes humanas efectivas"⁸, debemos por otra parte, señalar que esa identidad dialéctica ampliamente concebida del *Sein* y del *Sollen* en consecuencia particularmente de la objetivación del *Sollen* que se presenta sobre el plano ontológico, comprende además la diversidad por tanto, también la posibilidad de una contradicción dialéctica del *Sein* y del *Sollen*. En efecto, si es verdad que "el *Sein*, concebido en sentido general y amplio, se presenta como *Sollen* ante el hombre", que por consiguiente el *Sein* mismo figura como *Sollen*⁹, entonces debemos aceptar como verdadero también que ese *Sollen*, como objetivación del *Sein*, como una forma, una consecuencia objetivada del reflejo y del doblamiento del *Sein*, se presente igualmente como *Sein*. Tanto el *Sollen* jurídico como el *Sein* jurídico que encuentran su expresión en el proceso de la realización y en el estado ya realizado del *Sollen*, constituyen el teatro de los procesos de movimiento jurídico y, al mismo tiempo, los componentes orgánicos de la realidad social que es su factor determinante, constituyen por tanto elementos que se encuentran los unos con los otros, o bien con la realidad social en una relación dialéctica de diversidad y también de identidad.

En consecuencia, la separación de estos fenómenos conexos no se refiere al desprendimiento de las conexiones ontológicas y funcionales, sino a la distinción de ciertos aspectos y polos de esos fenómenos, a saber, la distinción relativa que es necesario hacer entre el sistema más o menos cerrado de las normas y de las demás frases expresadas en forma de lengua, fijadas por escrito de manera generalmente formalizada, por tanto el "law in books" según Pound, por una parte, y todas las "demás" realidades sociales que comprenden también el "law in action", por la otra¹⁰; esta distinción está justificada, como lo veremos, desde el punto de vista de la teoría y también de la práctica.

3. La particularidad de la metodología de las ciencias jurídicas.

Como a menudo se explica o formula en conexión con la afirmación de la existencia de diferentes "niveles" o "planos" ontológicos del

8. Kulcsár, Kálmán, *A szociológiai gondolkodás fejlődéséről* (El desarrollo del pensamiento sociológico), Budapest, 1966, p. 464.

9. Peschka, Vilmos, "A *Sein* és *Sollen* problémája a modern jogelméletben" (El problema de "Sein" y de "Sollen" en la teoría de derecho contemporáneo), *Állam- és Jog tudomány*, XI (1968) 3, p. 432.

10. En cuanto al uso de estas nociones ver Pound, Roscoe, *Jurisprudence*, vol. IV, Saint Paul, 1959, p. 14 y a la luz de ejemplos vol. III, p. 362 y ss.

derecho, "la multiplicidad metodológica de la ciencia jurídica es dictada por la complejidad llamada, a veces, ontológica del derecho"¹¹.

Ahora bien, a los fines de un análisis por la ciencia jurídica, el sistema del derecho y la realidad social, que es su base así como el terreno de su realización, aparecen, por una parte, como sujetos de conocimiento orgánicamente unidos uno con el otro ya que, como lo veremos, el análisis del sistema del derecho no puede llegar en él mismo a resultados que alcancen el valor propio de las ciencias sociales, mientras que un análisis de la realidad social que omite el sistema de las exigencias formuladas en derecho positivo debería calificarse, desde el punto de vista de la ciencia del derecho, como una falta de sentido; por otra parte, no obstante esta confusión está lejos de obtener como resultado la fusión de esos dos sujetos de conocimiento o de su análisis en una unidad no diferenciada.

De conformidad con las diferentes tendencias de investigaciones en ciencias jurídicas¹², nuestra literatura subraya, por consiguiente, la exigencia de la multiplicidad de los enfoques, mientras que no encontramos la unanimidad para decidir cuáles son los métodos concretos cuya aplicación debe considerarse como un enfoque apropiado a la ciencia del derecho¹³.

11. Cf. por ejemplo Opařek, Kazimierz, "The Complexity of Law and of the Methods of its Study", Resumen de *Scientia* (Revista Internacional de Síntesis Científica), Milan, CIV (1969) mayo-junio, p. 3.

12. Según un ensayo de clasificación, teniendo en cuenta también consideraciones que dependen de la teoría de las ciencias, el resultado de las investigaciones en ciencias jurídicas puede expresarse en los tipos de constataciones que tienen relación: A) con la elaboración del aparato y del sistema conceptuales del sistema del derecho; B) con la interpretación y con la aplicación del derecho; C) con la realización del derecho en el plano de los fenómenos psíquicos y sociales; D) con los problemas de carácter de *lege ferenda*; y, en fin E) con la evaluación extrasistemológica del derecho. Ver Wróblewski, Jerzy, "Legal Norm and the Object of Legal Sciences", *Archivum Iuridicum Cracoviense*, II (1969), pp. 20-21.

13. Según ciertas maneras de ver, por ejemplo, la metodología de las ciencias jurídicas se compone de los métodos lógico, comparativo y sociológico así como de los del establecimiento de modelos y de experimentos sociales (Kasimirtchouk, P.V., *Pravo i metodue ego isutchania*). El derecho y los métodos de su estudio, (Moscou, 1965). Otros mencionan entre los métodos primarios, los enfoques filosóficos (ontológico, gnoseológico, axiológico y lógico) así como los enfoques causales-explicativos (sociológico y psicológico) y los enfoques dogmáticos-normativos (Lukic, Radomir D., "Metodi isutchavanja prava" (Los métodos del estudio del derecho), *Anamo Pravnog Fakulteta u Beogradu*, XIII (1965) 1-2, p. 46. Una tercera concepción, igualmente muy esparcida, fuera del plano lin-

Al mismo tiempo, encontramos con frecuencia una opinión que parece indicar que en el dominio de las ciencias jurídicas debemos contar con dos métodos fundamentales típicos o bien con dos grupos de tales métodos. "Los métodos de las ciencias del Estado y del derecho se determinan por la circunstancia —podemos leerlo en una tesis formulada en Hungría¹⁴— de que los fenómenos jurídicos tienen un contenido social, de que están socialmente determinados, pero que se expresan en una forma particular". Parece que a tal manera de ver, la cual pone de relieve el papel del sujeto del conocimiento, responde también "la concepción realista de un doble nivel en el sentido de la cual en las ciencias jurídicas debemos tratar del derecho, por una parte, en el nivel de las significaciones y, por otra parte, en el nivel de los fenómenos, de la práctica, de las actitudes"¹⁵.

El examen de los trabajos de investigaciones en ciencias jurídicas permite, en realidad, concluir en tal dualidad que se presenta en última instancia. En efecto, ciertos enfoques tienden en primer lugar a descubrir las leyes intrínsecas que rigen el sistema del derecho como sistema de los conceptos y de las expresiones, por consiguiente como un sistema de las acepciones, de interpretar partes distintas de ese sistema y, en fin, de comparar grupos de normas análogas de los diferentes sistemas de derecho; consideramos esas tendencias de investigaciones, cuyos resultados se expresan en constataciones de *lege lata* y sólo por excepción en constataciones de *lege ferenda* que reposan en postulados lógicos, como enfoques positivistas o dogmáticos. En cambio, otros enfoques tienden, en primer lugar, al descubrimiento de los lazos de causalidad o de los vínculos funcionales que unen el sistema del derecho y la realidad social, por tanto el descubrimiento del mecanismo de la influencia y del efecto ejercidos, de una parte, por la realidad social y, de otra parte, por el sistema del derecho, y, en parte también, el descubrimiento de una realidad social concreta que se encuentra en conexión con una reglamentación emprendida o a emprender en el marco del sistema del derecho; consideramos estas tendencias de investigaciones, cuyos resultados se expresan en constatacio-

gústico-lógico, considerado como fundamental, tiene en cuenta como planos metodológicos del análisis, a los planos psicológico, sociológico y axiológico (Opafek, Kazimierz, "The Peculiarities of the Study of Law and the Question of Integration", *Archivum Iuridicum Cracoviense*, I (1968) p. 12), etc.

14. "A magyar állam- és jogtudományok és a társadalmi gyakorlat". (Las ciencias políticas y jurídicas en Hungría y la práctica social), *Állam- és Jogtudomány*, VII (1964) 1, p. 12.
15. Opafek, *The Complexity of Law...*, op. cit., p. 13.

nes sociológicas de hechos o en constataciones de *lege ferenda* que reposan en una evaluación social, como enfoques sociológicos.

En lo que respecta al primer método o al primer grupo de los métodos, es necesario, ante todo, hacer distinción entre el positivismo jurídico, en el sentido estricto del término como una concepción teórica formada concerniente al derecho, y el positivismo jurídico tomado en sentido amplio como una manera de enfocar el derecho. En efecto, el enfoque positivista, como tendencia de investigación, como técnica específica aplicada en el momento del análisis del derecho, considerado en sí mismo, no constituye una característica particular de una ideología o de una concepción jurídica dada, sino la interpretación y la elaboración de *lege lata* más bien formales del derecho que comprende el análisis de su estructura nocional y lógica también, cuya realización, bajo el título de una dogmática jurídica y bajo no importa cuál otro título se manifiesta deseable y necesaria en todas las ciencias del derecho, con tal de que sean tomadas en consideración sólo como un análisis parcial¹⁶. El enfoque positivista se refiere a la cognición del *Sollen* jurídico, de la construcción de la forma jurídica, de la estructura del "law in books", del sistema del derecho como un conjunto de textos que tienen significaciones determinadas, de modo que podemos considerar totalmente bien fundada y justificada la constatación de que la teoría del derecho no se detiene ante el análisis de esta forma como tal¹⁷, dado que la dogmática jurídica no es sino un peldaño elemental aunque indispensable de la cognición de los fenómenos jurídicos¹⁸. Al mismo tiempo, sin embargo, desde el punto de vista del servicio y de la salvaguardia de la legalidad formalmente interpretada, como también de la cognición del aspecto específicamente jurídico del fenómeno del derecho, el enfoque positivista puede llegar a ser de importancia fundamental, e incluso determinante; así, debemos considerar como equitativa también la opinión según la cual "en el conjunto de las ciencias, la dogmática jurídica no puede to-

16. Cf. Krystufek, Zdenek, *Historické základy právního pozitivismu*. (Los fundamentos históricos del positivismo jurídico), Praga, 1967, p.p. 130 a 132.

17. Ver, entre otros, Szabó, Imre, *Szocialista jogelmélet-népi demokratikus jog*. (Teoría socialista del derecho-derecho de las democracias populares), Budapest, 1967, p. 94.

18. Mientras se reconoce su indispensabilidad, el carácter primario del enfoque dogmático es juzgado anticientífico, entre otros, por Ehrlich, Stanislaw, "Kilka uwag w sprawie metodologii nauk prawnych" (Consideraciones sobre la metodología de las ciencias jurídicas), *Panstwo i Prawo*, XIX (1964), p.p. 642 y ss.

mar sino un lugar muy modesto; no obstante en una comunidad civilizada moderna debe calificarse de absolutamente esencial"¹⁹.

En sentido opuesto del sujeto del análisis dogmático, el objeto del enfoque sociológico no es el "law in books", sino el "law in action": los métodos sociológicos favorecen el descubrimiento de las leyes intrínsecas del derecho que se manifiestan en el plano de los "fenómenos" y de los hechos. Solamente las investigaciones de este tipo son las que pueden asegurar realmente el carácter de ciencias sociales de las investigaciones jurídicas, y solamente esta circunstancia es la que puede, en cierta medida, explicar tendencias casi seculares, que se presentan en algunos Estados aún hoy en día, los cuales bajo el signo de ciertos postulados que dependen de la teoría de las ciencias o simplemente de la modernización, tienden a la liquidación de la ciencia dogmática del derecho y su integración en una teoría sociológica de conjunto. En efecto, el método sociológico no es solamente un procedimiento específico o una técnica de investigación, sino que constituye un método fundamental para acercarse al derecho en el marco de una ciencia social que, sin embargo, en sí misma, no puede justificar que el enfoque sociológico se haga exclusivo.

Nuestra manera de ver, según la cual el enfoque dogmático y el enfoque sociológico constituyen dos tendencias o métodos fundamentales de las investigaciones jurídicas, no significa solamente que esos enfoques juegan un papel importante, incluso un papel de importancia decisiva en las investigaciones jurídicas, sino que significa además que esos enfoques se presentan como tipos de enfoque, como métodos que comprenden técnicas, procedimientos y modos concretos de análisis, como métodos comprendidos en un sentido global.

Considerando la cosa en esta conexión, podemos afirmar que el método comparativo, por ejemplo, se forma como un método complejo, compuesto de los elementos de los enfoques dogmático y sociológico, después de una aplicación conjunta de estos elementos con un objetivo específico. En efecto, el derecho comparado significa, en parte, la comparación de ciertas partes de los diferentes sistemas de derecho, como sistemas de *lege lata*, especialmente la comparación de los textos, de las normas y de otras expresiones relativas a ello así como, en parte y en particular, la comparación de la realidad social, del proceso y del estado de la realización de los

19. Castberg, Frede, *Problems of Legal Philosophy*, 2da. Ed., Oslo, London, 1957, p. 7.

sistemas de derecho en cuestión y el descubrimiento de las relaciones de causalidad que las rigen²⁰. Así, las investigaciones de derecho comparado —aunque en la época del reinado de la manera de ver positivista la aplicación de los métodos positivistas estuviese también en el primer plano de las investigaciones en derecho comparado— deben centrarse actualmente más allá de la elaboración de los aspectos dogmáticos de los diferentes sistemas de derecho, ante todo en la determinación y en los vínculos sociales directos de esos sistemas de derecho y en el elemento social de su contenido²¹, en este sentido, parece, por tanto, que la tesis que quiere que “la aplicación del método comparativo penetre de una manera de ver fuertemente análoga a la de la sociología jurídica”²², refleje correctamente la exigencia fundamental que concierne a la materia.

En lo que respecta a los fundamentos metodológicos, la situación es bajo cierto aspecto similar a la de la evaluación. En efecto, no podemos de ningún modo considerar la evaluación como un método que es, incluso parcialmente, característico del enfoque positivista; al mismo tiempo, sin embargo, el análisis dogmático revela cierto aspecto que se expresa en la formulación de los juicios de valor. El examen del sistema del derecho como un sistema de diferentes expresiones comprende en efecto, más allá de la delimitación de las significaciones, además la constatación de la validez, de la falta de contradicciones, etc. proyectada sobre normas distintas o sobre grupos de normas. Ahora bien, en el cuadro de un sistema dado, la constatación de la validez se revela como una evaluación sistemáticamente relativizada, o bien —en particular en el caso de contradicción entre normas o en el caso en que el sistema del derecho no contiene ninguna definición formal de los criterios de la validez— como una evaluación que reposa en los principios tradicionales del derecho y de su aplicación y, en última instancia, en la presunción de la racionalidad del legislador²³. Esta

20. Cf. por ejemplo Hall, Jerome, *Comparative Law and Social Theory*, Baton Rouge, 1963, p.p. 59-65, 68 y 81.

21. Ver Szabó, Imre, “Az összehasonlító jogtudomány”. (La ciencia comparativa del derecho), in *Kritikai tanulmányok a modern polgári jogelméletéről* (Estudios críticos sobre la teoría burguesa del derecho contemporáneo), Budapest, 1963, en particular p.p. 62 y ss.; Rodière, René, *Introduction au droit comparé*, Barcelona, 1967, p. 11, etc.

22. Brutau, José Puig, “Realism in Comparative Law”, *American Journal of Comparative Law*, 1954 1, p. 49.

23. Ver en particular Nowak, Leszek, *Próba metodologicznej charakterystyki prawnoznawstwa*. (Estudio sobre el carácter metodológico de la ciencia del derecho), Poznan, 1968, Cap. V.

evaluación toma en los análisis dogmáticos, con frecuencia, la forma de constatación de *lege ferenda* que descansa en los postulados lógicos y, sobre todo, en la presunción mencionada de la racionalidad del legislador. Haciendo abstracción de esta forma de manifestación más bien excepcional, la evaluación se adhiere, en general, a las investigaciones sociológicas. En este campo, la evaluación se refiere a la apreciación utilitaria del papel, de la importancia, de la legitimidad o de la necesidad de una norma dada²⁴. o más exactamente a una apreciación instrumentalmente relativizada que remite al carácter deseable de la creación de una norma²⁵. En las investigaciones sociológicas, esas evaluaciones aparecen, en general, bajo la forma de constataciones de *lege ferenda* y, como tales, a menudo como reglas teleológicas. En esta conexión, una importancia decisiva regresa en el hecho de que en el dominio de los valores ya no se trata de un mundo aislado sino de una realidad social regida por la ley de la causalidad, ya que los valores significan en el fondo de las expresiones específicas relaciones sociales²⁶. Ahora bien, esta circunstancia parece recordar el hecho de que el análisis de las conexiones sociales, el enfoque de los fenómenos jurídicos en un espíritu realmente sociológico encierra no solamente la actualización de los vínculos funcionales de causalidad, sino también la evaluación de los fenómenos que se encuentran unos y otros en tal conexión²⁷.

El poner de relieve los enfoques dogmático y sociológico como métodos de base típicos y generales de las ciencias jurídicas, nos conduce necesariamente a la conclusión de que el pluralismo metodológico existente a propósito de las técnicas, de los modos y de los procedimientos concretos de la investigación, debe en el fondo reducirse a un dualismo, que responda al doble carácter del objeto de investigación. En el proceso de cog-

24. Ver por ejemplo Grzybowski, Stefan, *Wypowiedz normatywna oraz jej struktura formalna*. (Enunciación normativa y su estructura formal), Krakow, 1961, Cap. VIII.

25. Ver por ejemplo: Wróblewski, *Legal Norm...*, op. cit., p.p. 20-21 y 26.

26. Cf. Péteri, Zoltán, "Die Kategorie des Wertes und das sozialistische Recht", *Wissenschaftliche Zeitschrift der Friedrich-Schiller-Universität Jena* (Gesellschafts- und Sprachwissenschaftliche Reihe), XV 1966 3, p. 428; Drobnitzki, O.G., *A szellemi értékek világa*. (El mundo de los valores espirituales), traducido del ruso, Budapest, 1970, Cap. V, par. 2 y en particular p. 234 y ss., etc.

27. Cf. Szabó, Imre, *Szocialista jogelmélet...*, op. cit., p. 51; del mismo autor: "Gegenstand der marxistisch-leninistischen Rechtstheorie", in *Aktuelle Probleme der marxistisch-leninistischen Staats und Rechtstheorie*, Budapest, 1968, p. 28, y también Varga, Csaba, "Összehasonlító jog és társadalomelmélet". (Derecho comparado y teoría social) *Állam- és Jogtudomány*, IX (1966) / 4, p. 733.

nición, sin embargo, ese dualismo significa no una contradicción sino más bien un paralelismo que se manifiesta además en la unidad compleja del proceso de investigación, dado que la aplicación de los diferentes métodos científicos se reúne en una unidad de principio por una concepción compleja, por una manera de ver dialéctica del derecho²⁸. Estos dos métodos se presentan, así, como remitidos del uno al otro, puesto que "el análisis sociológico sin atención constante llevado a los aspectos lógicos, permanece estéril al igual que el análisis lógico desprovisto de observaciones empíricas en el terreno de la sociedad"²⁹.

4. La particularidad de la formación de los conceptos en ciencias jurídicas. Algunos problemas.

Después de nuestras observaciones preliminares destinadas a colocar los cimientos de la posición del problema y formuladas en lo que precede hasta aquí bajo una forma solamente general, quisiéramos esbozar algunos problemas concretos que atañen a los conceptos principales de la teoría y de la ciencia del derecho. Esos problemas pueden presentarse sobre temas relativamente bastante remotos pero, sin embargo, aptos para desarrollar el problema de base ya señalado; comprenden una cuestión metodológicamente similar y, de ese modo, permiten delimitar una concepción que será desarrollada más ampliamente en lo que sigue, pero que puede servir por el momento como hipótesis de trabajo.

4.1. El concepto del derecho

Se sabe que las escaramuzas y los debates teóricos apasionados de los siglos pasados se han convertido en bases y estimulantes de muchas declaraciones pesimistas, incluso totalmente agnósticas, en lo que respecta a la definición del concepto del derecho. Parece, por ejemplo, que se pueda parafrasear, después de 150 años, la constatación bien conocida y un poco irónica de Kant, según la cual "aquéllos entre nosotros que han aprendido con la humildad han renunciado ya al intento de definir el derecho"³⁰. Recientemente, también en la teoría socialista, se ha desarrollado una opinión, según la cual no existe y no se puede esperar ningún acuer-

28. Cf. Kasimirtchouk, *Pravo...* op. cit., p. 44.

29. Brusiin, Otto, "Legal Theory-Some Considerations", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1957 4, p. 467.

30. Radin, Max, "A Restatement of Hohfeld", *Harvard Law Review* LI (1938), p. 1145.

do concerniente a la cuestión de saber cuáles son los criterios concretos a los cuales debería adaptarse la definición de la extensión y de la comprensión conceptuales del término "derecho"³¹. Varias controversias semejantes que atañen a cuestiones suscitadas en las ciencias jurídicas deben considerarse, en efecto, como ilusorias, puesto que formulando la cuestión de la manera que se trate, la solución depende, en el fondo, de los factores convencionales de un acuerdo lingüístico³².

La definición de los criterios que encuentran su expresión en el concepto del derecho suscita en teoría, sobre todo, dos cuestiones controvertidas, cuya solución depende, ante todo, de la elección entre los enfoques positivista o sociológico o de la preferencia dada a uno de estos últimos³³. Se trata, desde luego, de conocer la importancia que se debe atribuir al hecho de que una norma garantizada por la fuerza coercitiva del Estado es creada o no por un órgano (estatal), calificada a este efecto por la constitución y en una forma prevista también por la constitución. En segundo lugar, se trata de la importancia que se debe atribuir a la circunstancia de conocer si en la realidad social una norma jurídica se hace valer o no con o sin una aplicación de la fuerza coercitiva por el Estado.

Se sabe que algunos enfoques forman el concepto del derecho, fuera de otros factores de contenido, en consideración del sistema de las exigencias formales del derecho positivo y que de ese modo hacen entrar en el círculo nocional del derecho todos los actos regularmente emitidos en la forma requerida por un órgano competente, y esto independientemente del hecho de saber si, en la realidad social, tales actos se hacen valer o no. Otros enfoques, en cambio, consideran el derecho únicamente del lado de la realidad social y hacen abstracción del sistema de las exigencias formales del derecho positivo y, así, estos enfoques hacen entrar en el círculo nocional del derecho todos los actos que se hacen valer de una forma considerada como característica del derecho, o sea todos los actos que ante la sociedad se presentan como derecho, particularmente como derecho garan-

31. Ver Gregorowicz, Jan, *Definicje w prawie i w nauce prawa* (Definición en el derecho y en la ciencia del derecho), ódz, 1962, Cap. III.

32. Cf. por ejemplo Peczenik, Aleksander, *Wartość naukowa dogmatyki prawa* (Un valor científico de la dogmática jurídica), Cracovie, 1966, Cap. IV, parág. 12.

33. En cuanto a la posición de la cuestión y un informe analítico de los ensayos socialistas de una solución, ver Varga, Csaba "Quelques problèmes de la définition du droit dans la théorie socialiste du droit", *Archives de Philosophie du Droit* XII (1967), p.p. 189 y ss.

tizado en una generalidad dada por la coacción del Estado, y esto independientemente del hecho de saber si esos actos son el resultado de una creación regular o solamente de la aplicación del derecho. En la literatura jurídica no nos encontramos sino raras veces posiciones formuladas con una precisión similar; al mismo tiempo, sin embargo, es un hecho que ciertos enfoques —eventualmente por medio de la definición de condiciones estrictamente delimitadas— ponen de relieve más bien, de un modo primario o exclusivo, ya el criterio de la regularidad³⁴, ya el de la utilización³⁵ y subrayan, así, la importancia esencial de su definición.

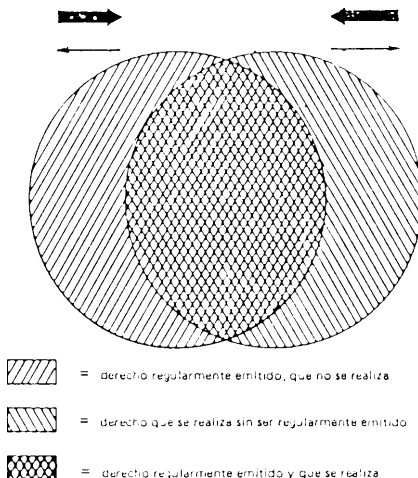
En cuanto al problema que nos preocupa en el cuadro presente, poco importa la medida o la extensión en la cual se separan la una de la otra de las extensiones de los conceptos del derecho concebidos en general, o relativos a una sociedad dada, que expresan el resultado obtenido por un enfoque positivista o sociológico. Es un hecho que en relación con el carácter de la formación social o de las particularidades de un período dado de la evolución, existen, por una parte en una medida más o menos grande, más o menos frecuentemente o bien como fenómenos excepcionales, normas regularmente creadas que no se hacen valer, y por otra parte, normas que se hacen valer aunque hayan sido creadas por un órgano incompetente o de manera irregular. Como hemos intentado también hacerlo figurar en el dibujo aquí incluido [1], la extensión y la comprensión de los conceptos del derecho y de las diferentes definiciones aferentes a ellas se separan las unas de las otras en principio.

De conformidad con nuestra conclusión, los conceptos concebidos en un sentido dogmático o sociológico constituyen objetos de conocimiento distintos que no son idénticos ni desde el punto de vista de la

34. Ver por ejemplo Haney, Gerhard y Wagner, Ingo, *Grundlagen der Theories des sozialistischen Staates und Rechts*, Teil II, Leipzig, 1965, p. 26. Estos autores, al definir formalmente el criterio de la regularidad, hacen de él un elemento constitutivo de su definición. Las concepciones socialistas relativas a ello son resumidas por Szabó, A. *A szocialista jog*, op. cit., p.p. 219 y ss., p.p. 230 y ss. así como por Polejay, P. T. "K voprosu o poniatii socialisticheskogo prava" (Sobre la cuestión del concepto del derecho socialista), en *Pravo i kommunismo* (Derecho y comunismo), Moscú, 1965, p.p. 19-26.

35. Ver por ejemplo Kulcsár, Kálman, *A jogszociológia problémái* (Los problemas de la sociología del derecho), Budapest, 1960, p.p. 195-196; 216-220 y 261-262; Peschka, Vilmos, *Jogforrás* . . . , op. cit., p.p. 126 y ss., p.p. 426 y ss.; Mikolénko, J.-F., "Pravo i formuego proiavlenia" (El Derecho y las formas de su aparición), *Sovietskoe gosudarstvo i pravo* 1965), 7, p.p. 52-53.

Fig. [1]



teoría ni desde el punto de vista de la práctica; debemos, por tanto, definir y examinar separadamente el valor de verdad de cada una de esas definiciones. Esta complejidad necesaria del derecho que supone por lo menos una dualidad, no proviene, así pues, de un problema simplemente semántico³⁶; la diversidad de la significación de la palabra "derecho" —que merece ciertamente un análisis aparte— no constituye en efecto sino una expresión particular de un problema más profundo; que se encuentra en conexión con el estatuto ontológico del derecho, con sus signos específicos esenciales y con las formas de su aparición.

Para que un sistema de normas pueda existir como derecho, no sólo como el producto de una objetivación particular que revela un carácter del Sollen sino que, cumpliendo con su función que constituye su razón

36. Según un enfoque característicamente americano "la única manera inteligente de ocuparse en una palabra de varias acepciones como el "derecho" debe encerrar el reconocimiento del hecho de que la definición misma debe ser múltiple". Williams, G., "The Controversy concerning the Word 'Law', "in *Philosophy, Politics and Society*, Ed. por P. Laslett, 1956, p. 155; citado por Stone Julius, "Meaning and Role of Definition of Law", *Archiv für Rechtsund Socialphilosophie*, 1963, Beiheft, Nr. 39, Neue Folge Nr. 2, p. 11.

de ser, pueda convertirse en un elemento verdadero y en una parte viva del *Sein* y que pueda influir en los procesos de movimiento que se desarrollan en la esfera de este último, desde el punto de vista del problema que analizamos, es necesario que el sistema de normas del cual se trata obtenga la calidad de validez jurídica y que en esa calidad se haga también valer en la realidad social³⁷. Parece, por tanto, que la creación regular y la utilización constituyen dos condiciones *sine qua non* del llegar a ser derecho, de la existencia como derecho, condiciones que, como tales, son paralelas, aunque la fuerza coercitiva y determinante de los hechos de la realidad social esté lejos de respetar lo específico de la juridicidad que se manifiesta de un modo formal. Al mismo tiempo, no obstante, las cosas se caracterizan por un movimiento continuo, por la perpetuidad de los cambios que producen transiciones, transformaciones del llegar a ser otro, así como por el enlace de los procesos para mantener la supresión (*Aufhebung*), la formación sin cesar de nuevos caracteres y relaciones, por elementos, pues, que se presentan al mismo tiempo como elementos de una dialéctica materialista³⁸. Ahora bien, estos elementos aparecen necesariamente también como signos del fenómeno jurídico: algunos fenómenos sociales, en el curso de su formulación o en consecuencia de su aplicación en masa como derecho, muestran el proceso del llegar a ser derecho de lo que es no derecho, mientras que otros fenómenos sociales, en el curso de su formulación como no derecho o en consecuencia de la falta de su aplicación como derecho, presentan el proceso del llegar a ser no derecho. El adelanto hacia la juridicidad y el alejamiento de la juridicidad constituyen, por tanto, caracteres objetivos de ciertos fenómenos sociales que expresan la tendencia del desarrollo, luego, sobre cierto nivel del desarrollo y después de cierto tiempo, caracteres que pasan del uno al otro. Sin embargo, en estos procesos sin detención, parece posible fijar con más o menos exactitud ciertos puntos o, de una manera u otra, el no derecho se ha convertido ya en derecho y el derecho en no derecho; la fijación de esos puntos es una tarea de las definiciones de las cuales ya hemos hablado. Como se deriva de lo anterior, las diferentes definiciones pueden asir estos puntos presentando criterios divergentes. En efecto, el punto fijado por la definición del concepto dogmático del derecho no ofrece, socialmente,

37. La subsistencia conjunta de estos criterios es reconocida incluso por la tendencia metodológicamente más homogénea y hasta el extremo por consecuencia formal del normativismo, es decir, por la teoría pura del derecho. Ver Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2 Aufl., Wien, 1960, p. 219.

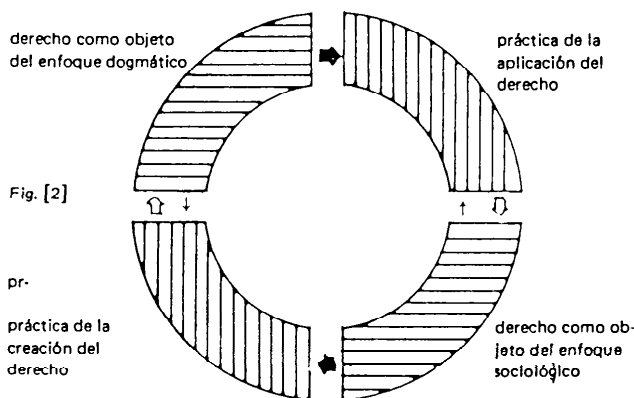
38. Cf. Lenin, W. J., "Zur Kritik der hegelschen 'Wissenschaft der Logik'", en W. J. Lenin, *Aus dem philosophischen Nachlass*, Berlin, 1954, p.p. 144 -145.

ninguna base suficiente a los fines del llegar a ser derecho, mientras que el punto fijado por la definición del concepto sociológico del derecho se revela insuficiente desde el punto de vista de la aparición formal específica.

No es solamente del interés de la teoría, que parece necesario hacer conceptos independientes de algunos fenómenos que no pueden considerarse como derecho sino en cierto sentido que resulta de cierta cualidad que poseen. Como hemos dicho, en la materia se trata de conceptos cuya extensión comprende un círculo de objetos en parte diferentes. Los fenómenos que están englobados por el concepto dogmático del derecho, responden al postulado de la legalidad y a las consideraciones oficiales de aquéllos que aplican el derecho, mientras que los fenómenos englobados por el concepto sociológico del derecho responden a la realidad de esa legalidad y a las consideraciones prácticas de aquéllos a los cuales se aplica el derecho. La esfera de los fenómenos que no pueden calificarse derecho sino en cierto sentido o, en consecuencia, de cierta cualidad que poseen, no puede de ningún modo considerarse como invariable. Las líneas de delimitación no presentan, en efecto, rigidez sino una imagen inquieta, que cambia sin cesar en el tiempo y en el espacio. Como intentamos hacerlo figurar en el dibujo aquí incluido [2], los fenómenos en cuestión se caracterizan no sólo por su formación continua medida en relación con la juridicidad, sino también por el hecho de que, concerniente a algunos de sus rasgos determinados, están en una conexión funcional el uno con el otro. En efecto, en el movimiento circulatorio de la creación y de la aplicación del derecho, el derecho que toma cuerpo en la creación del derecho, a saber el derecho en sentido dogmático, por una parte, y el derecho que toma cuerpo en la aplicación del derecho, a saber el derecho en sentido sociológico, por otra parte, en consecuencia del hecho de la creación regular, así como del hecho de la utilización, interpretadas como cualidades específicas, toman lugar en los polos opuestos de una conexión dialéctica como participantes de un proceso de movimiento jurídico portadores, igualmente, de una función adquirida específica, que encierra en sí también el elemento del **feed-back**.

Finalmente, debemos responder también a la cuestión de saber en qué medida y de qué manera consideramos posible, a la luz de nuestra presente concepción, formar y definir un concepto científico general del derecho. El carácter científico "general" responde —nos parece— a la comprensión y a la elaboración sintética del objeto del conocimiento. El derecho como objetivación que tiene el carácter del **Sollen**, como lo hemos dicho, no responde a su función sino en el caso en que se hace valer en la

realidad social después de ser regularmente emitido. Lo que significa, por otro lado, que el derecho —abandonando el estado transitorio de ser y al mismo tiempo no ser derecho— llega a una existencia relativamente firme, completa y perfecta, incluso en su carácter esencialmente temporal y variable, cuando se presenta como una unidad del derecho tomada a la vez en un sentido dogmático y sociológico. La exigencia de la síntesis metodológica pide del resto también una solución parecida: la síntesis de los métodos dogmático y sociológico como enfoques fundamentales no puede realizarse sino reconociendo paralelamente los postulados que se derivan de esos métodos y haciendo de esos postulados elementos de una concepción unida. Así, sobre el plano del concepto que refleja la generalidad esencial no puede aparecer sino una norma o un sistema de normas que uniendo los signos esenciales de las formas fundamentales de la manifestación y de la realización contenga en sí, a la vez, lo específico formal y la realidad sustancial de la realización de la función.



4.2. El concepto dogmático del contenido del derecho

Según una opinión generalmente aceptada en la literatura jurídica, la dogmática jurídica nunca se apoya en los factores sociales inherentes a la norma ni en los factores que se consagran a la función de la reglamentación jurídica, sino únicamente en el texto de la norma³⁹. Según esa manera de ver, el derecho de *lege lata* obtenido como resultado de un análisis dogmático, permanece idéntico al derecho que se expresa en el texto de la norma. Ahora bien, a esta teoría de la interpretación que se puede con-

39. Ver por ejemplo Krystufek, *Historické základy...*, op. cit., p.p. 131-132.

siderar como estática, ya que, al centrarse o limitarse a directivas lingüísticas y sistematológicas, tiende a conservar el máximo de la estabilidad del sistema del derecho, podemos oponer la teoría de la interpretación llamada dinámica, la cual aceptando directivas teleológicas, tiende ante todo a contribuir eficazmente a la realización de los objetivos sociales del sistema del derecho⁴⁰. La reciente literatura metodológica del enfoque dogmático adapta esta última manera de ver subrayando que el estudio dogmático "encierra a la vez generalizaciones que reposan en analogías, generalizaciones inductivas y generalizaciones que reposan también en el principio de la justicia", lo que sin embargo remite ya a la elaboración de los aspectos de *lege ferenda* del derecho, porque el producto del análisis dogmático se presenta así necesariamente como un "sistema de correctivos" del derecho⁴¹. Ahora bien, en estas condiciones, mientras que el resultado de las investigaciones de *lege lata* se expresa, forzosamente, en la forma de proposiciones verdaderas o falsas, susceptibles de ser también lógicamente justificadas, las investigaciones dogmáticas de *lege ferenda* no poseen ese carácter sino en parte, ya que "las expresiones relativizadas por las normas pueden ser proposiciones solamente si en la expresión respectiva la norma en cuestión no es interpretada y no encierra términos de evaluación"⁴².

Al mismo tiempo, sin embargo, el derecho de *lege lata* aparece a veces en el texto jurídico de una manera que es insuficiente para la teoría; en efecto, la idea "material" del legislador sufre a menudo, al hacerse una idea "técnica", modificaciones inevitables en el proceso de la formación de la expresión formal del derecho. Dado que de este modo no se excluye de ninguna manera una contradicción, entre las dos ideas, el análisis dogmático debe reconstruir el contenido de la norma no sólo sobre la base de los elementos comprendidos en el texto, sino también sobre la de los elementos que se hallan fuera del texto; así, no obstante, la investigación llega necesariamente a formar de distinto modo los conceptos forma y material uno al lado del otro. Este hecho, a su vez, tiene por resultado un dualismo de los métodos y de los conceptos incluso en el interior del enfoque dogmático, aunque sea la idea "técnica", el texto formalmente fija-

40. Wróblewski, Jerzy, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego* (Las líneas fundamentales de una teoría de la interpretación del derecho popular), Warszawa, 1959, p.p. 151-193 así como del mismo autor: "The Relativity of Juridical Concepts", *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* (1960), 2, p.p. 278 y ss.

41. Peczenik, *Doctrinal Study of Law...*, op. cit., p.p. 138 y 140.

42. Wróblewski, *Normativity...*, Op. cit., p. 65.

do, que en principio sirve de base a la aplicación del derecho⁴³. En esta conexión es digno de atención particular el hecho de que en este cuadro ninguna de esas ideas es capaz de reemplazar o de enriquecer a la otra, porque, tratándose de conceptos completamente separados, "cada una de esas categorías cumple su propio deber y cada una de ellas, separada, debería ser el instrumento que sirve al conocimiento del contenido del derecho en vigencia"⁴⁴.

En cuanto a esa forma de manifestación del dualismo, vemos de ella la especificidad en el hecho de que los dos aspectos arriba mencionados de ese dualismo de los métodos y de la formación de los conceptos, se presentan en el cuadro de un solo enfoque, del enfoque dogmático en el sentido estricto del término, ya que en principio la idea material no es puesta al día por medio de directivas teleológicas y la puesta al día misma se cumple no con vista a un desarrollo sucesivo del derecho de *lege lata*, sino en el interés de una comprensión más profunda, más exacta y más completa de ese derecho. Una contradicción eventual entre los dos aspectos no puede ser nivelada sino por medio de la rectificación del "error" cometido en el momento de la elaboración técnica de la idea material, por tanto por la transformación adecuada de la idea técnica, lo que sin embargo no significa una síntesis, porque el resultado es la supresión de la distinción de los dos aspectos, el aniquilamiento de los signos divergentes de la idea material del legislador y de la idea técnica que se manifiesta en el provecho del legislador, en consecuencia de lo cual los signos restantes se hacen idénticos. Esas nociones no ofrecen, por tanto, ninguna posibilidad de síntesis conceptual; su destino es, en efecto, permanecer de conformidad con el acto del legislador, ya irreconciliables, ya indistinguibles.

4.3. El concepto de la normatividad jurídica

La normatividad constituye una especificidad del derecho, como por otra parte, de toda objetivación social que tiene el carácter del *Sollen*. En consecuencia, la normatividad aparece como un signo necesario y como un elemento efectivo del derecho. Al mismo tiempo, sin embargo, si tratamos de definir el sentido o la esencia de la normatividad, nos encontramos

43. Ritterman, Stefan, "Méthode de la formation des notions dans la systématique du droit positif, notamment du droit civil", *Archivum Iuridicum Cracoviense*, I (1968) en particular ilustrado por ejemplos presentados y analizados, p.p. 113 - 117.

44. Ritterman, "Méthode . . . , op. cit., p. 118.

frente a problemas en sus principales rasgos semejantes, los que ya se plantearon en el momento de la definición del derecho.

En esta materia el problema se presenta de la manera siguiente: para las investigaciones dogmáticas, por tanto al mismo tiempo, de una forma determinada por la exigencia formal de la legalidad, también para los que aplican el derecho, todas las normas y otras expresiones se revelan en un momento dado como válidas por consiguiente normativas, que han sido formuladas en textos promulgados de una manera conforme con las condiciones previstas por el sistema del derecho. Así, considerando la cosa en un aspecto positivista, la normatividad no significa otra cosa que la norma o la expresión en cuestión que posee un carácter normativo, forma parte y elemento constitutivo de un sistema del derecho válido, por tanto normativo. En suma, la normatividad significa una posición en el interior de un sistema⁴⁵. De esta normatividad de principio, considerada desde el punto de vista formal del sistema de las exigencias formales del derecho positivo, se debe distinguir el funcionamiento efectivo de la normatividad, su "realización", la utilización práctica de las normas consideradas positivamente válidas. Como es señalado también por la aplicación general, por ejemplo, en países anglo-sajones, expresiones tales como "to be in force" y "to enforce", o bien, en países alemanes, expresiones tales como "geltend sein" y "zur Geltung kommen" a la luz de un enfoque diferenciado, tanto estas expresiones como el concepto de la normatividad aparecen de un modo repetido. Así, de la normatividad de principios considerada en un sentido positivista, podemos distinguir la normatividad considerada en un sentido sociológico que significa la realización práctica de la normatividad de principio, por tanto el funcionamiento social actual de las normas y de otras expresiones en su cualidad de ser partes de un sistema del derecho⁴⁶.

La subsistencia de los hechos que sirven de base a esta dualidad conceptual llega a resultados ya conocidos. Con respecto a ciertas normas, existe una normatividad dogmática que nunca conduce a una normatividad

45. Cf. Varga, Csaba, "The Preamble: A Question of Jurisprudence", *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae*, XIII (1971) 1-2, Cap. III, y concerniente a algunos problemas esenciales ulteriores ver en particular la nota 30.

46. Cf. particularmente: Peschka, *Jogforrás . . .*, op. cit., p.p. 137 y ss.; 390 y ss. Concerniente al uso en esta obra del concepto de la validez y en particular la distinción sobreentendida de los aspectos dogmáticos y sociológicos, ver Varga, Csaba, "A 'Jogforrás és jogalkotás' problematikájához" (A propósito de los problemas suscitados por la monografía "La fuente y la creación del derecho"), *Jogtudományi Közlöny*, XXII (1970) 9, parág. 2. 1., p.p. 503-504.

sociológica e, inversamente, existe una normatividad sociológica concerniente a ciertas normas que no ha sido precedida de ninguna manera de una normatividad dogmática cualquiera. Todo esto, sin embargo, no afecta el hecho general que se expresa también como una exigencia, a saber, que la normatividad dogmática y la normatividad sociológica se vinculan la una con la otra en la mayoría de los casos a la vez genética y funcionalmente y que deben vincularse forzosamente, porque el carácter específicamente jurídico de la normatividad sociológica no puede asegurarse sino por un factor puramente formal que remite a la importancia del contenido, a saber, por la normatividad dogmática. Ahora bien, por eso también se da una respuesta a la cuestión relativa a la posibilidad de una síntesis, ya que un concepto general, que encierra en realidad la esencia de la normatividad, debe contener todos los distintos rasgos esenciales, puesto al día por el análisis, en su carácter funcionalmente coordinado y que refleja también su papel y su importancia efectivos.

4.4. El concepto de las lagunas en derecho

El derecho abarca una parte considerable de las relaciones sociales, no obstante sin poder nunca aspirar a la integridad. En un sentido muy general del término llamamos laguna en derecho una situación en la cual el derecho no da respuesta a una pregunta, aun cuando la debería contener. Ahora bien, para decidir sobre la presencia real de tal situación, la teoría puede dar respuestas diferentes según se acerque al problema del aspecto de las exigencias que aparecen también en la reglamentación jurídica o sólo del aspecto de las exigencias que se manifiestan en la realidad social.

En consecuencia, algunos autores formulan el concepto de la laguna en consideración al sistema de las exigencias formales del derecho o, más exactamente, de la voluntad del legislador que se refiere a la reglamentación y expresada de manera normativa, en atención también a la obligación de decidir, que incumbe al que aplica el derecho, mientras que otros consideran como decisivo un criterio que se encuentra fuera del derecho y definen el concepto de la laguna partiendo del círculo de las relaciones sociales que necesitan una reglamentación, y no atribuyen al criterio mencionado, que reposa en postulados del derecho positivo, cierta importancia sino concerniente a la posibilidad legal de que la laguna sea llenada por el

que aplique el derecho⁴⁷. Los conceptos de la laguna que resultan de esas dos clases de enfoque no coinciden; según las experiencias prácticas —como resultado de diferentes consideraciones dependientes de la política jurídica— en general la segunda es la más amplia, que encierra una parte considerable, pero no necesariamente el conjunto de la primera.

En consideración de lo que precede, el problema se presenta en el hecho de que esas dos definiciones pueden ser simultáneamente verdaderas y justificadas, ya que no obstante la identidad nominal de su objeto, se trata de definienda diferentes, considerados desde diversos puntos de vista. Ahora bien, para evitar toda apariencia de apriorismo, esta circunstancia impone, a primera vista, a la teoría de las lagunas en derecho el deber de definir sus conceptos de base partiendo a la vez del espectro positivista de las disposiciones del sistema del derecho del cual se trata y del espectro sociológico de las exigencias sociales formadas respecto del derecho, o de hacer por lo menos consciente la posibilidad de una divergencia de los dos conceptos⁴⁸.

Entre esos dos conceptos de la laguna en derecho, existen ciertas conexiones, evidentemente; parece que en última instancia podamos imaginar incluso su síntesis, lo que sin embargo se revela prácticamente muy problemático. En efecto, la contradicción entre la voluntad y la obra del legislador podría apenas ser prácticamente englobada en una unidad con la contradicción existente entre la obra del legislador y la exigencia que se manifiesta en la realidad social, particularmente en una unidad que asegure un papel suficientemente real a los dos aspectos, por lo menos en un nivel razonable de la abstracción. Es verdad que parece posible formar un concepto de la laguna construida sobre la contradicción que existe por una parte entre la obra y, por la otra, entre la voluntad del legislador y la exi-

47. Ver en la concepción anterior por ejemplo Szabó, Imre, *A jogszabályok értelmezése* (La interpretación de las normas jurídicas), Budapest, 1960, p.p. 352 a 373 y en la última por ejemplo Peschka "Gondolatok a jogházagról és a jogi analogiáról" (Reflexiones sobre la laguna en derecho y la analogía jurídica), *Jogtudományi Közöny*, XXI (1966) 3, p.p. 129 a 141. Es de notar que en la teoría continental se hace valer, en general, una concepción que se puede reducir también a esos dos enfoques opuestos que recuerdan la dualidad en cuestión. Ver por ejemplo *Le Problème des lacunes en droit*, Estudios publicados por Ch. Perelman, Bruxelles, 1968, en particular p.p. 145-146 y 171-173.

48. Cf. Varga, Csaba, "Kodifikáció-joghézag-analógrá". Codificación-laguna en derecho-analogía, *Állam- és Jogtudomány*, XII (1969) 3, p.p. 572-573.

gencia que se manifiesta en la realidad social; tal construcción, sin embargo, visto que la aparición del problema de la laguna en derecho, como problema, se entrelaza en la práctica en todos los casos con la aparición de la exigencia de una reglamentación, tendría por resultado no una síntesis —puesto que los dos componentes de ésta estaban lejos de tener la misma importancia y las mismas posibilidades— sino más bien una primacía exclusiva asegurada, en última instancia, al enfoque dogmático, primacía que en el fondo despojaría completamente el enfoque sociológico de su función particular y de su papel específico.

El reconocimiento o la negación de la cualidad de criterio de la voluntad del legislador no hacen el concepto de la laguna simplemente más rico, más sustancial o más profundo, pero en la práctica forman, incluso constituyen, en resumen, el concepto de la laguna. Como un rasgo que es común a los ejemplos invocados, que encierran la posibilidad de una síntesis, podemos recordar que toda respuesta que conduce a la exclusión categórica de uno de los componentes indica el carácter fundamentalmente erróneo de la manera como la cuestión fue planteada; sobre el concepto de la laguna, sin embargo, la falta de una exclusión categórica del uno por el otro no puede, de ninguna manera, tener por resultado englobar en una unidad recíproca conceptos que se hacen valer uno al lado del otro, porque el reconocimiento del concepto dogmático encierra prácticamente —como lo hemos dicho— además la elección del concepto sociológico, por tanto sintético, en cambio el concepto sociológico que se presenta como un concepto más pobre no representa sino a sí mismo, como un elemento del concepto dogmático ampliado en su aplicación práctica⁴⁹.

49. Una síntesis razonable, que también satisface consideraciones de orden práctico, no podría ocurrir sino en el caso en que pudiéramos decir que (en un sentido) la contradicción entre la voluntad y la obra del legislador crea (incluso en la ausencia de una exigencia social) una laguna en derecho y que, al mismo tiempo (en otro sentido) también la contradicción entre la obra del legislador y la exigencia social crea (incluso en la ausencia de la voluntad del legislador) una laguna en derecho. Por lo demás, un razonamiento que comparando la presencia de la voluntad, que se refiere a una reglamentación, y la ausencia de una reglamentación efectiva concluyera en la existencia de una laguna en derecho, incluso a falta de una exigencia social que se refiere a la reglamentación en cuestión, sería una actitud, si no alógica, en todo caso doctrinaria. Por este motivo, la existencia de una exigencia social se presenta para todos los dos enfoques como una premisa naturalmente dada y, como tal, prácticamente común, de suerte que la controversia verdadera y la diversidad de los conceptos, que resultan de los enfoques diferentes consisten en el fondo sólo en la aceptación o en el rechazo de la voluntad del legislador como un criterio ulterior suplementario.

5. La particularidad de la formación de los conceptos en ciencias jurídicas. Algunas conclusiones.

Los problemas concretos mencionados, que no constituyen sino una fracción mínima de las formas de aparición características de nuestro problema fundamental, así como las vías posibles de su solución, indican la presencia de conexiones de orden más general. Podríamos resumirlos brevemente de modo que la naturaleza de la realidad jurídica es la que determina la naturaleza de las investigaciones, por tanto también la de la formación de los conceptos jurídicos, de suerte que a la doble realidad del derecho responde, en general, una doble formación de conceptos.

Esta dualidad de la formación de los conceptos que se manifiesta en el plano del análisis, expresa la naturaleza objetiva de fenómenos y de objetos de la cognición que no pueden ser incluso accidentalmente idénticos sino de una manera nominal, pero que en la realidad difieren los unos de los otros en principio —más bien actualmente que potencialmente— en muchos de sus caracteres y por consecuencia también en su extensión.

En cuanto a los conceptos elaborados en el momento del análisis científico del derecho, la investigación no puede pararse, en general, ante la demostración de la dualidad. En lo que respecta a esta dualidad —como nos esforzamos en demostrar también con la ayuda de un cuadro sinóptico que comprande ejemplos anteriormente esbozados [3]—, expresa sólo las concepciones que son propias del análisis, así como sus resultados que son imposibles omitir, incluso si son parciales y de una importancia limitada. En efecto, los diferentes aspectos del análisis son en sí mismos impropios para comprender la totalidad del sujeto y las conexiones de base que unen sus diferentes componentes, a causa de lo cual el proceso de cognición que se manifiesta también en la formación de conceptos debe llegar a la creación de una síntesis, la cual mantiene, suprimiendo el carácter y la validez específicos de los elementos ocultos en diferentes modos del enfoque, y engloba esos elementos en una unidad dialéctica.

En cambio, puede suceder también que sea imposible que una síntesis pueda originarse. No es sino una de las formas de esta situación, mientras que la síntesis se revelaría *a priori* inimaginable o desprovista de sentido. En ese caso la dualidad se produce no sólo como consecuencia de la diferencia entre los enfoques, objetivamente determinados por el sujeto, sino en el marco de un modo dado del enfoque, en el interés de una distinción categórica para efectuar entre ciertos fenómenos imaginados como

unidos, distinción que no hace sino reflejar la dualidad efectiva del sujeto. Ahora bien, puede suceder igualmente, que por un motivo de principio o práctica la síntesis no pudiera realizarse sino en la forma de una pseudo-síntesis. En el momento del análisis de los ejemplos, hemos tratado de descubrir la causa de esas situaciones; nos gustaría, por tanto, pasar ahora a otro problema que se presenta en relación con lo que precede.

Incluso si es en un sentido simbólico solamente, parece interesante relacionar con los conceptos en ciencias jurídicas la constatación según la cual "las representaciones conceptuales, no sólo simbolizan lo real, sino que además al permitir manipularlo, lo constituyen"⁵⁰. Lo que para nosotros es importante en esta idea, es que indica claramente que en la acción práctica, en los procesos sociales regidos por la ley de la causalidad, la formación de los conceptos y su aplicación a fenómenos como su calificación estén lejos de jugar un papel pasivo, siempre determinado y nunca instrumentalmente determinante, porque los conceptos, como productos específicos del proceso de objetivación que se desarrollan en el proceso de cognición, adquieren una existencia activa, que se hacen independientes en presencia de ciertas condiciones y que así los conceptos se hacen capaces de ejercer una retroacción que actúa sobre los procesos de movimientos sociales igualmente.

Fig. 3

4.1. /derecho/

4.3. /normatividad/

concepto dogmático	= A
concepto sociológico	= B

concepto sintético	= A + B
--------------------	---------

4.2. /idea material e idea técnica del derecho/

idea material	= A
idea técnica	= B

50. Parain -Vial, J., "Note sur L'épistémologie des concepts juridiques", *Archives de Philosophie du Droit*, IV (1959), p. 132.

corrección	
de la idea técnica	= $A \equiv B$
falta de corrección	
de la idea técnica	= $A \Leftarrow \Rightarrow B$
concepto dogmático	= $X \Leftarrow \rightarrow Z$
concepto sociológico	= $Y \Leftarrow \rightarrow Z$
<hr/>	
concepto dogmático	
en la práctica	= $/X + Y/ \Leftarrow \rightarrow Z$
<hr/>	
¿concepto sintético?	= ¿ $/X + Y/ \Leftarrow \rightarrow Z$?

En atención también a esta circunstancia, parece muy importante que los conceptos que se han formado sean por una parte reales y por otra, unidos suficientemente a signos lingüísticos dados. En lo que respecta al carácter real de un concepto, sucede a menudo que la actualización del contenido conceptual no conduzca sino a manipulaciones con palabras, a procedimientos nominales solamente. En estos casos siempre podemos constatar más tarde que no se trataba de un concepto real o que el procedimiento aplicado era equivocado. En la práctica nos encontramos tales problemas con mucha frecuencia mientras que resulta que la definición de un concepto o de la realidad pretendida oculta detrás del concepto no puede calificarse al máximo sino de una definición llamada léxica, que refleja el uso histórico de una palabra o de una definición llamada arbitraria con un contenido cualquiera que, destinado a introducir el uso de una expresión en principio nueva, representa una decisión de terminología⁵¹. En lo que respecta, en cambio, al enlace adecuado de un concepto con un signo lingüístico dado, el problema puede plantearse, en consecuencia, en el hecho de que la significación se vincula al signo en principio con una pretensión a la exclusividad, de suerte que al constatar varias significaciones de un signo dado, debemos hablar en el fondo, de varios signos⁵².

51. Para la primera, ver Stone, *Meaning and Role . . .*, op. cit., p. 13 y para la segunda Ajdukiewicz, Kazimierz, "Three Concepts of Definition", *Logique et Analyse*, I (1958) 3-4, p.p. 116 y ss. Es de advertir que algunos autores (como por ejemplo Kantorowicz, Hermann, *The Definition of Law*, Ed. por A.H. Campbell, Cambridge 1958, p. 2) consideran toda definición como una proposición que postula a un signo dado una significación dada.

52. Cf. por ejemplo Antal, László, *A formális nyelvi elemzés* (El análisis formal de la lengua), Budapest, 1964, p.p. 199-200.

Ahora bien, en los casos en que la creación de una síntesis entre los componentes de una dualidad que encierra una antinomia parece tropezar con obstáculos insuperables, puede ocurrir fácilmente que el fracaso de la creación de la síntesis en cuestión sobrevenga por motivo de que un concepto no real figure como (por lo menos) un miembro de la antinomia y que así este último se revele también una pseudo-antinomia. En cambio, cuando los conceptos que se excluyen recíprocamente se muestran reales y, en todo caso, mientras que la creación de una síntesis parece estar **a priori** excluida, se trata en el fondo de dos conceptos independientes que no están sino puestos en relación el uno con el otro, englobados pero no del todo unidos por una dualidad antinómica, conceptos a las cuales corresponden signos lingüísticos distintos. De este modo, por tanto, en todos los casos en que observamos la oposición de conceptos expresados por el mismo signo lingüístico que no presentan ninguna posibilidad de síntesis, debemos constatar la presencia de una polisemia o de una homonimia⁵³

6. La formación de los conceptos en ciencias jurídicas y la realidad. Conclusiones finales.

El reconocimiento de la diferenciación no conduce en sí misma ni a la **relativización** subjetiva de la realidad jurídica ni a la de la formación de los conceptos en ciencias jurídicas. El derecho tiene precisamente por función social favorecer el nacimiento de una correlación deseable y adecuada entre la realidad y el derecho, a saber, que el derecho refleja realmente las exigencias objetivas del desarrollo de la realidad social y que la realidad social se forma así, a su vez efectivamente de conformidad con el sistema de las exigencias formales del derecho. El reconocimiento de la diferenciación significa, por tanto, el reconocimiento de la heterogeneidad, más bien actual que puramente potencial, de la realidad y del derecho; esa heterogeneidad y esa dualidad no son simplemente resultados de las maneras de ver y de los enfoques divergentes, los cuales no hacen sino ponerlos al día condensándolos en nociones; por otra parte, esa dualidad se refleja ya desde hace mucho tiempo como un hecho por el lenguaje de las ciencias jurídicas, por el lenguaje de los juristas y también por el lenguaje común.

La negación eventual de esos dos polos y de la posibilidad de una dualidad que de ella resulta en materia de la formación de los conceptos,

53. Cf. Károly, Sándor, *Altalános és magyar jelentéstan* (Semántica general y semántica de la lengua húngara), Budapest, 1970, p.p. 78 y ss.

puede convertirse en el origen de muchas controversias que desde el punto de vista de la concepción arriba esbozada no tiene ningún sentido, pero que bajo la máscara de una identidad nominal puede tener referencia a sujetos diferentes. Ahora bien, algunas consideraciones metodológicas de ese género pueden hallarse también en las diferentes tendencias del pensamiento jurídico. "El camino a seguir —ha escrito un autor a propósito de un problema concreto⁵⁴— no es el de hacer fracasar la dualidad escogiendo uno de sus componentes, sino el de vencerla, indicando que a la luz de una interpretación precisa no se trata de una expresión de las maneras de ver opuestas e irreconciliables, ya que la dualidad simboliza los diferentes elementos actuales del fenómeno jurídico".

La ciencia del derecho forma, pues, como resultado de los enfoques dogmáticos y sociológicos, conceptos más o menos independientes que están en una relación determinada los unos con los otros. Esas nociones, sin embargo, no existen por sí mismas, ya que "las relaciones de las nociones (=sus transiciones = sus antinomias) = he allí el contenido principal de la lógica, en que esas nociones (y sus cambios, transiciones, antinomias) son presentadas como los reflejos del mundo objetivo". De este modo —se continúa este orden de ideas— desde el momento en que "la dialéctica de las cosas es la que crea la dialéctica de las ideas y no al revés"⁵⁵, estos conceptos como conceptos parciales, se organizan en componentes de una unidad orgánica y se convierten en los elementos de una síntesis. En efecto, esos conceptos y sus definiciones, de una manera determinada por la estructura de la realidad y por la dialéctica que penetra el movimiento de las cosas, se complementan mutuamente; se hacen verdaderos no los unos contra los otros, sino paralelamente y apoyándose mutuamente en el cuadro de una unidad sintética, porque en el caso de cada uno de los dos conceptos de diferente tipo, se trata de conceptos que, aunque igualmente científicos, tienen una esfera de validez limitada. Ese hecho indica que resultados verdaderamente científicos y exentos de parcialidad no pueden obtenerse por los enfoques científicos resumidos bajo los términos de los métodos dogmático y sociológico sino conjuntamente: de común acuerdo, lo que, en conexión con la necesidad de un estudio complejo del derecho, explica en debida forma, a la vez, la utilidad de las investigaciones metodológicas especializadas y la importancia metodológica de los estudios profundizados de la teoría y de la práctica del derecho positivo.

54. Ross, Alf, *Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of the Dualism in Law*, Copenhagen, 1946, p. 13.

55. Lenin, *Zur Kritik . . . op. cit.*, p. 116

7. Anexo. De las bases de una clasificación posible de las definiciones en ciencias jurídicas.

La actualización del contenido conceptual, la delimitación de los conceptos y su distinción de otros conceptos se cumplen, en general, por medio de su definición vista desde un análisis de los conceptos que conducen a una definición. Las definiciones en ciencias jurídicas llevan, de este modo la huella de los rasgos metodológicos fundamentales que acabamos de constatar sobre la formación de los conceptos en ciencias jurídicas.

Las conexiones metodológicas existentes entre la formación y la definición de los conceptos hacen así posible que, sobre la base del análisis y de la clasificación de los conceptos que son propios de las ciencias jurídicas, se formen ciertas conclusiones a propósito de las definiciones de las cuales se hace uso en esas ciencias. La base primaria de una clasificación de las definiciones debería consistir en los objetos y los métodos de definición que han sido elaborados por la literatura de filosofía y de lógica, teniendo en cuenta exigencias de una clasificación de validez general. Dado, sin embargo, que, por una parte, una clasificación así emprendida concerniente a los detalles no ha llegado, hasta aquí, a un resultado definitivo o satisfactorio, y esto ni en la literatura de lógica formal ni en la de lógica dialéctica⁵⁶, y que, por otra parte, una clasificación de ese género apenas podría llegar a ser apta para hacer distinción entre las diversas especies específicas de las definiciones típicamente empleadas en ciencias jurídicas, estimamos que conviene más que las distintas especies de esas definiciones se clasifiquen sobre la base de los diferentes objetos específicos de definición, conexos con los aspectos metodológicos de la formación de los conceptos en ciencias jurídicas.

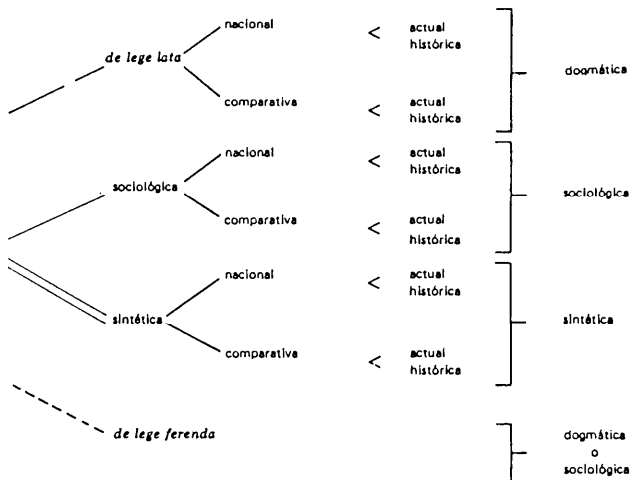
De conformidad con los que precede, lo que intentamos hacer figurar también en el cuadro sinóptico adjunto [4], podemos distinguir, según nuestra opinión, los tipos de base siguientes de las definiciones que caracterizan las ciencias jurídicas:

-
56. En cuanto a las preocupaciones e incertidumbres tocantes al carácter relativo a los criterios y a los resultados de la clasificación de las definiciones, principalmente la elección de la forma de base y de los diversos tipos (al lado de las definiciones nominal y real) de las definiciones, ver entre otros Ajdukiewicz, "Three Concepts . . .", op. cit., p.p. 115 y ss.; Scarpelli, Umberto, "La définition en droit", *Logique et Analyse*, I (1958) 3-4, p.p. 127 y ss.; Tamas, György, *A tudományok meghatározás (La definición científica)*, Budapest, 1961, p.p. 16 y ss., p.p. 52 y ss.

A.- la definición **de lege lata**, considerada desde el punto de vista del sistema de las exigencias del derecho positivo, encierra los elementos conceptuales de una institución del derecho positivo. La definición **de lege lata** debe considerarse siempre como una definición dogmática. Conforme la definición refleja el sistema de las exigencias de un sistema del derecho dado o, como resultado de una comparación, el sistema de las exigencias de varios sistemas de derecho, podemos hablar de una definición a) nacional o b) comparativa. Además, conforme la definición refleje el sistema de las exigencias de sistemas de derecho en cuestión, proyectado en una fecha o en un período dado, podemos hablar de una definición a) actual o b) histórica. La comprensión y la extensión de las definiciones comparativas y de las definiciones históricas pueden revelarse ya idénticas a la comprensión y la extensión de las definiciones nacionales y de las definiciones actuales, ya más amplias que éstas últimas. El valor de la verdad de todas esas definiciones depende sólo y únicamente de la adecuación de los elementos conceptuales de la definición con el sistema de las exigencias, actual o histórico, de sistema(s) de derecho en cuestión;

Fig. (4)

GENEROS TÍPICOS DE LAS DEFINICIONES EN CIENCIAS JURÍDICAS



B.- la definición sociológica, considerada desde el punto de vista de la realidad social, encierra los elementos conceptuales de la aparición y de la utilización en la realidad social de una institución del derecho positivo. Según los cuadros en los cuales la definición en cuestión refleje la aparición y la utilización en la realidad social de la institución del derecho positivo, podemos hablar de una definición a) actual o b) histórica, también. El valor de verdad de todas esas definiciones depende sólo y únicamente de la adecuación de los elementos conceptuales de la definición con la realidad social: (Ver Fig. [4], p. 38).

C.- la definición sintética, considerada desde el punto de vista de una síntesis de los enfoques dogmático y sociológico, encierra los elementos conceptuales de una institución del derecho positivo, que hace simultáneamente aparición en el sistema de las exigencias del derecho positivo y en la realidad social. La comprensión y la extensión de las definiciones sintéticas pueden revelarse ya idénticas a la comprensión y la extensión de las definiciones dogmáticas y sociológicas, ya más limitadas que estas últimas. Según los cuadros en los cuales la definición en cuestión refleje el concepto sintético de la institución jurídica en cuestión, podemos hablar de una definición a) nacional o b) comparativa y de una definición a) actual o b) histórica, también. El valor de verdad de todas esas definiciones depende sólo y únicamente de la adecuación simultánea de los elementos conceptuales de la definición con el sistema de las exigencias del derecho positivo y con la realidad social;

D.- la definición **de lege ferenda**, considerada desde el punto de vista de una evaluación social dada, encierra los elementos conceptuales de una institución jurídica de la cual se propone la introducción al sistema de las exigencias del derecho positivo. Esta definición debe considerarse como una definición sociológica concebida en sentido amplio, salvo el caso en que la evaluación social reposa en un postulado lógico relacionado con el sistema de las exigencias del derecho positivo; en ese caso podemos hablar de una definición dogmática concebida en sentido más amplio. Una definición **de lege lata**, sociológica o sintética, actual o histórica, que reposa en sistema(s) de derecho dado(s), proyectada en otro(s) sistema(s) de derecho o proyectada en el (los) mismo(s) sistema(s) pero en otra fecha o período, puede también aparecer como una definición **de lege ferenda**. El valor de verdad de todas esas definiciones depende sólo y únicamente de la adecuación de los elementos conceptuales de la definición con la evaluación social.

Esos tipos de definición, lo repetimos, no comprenden sino las variantes que se presentan con más frecuencia en las ciencias jurídicas y que forman, por tanto, una particularidad característica de los análisis propios de las ciencias jurídicas; no estamos, por otra parte, extendidos en la cuestión de las definiciones menos específicas, por ejemplo lexicales y arbitrarias. Al mismo tiempo, sin embargo, concierne a no importa cuál de las definiciones analizadas, podemos en principio distinguir, por un lado, las definiciones destinadas a poner al día la esencia o el contenido conceptuales y, por el otro, las definiciones referentes a una simple delimitación de las demás especies del fenómeno. Esas dos formas de definición remiten, independientemente del objeto de la definición, no sólo a los fines divergentes de la definición, sino también a la formación divergente de su contenido y, así, a la especificidad divergente de los valores de verdad en cuestión. En efecto, la forma primera de las definiciones no puede ser verdad sino en el caso en que en ella figuren todos los elementos esenciales que forman el contenido del concepto, en cambio la segunda no puede serlo sino en el caso en que su contenido es apto para formar de una manera satisfactoria los criterios de Boece, el género próximo y también la diferencia específica.

(Traducción al castellano por la Lic. Hortensia Adrianza de Casas del original *Quelques questions méthodologiques de la formation des concepts en sciences juridiques*, aparecido en Archives de Philosophie du Droit, Tome XVIII, 1973).

La question de la rationalité formelle en droit :
Essai d'interprétation de *l'Ontologie de l'être social*
de Lukács

par Csaba VARGA

*Institut des Sciences politiques et juridiques
de l'Académie des Sciences de Hongrie*

I. — L'objectivation du droit en tant que porteur de la rationalité formelle. II. — La rationalité formelle et les formes de sa manifestation dans le droit. III. — Les structures formellement rationalisées et les caractéristiques ontologiques de leur fonctionnement. IV. — Récapitulation.

I. — L'objectivation du droit en tant que porteur de la rationalité formelle

Pour la conception juridique moderne, constituée sur le sol du développement continental européen, la codification est l'état normal du droit. Le droit codifié semble être l'apparition typique de l'établissement juridique qui sert en même temps comme base de toute autre mise en rapport. Une telle qualité ne signifie pas seulement qu'il prend place — selon l'évaluation officielle — à la tête du système des sources de droit et qu'il forme une base de référence et de comparaison primaire pour les analyses dogmatiques d'un genre quelconque, mais aussi que chaque phénomène faisant son apparition en tant qu'incorporation du droit ne semble exister que dans son rapport au code, obtenant un sens et une qualité juridique comme composant d'un processus y conduisant ou s'en détachant. Cette conception juridique ramenée à la codification suppose l'évidence sociale de deux faits. D'une part, le droit ne peut être qu'un droit écrit, et d'autre part, il ne peut être autrement organisé que par une voie codificatiionnelle. Il est indifférent du point de vue d'une telle conception qu'on pense à un code réellement existant, jouant un rôle déterminant au sein du système juridique

en question, ou bien qu'on n'ait en vue qu'un idéal d'un tel code conçu comme une force d'entraînement idéale. L'essentiel est dans les deux cas commun : il s'agit de l'identification du droit et de la forme de code d'une manière dont les bases historiques ont été établies au cours des XVIII^e et XIX^e siècles, au cours des travaux codificationnels poursuivis par l'absolutisme féodal et par la bourgeoisie triomphante.

La conséquence n'est pas seulement que les autres possibilités historiques du droit — le droit coutumier, le droit des juristes, etc. — sont considérées comme médiums d'escarmouches pré- ou postcodificationnelles, qui ne méritent l'attention du juriste qu'à l'égard de leur développement dirigé vers la codification ou s'éloignant de celle-ci. Du point de vue de l'évolution de la conception juridique, son effet encore plus déterminant consiste à considérer le droit comme réduit aux textes écrits, comme étant invariable avec soi, identique, immobile quant à son objectivation.

L'évolution du droit connaît depuis environ quatre mille ans les formes écrites de la fixation, de l'extériorisation, de l'objectivation du droit, voire en ce qui concerne sa présentation sous la forme de textes écrits au Proche-Orient et dans les sociétés asiatiques traditionnelles de l'Antiquité. On était déjà arrivé au point de les considérer comme immuables, par crainte de revenir aux forces surnaturelles et par la foi à l'immobilité du téléologique divin ou de la substance naturelle. Or, même si le droit était fortement extrémiste dans ses formes concrètes déterminées par les conditions historiques, il s'appuyait toujours, conformément aux circonstances de l'époque en question, sur les formes de conscience, d'idéologie, etc., magiques, téléologiques ou de philosophie de la nature. Bien sûr, la conception juridique établie en conséquence des codifications européennes ne considère pas comme immuable telle ou telle œuvre de codification concrète. Elle considère cependant le droit — dans son état « naturel » — comme étant décrété, codifié, comme un *law in books*, et, par ce faire, elle exécute la réduction du droit aux textes écrits, et, d'autre part, elle inspire une conception statique en vertu de laquelle le droit est quelque chose qui doit être conçu comme étant identique avec soi d'une manière immobile dans sa forme écrite, objectivée à chaque moment donné.

Bien que nous sachions que les idéologies ont des fonctions pas *directement* cognitives : en fin de compte, leur valeur n'est pas donnée par leur vérité gnoséologique, mais par le fait qu'elles offrent, ou non, un cadre d'idées approprié aux groupements sociaux pour mener jusqu'au bout leurs conflits, etc. En ce qui me concerne personnellement, lorsque je commençais de m'intéresser aux fondements théoriques de la codification, je trouvais tout de même surprenant que les idéologies préparant la récolte de codification des XVII^e et XVIII^e siècles aient considéré comme naturelle et sans problèmes la relève d'une portée historique universelle que la demande de la reconnaissance exclusive du droit comme droit décrété et de son incorporation

sous la forme codifiée avait entraînée. Cette évidence sociale s'avéra universelle même au point qu'elle apposa également son empreinte sur les sociétés socialistes luttant jusqu'au bout de leur révolution sociale pour la codification — sans que ces sociétés se soient vu contraintes à passer en revue d'une manière approfondie les bases théoriques de l'objectivation et de la codification du droit —, bien que l'idéologie révolutionnaire socialiste se soit assigné le but de la conscience basée et réfléchie théoriquement.

La révolution socialiste s'est présentée comme un dépassement de la révolution bourgeoise. Pour cette raison, elle dut d'abord (là où ces moyens manquaient de son arsenal) créer certains moyens universellement reconnus en tant que conquêtes de la société bourgeoise, afin de les dépasser. Or, puisque leur développement bourgeois préalable était dans la plupart des cas en retard et ambigu, parfois même la création des codes civils, unifiant le droit national, semblait être l'accomplissement d'une tâche traînant depuis un siècle. Le courant de la transformation avait ainsi apporté avec soi la demande de la codification comme exigence naturelle. Ceci explique qu'à l'égard de sa conception théorique la codification semblait simplement être le produit des révolutions bourgeoises, la marque du développement juridique moderne. De cette façon, la codification devint le synonyme des efforts visant à l'exclusivité du droit écrit dont les formes concrètes, par conséquent, ne semblaient être porteuses de rien de spécifique.

L'analyse effectuée au cours des études historico-comparatives, par laquelle je désirais déceler la continuité du problème codificationnel et en même temps son caractère historiquement conditionné par chaque époque, c'est-à-dire dans les formes historiquement changeantes des phénomènes codificationnels, les racines communes et les racines différentes ainsi que ses déterminantes économiques, politiques, juridiques, purement idéologiques, etc. (1), avait donné des résultats d'apparence implicites, mais tout de

(1) Cf. de l'auteur : *Kodifikációs előformák az ókori jogfejlődésben* (Préformes de codification dans l'évolution antique du droit), Allam és Jogtudomány, XVII, 1974, 1, 83-100; *Kodifikációs megnyilvánulások a középkori jogfejlődésben* (Manifestations de codification dans l'évolution du droit au Moyen Âge), Allam és Jogtudomány, XVIII, 1975/1, 135-158; *Kodifikációs megnyilvánulások a feudális abszolutizmus korában* (Manifestations de codification au temps de l'absolutisme féodal), Jogtudományi Közöny, XXXI, 1976, 2, 70-80; *A kodifikáció klasszikus típusának születése Franciaországban* (La naissance du type classique de la codification en France), Allam- és Jogtudomány, XVII, 1974, 3, 457-479; *A polgári átalakulás kései kódexei és kodifikációs problematikája* (Les codes et le problème codificationnel tardifs de la transformation sociale bourgeoise), Jogtudományi Közöny, XXXII, 1977, 5, sous presse; *Kodifikáció az angolszász rendszerekben* (Codification dans les systèmes du Common Law), Allam- és Jogtudomány, XVI, 1973, 4, 611-634; *Modernization of Law and Its Codificational Trends in the Afro-Asiatic Legal Development*, Budapest, Institute for World Economics of the Hungarian Academy of Sciences, 1962, 52, *Studies on Developing Countries*, No. 88; *The Formation of a New, Socialist Type of Codification*, Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae, XVII, 1975, 1-2, 111-138.

même significatifs, compte tenu de la force probante de la matière historique (2) :

a) au sein du processus du développement universel du droit, le développement codificationnel est un processus sans interruptions qui se réalise par diverses formes concrètes dépendant des conditions individuellement données, tout en reflétant les facteurs, idéologies et traditions économiques, politiques, juridiques, etc., qui sont en jeu dans le milieu donné;

b) par conséquent, le phénomène codificationnel est polyfonctionnel : dans ses formes concrètes, il peut se trouver au service de buts politiques, juridiques, etc., les plus divers, même s'excluant mutuellement, car il assume pratiquement toutes les fonctions dont le droit écrit était capable jadis ou le serait à l'avenir d'une manière quelconque;

c) or, il existe tout de même une certaine communauté dans la face multiple du phénomène codificationnel, communauté permettant de soumettre ses divergents aspects à une notion commune. En ce qui concerne la *forme*, toute manifestation de codification est en même temps la forme de rationalisation du droit qui porte à une structure formellement rationalisée du droit. A une phase relativement tardive du développement, il s'agit déjà de structures qui ne sont pas seulement en elles-mêmes rationnelles, mais qui s'organisent dans leur unité en un système, incorporant ainsi le degré suprême pouvant être atteint de la rationalité formelle. En ce qui concerne le *contenu*, ces formes rationalisées servent en fin de compte à un but politique et juridique commun : la réalisation du pouvoir de l'Etat central sur la vie entière du droit — sur les processus pratiques de sa formation et de son application —, à savoir la monopolisation étatique la plus exclusive et la plus complète possible de l'établissement et du fonctionnement continu du droit;

d) ces marques ne sont pas des critères *sine qua non*, des traits de la codification disposant de l'exclusivité *differentia specifica*, mais des tendances se déployant historiquement qui, du point de vue social, correspondent tout de même aux caractéristiques les plus inhérentes de la codification. Pour cette raison, la définition générale de la codification, appropriée à une délimitation notionnelle, est passablement précaire. La codification ne semble être rien d'autre que la sommation du droit par écrit visant à fixer

(2) Cf. de l'auteur : *Kodifikáció-fogalom s a kodifikációs jelenség történetisége* (La notion de la codification et l'historicité du phénomène codificationnel), *Allam-és Jogtudomány*, XVIII, 1975, 3, 436-463; *Racionalitás és jogkodifikáció* (Rationalité et la codification du droit), *Szociológia*, 1975/3, 359-378; *Utopias of Rationality in the Development of the Idea of Codification*, présenté au Congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale, Sydney-Canberra, 1977; *Types of Codification in Codificational Development*, *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae*, XIX, 1977, 1-2, sous presse.

le droit, sur quoi d'autres couches notionnelles, l'enrichissant quant à son contenu, mais le rétrécissant du point de vue de l'extension — comme le revêtement de l'œuvre codificationnelle même de la force de source du droit, ou la complétude de principe visant à embrasser telle ou telle branche du droit, ou l'organisation de l'œuvre codificationnelle en tant que système cohérent en soi — ne se sont déposées que plus tard, au cours du développement du droit européen à l'âge moderne;

e) en conséquence de leur effet de rationalisation formelle, ce ne sont pas seulement les codes au sens propre du mot qui relèvent de la sphère d'intérêt du phénomène codificationnel, mais aussi d'autres formes — en tant que suppléments spécifiques — qui ont assumé dans leur propre milieu des fonctions pouvant être caractérisées comme codificationnelles (p. ex. : les *coutumiers*, *Rechtsbücher*, *text-book writing*, *Restablishment of the Law* et des codifications privées, idéales ou théorétiques au sein des systèmes médiévaux, anglo-américains, afro-asiatiques ou éventuellement nordiques);

f) si la codification est une rationalisation formelle dont le but est d'étendre et d'approfondir, de rendre plus efficace et exclusif la domination de l'Etat central sur le droit, alors une certaine correspondance doit exister historiquement entre les tendances codificationnelles et les tendances bureaucratiques — tenant compte, premièrement, du caractère déterminé et de la réciprocité communs du droit et de l'administration en tant que deux types fondamentaux de l'activité politique de l'Etat, et, deuxièmement, du fait que l'organisation bureaucratique a la même fonction approfondissante, rendant plus efficace et exclusif le pouvoir de l'Etat central par sa rationalisation formelle dans le domaine de l'organisation de la société, tout comme cela est le cas pour la codification au sein du droit. Nous devons également prendre en considération les corrélations fonctionnelles se présentant sur le plan des mécanismes d'effets qui socialement existent entre la pratique, l'idéal ou l'idéologie de la création du droit et la pratique, l'idéal ou l'idéologie de la résolution des conflits par des moyens du droit, d'une part, et entre le droit et l'administration en général et entre les facteurs organisationnels institutionnalisés de l'application du droit et les efforts des tendances bureaucratiques visant à intégrer la totalité des activités politiques et étatiques en particulier, d'autre part — afin que s'ouvre devant nous la possibilité d'une typologie historique commune s'étendant aux tendances de la création et de l'application du droit et aux tendances bureaucratiques également. Les résultats d'une telle typologie deviennent en premier lieu manifestes à certains points de jonction — du point de vue de l'évolution totale, éventuellement accidentels — du développement historique (p. ex. : Justinien; le développement byzantin au Moyen Age; l'absolutisme féodal en Russie, et en particulier en Prusse de Frédéric le Grand; même aussi l'édification consolidée socialiste de la société avec des inclinations à une sur-réglementation, à une division stricte et parfois artificielle de la création

et de l'application du droit, etc.); mais, en principe, nous devrions être à même de suivre une telle typologie tout le long du développement du droit.

De ce que nous venons de dire pour le moment, les points suivants méritent une attention en tant que conclusions les plus générales : la rationalité formelle qui peut pénétrer uniformément dans les fonctionnements d'organisation les plus divers adhère avant tout à des formes objectivées en tant que porteurs spécifiques. Comme principe de l'organisation et du fonctionnement, ce sont en premier lieu ces formes qui diffusent la rationalité formelle, qui la font valoir dans l'institution en question. Dans le monde des phénomènes juridiques, l'objectivation écrite du droit — le commencement d' « un processus juridique et formel particulier... en faisant une distinction entre la préhistoire et l'histoire du droit » (3) — n'est pas simplement une forme de cette extériorisation, mais en même temps son médium et son moyen qui soutiennent primordialement, et en même temps expriment aussi la distinction et l'autonomie relatives de la sphère du droit par rapport aux autres sphères sociales. En tant que possibilité techniquement la plus développée de l'objectivation du droit, la codification est le porteur primaire de la rationalité formelle en droit.

II. — *La rationalité formelle et les formes de sa manifestation dans le droit*

L'analyse de la catégorie de la rationalité ne pourrait guère être possible sans la compréhension de l'œuvre de Max Weber et celle-ci sans l'étude de son époque. Ce fut Weber qui, au cours de l'étude du développement économique européen, et plus précisément capitaliste, démontra des corrélations d'une portée de principe, d'une part, entre l'introduction de la comptabilité en partie double et, d'autre part, des calculs de capital rationnels se présentant en tant que besoin interne de la gestion économique bourgeoise. Weber fit également une notion clé de la rationalité en tant que principe organisateur, en découvrant les tendances à la rationalisation dans les domaines d'organisation les plus divers de la société de son âge — à savoir dans les domaines de l'organisation économique, fiscal, administratif, militaire, juridique, ecclésiastique, des partis, etc. La croissance hypertrophique de la catégorie de rationalité était alimentée par les conditions de l'époque; elle reflétait partiellement l'enthousiasme prussien pour le déploiement de la complexité administrative et bureaucratique totale du capitalisme, et, partiellement, elle fit déjà voir l'ambivalence de ces structures : leur transformation en une force autonome, menaçant même l'homme les ayant créées. Même si ceci ne justifie, mais en tout cas explique l'accent que la

(3) Imre SZABÓ, *Les fondements de la théorie du droit*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1973, 109.

rationalité avait reçu dans la conception de Weber en tant que principe décisif parvenu au pouvoir dans le développement occidental, à l'encontre de toute autre formation économique et politique que l'« ethos » du mode de vie occidental ne caractérise pas.

En ce qui concerne la teneur de cette catégorie, Weber voyait clair quant à sa complexité (4). En même temps, il ne fit que peu pour coordonner ses applications en divers contextes ou tout au moins pour faire ressentir leur diversité. Pour cette raison, nous ne pouvons obtenir sa notion que par une reconstruction d'idées. En faisant connaître le résultat final, nous pouvons constater que la *rationalité économique* et la *rationalité bureaucratique et juridique* proviennent d'une souche commune : elles sont les apparitions d'une même substance dans différents domaines. Par contre, la *rationalité formelle* et la *rationalité matérielle* à distinguer dans ce cadre sont des homonymies sans communauté de principe. Leur présence ou leur absence sont indépendantes l'une de l'autre; leur présence commune peut être uniformément d'un caractère se renforçant ou s'entravant mutuellement; ceci n'est jamais la fonction donnée à priori de leurs rapports intérieurs, mais toujours celle d'une détermination extérieure, historiquement concrète. La rationalité matérielle est une optimalité relative à un principe matériel, une valeur, un but concrètement définis, alors que la rationalité formelle est simplement la calculabilité du résultat ce qui se réalise dans l'administration bureaucratique par la mise en valeur d'« un ordre impersonnel des choses réglé par les lois », d'une part, et dans le droit par « la domination croissante des normes objectives formelles et de l'égalité juridique formelle », d'autre part (5). Par conséquent, la rationalité formelle est un principe technique purement instrumental, en soi neutre des structures d'organisation dont l'essentiel est contenu dans la *Berechenbarkeit* : dans la calculabilité et prévisibilité des résultats de tous les actes en rapport (6).

En ce qui concerne le droit, on conçoit aisément : son objectivation en tant qu'ensemble des structures de normes écrites a déjà comme résultat la réalisation primitive de la rationalité formelle, et, de cette manière, il est la condition préalable indispensable de tout influencement social conscient, projeté, voulu, contrôlé.

(4) « La vie... peut être « rationalisée » de directions fort divergentes. Le « rationalisme » est une notion historique qui embrasse le monde entier des contradictions... » WEBER, Max, *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, dans Weber, Max, *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, I, Tübingen, Mohr, 1922, 62.

(5) Cf., p. ex., Max WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1922, 44-45, et Max WEBER, *Rechtssoziologie*, Neuwied, Luchterhand, 1960, 103, 247 et 249.

(6) J. DIECKMANN, *Max Webers Begriff des « modernen okzidentalen Rationalismus »*, Düsseldorf, 1961.

Qu'est en réalité la norme ? Tenant compte de sa fonction régulatrice, Lukács voyait un quasi-droit même à l'échelon si bas de la division de travail de la communauté primitive comme la coopération simple d'une chasse au cours de laquelle les attitudes jugées utiles du point de vue du but à réaliser sont projetées comme obligations (7). Il s'agit d'une généralisation faisant abstraction quand sur la base de la reconnaissance des corrélations de cause à effet entre les attitudes et leurs effets sociaux, des attitudes avantageuses par rapport aux buts et aux effets donnés sont qualifiées d'obligatoires et celles opposées sont interdites; alors que, finalement, en guise de résultat d'une abstraction multiple, on ne fixe plus que les attitudes qui servent comme moyen aux buts désormais non exprimés, souhaités ou à éviter. De ce moyen de l'influencement social pratique, économique et assurant l'incontestabilité, c'est-à-dire de la structure de normes développée, disparaît donc tant la causalité que la formation des buts téléologiques, et, pour l'apparence, il n'y reste que la pure instrumentalité. Ce qui était à l'origine une conduite instrumentale à un but, dans la structure de normes deviendra un but en soi, notamment un but autonome. Cette abstraction peut qualifier n'importe quel moment arbitrairement choisi de la pratique sociale vivante comme la réalisation ou la non-réalisation pure d'un modèle idéal notionnellement préfixé et exprimé. Quel que soit le caractère primitif de la casuistique, un tel modelage notionnel permet déjà la mesure formelle de la conduite sociale, le calcul de ses conséquences.

Nous devons distinguer de cette forme élémentaire de la rationalité formelle, assurant toutefois la calculabilité et la prévisibilité quant aux structures de normes individuelles, l'ascension de la rationalité formelle en un principe organisateur compréhensif que le droit a atteint par l'organisation en un *système* des structures de normes isolées disposant aussi dans leur ensemble même d'une rationalité formelle.

Au cours de l'évolution codificationnelle, depuis le Proche-Orient de l'Antiquité jusqu'aux recueils du Moyen Age, les formes de codification étaient essentiellement l'établissement d'une sommation du droit. La sommation du droit est une notion *quantitative* : les structures de normes individuelles y prennent place les unes à côté des autres, mais en plus de leur juxtaposition casuistique éventuelle il n'y a aucun rapport intérieur qui les pénétrerait. Cela revient à dire que leurs rapports sont fondamentalement accidentels : elles sont retenues ensemble par le seul fait — purement extérieur d'ailleurs du point de vue de leurs rapports internes — qu'elles étaient adoptées dans cet ensemble en tant que ses éléments. Etant donné que chaque norme y incluse est parallèle à l'autre et qu'elle ne s'entrelace en aucune unité avec l'autre, l'ensemble de normes en question peut être

(7) György LUKÁCS, *A társadalmi lét ontológiájáról* (Sur l'ontologie de l'être social), Budapest, Magvető, 1976, 208.

qualifié dans n'importe quelle forme comme étant prêt, puisque nous pouvons y ajouter ou en ôter un nombre quelconque de normes — ceci ne conduirait qu'à l'accroissement ou à la réduction des voies de normes parallèles. Ces formes de codification sont fondamentalement conçues par une conception quantitative. Leur but n'est rien d'autre que d'établir une sommation objective du droit : le recueil des structures de normes déjà décrétées, leur incorporation en un corps législatif unique. Si nous pensons soit aux produits de Justinien, soit à la pratique des livres de droit du Moyen Age ou aux compilations des lois d'Angleterre, le matériel des normes est essentiellement resté invariable et intact quant à sa structure. Sa transformation : contentuelle ou technologique éventuelle, si elle dépasse une compilation quantitative (p. ex., l'élimination des parties désuètes ou contradictoires, l'omission des teneurs purement cérémonielles ou tautologiques, etc.), ne put avoir lieu que d'une manière subordonnée.

La codification à conception *qualitative* avait précisément réformé le droit dans sa structure, tout en organisant les structures de normes individuelles (jusqu'ici d'une rationalité formelle dans leur isolement) en tant qu'éléments d'un système disposant aussi d'une rationalité formelle dans leur ensemble. Ainsi, une nouvelle qualité de la rationalité formelle fut établie. Préservée par terminaison, c'est-à-dire réalisée à un niveau plus élevé elle inclut aussi la formation d'une sommation du droit, bien que l'accent ne fut plus mis sur celle-ci, mais sur sa nouvelle qualité spécifique : sur la restructuration technologique du droit, sur l'organisation des structures de normes isolées en tant qu'éléments d'un système cohérent et se trouvant en multiples rapports réciproques. Ceci est le couronnement de la notionnalisation du droit — après l'objectivation du droit en tant que droit écrit, peut-être la relève la plus importante dans l'histoire du droit.

La transformation notionnelle et logique de l'objectivation du droit en un système n'est point le produit d'un développement sans antécédents, idéologiquement pas préparé. « Ce n'est absolument pas par hasard — écrit le jeune Lukács (8) — que, dès le début de l'évolution philosophique moderne, les mathématiques universelles apparaissent comme idéal de connaissance... Car la relation méthodologique entre leurs axiomes, les systèmes partiels et les résultats développés à partir d'eux, correspond exactement à cette exigence que le système du rationalisme se pose lui-même : exigence que chaque moment particulier du système puisse être introduit, prévu et calculé exactement à partir de son principe fondamental. » Entrelacée avec la rationalité formelle, la *mathesis universalis* est devenue le modèle général de la réflexion au sein de la science des temps modernes. Ceci n'est pas un hasard, mais une coïncidence historique heureuse avec la renaissance du droit romain. Car la seconde floraison du droit romain a eu lieu au défi des

(8) Georg LUKÁCS, *Histoire et conscience de classe*, 1923, traduit par K. Axelos, J. Blois, Minuit, 1960, 164 et 150.

échanges de marchandises et des transactions commerciales et industrielles d'un nouveau type. Ceci ne signifia essentiellement rien d'autre que le dégagement d'un droit déjà mort de son cadre original et de son contexte historique; sa transformation abstractive en un ensemble de notions et de leur connexions; et de cette manière la mise en évidence des interrelations logiques et du caractère systématique inhérents ou y élaborés et imposés, d'une part, et son adaptation aux besoins sociaux déterminant ces processus dans leur totalité, d'autre part. Tout en subtilisant au maximum de la perfection le développement du droit à travers la classification et la systématisation des notions, on commença à l'appliquer dans le droit et la pratique judiciaire nationale également. Ceci fut facilité par le manque de bien fondé idéologique de la législation souveraine, ainsi que par la doctrine du droit naturel proclamant l'immutabilité du droit, étant donné qu'un tel développement du droit put avoir recours à la fiction qu'il ne réforme pas ce qui existe, mais ne fait que reconstruire mentalement ce qui y est inhérent. Par conséquent, les élaborations dogmatiques des jurisconsultes avaient progressé effectivement en facteurs de l'unification et du développement du droit national. Dans la mesure où la législation princière passait à l'avant-plan le développement mena successivement à une situation dans laquelle les jurisconsultes, offrant un modèle aux princes construisirent eux-mêmes des systèmes de droit « idéaux ». En réalité, c'étaient des projections de l'idéal : elles jaillissaient de l'esprit de leurs auteurs comme des projections ayant la racine de leur valeur et validité dans des vérités transcendantes et éternelles. Leur *validité de contenu* était assurée par le droit naturel, alors que leur *validité formelle* provenant de la régularité de leur organisation était assurée par la *mathesis universalis*.

A cet égard, en ce moment, il n'importe que des besoins historiquement définis de l'époque avaient trouvé une expression derrière la forme idéologique. Nous devons accorder notre attention aux aspects méthodologiques, et au fait que la façon de penser mathématiquement (qui donna des expressions transcendantes aux contenus sociaux actuels), quand elle devint dominante sous une forme pure, ne put garder ces contenus que comme les porteurs de vérités universelles et éternelles, valables en elles-mêmes. Les systèmes éthique et politique de Spinoza et de Hobbes avaient déjà été construits *more geometrico*, c'est-à-dire d'une manière axiomatique. D'autres, avant tout Grotius et Leibniz, avaient, avec éloquence, tendu *ad absurdum* les possibilités résidant dans l'immanence de la *mathesis* et, par ce faire, ils avaient passé dans un espace où la réalité sociale ne pouvait plus former aucun point de repère. Afin de conserver la conséquence méthodique, ils étaient contraints d'avancer que le système construit par eux, « même si nous supposons » que

(9) GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, 1625, Prolegomena, Sect. XI, et *Communication des textes inédits* de LEIBNIZ, par G. Mollat, Leipzig, 1893, 22. Cf. CASIRER, Ernst, *La philosophie des Lumières*, Paris, Fayard, 1970, 241-244.

ni le Dieu se trouvant à la base de sa justice immobile (Grotius), ni l'humanité appliquant ses règles dans la pratique quotidienne (Leibniz) n'existent, disposerait invariablement d'une validité en soi, se certifiant soi-même *eo ipso* en conséquence d'une nécessité mathématique des corrélations. Cette façon de penser avait aussi conduit à une expression absurde dans son contenu. Dans la vision de Leibniz vibrât déjà l'image d'une société mathématisée dans laquelle toutes les question, y compris les questions de droit, pouvaient être tranchées par les hommes prenant leur crayon d'ardoise à la main et disant : *calculamus* (10).

Tels cadres méthodiques de la pensée avaient donné une forme dans laquelle la codification moderne — recréant le droit en tant que système traitable aussi du point de vue de la logique — avait eu lieu; bien entendu, en tant que force matérielle, ce fut le développement particulier de l'absolutisme féodal qui l'avait déterminée. Les couches bourgeoises montantes exigeaient une réglementation juridique garantissant un calcul rationnel et une sécurité univoque dans les échanges de marchandises, d'une part, et avec cette demande — tout en présentant une communauté d'intérêts dans le triomphe sur le particularisme et les privilèges féodaux — allaient de pair les intérêts du souverain absolu qui, en s'efforçant d'organiser les affaires monétaires du pays en tant qu'affaires monétaires de l'Etat, d'organiser les forces armées assurant son pouvoir en tant qu'armée de l'Etat, d'encourager l'industrie et le commerce en tant que soutien de ces dernières, et finalement de rendre efficaces et puissantes la juridiction du roi et l'administration publique en tant que facteurs de l'unité, ramena à la vie une armée de fonctionnaires officiels, organisés d'une manière bureaucratique et s'appuyant sur une qualification professionnelle, dont la mise en mouvement unifié en tant qu'ordre impersonnel supposait également une réglementation compréhensive suffisamment détaillée, assurant une prévisibilité et une univocation. A cela s'ajouta encore le troisième facteur, facteur supplémentaire, de la prolifération du matériel normatif en une mesure inouïe. En soumettant au contrôle étatique les activités sociales les plus diverses, l'absolutisme féodal avait créé de nouvelles tâches de l'Etat. Les domaines les plus différents de la sphère sociale obtenaient une réglementation juridique; la codification quantitative n'était simplement plus en mesure de rationaliser, de faire lucide et maniable une telle masse de règles.

La codification quantitative groupant les structures de normes en parallèle les unes à côté des autres ne pouvait plus avoir un effet rationalisateur, et, dans la possession des moyens existants, il n'y avait pas d'autre voie de rendre le matériel normatif plus maniable, etc. Par conséquent, l'unique possibilité offerte était la codification de restructuration du droit en tant

(10) Cf. Csaba VARGA, « Leibniz és a jogi rendszerképzés kérdése » (Leibniz et la question de la création de système en droit), *Jogtudományi Közlöny*, XXVIII, 1973, 11, 602-603.

que nouvelle qualité, en tant que système, qui assurait invariablement la sommation d'extension, en réalisant tout cela par une économie d'envergure. Alors que pendant l'évolution antique — si nous pouvons croire à la théorie proclamant la force de l'effet bureaucratique transformant la conception juridique (11) — la formation du droit reposant sur une planification étatique, c'est-à-dire sur le *général* montrant au-delà du particulier des cas, ne put commencer qu'après Hadrien, pendant l'Empire, pour s'atrophier à nouveau pendant les siècles du Moyen Age, dissimuler toute réforme juridique éventuelle sous le manteau légitimant du retour à l'« ancien et bon » droit (12). L'adoption de la législation en tant que moyen actif de l'influencement social ne survint que par un développement social dynamique, par l'établissement des systèmes absolutistes et d'une nouvelle situation du pouvoir, incluant également la présence d'un appareil étatique prêt à exécuter et à faire exécuter. Une expression excessive et en même temps typique de ceci est le principe de Frédéric le Grand de « tout prévoir », déjà adopté dans sa jeunesse (13), et conséquemment réalisé dans le système monstre de 22 000 articles de l'*Allgemeines Landrecht*.

La conception casuistique du système, professée par Frédéric le Grand, avait été successivement dépassée par une conception de principe, bien que la conception juridique générale s'adaptât invariablement jusqu'à l'extrême au principe méthodique de la *mathesis universalis*. Cela devint et reste un fait évident de la *weltanschauung* juridique qu'on « n'aperçoit dans le droit rien d'autre qu'un système formel de calcul à l'aide duquel on peut calculer le plus exactement possible les conséquences juridiques nécessaires d'actions déterminées » (14).

Pour que le droit se trouve devant nous ensemble avec des conséquences de son existence comme un système de ce genre, il suffit de ne penser qu'aux problèmes des *lacunes en droit*. En ce qui concerne la *codification quantitative*, elle a *per definitionem* des lacunes, car sa parallélité et son caractère accidentel ne pourraient en principe réaliser qu'une complétude tout au plus extensive; or, en conséquence du mouvement dialectique et de l'infinité interne de la réalité sociale, elle est pratiquement incapable d'atteindre ce but. Entre la totalité sociale se trouvant dans l'état d'une transformation continue et sa réflexion statique dans une série de structures de normes isolées, l'abîme est insurmontable, à savoir à un tel degré que détecter et combler casuellement même une masse des lacunes en droit ne changerait

(11) A. ARTHUR SCHILLER, « Bureacracy and the Roman Law », *Seminar*, VII, 1949, 47-48.

(12) J. HUIZINGA, *Herbst des Mittelalters*, München, Drei Masken Verlag, 1928, 46; cf. aussi : A. Y. GOUREVITCH, *Kategorii srednevekovoy koul'toury* (Les catégories de la culture du Moyen Age), Moscou, Isskoustvo, 1972, 150.

(13) FRÉDÉRIC LE GRAND, *Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois*, dans Frédéric le Grand, Œuvres, IX, 11 et s.

(14) LUKÁCS, *Histoire et conscience de classe*, 138.

rien à la situation en question. L'ensemble de normes établi par la codification quantitative n'est rien d'autre qu'une unité en principe arbitraire, établie artificiellement par l'acte de leur promulgation d'ensemble où n'importe quel comblement de lacunes ne pourrait être qu'extérieur, accidentel, engendrant de nouvelles structures de normes sur des voies seulement parallèles. Une expression dévoilant ce caractère accidentel est que le comblement des lacunes se fait dans la plupart des cas par des moyens, qui du point de vue de l'ensemble des normes en question, sont purement extérieurs (ordalie, décision *ad hoc* du souverain, etc.). Par contre, la *codification qualitative* structurant le droit en tant qu'éléments d'un système cohérent, précisément parce qu'elle fixe tant les principes de réglementation du domaine à être réglementé que leur décomposition normative, réalise — selon son exigence de principe — une complétude intensive. Bien entendu, du point de vue de telle ou telle décision judiciaire elle peut être considérée comme ayant des lacunes. Toutefois, ce caractère à lacunes n'est pas du tout un signe des lacunes du système même; il provient en principe seulement des manques casuels de la décomposition normative — d'une profondeur adéquate — des principes de base déclarés pour l'entité du système. Alors que — du point de vue de la logique — dans la codification quantitative, le comblement des lacunes avait supposé l'introduction de nouveaux éléments extérieurs, c'est-à-dire l'élargissement de l'ensemble de normes par de nouvelles normes, au sein de la codification qualitative, ceci n'a pas lieu, car le comblement des lacunes ne signifie, au niveau des principes déjà établis, rien de nouveau. Cela est aussi témoigné par le passage à l'avant-plan des méthodes de l'analogie en tant que moyen dont le jeu de mouvement exclusif est la médiation entre les principes de base déjà établis et les règles de détail déduites des premiers au cours de la création du droit.

C'est le caractère systématique du droit qui mène, à travers la cohésion étroite et interne de son contenu et de sa forme, à un degré plus élevé de l'indépendance sociale du droit, à sa formation en une structure fortement autonome. Il devient presque indestructible, déterminant même à l'encontre de ses déterminants jadis, justement comme la bureaucratie une fois établie. Il s'agit de ce que, comme nouveaux facteurs, derrière ces systèmes se présentent leur propre structure, leur propre organisation en tant que force de conservation devenue un facteur social.

Une telle transformation du droit en pouvoir social séparé et extériorisé, et en même temps la tendance fictive, mais reflétant des besoins idéologiquement réels de sa rigidité, sont ressentis par le jeune Lukács quand il souligne ce qui suit : « Ce besoin du calcul exact... exige que le système juridique s'oppose aux événements particuliers de la vie sociale, comme quelque chose de toujours achevé, d'exactement fixé et donc comme système figé. » (15).

(15) *Ibidem*, 125.

Nous devons bien voir qu'ici il ne s'agit pas d'une généralisation philosophique appliquée artificiellement au droit. Au XIX^e siècle, sur le sol des révolutions bourgeoises triomphantes et du capitalisme libéral s'installant, en tant que propre besoin technique de la réglementation codificationnelle se déploie une idéologie juridique de « l'ensemble sans faille du système formel du droit », qui deviendra dominante en faisant justice du droit naturel en tant que théorie révolutionnaire, et en luttant pour la stabilisation du nouvel ordre en ayant recours aux moyens du positivisme du droit (16). C'est en fonction de l'idéologie et de la rigidité socialement supposées des différents systèmes juridiques, soit comme *facticité* effective de la vie quotidienne du droit, soit comme *apparence* officiellement soutenue et mise en pratique, mais en tout cas comme forme d'existence particulière du droit que Weber put ressentir qu'« actuellement le travail du juriste, du moins celui qui atteint le degré suprême de rationalité méthodique, par des cinq postulats suivants : 1. toute décision juridique concrète est une application de règles juridiques à un fait concret; 2. avec les moyens de la logique juridique il faut trouver une décision résultant de propositions juridiques abstraites en vigueur; 3. le droit objectif en vigueur devra former un système sans failles de propositions juridiques, ou le contenir implicitement, ou, du moins, être traité comme tel pour pouvoir être appliqué; 4. ce qui ne peut pas être construit juridiquement de façon rationnelle n'est pas important du point de vue du droit; 5. toute activité sociale doit être considérée comme étant applicable, exécution, violation de règles de droit » (17).

III. — Les structures formellement rationalisées et les caractéristiques ontologiques de leur fonctionnement.

Dans son œuvre posthume : *Sur l'ontologie de l'existence sociale*, Lukács est parvenu, en ce qui concerne le statut ontologique de la conscience sociale et de ses objectivations, aux considérations rendant les analyses précédentes plus précises et les éclaircissant par un jour plus complexe. Alors que Marx et Engels caractérisaient la société en tant que système de relations, Lukács — afin de mettre à l'avant-plan les points de vue particuliers à l'ontologie et pour offrir un cadre théorique à l'interprétation du caractère d'existence réelle des objectivations et des fonctionnements sociaux — avait décrit la société comme système de complexes. » Déjà, à son degré le plus primitif,

(16) Remarquons que la continuité de l'idée du système en droit est rédigée par Lukács dans la relève du droit naturel *versus* le positivisme juridique en tant que processus de rétrécissement spécifique : « Des exigences du droit naturel ne subsiste plus que la pensée de l'ensemble sans faille du système formel du droit. » *Idem*, 138.

(17) Max WEBER, *La sociologie du droit*, introduction et traduction par Jacques Grosclaude, Strasbourg, 1973, 141-142.

l'existence sociale apparaît comme un complexe des complexes, où il y a des effets mutuels ininterrompus entre les complexes partiels ainsi qu'entre le complexe total et ses parties. C'est de cela que jaillit le processus de reproduction du complexe total du moment donné, notamment de façon que même les complexes partiels se reproduisent comme des êtres — relativement — autonomes, mais au sein de tous ces processus, naturellement, c'est la reproduction du total donné qui représente le moment de surpoids de ce système multiple d'effets mutuels. » (18).

De cette caractérisation, nous pouvons arriver à deux conclusions. D'une part, dans l'intérêt de la reproduction du complexe total, il est nécessaire d'avoir entre les différents complexes une médiation qui fait naître, à un certain degré du développement, des complexes intermédiaires ayant une existence sociale (la langue, le droit, etc.). D'autre part, ces complexes se détachent des autres complexes pour qu'ils puissent exercer un effet réactif sur les complexes par eux transmis, tout en reflétant leur détermination totale, mais portant une structure, un principe de fonctionnement et des déterminations quand même relativement autonomes.

En ce qui concerne leur caractère, il semble être décisif que la priorité dans le temps des formations matérielles ne signifie pas, selon Lukács, une priorité ontologique : dès que la conscience et ses objectivations, en tant que catégories spécifiques de l'être social, ont été créées, elles disposaient également d'« une fonction ayant une existence réelle » (19). Lukács met l'accent sur le moment que le statut ontologique des objectivations sociales dépend exclusivement de l'accomplissement réel de leurs fonctions. Au sens strict du mot, il ne s'agit pas de catégories contemplatives ou théoriques, mais de catégories pratiques, pour lesquelles la question gnoséologique de l'adéquation de la réflexion ne se présente pas *sous un tel rapport*. Pour l'ontologie, la question de l'adéquation est entièrement soumise à l'accomplissement des fonctions réelles. Un exemple en est la réception du droit romain, où la source en principe commune servait à exprimer des contenus divers dans les différents pays européens. A leur sujet il est donc valable d'une manière particulièrement marquée qu'« on ne doit pas examiner la conscience active

(18) LUKÁCS, *A társadalmi lét ontológijáról*, 140. « Sodass selbst auf der primitivsten Stufe des gesellschaftlichen Seins diese einen Komplex aus Komplexen vorstellt, wobei sowohl die Teilkomplexe mit einander wie der Gesamtkomplex mit seinen Teilen in ununterbrochenen Wechselwirkungen stehen. Aus diesem entfaltet sich der Reproduktionsprozess des jeweiligen Gesamtkomplexes, und zwar so, dass auch die Teilkomplexe als — freilich nur relativ — selbständige sich reproduzieren, dass aber in allen diesen Prozessen die Reproduktion des jeweiligen Ganzen des übergreifende Moment in diesem vielfältigen System von Wechselwirkungen bildet. » *Zur Ontologie des gesellschaftlichen Seins*, dernier manuscrit tapé à la machine avec des corrections autographes, Archives et Bibliothèque Lukács, Budapest, 593-594.

(19) Dans la terminologie de Lukács : « seinhaftige Funktion ». *Ibidem*, 188.

du point de vue de la gnoséologie...; en effet, le caractère juste ou faux de ses contenus apparaît ici dans une dialectique particulière socio-historique. » (20).

Et voilà, en ce qui concerne le droit, il s'agit d'une contradiction intérieure spécifique : d'une transition continue d'un pôle à l'autre et d'un développement au sein de cette dialectique. D'une part, cela appartient au caractère spécifique du complexe intermédiaire du droit qu'il doit s'incorporer comme une objectivation linguistique représentant un modèle fixé au préalable. D'autre part, les mêmes facteurs qui déterminent le droit dans son objectivation linguistique déterminent cette objectivation directement aussi au cours de son utilisation pratique (d'une manière et dans un cadre concrètement définis du complexe total, etc.).

En ce qui concerne l'objectivation, il est manifeste qu'il s'agit d'une formation historique qui est un produit relativement fort tardif du développement du droit. Du point de vue de son analyse, il était suffisant pour Lukács de remarquer ce qui suit : « Plus la vie sociale se socialise purement, plus fortement et plus nettement se formera... la forme du droit » (21), puisqu'il concentrait, comme prototype, sur la formation du caractère de système dans le développement juridique européen continental, atteignant son sommet au XIX^e siècle, afin de présenter la contradiction interne de la médiation effectuée par des moyens formels. Ce « nouveau fétichisme » « réside dans le fait que le droit est traité... comme un domaine figé, cohérent, "logiquement" défini d'une manière univoque, à savoir non seulement dans la pratique comme l'objet d'une pure manipulation, mais aussi théoriquement comme un complexe en soi fermé, autonome n'étant correctement maniable que par une "logique" juridique. » (22).

Cette fétichisation exprime l'autonomie la plus élevée du droit, objectivée comme un système ayant une rationalité formelle. Notamment, dans l'intérêt de l'accomplissement de ses fonctions, elle exprime sa distorsion gnoséologique, ontologiquement déterminée. En effet, ni les structures de normes, ni

(20) *Ibidem*, 189. « ... das wirkende Bewusstsein nicht erkenntnistheoretisch betrachtet werden, denn das Richtig oder Falsch seiner Inhalte erscheint hier in einer eigenartigen gesellschaftlichgeschichtlichen Dialektik. » Manuscrit, 651.

(21) *Ibidem*, 212. « ... zu einer solchen Gleichartigkeit entwickelt sich die Rechtsform erst im Laufe der Geschichte; je reiner gesellschaftlich das gesellschaftliche Leben wird, desto stärker und reiner ». Manuscrit, 678.

(22) *Ibidem*, 215-216, « Die neue Fetischisierung besteht nun darin, dass das Recht — freilich stets : rebus sic stantibus — als ein festes, zusammenhängendes, "logisch" eindeutig bestimmtes Gebiet behandelt wird, und zwar nicht nur in der Praxis als Gegenstand der reinen Manipulation, sondern auch theoretisch als ein immanent abgeschlossener, nur mit der juristischen "Logik" « richtig handhabbarer, selbstgenügsamer, in sich abgeschlossener Komplex. » « ... vom Standpunkt der Ontologie des gesellschaftlichen Seins ist jede Form einer solchen Regelung, auch die noch so manipulierte, eine jeweils konkret gesellschaftlich notwendige : es gehört zum Geradesosein eben der Gesellschaft, in der es funktioniert. » Manuscrit.

leur organisation en un système en soi cohérent ne sont des réflexions gnoséologiquement adéquates des rapports sociaux, mais elles sont directement et avant tout des moyens pratiques pour l'influencement de la conduite sociale. C'est dans ce sens que Lukács écrit : « La réflexion juridique ne doit pas être purement théorique, mais, d'une manière saillante, elle doit avoir un caractère directement pratique pour devenir un système juridique véritable. Par conséquent, chaque constatation de faits juridiques a un double caractère. D'une part, elle doit être la fixation mentale relevant exclusivement d'un ensemble de faits, et elle doit l'énoncer de la manière la plus exacte possible, sous la forme de définitions. De leur part, ces constatations doivent créer un système cohérent, conséquent, exempt de contradictions. Il s'avère à nouveau tout à fait clairement que mieux cette systématisation est construite, plus elle devra s'éloigner de la réalité. Ce qui dans les constatations de faits isolées ne présente qu'une distorsion relativement modeste devra, en tant qu'élément constitutif d'un tel système, ayant interprétation dans l'esprit d'un tel système, encore bien davantage s'éloigner de la réalité. En effet, le système ne provient pas de la réflexion de la réalité; il ne peut être qu'une manipulation homogénéisante par l'abstraction des idées. D'autre part, la clôture théorique du système du droit positif donné, son exemption de contradictions officiellement déclarée ne sont que de pures apparences, mais, bien entendu, seulement du point de vue du système. Du point de vue de l'ontologie de l'être social toutes les formes d'une telle réglementation, même si elles sont les plus énergiquement manipulées, sont socialement concrètement nécessaires : elles appartiennent précisément à l'être existant comme tel de la société au sein de laquelle elles fonctionnent. » (23).

Il s'agit du développement plus approfondi, considérant le côté gnoséologique et le côté ontologique également dans ses conséquences, sur lequel

(23) *Ibidem*, 218. « ... die rechtliche Widerspiegelung einen rein theoretischen, vielmehr einen eminent und unmittelbar praktischen Charakter haben muss, um ein wirkliches Rechtssystem sein zu können. Jede rechtliche Tatsachenfeststellung hat also einen Doppelcharakter. Einerseits soll sie als einzig relevante gedankliche Fixierung eines Tatbestandes gelten, diesen möglich exakt, definitionsmässig gedanklich darlegen. Und diese einzelnen Feststellungen sollen ihrerseits ein zusammenhängendes, folgerichtiges, Widersprüche ausschliessendes System bieten. Dabei erscheint uns wiederum als ganz klar, dass je durchgeführter diese Systematisierung ist, desto weiter muss sie sich von der Realität entfernen. Was bei der einzelnen Tatsachenfeststellung nur eine relativ geringe Abweichung sein mag, muss als Bestandteil eines solchen Systems, im Sinne dieses Systems interpretiert, den Boden der Realität noch weit mehr verlassen. Denn das System wächst nicht aus der Widerspiegelung der Wirklichkeit heraus, sondern kann nur deren abstraktgedanklich homogenisierende Manipulation sein. Andererseits ist die theoretische Geschlossenheit des jeweiligen positiven Rechtssystems, seine offiziell dekretierte Widerspruchslosigkeit ein blosser Schein. Freilich bloss vom Standpunkt des Systems; vom Standpunkt der Ontologie des gesellschaftlichen Seins ist jede Form einer solchen Regelung, auch die noch so manipulierte, eine jeweils konkret gesellschaftlich notwendige : es gehört mit zum Geradesosein eben der Gesellschaft, in der es funktioniert. » Manuscrit, 684-685.

Engels avait attiré l'attention justement dans sa lettre se dressant contre l'absolutisation du rôle déterminant de la base économique, mettant l'accent sur l'autonomie relative des éléments constitutifs de la superstructure et sur leur capacité de réagir : « Dans un Etat moderne, ce droit ne doit pas seulement traduire l'état économique général, en être l'expression, mais en être encore l'expression *cohérente*, sans contradictions intrinsèques. Pour arriver à ce but, on fait disparaître de plus en plus la réflexion exacte des conditions économiques. » (24). Par conséquent, l'hypothèse selon laquelle le droit est la réflexion des rapports économiques, *dans son immédiateté* n'est rien d'autre qu'une apparence. Cette apparence se double par une deuxième hypothèse selon laquelle le droit s'applique dans *son immédiateté* (c'est-à-dire — en terme de logique — par déduction) aux rapports sociaux soumis à la sphère donnée de réglementation. La première hypothèse priverait le droit de sa définition essentielle selon laquelle il s'agit non pas d'une catégorie gnoséologique, mais avant tout d'une catégorie pratique dans laquelle se reflètent son milieu extérieur ainsi que les besoins intérieurs technologiques s'imposant lors de sa formation. En ce qui concerne la deuxième hypothèse, elle élèverait le droit considéré comme exclusivement déterminé au rang du déterminant exclusif — tout en oubliant que le droit n'est qu'une catégorie intermédiaire, dans du fonctionnement pratique de laquelle n'est jamais un but en soi et pour soi, mais un but qui dépend en tout cas du mouvement propre et des effets mutuels réciproques des complexes constituant le complexe total, c'est-à-dire des effets causaux et téléologiques y jouant un rôle.

Le caractère dialectique de la contradiction intérieure du droit est souligné par le fait qu'une fonction socialement nécessaire et en même temps ayant une existence ontologiquement réelle est assumée non seulement par la production idéologique et l'institutionnalisation factice de ces apparences, mais également par *leur enfoncement continu dans la pratique*. Même le problème de la subsumation et l'arsenal de ses instruments techniques adhèrent à un niveau donné du développement du droit. Du point de vue historique il s'agit de l'expression spécifique des besoins sociaux généraux se déployant en parallèle avec la prédominance de la production des marchandises et du progrès de la bourgeoisie, où les forces sociales (établissant ces structures organisationnelles ayant une rationalité formelle) sont dominantes; sur tout cela « se dépose seulement en tant qu'une forme de phénomène la subsumation logique » (25).

La socialisation de la société — et ce qui en est un résultat direct, la complexité grandissante des complexes et de leurs interrelations — pousse, d'une

(24) ENGELS, à Conrad Schmidt, Londres, le 27 octobre 1890, dans : Marx, Karl — Engels, Friedrich, *Œuvres choisies en trois volumes*, III, Moscou, Progrès, 1974, 515.

(25) LUKÁCS, *A társadalmi lét ontológiaijáról*, 220. « ... die logische Subsumation nur als Erscheinungsform aufgelagert wird ». Manuscrit, 687.

part, toujours mieux à l'avant-plan les formes juridiques, en accordant une autonomie plus élevée à ce complexe qui doit servir d'intermédiaire entre les autres complexes. Or, d'autre part, elle fait accroître dans la même mesure les besoins de ce que le complexe en question se reproduise et fonctionne, par l'intermédiaire des spécialistes (juristes, etc.), d'une telle manière qu'il contribue aux effets et aux décisions directement nécessaires du point de vue du complexe total social. Cette dualité contradictoire ne signifie pas seulement un entrelacement fonctionnel de la création et de l'application du droit et leur unité (26); non plus simplement une scission ou un dédoublement notionnel qui doit caractériser la notion du droit — soit en tant qu'une séparation du *law in books* et du *law in action* (27), soit en tant qu'un essai de synthèse, présentant le droit comme une unité de la contradiction, résolue et reproduite, d'une façon dialectique, continuellement, entre la forme positivement décrétée et le contenu sociologiquement réalisé (28). Bien entendu, l'analyse est autorisée à n'importe quel niveau à créer — selon ses propres points de vue — des abstractions et des séparations notionnelles. Or, ici, il s'agit de beaucoup plus : de la description ontologique du droit. Notamment, il s'agit de ce que l'unité dialectique et la reproduction continue de la contradiction mentionnée sont des caractéristiques à tous les moments et à tous les aspects donnés du droit, se faisant valoir dans toutes les phases de son développement. « Cette coexistence et entrelacement simultané (du système en vigueur du droit positif, d'une part, et de sa facticité économique et sociale se réalisant dans la vie quotidienne, d'autre part) » (29) semble en principe être un phénomène devenu permanent, accompagnant le développement juridique moderne, qui est d'autant plus accentué que les définitions formelles passent à l'avant-plan au sein du droit même. Par conséquent, le passage à l'avant-plan du caractère formel du droit provoque l'application générale ainsi que la subtilisation des techniques de manipulation qui adaptent ces définitions formelles aux besoins du complexe total. « Le fonctionnement du droit positif... — résume dans sa conclusion Lukács (30) — est fondé sur cette méthode : il

(26) Csaba VARGA, « On the Socially Determined Nature of Legal Reasoning », dans *Études de logique juridique*, V, Bruxelles, Bruylant, 21-78, en particulier 27 à 36.

(27) POUND, Roscoe, « Law in Books and Law in Action », *American Law Review*, XLIV, 1910.

(28) Csaba VARGA, « Quelques questions méthodologiques de la formation des concepts en sciences juridiques », *Archives de Philosophie du Droit*, XVIII, 1973, 215-241.

(29) LUKÁCS, *A társadalmi lét ontológijáról*, 216. « Dieses gleichzeitige Nebeneinanderbestehen und Ineinanderverschlungensein des geltenden Systems des positiven Rechts und der ökonomisch-sozialen Tatsächlichkeit im Alltagsleben... » Manuscrit, 682.

(30) *Ibidem*, 225-226. « Das Funktionieren des positiven Rechts beruht also auf der Methode : einen Wirbel von Widersprüchen so zu manipulieren, dass daraus nicht nur ein einheitliches System entstehe, sondern ein solches, das fähig ist, das widerspruchsvolle gesellschaftliche Geschehen praktisch, mit einer Tendenz aufs

doit manipuler le tourbillon des contradictions de manière que s'en établisse un système non seulement homogène, mais aussi capable de réglementer les développements sociaux contradictoires car visant pratiquement à l'optimum et bougeant sans cesse d'une manière souple entre les extrémités antinomiques..., afin de réaliser et d'influencer (au cours des décalages d'équilibre intervenant en permanence au sein du pouvoir de classe changeant lentement ou rapidement) les décisions de la pratique sociale qui sont les plus avantageuses pour la pratique sociale. »

Le droit vif examiné dans son existence réelle n'est rien d'autre qu'un mouvement continu. Sa forme d'existence, c'est justement la contradiction dialectique entre son objectivation, d'une part, et le dépassement social continu de cette objectivation, d'autre part. Par conséquent, même la contradiction ne peut pas être conçue comme un pur hasard, mais elle provient précisément de la nature même des complexes de médiation, contradiction notamment qui existe entre les limites, l'approximativité, l'inadéquation inévitable des moyens instrumentaux à son fonctionnement particulier, d'une part, et le dépassement de ces moyens et de leurs définitions formelles au cours de l'application pratique, d'autre part. De cette manière, le droit formel est en principe impropre à saisir les rapports sociaux dans leur contenu en mouvement continu. Il est tout de même un moyen de la médiation juridique ayant une existence réelle dans son fonctionnement, puisque n'importe quel droit informel conduirait précisément à la proscription de la médiation en tant que médiation effectuée par le droit. Or, la langue, le porteur de l'objectivation juridique, est en principe également inadéquate : « dans le meilleur des cas, elle ne pourrait atteindre qu'une approximation ». Par contre, l'essai qui se fixerait le but d'éliminer entièrement la polysémie de la langue, aboutirait aussi nécessairement à l'annulation de la langue en tant que moyen spécifique : « au renoncement de la langue en tant que langue » (31). C'est pour cette analogie qu'il est digne d'attention même pour nous de décrire ontologiquement la contradiction interne (en tant que source de son existence et fonctionnement particuliers). « ... La langue — écrit Lukács — doit et peut pratiquement se réaliser précisément dans cette duplication des exigences contraires, dans cette contradiction dialectique. Pour cette raison, ce double mouvement aux sens contraires est caractéristique pour toutes les langues vivantes. » « Seuls les essais visant à surmonter ces contradictions donnent dans leur totalité la

Optimale zu regeln, sich jeweils elastisch zwischen antinomischen Polen... zu bewegen, um in Verlauf der ständigen Gleichgewichtsverschiebungen innerhalb einer sich langsam oder rascher ändernden Klassenherrschaft die für diese Gesellschaft jeweils günstigsten Entscheidungen, Beeinflussungen der gesellschaftlichen Praxis herbeizuführen. » Manuscrit, 693.

(31) *Ibidem*, 225-226. « Das Funktionieren des positiven Rechts beruht also auf der Methode : einen Wirbel von Widersprüchen so zu manipulieren, dass daraus nicht nur ein einheitliches System entstehe, sondern ein solches, das fähig ist, das widerspruchsvolle gesellschaftlichen Praxis herbeizuführen. » Manuscrit, 693.

substance essentielle et spécifique de la langue : son existence et mouvement déterminés, notamment d'une manière qu'elle se reproduise en tant que moyen de plus en plus approprié — mais jamais parfait — à la satisfaction des deux sortes de besoins. Le caractère contradictoire de ces deux tendances jaillit de l'existence sociale de l'homme. C'est de cette manière que son mouvement devient, dans sa contradiction même, la base de la particularité, de la fertilité inépuisable de la langue. » (32).

Que s'ensuit de tout ce qui précède ?

Le complexe social que nous appelons « droit » est édifié sur la réalité en tant qu'une seconde réalité; en tant qu'une unité dialectique de la contradiction provenant, d'un côté, de l'objectivation du droit en forme de structures disposant d'un espace de jeu relativement autonome et, de l'autre, de son application pratique adaptée aux besoins sociaux du moment donné. Une telle objectivation signifie, premièrement, la construction d'un ensemble de structures formellement rationalisées (c'est-à-dire des normes écrites), mais elle signifie aussi, deuxièmement, et à un niveau de développement plus élevé, la construction de leur totalité organisée en système et disposant, et ainsi en elle-même, d'une rationalité formelle. Du point de vue de la gnoséologie, la possibilité de l'écartement de la réalité est plus poussée ici (33), mais seule une telle structure peut ontologiquement assurer le fonctionnement spécifiquement médiateur du complexe en question. En général, nous pouvons constater seulement ce fait qu'une certaine mesure de la rationalité formelle est nécessaire. Notamment, c'est *entre* l'absence et l'excès de la rationalité formelle provoquant uniformément une irrationalité et un fonctionnement disfonctionnels qu'il faut trouver la mesure *optimum* qui correspond le mieux aux conditions sociales actuelles. Bien entendu, même le degré optimum de la rationalité formelle ne pourrait éliminer la nécessité de l'adaptation et de la manipulation du droit au cours de son application pratique; tout de même il délimite le cadre, les dimensions, etc., du rôle joué par cette adaptation dans la sphère du socialement souhaitable, indispensable pour un fonctionnement ayant une existence réelle. Donc la manipulation n'est point simplement une voie illégitime, bien que socialement justifiable, du développement du

(32) *Ibidem*, 200 et 200-201. « ... gerade in dieser Verdoppelung entgegengesetzter Forderungen, gerade in dieser dialektischen Widersprüchlichkeit praktisch verwirklicht werden muss und kann. » « Erst die Versuche der Ueberwindung der Widersprüche ergeben in ihrer Gesamtheit die wesentliche Beschaffenheit der Sprache : ihr Dasein, ihre Bewegung, und zwar in einer Weise, dass sie als ein immer geeigneteres — nie vollkommenes — Mittel zur Erfüllung beider Bedürfnisse reproduziert wird. Die Widersprüchlichkeit beider Richtungen entstand aus dem gesellschaftlichen Sein des Menschen. Die Bewegung in ihrer Widersprüchlichkeit wird dadurch zur Grundlage der Eigenart, der unerschöpflichen Fruchtbarkeit der Sprache ». Manuscrit, 663 et 664.

(33) Albert BRIMO, « La notion de rationalisation du droit dans la sociologie juridique de Max Weber », dans *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, en particulier p. 24.

droit qui peut acquérir une généralité sociale considérable et une grande subtilité en ses moyens — et qui est en même temps pourtant une marque, ou positivement, ou négativement appréciable de la vie du droit (34). Pour une ontologie du droit, la manipulation n'est rien d'autre qu'une conséquence fonctionnelle de l'objectivation formellement rationalisée du droit, qui, en tant que deuxième pôle de la contradiction inhérente au droit (notamment, contradiction entre les besoins simultanés de son objectivation et du dépassement pratique de cette objectivation), est un complément et un corrélatif indispensables du premier.

IV. — *Récapitulation*

L'objectivation du droit et son organisation en structures formellement rationalisées sont indissolublement nécessaires à un degré donné du développement social. En parallèle avec la socialisation de la société, c'est-à-dire avec la reproduction du complexe total social englobant un ensemble de complexes de plus en plus autonomes, la forme juridique passe elle aussi à l'avant-plan d'une manière toujours mieux accentuée, en s'organisant en une structure de plus en plus spécifique. Avec sa validité *formelle*, cette forme objectivée devient accentuée d'une manière que, dans la plupart des systèmes de réglementations modernes — et avant tout dans la conception « déductive » de l'application européenne du droit — c'est comme si cette forme même prêtait le caractère juridique à la médiation effectuée par le moyen du droit. Or, en même temps, ce qui, de telle ou telle manière, et sur telle ou telle base, agit comme médiateur correspond à l'être social existant justement comme tel. Il nous faut donc aboutir à la conclusion que l'objectivation linguistique n'est en principe qu'une *base de référence*, dont la *réalité* uniquement pertinente du point de vue de l'existence sociale est donnée par son état — sa mise en pratique, etc. — correspondant à l'être social existant justement comme à tel ou tel moment. De cela résulte une autre conclusion. Notamment, qu'il n'existe en principe qu'un droit manipulé; un droit qui se trouve dans le processus d'être manipulé continuellement. En principe, donc, le droit est une continuité toujours en mouvement dans laquelle il ne reste rien d'autre statique et identique avec soi-même que le texte, cette totalité concrète des signes linguistiques, etc., considéré comme base de référence.

De nombreux autres facteurs influencent encore les rapports mutuels entre l'objectivation du droit et la pratique sociale se réalisant par sa médiation (c'est-à-dire le cadre, la mesure et la manière de la manipulation pratique du droit). Ces facteurs peuvent caractériser d'une manière déterminante la

(34) Cf., en ce sens, EÖRSI, Gyula, *Comparative Civil Law*, Budapest, Budapest, Akadémiai Kiadó, sous presse, chap. IX.

physionomie concrète de tel ou tel complexe historiquement développé de la médiation par le moyen du droit. Il s'agit avant tout des attentes — fixées aussi formellement dans les structures de normes juridiques ou paraissant en idéologies spécifiques (p. ex., en celle de l'application du droit), imprégnant telle ou telle branche de l'activité des juristes — et qui, dans un système donné, déterminent les conditions de l'utilisation des structures de normes en tant que base de décision. Dans notre culture juridique, de telles attentes sont celles qui postulent l'application directe — « déductive » — des textes linguistiques porteurs des structures de normes.

Ce sont précisément de tels postulats qui jalonnent (au moins formellement : pour l'apparence, l'idéologie et les expectatives ayant un caractère officiel) les voies de mouvement des processus particulièrement caractéristiques pour le droit. C'est pour cette raison que même leur examen séparé, restant au niveau des postulats officiels sans considérer les corrélations ontologiques de leur réalisation sociale, est indispensable pour la science du droit. Néanmoins, tenant compte de deux circonstances fondamentales — d'une part, que l'objectivation des structures de normes formellement rationalisées et de leur système ne forme qu'un côté de la médiation par le moyen du droit, auquel appartient inséparablement l'application pratique de ces objectivations, ce qui a comme conséquence leur manipulation déterminée par les besoins de leur fonctionnement ayant une existence réelle, et, d'autre part, que *par ailleurs* la médiation juridique *ne pourrait pas* sauter par-dessus les limites imposées par la médiation linguistique, donc, en principe, elle ne pourrait tout au plus qu'atteindre des approches, avoir recours à des classifications généralisantes (c'est-à-dire l'équivoque n'est pas une dégénération, mais plutôt la qualité la plus spécifiquement inhérente de la médiation linguistique comme telle) —, ces postulats mêmes doivent être considérés comme relatifs : déterminés et limités par les possibilités des moyens de la médiation juridique et par le mouvement du complexe social total.

Bien entendu, tout comme dans une idéologie religieuse, politique, etc., au nom de laquelle un pouvoir est exercé, ontologiquement, ce n'est pas le texte servant de base de référence pour la pratique qui est intéressant, puisque la réalité n'a pas à être reconstruite à partir de cette base de référence, mais à partir de la pratique vivante, provenant de son interprétation et manipulation continues, on peut également soulever le point concernant le droit : ontologiquement, ce ne sont pas les signes linguistiques du texte objectif qui sont en leur identité abstraite intéressants, puisque seuls l'interprétation, le fonctionnement, etc., deviennent socialement existants, derrière lesquels se trouve une pratique effective. Ce point de vue doit être fondamental pour le *social scientist* et pour cette raison même le juriste doit également le prendre en considération. En même temps, ce point de vue n'annule pas les points de vue spécifiquement propres à la science du droit, dont la plupart reposent sur les postulats mentionnés auparavant. Ce point de vue ne fait que désigner

dans le mouvement du complexe social total la place que ces postulats peuvent en fait occuper.

Par conséquent, la conclusion finale ne pourrait être que le caractère social complexe du droit. C'est ce qui à la phase actuelle du développement de civilisation (en tant que marque la plus spécifique de la médiation effectuée par le moyen du droit) exige la formalisation ainsi que la rationalisation formelle du droit, bien que leur immobilité et autonomie relatives soient continuellement percées au cours de l'application du droit aux continus effectifs de la pratique sociale. Pour cette raison, les catégories juridiques développées dans la culture européenne continentale, considérées comme étant *grosso modo* invariablement fondamentales (p. ex., l'exigence de la légalité formelle, ou du traitement et de l'application logistiques du droit d'une conséquence formelle), ne peuvent être objets de rôle et d'investigation quelconques véritablement sociaux que dans la sphère de la forme de l'existence ontologique du droit, de son caractère pratiquement déterminé par le complexe social total, c'est-à-dire de son caractère social se faisant aussi directement prévaloir.

Chose juridique et réification en droit : Contribution à la théorie marxiste sur la base de l'Ontologie de Lukács

par Csaba VARGA

Institut des Sciences juridiques et politiques de l'Académie des Sciences de Hongrie

- I. « Ding » ou *Verdinglichung* » dans la philosophie marxiste ?
- II. Chose juridique comme rapport social.
- III. Objectivation et réification comme propriétés essentielles de la vie réelle du droit.
- IV. Conclusion.

I. — « DING » OU « VERDINGLICHUNG » DANS LA PHILOSOPHIE MARXISTE ?

Les choses, les biens juridiques, les objets du droit (*Rechtsgut*), les choses d'intérêt juridique, les objets des rapports juridiques, etc. — sont des notions auxquelles nous avons recours chaque jour, à la fois dans la pratique juridique et dans la réflexion théorique sur le droit. Il s'agit, d'une part, de catégories par lesquelles le droit s'exprime lui-même, d'autre part, des composants, des poutres maîtresses, voire dans certaines cultures juridiques, des cadres conceptuels de la « *Weltanschauung* » des juristes, c'est-à-dire de l'idéologie juridique s'insinuant dans chaque instant de la vie pratique du droit. Ce sont les produits d'un long développement historique. Leurs racines remontent jusqu'aux origines de l'appréhension scientifique du droit : jusqu'aux germes de la généralisation abstraite en droit romain classique tardif et jusqu'à la naissance de la science juridique dogmatique moderne procédant à une analyse et à une systématisation des notions juridiques.

Le trait commun de ces catégories consiste le plus manifestement en ce fait qu'elles sont toutes métajuristiques, c'est-à-dire qu'elles saisissent l'extérieur à partir du monde du droit. Mais il ne s'agit pas simplement de ce que ce sont des notions dont la teneur concerne la réalité extérieure. En simplifiant d'une

certaine manière, nous pourrions avancer qu'il y a, *premièrement*, des notions juridiques dont l'aire sémantique relève exclusivement du droit ; *deuxièmement*, des notions dont la signification, donnée par le droit positif, concerne la réalité extérieure (en contenant la qualification juridique de cette dernière), et, *troisièmement*, des notions dont la tâche est précisément de définir les rapports entre les règles de droit et la réalité extérieure (c'est-à-dire la sphère de la réalité qui est soumise à une qualification juridique quelconque). A vrai dire, les catégories dont il est question ici appartiennent précisément à cette troisième classe de notions. Si, dans l'intérêt de la pureté méthodologique, nous acceptons l'exigence selon laquelle il faut faire une distinction entre les approches « intérieures » et « extérieures » (notamment entre déterminations, structures intérieures, etc., spécifiques au droit, d'une part, et l'examen du point de vue de leur détermination socio-économique globale, de l'autre) (1) — ce qui, par ailleurs, n'est plus qu'une illustration de la thèse fondamentale de l'Ontologie de Lukács en vertu de laquelle la société est un complexe de complexes dans lesquels les différents complexes doivent être examinés, du fait de leur autonomie relative, à la fois en eux-mêmes et à travers le rôle qu'ils jouent en fonction du mouvement du complexe global (2) —, en ce cas les catégories en question doivent être placées exactement au point de rencontre de l'« intérieur » et de l'« extérieur ». En effet, il ne s'agit de rien d'autre que des qualifications faites par le complexe juridique se référant à soi-même, au regard des lignes de démarcation à tracer entre le complexe juridique et d'autres complexes.

Le programme préalable du Séminaire organisé par le Centre de Philosophie du droit de Paris au sujet des *Recherches sur les notions de bien et de chose juridiques* témoigne d'au moins quatre hypothèses pleinement correctes, méritant toute recherche ultérieure. *Premièrement*, les notions de « chose » ne sont pas propres à une branche donnée du droit (droit privé). Ce sont des notions qui, pour des raisons aisément concevables, se présenteront d'une façon privilégiée dans le droit privé, où elles acquerront une importance primordiale, tout en imprégnant fondamentalement toutes les branches du droit : elles informent la totalité du droit en tant que facteurs discriminants entre le *juridique* et le *non-juridique*. *Deuxièmement*, les notions de « chose » sont des catégories historiques. Elles se développent en fonction du développement social, tout en intégrant dans le système juridique une partie toujours croissante de l'environnement naturel et social de l'homme. *Troisièmement*, la conception de « chose » en droit est propre aux différentes cultures juridiques, ainsi qu'aux traditions et aux idéologies de

(1) EÖRSI (Gyula), *Jog — gazdaság — jogrendszer-tagozódás*, Droit — économie — division du système juridique, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1977, p. 7 et s.

(2) LUKÁCS (György), *A társadalmi lét ontológiájáról*, De l'ontologie de l'être social, vol. II, Budapest, Magvető, 1976, p. 139 et s. Sur son interprétation dans la théorie juridique, cf. VARGA (Csaba), *La question de la rationalité formelle en droit* : Essai d'interprétation de l'Ontologie de l'être social de Lukács, A.P.D., XXIII, Sirey, 1978, p. 226 et s.

réglementation. *Quatrièmement*, la conception de « chose » change non seulement historiquement et en fonction de l'établissement juridique, mais aussi en fonction des systèmes philosophiques et, notamment, des différentes ontologies.

Ces hypothèses semblent inspirer, même sans avoir aucun matériel de preuve en plus, deux conclusions préalables. *Premièrement*, les notions de « choses » en droit n'adhèrent que dans leur *genèse* à la notion de chose proprement dite, au sens matériel-objectif. Car, en tant que catégories organisatrices de la technique juridique, elles s'engagent très tôt sur une voie autonome, vivant leur propre vie, au cours de laquelle elles arrivent à être appliquées comme catégories réifiées. *Deuxièmement*, il faut voir que le conditionnement socio-historique du concept de « chose juridique » est simplement une espèce de la détermination sociale générale qui assure une relative autonomie aux différents complexes sociaux tout en les délimitant par d'autres complexes, c'est-à-dire un processus dans la détermination finale duquel le mouvement général du complexe social global se présente comme l'élément prédominant. Cependant, une telle reformulation par Lukács d'une des thèses classiques du marxisme ne présente qu'un cadre général dans lequel — du point de vue ontologique — les événements sociaux se déroulent en interactions multiples. La réalisation abstraite de ces interactions est absolument inéluctable, alors même que leur occurrence actuelle et concrète ne l'est pas ; cela d'autant moins qu'elle dépend, une fois encore, des interactions avec d'autres facteurs. En ce qui concerne, par conséquent, la corrélation historique entre les conceptions de « choses juridiques » et les tendances philosophiques ou ontologiques correspondantes, il semble certain qu'existent des rapports qui doivent pouvoir faire l'objet de recherches opportunes, passionnantes, et promettant d'être fructueuses. Par contre, en ce qui concerne les rapports concrets entre la conception de « chose » du droit socialiste et l'ontologie marxiste, je dois probablement décevoir l'espérance de mes collègues français.

C'est un fait bien connu que dans l'histoire de l'humanité la révolution socialiste a été la transformation sociale qui, à l'égard des bases philosophiques et idéologiques, fut préparée et exécutée de la manière la plus conséquente. Or, il semble que le monde intérieur du droit ait été atteint à l'improviste par la révolution. D'une part, l'ensemble du dispositif théorique devait se concentrer sur des questions décisives au point de vue de la conquête du pouvoir de même que sur des postulats téléologiques visant les bases de l'édification de la nouvelle société, et, d'autre part, il s'agissait d'un passage à un nouvel ordre socio-économique, et par conséquent, les germes d'un droit socialiste ne pouvaient point apparaître au sein de l'ordre précédent, à la différence, par exemple, de la rédaction du *Code civil* français qui a pu s'inspirer du travail doctrinal de plusieurs siècles. En définitive, tout cela a eu pour résultat que, *premièrement*, dans la période de sa formation le nouveau droit cherchait sa propre expression adéquate dans l'attrait des extrêmes (dans l'utopie du dépérissement immédiat du droit ou, tout au moins, de sa laïcisation complète, d'une part, et dans l'héritage

juridique et même terminologique de la culture juridique bourgeoise, d'autre part), et que, *deuxièmement*, les nouveaux codes, outre des différences de bases politiques et de principes fondamentaux, ne pouvaient puiser leurs solutions techniques ainsi que leur cadre notionnel que dans l'héritage bourgeois, notamment dans le trésor des techniques de « *legal engineering* », accumulées au cours des millénaires. Si ces considérations paraissent, pour l'heure, vagues, à la relève d'un niveau de généralisation théorique, elles s'illustrent clairement à l'examen de n'importe quel domaine partiel concret du droit, par exemple dans le cas du code civil de la R.S.F.S.R. de 1922 et dans ses sources (3).

On peut dire que les notions de « choses juridiques » ont subi, par une influence directe de la philosophie marxiste, des changements d'autant moins importants qu'elles se présentent comme purement techniques, ayant plus spécifiquement le caractère de « choses ». La contribution originaire du marxisme ne prévaudra donc que dans la seule mesure où l'on s'éloignera des notions matérielles-objectives de chose et de ses dérivés analogiques pour en arriver aux pures fictions et aux catégories abstraites de la théorie juridique telles que les objets du droit, les choses d'intérêt juridique, les objets des rapports juridiques, etc.

Et c'est ici que nous en arrivons enfin à notre question : « *Ding* » ou « *Verdinglichung* » dans la philosophie marxiste ? De fait, le caractère indirect de la contribution du marxisme ne s'explique pas seulement par la nature pragmatique de la notion juridique de « chose », mais aussi par la structure intérieure de la philosophie marxiste. Notamment, la chose considérée comme telle n'est absolument pas première dans l'ordre de la réflexion philosophique marxiste ; ce n'est que l'examen du phénomène de la réification qui y jette un peu de lumière, en tant que phénomène duquel cette réification a dérivé. Or, il y a bien une affirmation positive latente dans le fait que la philosophie marxiste n'accorde son attention à la chose qu'en tant que condition naturelle à la réification. A savoir, la

(3) Cf. PFAFF (Dieter), *Die Entwicklung der sowjetischen Rechtslehre*, Köln, Wissenschaft und Politik, 1968, p. 115 et s., VARGA (Csaba), *Az elméleti jogi gondolkodás néhány vonása a Magyar Tanácsköztársaságban*, Quelques éléments de la pensée juridique théorique dans la République des Conseils Hongroise, Allam-és Jogtudomány, XII, 1969, 2, p. 324-334, et pour des éléments de réflexion sur les illusions utopistes VARGA (Csaba), *Utopias of Rationality in the Development of the Idea of Codification*, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, LV, 1978, 1, en particulier p. 31 et s. Cf. avant tout les lettres de février 1922 de LENINE écrites à Koursky, les écrits de KOURSKY de cette époque, l'œuvre théorique précoce de Stoutchka, parmi celles-ci en premier lieu STOUTCHKA (P), le cahier intitulé *Das problem des Klassenrechts und der Klassenjustiz*, Hambourg, Hoym, 1922, ainsi que les études d'AMHTEATROV et de GOYKHBARG, et en forme adaptée REICH (Norbert), *Sozialismus und Zivilrecht*, Frankfurt am Main, Athenäum, 1972, p. 153 et s., en tant que position plus ou moins négative NENOVSKY (Néno), *K voprosou o tak nazyvamom duguisme v Sovetskoy pravovoy nauke i v sovetskom zakonodatelstve 20-kh godov*, Sur la question dite du Duguisme dans la science juridique soviétique et dans la législation soviétique des années 20, Godichnik na Sofiysky Universitet, Youriditcheskyy Fakoultet, LXII 1972, p. 107-141, alors que comme analyse partielle orientée sur le problème, SOLYOM (László), *A polgári jogi felelősség hanyatlása*, Le déclin de la responsabilité du droit civil, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1977, p. 158 et s.

définition des choses par leurs connexions sociales, par le fait qu'elles sont socialement « informées », c'est-à-dire par leur élévation d'une existence purement *naturelle* à la sphère de l'existence *sociale*. Nous parvenons ainsi à un problème que Marx a dû affronter, dès la période des *Manuscrits de 1844*, pendant toute sa vie, et qui a constitué une des réflexions centrales tant du jeune Lukács publiant son *Histoire et conscience de classe* que du Lukács laissant en héritage son chef-d'œuvre posthume : *Zur Ontologie des gesellschaftlichen Seins*.

Nous devons donc orienter nos recherches dans deux directions autonomes, à savoir : dans le sens du déploiement de la nature sociale des conceptions juridiques de « chose » (chap. II), et dans celui de l'analyse philosophique de la réification en droit (chap. III).

II. — CHOSE JURIDIQUE COMME RAPPORT SOCIAL

En ce qui concerne l'objet du droit de propriété, le code civil hongrois ainsi que les manuels définissent la notion de chose comme objet corporel pouvant être pris en possession. Or, il y est immédiatement ajouté que sont aussi considérés comme choses l'argent, les titres, ainsi que toutes les forces de la nature pouvant être exploitées comme des choses (4).

Et c'est ainsi que nous nous trouvons déjà au cœur de notre problème. Même si l'on n'esquisse le développement du droit qu'en ses contours, on doit parler de l'élargissement successif de la sphère des « choses » et de leur transformation en une notion presque infinie. Dans le premier système juridique qui eût exigé, en conséquence de l'apparition massive des rapports d'échanges de marchandises, la généralisation abstractive — c'est-à-dire dans l'Ancien Droit romain —, la notion de « chose juridique » avait déjà largement dérivé par rapport à celle de chose au sens propre du mot. L'achat et la vente de choses futures (*emptio rei futurae*, *emptio spei*) mettent, à vrai dire, la notion de chose entre guillemets, cependant que la subordination des obligations à la notion par elle-même contradictoire de *res incorporalis*, la supprime. L'élargissement ultérieur de la notion de « chose » — en particulier au cours du développement de la société bourgeoise — se produit déjà comme une réaction en chaîne. Non seulement le droit et la créance deviendront « chose », mais il en ira de même pour la main-d'œuvre. Et dans la mesure où les connaissances humaines deviennent une force de production, se transformeront en « choses » le travail intellectuel, puis ses produits, les idées aussi, de même que, à travers le droit d'auteur, ses attributions devenues autonomes. Dans le cycle d'échange de marchandises l'argent va devenir un agent médiat. Il représentera une valeur abstraite, comme le feront par la suite les titres boursiers ou les effets de commerce qui n'incorporent que des droits relatifs à une

(4) Alinéas 1 et 2 de l'article 94 de la loi No IV de l'an 1959 et VILÁGHY (Miklós), *EÖRSI* (Gyula), *Magyar polgári jog*, Le droit civil hongrois, vol. I, Budapest, Tankönyvkiadó, 1973, p. 169.

certaine valeur. Ce qui signifie qu'on a là des choses réelles dont, précisément, la nature physique-sensorielle n'a qu'un intérêt secondaire.

C'est pendant l'essor libéral suivant l'euphorie de la révolution bourgeoise qu'est institutionnalisée la protection des droits de la personnalité qui s'étend de l'intégrité corporelle et intellectuelle de l'homme jusqu'à son image, sa voix, son honneur et sa réputation, voire jusqu'au secret de ses communications privées. Parallèlement à l'évolution qui voit la substitution du capitalisme monopoliste au capitalisme libéral des petites entreprises, ceux qui, parmi ces droits, revêtent une certaine importance dans la conduite des affaires, vont bientôt être affirmés en tant que droits des entreprises. C'est ainsi que deviennent « choses » la dénomination, la renommée, le prestige des firmes : par exemple l'inviolabilité de la gestion des affaires (comme droit pour toute entreprise installée et en exercice) dans la jurisprudence de l'article 823 du code civil allemand ; ou bien l'intégrité et les secrets de la gestion intérieure (à titre de protection de la « personnalité économique ») en Suisse ; ou encore la protection de la renommée d'affaires (au nom du « *good will* ») en Angleterre.

Nous sommes aussi témoins d'un élargissement dans d'autres directions. La sphère extraordinairement vaste des choses qu'il n'a jamais été question, pendant des millénaires, de soumettre un jour à la maîtrise des hommes (*res communis omnium*) s'est soudain rétrécie à la suite du progrès économique et technologique des dernières décennies. Les océans deviennent — grâce à la pêche industrialisée — des magasins de denrées vivantes ; l'eau de la mer devient la matière première des grandes usines chargées de dessalage ; les icebergs, ces concentrés d'eau deviennent des objets de livraisons commerciales ; l'air devient la matière brute essentielle de certaines usines chimiques ; et même, peut-être dans un proche avenir, la surface des satellites et des planètes deviendra aussi une « chose » susceptible d'être expropriée par l'homme.

Quelles conclusions faudrait-il tirer de tous ce que nous venons de dire ?

Premièrement, au cours de l'évolution sociale une part toujours croissante de l'environnement naturel et social de l'homme est soumise à une expropriation sociale, et ainsi elle s'intègre à la réglementation juridique. Ce n'est pas simplement une question d'extension : la réglementation juridique intègre non seulement quantitativement l'existence sociale de l'homme, mais aussi, et dans une mesure de plus en plus accrue, dans sa profondeur. Ainsi, de ce point de vue, « la socialisation de la société » — c'est là une des catégories les plus importantes de l'Ontologie de Lukács pour signifier la tendance du développement — n'est rien d'autre que l'auto-expropriation institutionnalisée de plus en plus élargie par la société elle-même de sa propre existence.

Deuxièmement, en conséquence d'une telle « auto-expropriation » institutionnalisée, quelque chose de nouveau, n'ayant pas existé jusque là, est créé. La différence peut être clairement réflétée par une constatation de Marx, selon laquelle « il serait juste de dire qu'il existe des familles, des clans qui ne font

encore que *posséder*, mais qui n'ont pas de *propriété* » (5). Par la réglementation juridique, la facticité, en soi muette, sera relevée par une légalité institutionnalisée.

Troisièmement, la nature sociale de ce processus est déjà perceptible si l'on considère l'historicité et la forme institutionnalisée du passage à la « chose juridique ». De fait, une forme particulière lui est conférée par la reconnaissance qu'il ne s'agit plus ici de choses *in se*, mais exclusivement de leur existence telle qu'elle leur est conférée par nous. D'une façon latente, déjà, l'assimilation en droit romain de la *res corporalis* avec la *res incorporalis* témoigne de ce que la réglementation met en relation connexe non pas des choses en relation muette les unes avec les autres, mais des personnes situées dans des rapports donnés avec leurs propres biens, leurs revendications sur les biens, etc. C'est précisément pour cette raison que l'ensemble des choses et des non-choses concrètement défini du point de vue social et historique, ne deviendra une chose dans la réglementation juridique que dans la seule mesure où il sera porteur et/ou catalyseur des rapports sociaux essentiels du point de vue des conflits de classe, etc. Cela revient à dire que l'intégration dans la réglementation juridique ne suppose pas sur un plan distinct, des choses existant en soi, d'une part, et du *droit*, d'autre part, mais plutôt un processus dialectique dans lequel le développement des rapports sociaux suppose l'élargissement de l'existence sociale par de nouveaux composants. Et c'est précisément la légalisation institutionnalisée de cet élargissement purement factuel, entraîné par une nécessité politique, économique, etc., qui exigera la qualification comme « choses juridiques » de ces composants, et ainsi leur soumission à la réglementation.

Quatrièmement, nous devons voir qu'il s'agit ici d'un processus de réaction en chaîne au cours duquel, sur les « choses » n'ayant plus le caractère de chose, de nouveaux éléments sociaux, exigeant eux-mêmes également une réglementation juridique, se superposent, parvenant en fin de compte, par ce processus d'abstractions successives, à une distance définitivement insurmontable des choses proprement dites. A savoir, dès que, à la suite de l'abstraction de la chose réelle, est constituée la « chose » au sens juridique, de nouvelles abstractions, de nouvelles « choses juridiques » se superposent en conséquence, et ce processus, finalement, s'élargit dans une si vaste mesure que la « chose juridique » perd complètement les liens la rattachant au monde matériel, ne les conservant que du point de vue génétique.

Cinquièmement, c'est précisément cette croissance en catégorie universelle qui révèle qu'il ne s'agit pas ici d'une falsification gnoséologique de la notion de chose, mais de sa transformation en un moyen technique de l'action pratique. Pas davantage ne peut-on dire que ce sont des notions analogiques. En effet, si le raisonnement analogique peut prétendre avoir joué un certain rôle historique,

(5) MARX (Karl), *Introduction générale à la critique de l'économie politique*, dans : Marx, Œuvres, Économie, Ed. établie par Maximilien Rubel, Paris, 1963, p. 256.

cette circonstance n'influence toutefois nullement le caractère propre de ces dernières. Les notions de « choses juridiques » ne sont que des fictions, moyens désormais traditionnels, pour la technique juridique, de distinguer les « objets », « choses », « biens » d'intérêt juridique de ceux qui ne portent actuellement aucun intérêt juridique.

Est-ce à dire que, dans la plupart des cas, les techniques elles-mêmes sont conservatrices et que, seules, les philosophies et les idéologies qui se trouvent à la base des mouvements sociaux rendent leur utilisation révolutionnaire ? En tout cas le manuel hongrois de droit civil en prend bien le chemin quand, en se référant ouvertement au développement capitaliste, il énonce : « C'est dans ce sens que la science socialiste du droit a repris et utilise la notion de chose » (6).

On pourra aisément se convaincre à partir de quelques exemples, de la mesure dans laquelle cette expression fictive de la technique juridique est devenue un principe de structuration du raisonnement juridique.

Dans le domaine de la responsabilité pour faute en droit civil, par exemple, on parle traditionnellement de la responsabilité des personnes, tout en recherchant une quasi-culpabilité morale ou de droit pénal afin de la sanctionner bien que du point de vue des faits économiques il s'agisse d'une question ne concernant que les biens, en l'espèce de la participation de certains biens à la répartition du dommage.

Toute une théorie des personnes morales a été échaffaudée à l'image de la personne réelle, en tant que pure fiction. Leur nature nettement postulée, réelle uniquement en tant que principe structurant du raisonnement juridique, ne se vérifiera d'une manière évidente que si l'on parle également de la responsabilité pour les dommages causés par les entreprises en termes de culpabilité. Parmi ces constructions, la jurisprudence française semble se détacher en consacrant, en vertu de l'article 1384 du Code civil, une responsabilité pour le dommage causé par le fait des choses. Cette construction apparaît comme particulière car les choses y sont apparemment personnifiées comme sujets du fondement du dommage. En réalité, il s'agit, au contraire, d'une désanthropomorphisation. Et c'est précisément ici que le caractère artificiel des constructions « anthropomorphisantes » apparaît pleinement. On sait que selon Lukács la science comme telle a été créée et s'est trouvée à même d'influer sur les processus naturels et sociaux d'une façon adéquate à leurs propres lois objectives, dès lors qu'elle s'était désanthropomorphisée : contrairement à la réflexion religieuse, notamment, elle cessa de projeter le vécu psychique de l'individu, s'efforçant plutôt de faire apparaître ces processus à partir des données effectives de son propre mouvement (7). A vrai dire, la tendance anthropomorphisante de la construction de la responsabilité pour dommage renvoie bien, dans sa conception, au traitement de

(6) VILÁGHY — EÖRSI, p. 170.

(7) LUKÁCS (Georg), *Die Eigenart des Ästhetischen*, 1. Halbband, Neuwied, Luchterhand, 1963, chap. II.

la responsabilité en tant que rapport social, néanmoins, du point de vue de sa connaissance réelle, une telle conception est sans valeur puisqu'elle falsifie en même temps le mouvement réel des processus économiques concrets.

En ce qui concerne, par contre, la protection des droits de la personnalité, nous sommes ici tentés par une certaine conception de la « chose » comme source de difficultés permanentes et de précarité des situations. D'une part, il est indubitable que la possibilité de leur sanction judiciaire est une nécessité expressément politique. Mais, d'autre part, on peut raisonnablement douter que cela puisse avoir un rapport quelconque avec le droit civil. Tantôt, ce semble être le triomphe de la conception socialiste qui tend à réserver une indemnisation *non-matérielle* à un dommage *non-matériel*, et l'on considère dépassée par là-même la conception bourgeoise qui réduit le moral au pécuniaire, tantôt, par contre, des efforts sont déployés pour que la protection de la réputation, par exemple, soit ramenée à des considérations matérielles (comme à la réussite dans la vie ou dans le travail). De tels signes peuvent être observés dans la pratique judiciaire soviétique ; en ce qui concerne la Hongrie, le législateur vient de prévoir « une indemnisation équitable » en cas de dommage non-pécuniaire rendant la vie « plus difficile », « dans des conditions durables et graves » (8).

En considérant la question en termes plus généraux, on peut établir que si la mise au premier plan du droit civil correspondait historiquement aux périodes caractérisées par les petites entreprises de la production de marchandises (Rome antique, capitalisme libéral), à l'époque des grandes entreprises les structures autonomes devront être refoulées au second plan (9). Si l'on se réfère à l'avertissement de Lénine concernant le socialisme (10), c'est la conception des administrateurs et des administrés, propre au droit public, à laquelle correspond l'expansion croissante des moyens administratifs, de droit économique, etc., qui passe au premier plan. Sans partager les énonciations de Maine ou de ses critiques, nous pouvons accepter figurativement la thèse déjà formulée par son contemporain en vertu de laquelle le développement menant du *status* vers le *contractus* cède de nouveau sa place à des liaisons de complexes à caractère de *status* (11).

(8) Loi No IV de l'an 1977 sur le code civil hongrois, art. 354.

(9) Cf. EÖRSI (Gyula), *Fundamental Problems of Socialist Civil Law*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1970, p. 9 et s.

(10) « Nous ne connaissons pas d'affaires privées, pour nous, dans le domaine de l'économie tout est affaire de *droit public* et non pas de *droit privé* ». LÉNINE, V.I., une note pour D. I. Koursky, le 20 février 1922, dans : *Sotchinenia*, Œuvres, vol. XXXVI, Moscou, Gosizdat, 1957, p. 518.

(11) MAINE (Sir Henry), *Ancient Law*, with introduction and notes by F. Pollock, 5th ed. London, 1906, p. 174. La remarque de POLLOCK, p. 183-185. Au sujet de l'appréciation critique de la littérature occidentale contemporaine sur cette question cf. HARMATHY (Attila), *Változások a szerződések burzsoá elméletében*, Modifications dans la théorie bourgeoise sur les contrats, Állam és Jogtudomány, XVII, 1974, 4, p. 585 et s. et EÖRSI (Gyula), *Comparative Civil (Private) Law*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1979, chap. VI.

La tendance observable actuellement dénote une contradiction particulière. La conception de « chose juridique » se sépare résolument de la chose proprement dite, bien que la dialectique du processus assure un équilibre spécifique avec le développement simultané de la tendance opposée. Notamment, l'homme et son environnement s'intègrent de plus en plus complètement et sans restriction au complexe social global au sein duquel est préservé, dans la détermination finale, le poids déterminant de la sphère économique. En reprenant les termes de Lukács, au cours de la socialisation continue de la société, des complexes toujours plus complexes vont être établis, tout en assumant d'une manière toujours plus différenciée leur rôle déterminant au sein du complexe global. Mais ce développement, loin de le reléguer au second plan, différencie plutôt encore davantage le rôle joué par la détermination de l'économique en dernière analyse.

En ce qui concerne, par ailleurs, la teneur des conceptions de la « chose » juridique sur un plan spécifique, dans le cercle de la théorie des rapports juridiques, dès la seconde moitié des années cinquante, les débats ayant eu lieu en Union Soviétique visaient encore à ramener à un dénominateur commun, d'une manière quelconque, les choses et les attitudes en tant qu'objets des rapports du droit civil (12). Il était néanmoins évident que cet essai de compatibilité était voué à l'échec. Tant à l'égard de la conception de l'*objet juridique* qu'en ce qui concerne la conception de l'*objet des rapports juridiques*, la teneur des rapports sociaux en tant que teneur décisive, essentielle, déterminante, avait remporté la victoire. Par conséquent, au niveau général de la théorie il s'agit dans tous les cas d'une attitude déterminée en tant qu'expression de rapports sociaux donnés (13) qui sont reflétés par le droit civil « sous la forme de rapports de sujets juridiquement autonomes des biens séparés » (14), alors que le droit pénal (comme somme actuelle des débats séculaires allant de la conception sensorielle-matérielle de l'objet juridique jusqu'à l'affirmation de la construction artificielle) (15) affirme que « l'objet protégé ... fait partie — en tant que partie détachée — du mécanisme compliqué des rapports sociaux dont la protection est un impératif prévu par le droit pénal » (16). On ne saurait sous-estimer la portée de cette prise de position, surtout si l'on pense qu'il existe une opinion dominante selon laquelle « la théorie marxiste du droit est finalement une théorie des rapports de droit » (17).

En guise de récapitulation nous pouvons avancer que les notions de « chose » en droit sont des catégories non-cognitives. Ce ne sont pas les reflets de la réalité,

(12) Cf. par exemple les constatations faites en ces temps par AGARKOV, ALEXANDROV, ALEXEYEV, DENISOV, GENKINE, KETCHEKYAN, KERIMOV, KOROLYEV, CHARGORODSKY, etc.

(13) SZABÓ (Imre), *A szocialista jog*, Le droit socialiste, Budapest, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1963, p. 373.

(14) EÖRSI, *Fundamental Problems of Socialist Civil Law*, p. 16.

(15) Quant à leur aperçu cf. SCHULTHEISZ (Emil), *A jogtárgy*, L'objet du droit, tiré à part des Nos 3-4 et 5-6 de *Jog*, V, 1938.

(16) WIENER (A. Imre), *A hivatali büntettek*, Les infractions professionnelles, Budapest, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1972, p. 76.

(17) SZABÓ (Imre), *Les fondements de la théorie du droit*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1973, p. 31.

mais des « constructions humaines artificielles » (18) ayant pour objet d'influencer la réalité par l'établissement de certaines règles du jeu ainsi que par leur mise en valeur. Il s'agit des moyens purs de la technique juridique qui doivent eux-mêmes, selon Lukács, être examinés non pas gnoséologiquement, mais, comme instruments pratiques d'influence sociale, ontologiquement, dans l'accomplissement de fonctions ayant elles-mêmes leur propre existence sociale. La question n'est donc pas de savoir si les « choses juridiques » sont de vraies abstractions à partir desquelles nous pouvons retourner, épistémologiquement, aux choses proprement dites, mais uniquement de savoir si elles sont des constructions adéquates pour faire fonctionner d'une façon satisfaisante le complexe social de la façon dont l'exige le complexe social global (19).

De ce que nous venons de dire s'ensuit que la conception de « chose » comme principe de structuration du raisonnement juridique ne saurait en soi être critiquée. Autre est la question de savoir si sur la base du principe méthodologique dit du rasoir d'Occam — *non est ponenda pluralitas sine necessitate* (20) — il y a des tentatives de plus en plus affirmées de faire reculer cette construction comme expression non-adéquate, et de décrire les processus économiques et juridiques se déroulant en fait sans leur support. La réduction des principes d'explication rend plus aiguë la rationalité intérieure des développements et peut être d'un apport considérable dans une progression de la métaphysique vers la science, selon un processus continu et ininterrompu (comme on a pu le voir, par exemple, dans les discussions concernant la postulation d'une théorie autonome de la volonté dans la théorie socialiste du droit) (21).

Ce qui importe, c'est en tous cas de bien appréhender les notions de « choses juridiques » dans leur rôle d'*ancilla*, en ne les laissant pas devenir une vision autonome du monde, s'élever à la hauteur d'une catégorie cognitive, d'une expression idéologique qui un beau jour commence à nous maîtriser au lieu d'être maîtrisée par nous. C'est bien une telle situation qui est caractérisée par un jeune philosophe hongrois, faisant référence à l'analyse marxiste du fétichisme de la marchandise (22) : « A l'égard du fétichisme Marx examine comment dans le monde renversé sur sa tête — puisque les rapports sociaux ne sont pas simplement reflétés dans la conscience sous la forme de rapports réifiés, mais ils le deviennent dans le processus réel de la production des marchandises — les rapports existants apparaissent comme des évidences quotidiennes, c'est-à-dire que le fétichisme n'est pas tellement vu dans le renversement, mais plutôt dans le caractère naturel, éternel, évident de ce renversement. C'est ainsi que la

(18) KLAUS (Georg), *Einführung in die formale Logik*, Berlin, VEB Deutscher Verlag der Wissenschaften, 1958, p. 72.

(19) LUKÁCS, *A társadalmi lét ontológijáról*, vol. II, p. 188 et s., 215 et sec., 466 etc. Quant à ses conséquences dans la théorie du droit cf. VARGA, *La question de la rationalité formelle en droit*, p. 226 et s.

(20) OCKHAM (William), *Sententiarum* d. 27 q. 2 K.

(21) VARGA (Csaba), *The Concept of Law in Lukács' Ontology*, *Rechtstheorie*, X, 1979, 3, p. 322 et s.

(22) MARX (Karl), *Le Capital*, vol. I, Paris, Editions Sociales, 1976, p. 68 et s.

conscience renversée du monde renversé, en tant que conscience adéquate, — car en fin de compte une attitude adéquate des producteurs de marchandises est simplement inconcevable sans la conscience du fétichisme de la marchandise — assume sa fonction orientative qui est en même temps aussi protectrice du monde existant »(23).

- III. — OBJECTIVATION ET RÉIFICATION COMME PROPRIÉTÉS ESSENTIELLES DE LA VIE RÉELLE DU DROIT

L'examen des notions d'objectivation et de réification est inconcevable sans éclaircir la notion de l'aliénation, ainsi que leurs rapports mutuels. Or, nous nous heurtons ici immédiatement à une difficulté. L'aliénation est une notion fondamentale dans la conception de la science sociale marxiste. Cette notion, cependant, n'occupe le centre de l'intérêt de Marx que dans les écrits précoces comme les *Manuscrits de 1844* et les *Fondements de la Critique de l'Economie Politique*. Marx reprendra ce thème dans des œuvres ultérieures — ainsi, d'une manière particulièrement précise, dans *le Capital*, au chapitre premier, dans la partie traitant du travail aliéné — mais l'accent, voire la description des notions, et même en partie, la terminologie subiront des modifications, parallèlement avec le déploiement de son œuvre. Par ailleurs, les deux œuvres de Marx mentionnées plus haut, ne furent éditées qu'en 1932 et 1939 ; par conséquent l'étude de Lukács, intitulée *La réification et la conscience du prolétariat* occupe du point de vue de l'histoire de la science une place unique et de premier ordre (cette étude a vu le jour dans le volume édité en 1923 sous le titre : *Histoire et conscience de classe*) puisqu'elle avait avancé d'une manière géniale la problématique de Marx. Cette œuvre, empreinte d'une sorte d'attitude révolutionnaire messianique et très liée à la République des Conseils hongroise, perdue, mais pleine d'illusions, avait été jadis et aussi depuis fortement contestée à ce titre. C'est pourtant en ceci qu'elle attira l'attention et l'intérêt des marxistes de l'époque pour la réification comme substance du capitalisme et pour la rationalisation formelle en tant qu'agent organisateur de cette dernière. De fait, dans sa biographie analytique écrite en 1967 — peut-être afin d'atténuer, avec une intention appuyée, la rigueur de son propre exposé précédent — Lukács se reprochait lui-même d'avoir à l'époque considéré l'objectivation, à la suite de Hegel, comme une catégorie identique à celle de l'aliénation (24).

Lentement, à partir des textes marxistes originaux, se déploie la discussion sur la question de l'aliénation sur le plan mondial ; en dépit d'une littérature immense, aucun résultat net satisfaisant n'a pu être obtenu à ce jour. Certains voient avant tout dans l'aliénation et dans la réification une différence de catégories résultant

(23) ÁGH (Attila), *Az ideológia időszerűsége*, L'actualité de l'idéologie, Világosság, XVIII, 1977, 10, p. 587.

(24) LUKÁCS (Georg), *Geschichte und Klassenbewusstsein*, Neuwied, Luchterhand, 1968, Vorwort, p. 25.

de la logique propre au développement intérieur de l'œuvre de Marx. L'idée est la suivante : l'aliénation correspondait aux analyses du processus de travail du jeune Marx, alors que la réification est l'expression du déplacement du pôle d'accentuation sur la production de marchandises et le fétichisme des marchandises (25). — Il existe aussi des conceptions selon lesquelles il faudrait considérer l'aliénation comme une notion générale qui comprendrait en soi nécessairement la réification en tant que notion particulière. Si nous acceptions ceci, la réification perdrait évidemment son caractère spécifique et ne pourrait tout au plus jouer un certain rôle qu'en tant que porteur de quelques signes de l'aliénation. — On connaît aussi une troisième possibilité d'approche. Selon celle-ci, tant l'objectivation que la réification et l'aliénation sont des catégories spécifiques distinctes qui ne se recouvrent aucunement, bien qu'elles correspondent à un processus d'évolution identique du point de vue historique : l'objectivation peut avoir un effet dans le sens du renforcement de la réification, alors que la réification a un effet dans le sens du renforcement de l'aliénation. C'était, selon nous, la position de Lukács dans son *Ontologie* posthume.

Il est évident que nous n'allons pas nous attacher à prendre une position dans la discussion sur l'aliénation, ni à reconstruire philologiquement les idées soit de Marx, soit de Lukács, ni à répondre en général à la question. Dans une première approche nous devons nécessairement nous appuyer sur le Lukács de *Vers une Ontologie de l'être social*, d'autant plus que nous avons comme but de placer, sur la base de l'analyse effectuée à l'occasion d'un récent séminaire (26), le droit dans l'*Ontologie de l'être social* du point de vue de sa transformation en extériorité, en puissance réifiée.

1° Nous devons commencer notre analyse par le concept d'*objectivation*. Lukács distingue avant tout les notions d'objectivité et d'objectivation. L'*objectivité* est une catégorie naturelle, « c'est le synonyme direct de l'être » (27) ; par contre, l'*objectivation* est une catégorie sociale. Il s'agit d'un processus objectif dans lequel l'état objectif se transforme au cours de l'activité téléologique de l'homme et devient ainsi socialisé, socialement existant pour nous. C'est en ce sens que Lukács écrit : « au cours du travail ... tous les mouvements visent ... principalement à l'objectivation, c'est-à-dire à la transformation téléologiquement conforme de l'objet du travail : l'épanouissement de ce processus se manifeste par le fait que l'objet n'ayant eu jusqu'alors d'existence que dans l'ordre purement naturel se

(25) Cf. ISRAËL (Joachim), *Alienation: From Marx till modern sociology*, Stockholm, Tiden-Barnängen, 1968, et plus récemment ISRAËL (Joachim), *Alienation and Reification*, réimprimé de : *Theories of Alienation*, éd. par R. Felix Geyer — David R. Schweitzer, The Hague, Martinus Nijhoff, sans date, p. 41-57.

(26) Cf. VARGA, *La question de la rationalité formelle en droit*, p. 234 et s.

(27) « Marx ... die Gegenständlichkeit ... als Synonyme mit dem Sein schlechthin bezeichnet hat ». *Zur Ontologie des gesellschaftlichen Seins*, dernier manuscrit tapé à la machine avec des corrections autographes, Archives et Bibliothèque Lukács, Budapest, p. 125. « ... toute existence, en tant qu'existence, est aussi objective ». LUKÁCS, *A társadalmi lét ontológijáról*, vol. III, p. 311. « ... jedes Sein, indem es Sein ist, ist gegenständlich ». Manuscrit, p. 125.

réifie, c'est-à-dire devient socialement utilisable » (28). Lukács écrit autre part que l'objectivation créée par le travail « ne change pas seulement objectivement l'être social, mais elle fait de ce changement l'objet de la praxis humaine et consciente » (29). L'objectivation est en même temps le produit de la socialisation accrue de la société (30) et son vecteur ; l'objectivation n'est autre que « l'existence réellement objectivée et par là-même réellement objective de l'être social » (31).

Nous en sommes à présent au point où nous devons considérer l'objectivation dans ses rapports avec le droit. « Car l'objectivation est effectivement le mode de manifestation immuable de la vie sociale de l'homme. Si l'on considère que chaque objectivation intervenant dans la praxis, ainsi avant tout le travail lui-même, que chaque mode d'expression humaine, ainsi le langage également, objectivent les idées et sentiments humains, etc., il apparaît alors évident que nous avons affaire ici à une forme humaine générale des contacts mutuels des hommes » (32). Il n'y a aucun doute que le droit est une objectivation. Sans rendre compte pour le moment de ses traits spécifiques, nous pouvons constater que le droit est un produit de l'activité pratique de l'homme, plus exactement de sa projection téléologique consciente qui vise l'emprise sur les rapports sociaux de l'homme et, ainsi, sur la totalité de l'existence sociale, la domination sur ces rapports et cette existence. Cela dit, il est évident que n'importe quelle objectivation, intégrée dans le complexe des autres objectivations, en une interaction continue avec celles-ci, ne peut que renforcer le système des objectivations et ainsi l'approfondissement

(28) LUKÁCS, vol. II, p. 570. « Jede Bewegung ... der Arbeit ist primär auf Vergegenständlichung, d. h. auf teleologisch entsprechende Umwandlung des Arbeitsgegenstandes gerichtet : die Vollendung dieses Prozesses äussert sich darin, dass der früher bloss naturhaft existierende Gegenstand eine Vergegenständlichung erfährt, d. h. eine gesellschaftliche Brauchbarkeit erlangt ». Manuscrit, p. 8.

(29) LUKÁCS, vol. II, p. 356. « was das gesellschaftliche Sein nicht nur objektiv verändert, sondern die Veränderung zum Gegenstand einer menschlichen, gewollten Setzung macht ». Manuscrit, p. 840.

(30) « La réification ... conduit le monde matériel vers la socialisation ». LUKÁCS, vol. II, p. 407. « ... die Vergegenständlichung eine Veränderung der Objektwelt in der Richtung auf ihre Gesellschaftlichkeit bewerkstelligt ». Manuscrit, p. 899. « La socialisation de la société, le refoulement des barrières naturelles sont matériellement directement exécutés par le jeu global des actes de réification. » LUKÁCS, vol. II, p. 418. « Die Vergesellschaftung der Gesellschaft, das Zurückweichen der Naturschranke vollzieht sich materiell-unmittelbar durch das gesellschaftliche Zusammenspiel der Vergegenständlichungsakte ». Manuscrit, p. 911. « ... la réification socialise d'une manière spontanée tout objet, qu'il s'agisse d'objets d'une nature matérielle ou de conscience, c'est par son intermédiaire que la praxis humaine devient spontanément sociale sans que ce but eut été ... consciemment formulé ... » LUKÁCS, vol. II, p. 471. « ... die Vergegenständlichung alle Gegenstände, materieller wie geistiger Art spontan vergesellschaftet. Durch ihre Vermittlung wird die menschlichen Praxis ohne dieses Ziel ... bewusst gesetzt zu haben, spontan gesellschaftlich ... ». Manuscrit, p. 974.

(31) LUKÁCS, vol. II, p. 404. « ... die Vergegenständlichung darin real objektiviertes und darum real objektives Wesen des gesellschaftlichen Seins, einer jeden gesellschaftlichen Praxis ausmacht ... ». Manuscrit, p. 895.

(32) LUKÁCS, *Vorwort*, p. 26.

de la domination de l'homme sur sa propre existence. Lukács prend en exemple le langage qui, par l'intermédiaire de « l'objectivation consciente » déploie, « par une projection des idées, le monde... objectivé dans les hommes et autour des hommes » (33). Encore plus directs sont les exemples des « appareils d'idées ... désanthropomorphisants, grâce auxquels il est possible d'étendre la connaissance désanthropomorphisante sur un champ de plus en plus vaste » (34).

De fait, tout cela semble apparemment tautologique : c'est l'expression philosophiquement abstraite d'évidences quotidiennes. C'est vrai, mais seulement parce que « comme telle, l'objectivation est, bien sûr, exempte de valeur ... » (35). A savoir, l'objectivation comme catégorie philosophique va devenir l'expression de tendances socialement actuelles par le fait qu'elle va créer, en tant que vecteur et produit de la pratique sociale de l'homme en relations de plus en plus complexes avec d'autres objectivations, un complexe sans cesse plus vaste d'objectivations. En examinant ce processus en soi Lukács l'avait assurément apprécié comme un caractère du progrès (36). Par sa densité et par son caractère et organisation de plus en plus structurée, le système des objectivations peut devenir une seconde nature créée par l'homme qui, sous le signe de la réification, pourra alors éclairer des problèmes sociaux réels.

2° Une définition concise présentera la *réification* comme des « formulations différentes d'un seul et même rapport social qui consiste à dissimuler les relations interindividuelles par des rapports entre les choses » (37). Ça n'est, pour ainsi dire, rien d'autre que le fonctionnement objectivé des objectivations de l'être social et la conception objectivée de ce fonctionnement. Par conséquent, la notion dissimule une contradiction. D'une part, « l'ensemble harmonisé — serait-ce au prix des contradictions — de la praxis sociale ne pourrait jamais fonctionner s'il n'était pas lui-même imprégné entièrement et constamment de cette atmosphère

(33) LUKÁCS, *A társadalmi lét ontológiájáról*, vol. II, p. 403. « bewusstseinmässige Vergegenständlichung » « durch gendakliches Abbilden der Ausdehnung der vergegenständlichten, nicht mehr bloss gegenständlichen Welt in und um die Menschen weiterzutreiben verhilft ». Manuscrit, p. 894 et 895.

(34) LUKÁCS, vol. II, p. 427. « die desanthropomorphisierende ... Gedankenapparaturen, mit deren Hilfe immer grössere Gebiete der desanthropomorphisierenden Erkenntnis unterworfen werden können ». Manuscrit, p. 922.

(35) LUKÁCS, *Vorwort*, p. 26.

(36) « A mesure que les objets et les rapports aux objets sont transformés en réifications et qu'ils sont incorporés dans le système de ces réifications, l'homme sort plus décidément de l'état naturel, son existence tend à devenir plus sociale, plus humaine ». LUKÁCS, *A társadalmi lét ontológiájáról*, vol. II, p. 418. « Je mehr Gegenstände und Beziehungen aus Gegenständen in Vergegenständlichungen verwandelt und in ihre Systeme eingefügt werden, desto entschiedener ist der Mensch aus dem Naturzustand herausgetreten, desto mehr ist sein Sein ein gesellschaftliches, ein der Tendenz nach menschliches », Manuscrit, p. 911.

(37) SCHAFF (Adam), *L'appareil conceptuel de la théorie marxienne de l'aliénation*, L'homme et la société, 1976, 41-42, p. 33.

d'objectivations » (38). Mais d'autre part, « dans l'utilisation exclusive de choses déterminées, auxquelles seront attribuées en tant que porteurs des fonctions strictement différenciées dans chaque processus, s'établit la tendance suivant laquelle le fonctionnement de ces choses est mis en valeur d'une manière purement réifiée. C'est un phénomène d'autant plus considérable et décisif que la base techno-économique du travail dans une société donnée est plus développée. Cependant, on n'en est pas encore pour autant dans une situation d'imminence où les forces conduisant irrésistiblement à l'aliénation devraient nécessairement prendre effet » (39). C'est-à-dire que si la réification est la conséquence naturelle de la création des complexes d'existence objectivés, cela ne signifie encore en soi aucune déformation. Non seulement il s'agit d'un processus naturel, mais encore d'un processus se maintenant et se régénérant d'une manière interrompue, puisque c'est « une nécessité socio-économique générale qu'à la place des réifications désuètes s'installent des réifications nouvelles et — à l'égard du degré de la réification aussi — plus parfaites » (40). En même temps il est évident que dans l'existence sociale il n'y a pas de fonctionnements considérés en soi : ceux-ci, en tant que praxis sociale de sujets donnés réagissent eux-mêmes sur des sujets et c'est dans la transformation de la perception et de la conscience de ces derniers qu'ils trouvent leur rôle. Cela revient à dire que la réification suppose tant un objet qu'un sujet. Elle ne prendra fin que lorsque le fonctionnement à l'état réifié se reflétera aussi comme tel dans le sujet et ainsi, se transformant en une chose vécue, en donnée de la conscience intérieure du sujet, elle concourra au processus de réification dans d'autres domaines. Cependant que telles et telles convictions se répandent et se renforcent, « la réification — écrit Lukács — devient un facteur de force sociale, en ce qu'elle affecte le vécu quotidien des hommes — malgré sa nature purement idéologique — à la façon d'une réalité ou mieux : de la réalité elle-même » (41). Cela n'est donc pas un hasard si le langage est l'expression, le médium et l'instrument direct de l'expansion de la réification sur un champ toujours plus vaste. Selon Lukács, c'est précisément l'application du langage

(38) LUKÁCS, *A társadalmi lét ontológiájáról*, vol. II, p. 471. « Ein (auch der Widersprüche) zusammengestimmtes Ensemble der gesellschaftlichen Praxis könnte aber niemals funktionieren, wenn es nicht von dieser Atmosphäre der Vergegenständlichungen und Entäusserungen überall und ständig umflutet und getragen wäre ». Manuscrit, p. 974.

(39) LUKÁCS, vol. II, p. 651-652. « ... in dem ausschliesslichen Gebrauch bestimmter Dinge als Träger streng differenzierter Funktionen für jeden Prozess die Tendenz entsteht, sein Funktionieren in einer rein dinghaften Weise zur Geltung zu bringen. Je entwickelter die technisch-ökonomischen Arbeitsweisen einer Gesellschaft sind, desto vielfältiger und entschiedener. Dabei entsteht unmittelbar noch nichts, worin Kräfte, die zur Entfremdung führen, wirksam werden müssten ». Manuscrit, p. 131-132.

(40) LUKÁCS, vol. II, p. 660. « der ökonomisch-sozialen Zwang, an Stelle veralteter Verdinglichungen neue — auch bezüglich des Grades der Verdinglichung — vollkommene zu setzen ». Manuscrit, p. 145.

(41) LUKÁCS, vol. II, p. 671. « Indem solche Überzeugungen sich verbreiten und verfestigen, wird eben dadurch die Verdinglichung zu einem gesellschaftlichen Kraftfaktor, so dass sie auf die Menschen des Alltagslebens — trotz ihrer in Wirklichkeit rein ideologischen Beschaffenheit — als eine, ja als die Wirklichkeit einwirkt ». Manuscrit, p. 161-162.

(politique, idéologique, administratif, etc.) au conditionnement social qui est le meilleur exemple « de la mesure réifiante dans laquelle l'attitude profonde des hommes en face des données immédiates de leur existence, subit des modifications à travers leurs supports et leurs objets » (42).

Quelle est donc la situation en ce qui concerne le droit ?

Le droit, sous son aspect traditionnel, n'est rien d'autre que la totalité des structures de normes préalablement fixées. C'est un texte qui contient et des modèles de comportement pour un large cercle de destinataires et des modèles de décision pour un cercle plus étroit pour ceux qui sont responsables de la mise en conforme des attitudes au droit, ou de la sanction des attitudes non conformes au droit. Sans reprendre la description des qualités ontologiques du droit en tant que forme d'objectivation (43), je me bornerai ici à évoquer quelques composantes essentielles.

Premièrement, le droit, en tant que structure de normes, est le produit d'un processus d'abstraction d'un niveau extrêmement élevé. Le discernement des corrélations causales entre les attitudes et leurs effets sociaux ; la postulation téléologique des effets considérés comme les buts vers lesquels on doit tendre ; finalement, la sélection des attitudes jugées les mieux appropriées à leur réalisation en tant qu'attitudes instrumentales positives ou négatives forment le processus de l'établissement des normes. A l'achèvement de la norme, n'apparaissent plus, sous la forme de fins qualifiées positivement ou négativement, que les attitudes instrumentales : les corrélations causales et les hypothèses téléologiques servant de base restent à l'écart, tout comme le contexte social général et les motifs de l'établissement des normes (44).

A ceci s'ajoute, *deuxièmement*, qu'à un stade donné du développement (qui se situe en Europe, au moment de l'essor de la production marchande avec le développement de la bourgeoisie, à l'époque de l'absolutisme féodal) les structures des normes juridiques sont déjà organisées en tant qu'éléments d'un système cohérent en soi. Les conséquences de l'avènement de la rationalisation formelle du droit sont présentées dans les analyses de Weber, également exploitables du point de vue du marxisme (45). Ainsi s'établit un système de règles se développant apparemment selon ses propres lois, avec son propre arsenal de notions, ses

(42) LUKÁCS, vol. II, p. 652. « wie sehr dadurch die innere Stellungnahme der Menschen den unmittelbaren Ereignissen ihres Lebens, zu deren Träger und Objekte verdinglichend modifiziert wird ». Manuscrit, p. 133.

(43) VARGA (Csaba), *Law and its Approach as a System*, Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae, XXI, 1979, 3-4, sous presse, point I ; VARGA, *La question de la rationalité formelle en droit*, p. 226 et s.

(44) Au sujet des formes institutionnalisées de la transition entre la norme et son contexte social cf. VARGA (Csaba), *The Preamble : A Question of Jurisprudence*, Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae, XIII, 1971, 1-2, p. 101-128 et VARGA (Csaba), *Die ministerielle Begründung aus rechtsphilosophischer Sicht*, Rechtstheorie, à paraître.

(45) VARGA (Csaba), *Rationality and the Objectification of Law*, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, LVI, 1979, 4, p. 676-701.

principes de base, son appareil institutionnel et de techniques juridiques, avec la foule des agents affectés à son service, avec leurs intérêts professionnels, avec les traditions quant aux méthodes de formation et de travail, avec l'idéologie se trouvant au service de ceux-ci. C'est la fin d'une symbiose charismatique de la responsabilité et de l'irresponsabilité, économie elle-même par l'absence de régulation, dans laquelle — comme le fait dire Anouilh dans une pièce qui se situe au Moyen Âge (46) — « nous avons pour nous une grande force ..., c'est de ne pas savoir exactement ce que nous voulons. De l'incertitude profonde des desseins naît une étonnante liberté de manœuvre ». De fait, la prolifération des moyens juridiques de l'organisation sociale revêt des dimensions que l'on ne perçoit plus, à moins de procéder à une comparaison de notre existence sociale actuelle avec l'existence plus naturelle des siècles passés. Un manager industriel hongrois avait cité dans un reportage ces paroles : « Les dix commandements comprennent 279 mots, la Déclaration d'Indépendance Américaine en comporte 300. Cependant, la disposition du Marché Commun relative aux importations de bonbons au caramel est formulée en exactement 25 911 mots » (47).

Voilà apparemment une hypertrophie de l'existence sociale, qui y remplit pourtant bien une fonction existentielle. Un mécanisme réifié, produit d'une approche réifiée, c'est bien ce qui correspond à l'exigence de la rationalité formelle — à l'exigence sociale d'une juridiction impersonnelle, rapide, sûre, prévoyant tous les cas ; c'est la raison pour laquelle dans le complexe social global le droit est conçu comme un complexe d'existences propre, isolé et porteur de tendances autonomes. Lukács a démontré que pour assumer ses fonctions existentielles, le complexe social qui a la tâche spécifique d'être l'intermédiaire d'autres complexes, doit d'autant plus déployer son caractère propre et son autonomie relative que le complexe social global — dans lequel il doit fonctionner — est constitué par des complexes autonomes de plus en plus différenciés (48).

Dans un tel contexte, ce que Marx et Engels avaient appelé la « *Weltanschauung* » et l'illusion du juriste (49) est en substance l'expression adéquate de l'existence sociale instantanée comme telle. La conscience primitive de la réification était ce qui avait — selon un modèle religieux — transcendé les législateurs mythiques (50). Le fonctionnement existentiel du droit de l'époque moderne nécessite que le spécialiste du droit s'adapte et s'intègre au système réifié, le droit réifié créant lui-même l'idéologie qui répond le mieux à ce fonctionnement selon ses propres postulats. Par conséquent, la « *Weltans-*

(46) ANOUILH (Jean), *Becket ou l'honneur de Dieu*, acte 3.

(47) Citation du directeur général Burgert au journal des éleveurs de volaille allemands, n° du 12 mars 1977, cf. BERTHA (Bulcsu), *Babilónia*, Babilone, Élet és Irodalom, XXI, 1977, 46, p. 16.

(48) LUKÁCS, vol. II, p. 227 et s., etc. Cf. VARGA, *La question de la rationalité formelle en droit*, p. 226 et s.

(49) Cf. avant tout MARX (Karl), ENGELS (Friedrich), *L'idéologie allemande*, Paris, Editions sociales, 1968.

(50) LUKÁCS, vol. II, p. 537.

chauung » juridique « renversée sur sa tête », qui reconnaît dans le droit le facteur déterminant et dans les rapports juridiquement régis par la société le déterminé, est à vrai dire la conscience adéquate d'un système renversé sur sa tête. Du point de vue ontologique ce phénomène est déterminé par les mêmes facteurs que le système en question lui-même. Par conséquent, la révélation du caractère idéologique de cette conscience est en même temps la révélation des aspirations à l'autonomie du système (comme le montre la dialectique historique, à travers la critique idéologique de Marx-Engels, par laquelle est révélée, dans la « *Weltanschauung* » des juristes bourgeois, la fin de conservation du droit bourgeois).

Cela revient à dire qu'on doit considérer l'idéologie professionnelle des spécialistes juridiques sous deux angles, à savoir sous l'angle ontologique et sous l'angle gnoséologique. Du point de vue ontologique le fonctionnement réifié de la structure réifiée exige et crée une conscience réifiée. En même temps, du point de vue de la théorie gnoséologique il faut explorer la tendance sociale dissimulée derrière « la forme fantastique d'un rapport des choses » (51) pour que l'homme actif, voyant au-delà de la réification, puisse découvrir la place de la structure en question au sein de la structure totale. La science socialiste du droit n'assume pas seulement une fonction de cognition quand elle découvre derrière le mécanisme et l'aperception réifiés la place réelle du droit et du juriste dans la société. C'est précisément par là qu'elle désire mobiliser le juriste pour qu'il participe avec une conscience plus poussée, c'est-à-dire d'une manière plus créatrice, aux processus des mouvements sociaux et juridiques.

Du point de vue ontologique l'aspiration visant à dépasser la conception réifiée correspond à l'essai de dépassement du mécanisme réifié. La rationalité formelle a connu son apogée historique dans l'euphorie de la victoire des révolutions bourgeoises, avec le capitalisme de la libre-concurrence. A l'heure actuelle, à travers le monde entier, on ressent des aspirations visant à dissoudre les contraintes formellement rigides du droit. Dans les sociétés occidentales ceci s'exprime le plus souvent par la méfiance envers le droit formel moderne ou par son infléchissement (52), alors que dans les systèmes socialistes on essaye d'introduire directement l'élément social dans le droit (53). Les aspirations visant à dépasser le formalisme juridique et ainsi la réification sont, fort probablement, liés à l'approfondissement croissant de la complexité de la société. Mais un tel examen nous conduirait déjà trop loin.

Lorsqu'on dit que l'appareil de règles impersonnelles, comme son fonctionnement impersonnalisé, sont un produit de l'Etat moderne, il convient en même temps de souligner qu'on rencontre déjà la réification dans les textes de pratiques judiciaires les plus anciens — du code d'Hammurabi aux ordalies du Moyen Age, en passant par les formalités sacrales archaïques de Rome. Si nous pouvons avoir

(51) MARX, *Le Capital*, vol. I, p. 69.

(52) Cf. par exemple, EÖRSI, *Comparative Civil (Private) Law*, chap. IX.

(53) Dans l'exemple de la codification civile et pénale socialiste cf. VARGA (Csaba), *The Function of Law and Codification*, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XVII, Madrid, 1973-74, p. 500-501.

foi en nos sources, un droit non réifié n'a pu exister que dans les systèmes à droit non formaliste qui avaient caractérisé les états d'avant les codes, créés pour refouler l'arbitraire dans l'application du droit (54), la conception du droit en tant que *Dikaion* (55), les exemples exceptionnels de pratique non formelle des droits divins ou les procédures de conciliation des juridictions traditionnelles chinoise, japonaise, bantoue, etc. (56).

Au sein de la réification l'objet et le sujet se complètent toujours d'une façon évidente, bien qu'historiquement ils ne jouent pas un rôle d'une portée identique. L'accent mis sur le premier correspond au modèle du droit continental. Au contraire, le droit anglo-saxon repose, comme on le sait, sur des structures de normes non fixées au préalable et d'application non-déductive. Or, la profondeur de son état réifié ne change pas pour autant, il n'y a que sa nature qui s'en trouve modifiée. L'objet de la réification — la masse historiquement cumulée des précédents — n'y manque non plus, bien qu'ici le rôle accentué soit avant tout le rôle des tribunaux, dans leur application réifiée des précédents. C'est par un tel processus que Weber avait caractérisé la voie anglo-saxonne de la garantie juridique de la rationalité formelle : la structure formellement rationalisée n'est pas présente dans son immédiateté, mais le fonctionnement de la justice coutumière suscite spontanément et de façon adéquate ces effets semblables en définitive (57).

L'examen du droit du point de vue de la réification n'est pas, bien entendu, propre au seul Lukács : d'autres se sont aussi penchés sur cette question. Or, les concepts sont souvent sujets à controverses.

Par exemple, le Français Lucien Goldmann écrit, dans sa célèbre étude sur la réification : il y a partout un ordre juridique, « il a cependant été réservé aux sociétés partiellement capitalistes de l'Antiquité et aux sociétés capitalistes modernes d'instaurer un formalisme juridique qui transformât le juge en une sorte d'automate appliquant souvent contre sa volonté une loi abstraite et rendant des sentences qui, pour être strictement légales, n'ont plus grande chose à faire avec l'équité et les catégories humaines » (58). Il est évident — et Goldmann ne le cache pas non plus — que ses analyses reposent sur la conception lukácsienne d'*Histoire et conscience de classe* et sur la rationalité formelle weberienne saisie par le canal de Lukács. Or, la rationalité formelle et la réification sont loin d'être

(54) A la lumière des codifications de droit chinoises du VI^e siècle avant notre ère et de la légende d'origine selon Tite-Live de la loi des douze Tables ; cf. VARGA (Csaba), *A kodifikáció mint társadalmi-történelmi jelenség*, La codification en tant que phénomène historico-social, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1979, chap. II, art. 2.

(55) Cf. surtout VILLEY (Michel), *Une définition du droit*, 1959, dans : VILLEY (Michel), *Seize essais de philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1969, p. 15-37, et plus récemment, VILLEY (Michel), *Philosophie du droit*, Définitions et fins du droit, Paris, Dalloz, 1975, 1^{re} section.

(56) Cf. VARGA (Csaba), *On the Socially Determined Nature of Legal Reasoning*, dans : *Etudes de Logique Juridique*, V, Bruxelles, Bruylant, 1973, p. 69 et s.

(57) WEBER (Max), *Wirtschaft und Gesellschaft*, Studienausgabe, Tübingen, Mohr, 1976, p. 826.

(58) GOLDMANN (Lucien), *Recherches dialectiques*, Paris, Gallimard, 1959, p. 82.

des catégories substituables. Il est historiquement vrai que la rationalisation formelle exerce nécessairement un effet dans le sens de la réification. Toutefois la réification ne provient pas en soi de cette rationalisation, mais de la médiation juridique, en tant que génératrice d'un complexe d'existence autonome d'un fonctionnement distinct d'autres complexes, et de tous les corollaires de ceci au plan conceptionnel.

L'analyse hongroise de Marx par Imre Szabó — en s'appuyant sur les questions soulevées dans les *Manuscrits de 1844* — décrit d'une façon très pénétrante la substance du processus. « L'homme a projeté le droit, se l'est aliéné en le socialisant, en le rendant 'extrinsèque', exogène. Mais c'est là, à proprement parler, l'instant où naît le droit, en ce qu'il est précisément en son essence extrinsèque, exogène, étant *a priori* détaché de l'homme, sinon il aurait constitué un autre ressort social, éventuellement une morale interne ... Si l'homme ne repousse pas le droit en dehors de lui-même sous la forme d'une force médieuse sociale où dès lors que le droit pourra être retenu en tant que produit de la communauté, comme 'force sociale', alors naîtra l'aliénation du droit, mais c'est qu'alors le droit lui-même dépérira car cette extériorité et cette exogénéité, cette distanciation lui sont substantielles » (59). Affranchi des appréhensions weberiennes-lukácsiennes convainquantes vis-à-vis du capitalisme, mais en en même temps contenant une vision réductrice, Szabó, revenant sur l'énonciation originale de Marx, voit la racine du problème dans la séparation du complexe juridique. Mais du même coup, on se trouve alors devant la nécessité philosophique de distinguer les catégories de l'objectivation, de la réification et de l'aliénation. Si l'on considère à présent que dans le droit ce n'est pas l'existence des structures de normes fixées au préalable ou leur rationalisation formelle (l'élément *régulateur*) qui est l'élément à rattacher à la société de classes, mais plutôt le contenu et la force contraignante de leur caractère de classe, tout en interprétant la régulation sociale comme une « extériorité » en tant qu'aliénation en soi, il faut également concevoir le communisme prévu par les classiques comme un ordre intérieur aliéné (60).

István Mészáros, un disciple de Lukács vivant en Angleterre et ayant écrit une monographie sur son œuvre, rapproche sous trois aspects le droit de l'aliénation. Premièrement, le droit n'est rien d'autre qu'une « forme de 'fixation' réifiée ». Deuxièmement, « la légalité institutionnalisée ne peut saisir, d'une façon extrinsèque, l'homme qu'en tant qu'atome social, mais jamais l'individu réel, dans son intériorité ». Troisièmement, « l'existence de la légalité elle-même ... prouve que les besoins sociaux de l'homme en tant qu'individu particulier de la société ne sont

(59) SZABÓ (Imre), *Elődások Marxról és a jogról*, Conférences sur Marx et le droit, Budapest, Gondolat, 1976, p. 109-110.

(60) Cf. cette double racine du droit aussi sur la base de l'ontologie de Lukács, LUKÁCS, vol. II, p. 208, et l'existence et la survie de l'élément régulateur avec sa formulation formellement préalable et sa rationalité formelle sur la base de la discussion soviétique suivant le XXII^e Congrès du Parti Communiste de l'Union Soviétique in VARGA, *Rationality and the Objectification of Law*, p. 688-689.

pas encore devenus les besoins intérieurs de l'individu réel, mais lui sont restés extérieurs en tant que 'besoins de la société' (61). Cette approche est plus différenciée dans la mesure où elle fait une distinction, à l'égard du droit, entre la réification et l'aliénation. Cependant, il demeure douteux — comme Szabó le fait très bien sentir — que dans toutes les formes de la régulation distinguée de la « morale interne » ne se dissimule pas *a priori* l'élément de l'extériorité. Même à un niveau très bas de développement social — et nous nous référons ici à l'exemple de la chasse évoqué par Lukács — le complexe social global suscite nécessairement des médiations dans lesquelles « l'interne » seul n'est plus suffisant et l'on a besoin de trouver, dans les structures de normes de la régulation abstraite et généralisante, « des signes de faits extérieurement reconnaissables » (62) qui saisissent l'homme — son attitude — de « l'extérieur ». C'est pourquoi il serait pertinent de se demander si les théories de l'aliénation du droit n'aboutissent pas à une utopie quand — dans leurs ultimes développements — elles nient dans le droit non seulement les éléments superstructurels à caractère de classe, mais aussi les éléments techniques neutres en eux-mêmes de l'organisation sociale.

Il nous faut enfin ajouter quelques mots sur les rapports entre la rationalité formelle et la réification, ainsi que sur la position du jeune Lukács sur ce point. Le point de vue d'*Histoire et conscience de classe* est net : le désir et la volonté messianique de la révolution socialiste se présente comme la négation totale du régime capitaliste. C'est en cela que Lukács surtend des tendances historiques effectives quand il entend « saisir la réification comme phénomène fondamental, général et structurel, de toute la société bourgeoise » (63). Or, nous devons observer qu'ici aussi, tout comme ailleurs, il met en relation la rationalisation et la réification mais pas en relation d'équivalence. C'est donc bien une injustifiable confusion de concepts que de présenter « la dissociation du but, du processus et du résultat » comme les racines de l'aliénation (64), en ce qu'il ne s'agit précisément là de rien d'autre que du propre de la rationalisation formelle, propre qui peut pousser vers la réification des tendances par ailleurs mises en valeur, bien qu'il ne soit pas en lui-même du même ordre que celle-ci. En définitive, il faut peut-être considérer comme historiquement le plus fidèle la conception de Joachim Israël. Il aborde l'issue weberienne de la problématique de la rationalité comme une théorie de l'aliénation ; cependant il voit une différence décisive dans le fait que si Weber avait analysé les principes d'organisation de la société moderne comme des techniques en soi indifférentes en valeur, et l'individu comme un être automatiquement soumis à la structure du pouvoir de chaque époque, Marx avait examiné

(61) MESZAROS (István), *Marx's Theory of Alienation*, 3^e éd., London, Merlin, 1972, p. 188 et 187.

(62) WEBER (Max), *Rechtssoziologie*, herausgegeben von Johannes Winckelmann, Neuwied, Luchterhand, 1960, p. 102.

(63) LUKÁCS (Georg), *Histoire et conscience de classe*, Paris, Les Editions de Minuit, 1960, p. 127, note.

(64) HERMANN (István), *A polgári dekadencia problémái*, Les problèmes de la décadence bourgeoise, Budapest, Kossuth, 1967, p. 86.

avec précision ces mécanismes et leurs modes de représentation correspondants sur le plan de leurs effets à l'égard du système social global. Ainsi ce qui, chez Weber, resta une description apparemment neutre, fut l'objet chez Marx de la formulation passionnée d'une théorie de l'aliénation, de la critique sociale (65).

3^e Finalement, en ce qui concerne l'aliénation, tant les *Manuscrits de 1844* de Marx que l'œuvre de Lukács « *Le jeune Hegel* » formulent, d'une façon certes extrêmement concise, l'absence de l'exigence d'une distinction entre les catégories, ce qui a conduit à des malentendus pendant une longue période. Marx écrit ainsi : « L'objet que le travail produit, son produit, l'affronte comme un être étranger, comme une puissance indépendante du producteur. Le produit de travail est le travail qui s'est fixé, concrétisé dans un objet, il est l'objectivation du travail. L'actualisation du travail est son objectivation. Au stade de l'économie, cette actualisation du travail apparaît comme la perte pour l'ouvrier de sa réalité, l'objectivation comme la perte de l'objet ou l'asservissement à celui-ci, l'appropriation comme l'aliénation, le dessaisissement ... L'aliénation de l'ouvrier dans son produit signifie non seulement que son travail devient un objet, une existence extérieure, mais que son travail existe en dehors de lui, indépendamment de lui, étranger à lui, et devient une puissance autonome vis-à-vis de lui, que la vie qu'il a prêtée à l'objet s'oppose à lui, hostile et étrangère » (66). Lukács caractérise ainsi les investigations de Hegel à Iéna : « Dans sa pratique sociale, il devient impossible à l'homme d'établir des rapports humains sans intermédiaire, c'est-à-dire dans la praxis sociale de l'homme l'immédiateté primitive — d'ordre naturel — ne peut qu'être dépassée, et remplacée au cours de ce processus par un système de représentations que la praxis humaine a constitué à partir de son travail et de son propre accomplissement ; à partir du travail, qui non seulement produit les objets sociaux, mais encore transforme le sujet humain dans la mesure où il abolit à nouveau ici l'immédiateté primitive et rend le sujet aliéné par rapport à lui-même » (67). Il ressort de ces deux citations que ce n'est pas l'objectivation ou la réification (qu'on ne trouve pas ici sous ce terme), mais la rencontre de celles-ci avec des conditions sociales déterminées qui créent le fait objectif et l'aventure subjective de l'aliénation. Pour expliciter cette distinction, Lukács, dans sa biographie intellectuelle souligne aussi d'une manière expresse : « Ce n'est qu'alors que les formes objectivées obtiennent des fonctions qui placent la substance de l'homme en contradiction avec son existence, qu'elles l'asservissent, la déforment, la dénaturent, etc., alors seulement que sont créés les rapports sociaux objectifs de l'aliénation et, dans leur nécessaire continuation, tous les critères subjectifs de l'aliénation intérieure » (68).

(65) Cf. ISRAËL, *Aliénation*, en édition française : ISRAËL (Joachim), *L'aliénation de Marx à la sociologie contemporaine*, Paris, Anthropos, 1962, chap. V, art. 2/1, p. 191 et s.

(66) MARX (Karl), *Manuscrits de 1844*, Économie politique et philosophie, traduits par E. Bottigelli, Paris, Éditions Sociales, 1962, p. 57-58.

(67) LUKÁCS (Georg), *Der junge Hegel*, Neuwied, Luchterhand, 1948, p. 657.

(68) LUKÁCS, *Vorwort*, p. 26-27.

Dans son Ontologie, il montre, à travers des analyses détaillées, que selon son apparition immédiate, l'aliénation peut être soit sociale et économique, dans le processus de travail, par exemple, le développement des capacités humaines tendant à déformer la personnalité humaine — soit idéologique (par exemple, la religion) (69), et il enrichit encore sous deux aspects essentiels le tableau tracé jusqu'ici au sujet de l'aliénation. D'une part, il démontre que l'aliénation coïncide, en fin de compte, historiquement avec le processus de socialisation, de déploiement accru de l'existence sociale (70), se présentant ainsi comme un phénomène accompagnant l'histoire de l'homme dès les temps précédant la société de classes (71). D'autre part, s'il ne s'ensuit pas que l'aliénation serait une « condition humaine » superposée en général à l'histoire, elle est en tout cas « un phénomène toujours clairement et concrètement défini du point de vue social » (72). Cette constatation a un rôle spécifique dans l'Ontologie de Lukács. Il s'agit, notamment, de l'accent mis sur le fait que l'aliénation est un phénomène social dont l'existence, son approfondissement et son effet de répercussion sont engendrés par l'interaction des divers complexes sociaux, des facteurs objectifs et subjectifs de telle sorte qu'on ne pourrait jamais expliquer ce phénomène en lui-même mais seulement quant à la place qu'il occupe au sein du complexe social global. Cela revient à dire, comme l'écrit Lukács, que pour l'ontologie, « l'aliénation ne peut jamais être quelque chose d'isolée, d'autoconstituée, mais, en termes objectifs, un moment du développement économique et social simultané, alors que, d'une façon subjective, elle est un moment des réactions idéologiques des hommes en situation, en mouvement, etc., à l'intérieur de la société globale » (73).

(69) LUKÁCS, *A társadalmi lét ontológiájáról*, vol. II, p.574-575, 568-569 ; vol. III, p. 261, etc.

(70) « ... le développement social qui fait sortir des étroites contraintes naturelles des droits les plus primitifs et perce ainsi les limites naturelles, socialise l'asservissement de la nature, ce qui revient à dire qu'il réalise dans son sens original l'existence sociale, et est immédiatement obligé de proclamer sa contradiction intérieure, la contradiction du genre nouvellement établi, dorénavant plus muet ». LUKÁCS, vol. III, p. 221. « ... eine Gesellschaftsentwicklung, die über die enge Naturgebundenheit der primitiven Stufen hinausführt, die damit deren Naturschranken durchbricht, die Naturherrschaft vergesellschaftet, d.h. das gesellschaftliche Sein in seinem ureigensten Sinn verwirklicht, sofort ihre tiefe innere Widersprüchlichkeit, die der neu entstehenden, nicht mehr stummen Gattungsmässigkeit zu offenbaren gezwungen ist ». Manuscrit, p. 38-a.

(71) « Nous pouvons affirmer dans une certaine mesure que toute l'histoire de l'humanité est, à partir d'un certain niveau (probablement dès les temps d'avant l'esclavage) en même temps l'histoire de l'aliénation humaine ». LUKÁCS, vol. II, p. 573. « In bestimmtem Sinn könnte man sagen, dass die ganze Menschheitsgeschichte von einer bestimmten Höhe der Arbeitsteilung (wahrscheinlich schon von der der Sklaverei) auch die der menschlichen Entfremdung ist ». Manuscrit, p. 13-14.

(72) LUKÁCS, vol. II, p. 574. « Das gesellschaftlich stets klar und konkret umschreibbaren Phänomen » « eine allgemeine überhistorische 'condition humaine' », Manuscrit, p. 15.

(73) LUKÁCS, vol. II, p. 755. « Die Entfremdung niemals etwas Isoliertes, Aufsiselbstgestelltes sein kann, sondern objektiv ein Moment der jeweiligen ökonomisch-sozialen Entwicklung, subjektiv ebenfalls ein Moment der ideologischen Reaktionen der Menschen auf Stand, Bewegungsrichtung etc. der Gesamtgesellschaft ist, muss natürlich auch hier festgehalten bleiben ». Manuscrit, p. 298.

Et nous voici arrivés au point de tirer les conclusions en liaison avec le droit.

Le droit est une objectivation dont le fonctionnement objectivé et la conception objectivée dudit fonctionnement créent une réification. De la sorte, le droit est un phénomène — historiquement établi — *a priori* réifié, caractéristique, qui subsiste, en tant que détermination spécifique, alors même que des efforts considérables sont déployés pour l'abolir (par exemple, dans les sociétés de notre époque). Toutefois, le droit en tant que structure réifiée ne crée pas en lui-même le phénomène de l'aliénation. A cet effet des conditions sociales complémentaires sont requises : le mouvement général du complexe social global induisant l'aliénation et aucun ordre social, pas même le socialisme, ne pourrait prétendre être privé de ces conditions. Maîtriser la tendance de l'aliénation ou tout au moins la modérer dans la mesure du possible, voici une tâche éminente de notre époque.

En même temps cette tâche est formidablement complexe et problématique. En ce sens les tendances non aliénées en soi dans le mouvement général de plus en plus différencié du complexe social global sont également susceptibles d'exercer un effet dans le sens de la création, du renforcement ou de l'adoption subjective de l'aliénation. Par conséquent, à propos du droit, en tant que phénomène intégrant d'une manière de plus en plus large de l'être naturel et social — qui est en même temps de plus en plus complètement intégrée par la société —, la constatation suivante de Lukács est particulièrement révélatrice : « D'une part, les conduites sociales en soi 'innocentes' du point de vue de l'aliénation, renforceront, si elles pénètrent profondément dans la vie quotidienne, l'impact des conduites qui agissent déjà directement dans un tel sens, d'autre part, les individus deviendront d'autant plus facilement la proie des forces d'aliénation — on pourrait dire : ils inclineront d'autant plus spontanément et irrésistiblement vers celles-ci — que leurs rapports d'existence sont réifiés d'une façon abstraite, sans être saisis dans leurs caractères concrets, spontanés, processuels ... Car plus la vie quotidienne des hommes produit ... de formes et de situations de vie réifiantes, plus l'homme, dans sa vie quotidienne, s'accommode mentalement de celles-ci avec facilité, sans résistance morale ni mentale, comme d'une 'donnée naturelle' ; c'est ainsi que — alors même que ça n'est pas inévitable en principe — l'on assiste en moyenne à un affaiblissement de la résistance aux essentielles réifications aliénantes » (74).

(74) LUKÁCS, vol. II, p. 652-653. « Einerseits verstärken vom Standpunkt der Entfremdung an sich 'unschuldige' gesellschaftliche Verhaltensarten, wenn sie tief ins Alltagsleben eindringen, die Durchschlagkraft jener, die bereits direkt in dieser Hinsicht wirken, andererseits werden die Einzelmenschen desto leichter von Entfremdungstendenzen erfassbar — man könnte sagen : inklinieren desto spontaner und widerstandsunfähiger auf diese, — je mehr ihre Lebensbeziehungen abstrahierend verdinglicht und nicht als konkret, spontan prozesshaft wahrgenommen werden ... Denn je mehr das Alltagsleben der Menschen — vorläufig noch im bisher angegebenen Sinn ... verdinglichende Lebensformen und Lebenssituationen schafft, desto leichter wird der Mensch des Alltagslebens sich diesen ohne geistig-moralischen Widerstand als 'Naturgegebenheiten', geistig anpassen, und dadurch kann im Durchschnitt — ohne prinzipiell notwendig zu sein — ein abgeschwächter Widerstand gegen echte, entfremdende Verdinglichungen entstehen ». Manuscrit, p. 133-134.

Ceci, par contre, signifie que si l'on désire sérieusement lutter contre l'aliénation dans le droit, il faut engager la lutte non seulement contre les tendances directement aliénantes de la société — et du droit —, mais il faut également, dans la mesure et les conditions qu'autorise l'existence sociale de chaque instant en tant que telle, il faut infléchir les forces de réification pures du droit, en allant toujours plus loin vers la socialisation, vers une dissolution partielle de celles-là dans celle-ci.

IV. — CONCLUSION

Il n'y a pas dans la philosophie marxiste, de théorie particulière de la chose : la « *Ding* » ne reçoit un rôle qu'en rapport avec la « *Verdinglichung* ». Ceci signifie en même temps que la chose est en elle-même déjà socialisée : c'est une partie du monde matériel avec laquelle l'homme est entré en contact, qu'il a acquise et intégrée à son existence sociale.

La notion juridique de « chose » ne peut être identifiée que dans sa genèse avec son concept philosophique. Au cours du développement de la technique juridique elle éloigne de plus en plus de sa signification physique sensorielle immédiate, puis aussi de sa signification abstraite analogiquement développée, pour devenir finalement une notion technique dénudée. Sous une telle forme la notion de « chose » ne pourrait guère être examinée du point de vue de la gnoséologie, puisqu'elle est, quant à son contenu, une fiction pure. Cependant, du point de vue de l'ontologie, on peut exactement délimiter les rapports sociaux qui sont concernés d'une façon directe par leur subordination à la notion de « chose juridique ». En fin de compte, la notion de « chose juridique » ne sert à rien d'autre qu'à séparer les sphères soumises à la réglementation juridique de la sphère non juridique, et ainsi à qualifier ou à ne pas qualifier, d'une certaine manière, les rapports sociaux.

La philosophie marxiste distingue les catégories de l'objectivation, de la réification et de l'aliénation. L'objectivation et la réification sont des catégories neutres en elles-mêmes. La réification est précisément à la fois et le fonctionnement objectivé des objectivations et la conscience objectivée de ce fonctionnement. En effet, dès le moment où le droit est devenu un complexe d'existence sociale déployant sa propre particularité et disposant d'une autonomie relative, il forme déjà une structure réifiée. Ça n'est pas un fardeau, mais précisément sa propre particularité qui permet son fonctionnement en tant que complexe de médiation ayant une existence sociale. Toutefois, en tenant compte de ce que ce fonctionnement réifié assume une fonction réelle et que ce fonctionnement n'est possible que parce qu'une conscience réifiée adéquate à sa propre particularité le soutient, à la fois à l'égard de la « *Weltanschauung* » des juristes et de l'idéologie professionnelle des spécialistes en droit, nous devons faire une distinction entre la description ontologique de leur fonction réelle, d'une part, et la mesure gnoséologique de leur vérité et leur critique idéologique, d'autre part.

La rencontre de la réification avec d'autres conditions sociales crée l'aliénation en tant que phénomène objectif avec toute ses conséquences subjectives. Puisque, grâce à la dialectique complexe des processus sociaux, les réifications en elles-mêmes non aliénées peuvent, avec l'appui d'autres facteurs, exercer un effet d'aliénation, à la fois et la réification du droit en général et la construction d'un réseau de notions de « choses » fictives et artificielles en particulier, peuvent constituer la source de forces d'aliénation.

C'est à ce niveau-là que la « chose » se rattache au problème de la réification en droit. En effet, le droit est en soi un complexe réifié. Donc par l'intermédiaire des notions de « chose », totalement artificielles et fictives, la construction de nouvelles structures réifiantes sur le droit ne se justifierait que si cela s'avérait nécessaire au fonctionnement d'une existence sociale du droit — c'est-à-dire si son effet ne consistait plus seulement en ce fait négatif qu'il obscurcit, qu'il cache et qu'il exprime comme « choses » pures les processus économiques et juridiques profondément sociaux qui se déroulent en fait derrière la façade du droit.

CHOSE JURIDIQUE ET RÉIFICATION EN DROIT

par

Csaba Varga

(Résumé)

Dans le droit le concept de « chose » ne se laisse identifier avec le concept philosophique de la chose qu'en sa genèse. Par le développement de l'appareil technique du droit il s'éloigne de plus en plus de sa signification directement physique-sensitive, puis de sa signification abstraite par analogie, pour devenir enfin un concept purement technique. Dans cette forme il ne peut plus être examiné sur une base gnoséologique seulement étant — pour son contenu — une pure fiction. En même temps les conditions sociales qui sont directement touchées par leur subordination au concept de la « chose » juridique, doivent être ontologiquement exactement délimitées. Le concept de « chose » en droit ne sert en dernière analyse à rien d'autre qu'à la séparation des sphères soumises à une réglementation juridique des sphères non-juridiques.

Dans la philosophie marxiste la réification c'est justement le fonctionnement objectivé des objectivations et la compréhension objectivée de ce fonctionnement. Le droit est par excellence une structure réifiée. Cela ne constitue point une charge, mais au contraire, sa spécificité qui lui rend possible de fonctionner en tant qu'un complexe intermédiaire de la transmission sociale. Il en résulte qu'en égard et à la soi-disant conception juridique du mode et à l'idéologie professionnelle des spécialistes du droit, il faut faire une distinction entre le jugement ontologique de leur fonction ayant une propre existence sociale et l'appréciation gnoséologique de leur contenu en termes de valeur de vérité en tant qu'une réflexion de la réalité juridique sociale.

Teorías macrosociológicas del derecho (*)

Panorama y valoración

Por CSABA VARGA

Budapest

Las teorías macrosociológicas del derecho representan una parte del pensamiento referido al derecho de los últimos ciento cincuenta años, que no puede dejarse de lado. Representan una porción del conocimiento que, en su época de formación, acosó con renovados esfuerzos y desde fuera la puerta de acceso del por tanto tiempo fortificado pensamiento jurídico, si no con la esperanza de ser admitido, al menos con la de un encuentro, del que resultara un establecimiento de contactos. Actualmente, debido a la iniciativa de ambas partes, ha llegado a introducirse tan profundamente en el pensamiento jurídico que ambas, sociología y ciencia jurídicas, rivalizan por hacerse objeto de recepción en sus propios dominios.

Por consiguiente, en razón de la historia y de las actitudes multidireccionales es difícil dar sin ambigüedad una delimitación del ámbito cubierto actualmente por las teorías macrosociológicas del derecho. Para circunscribirlo, basta quizá decir que, en el siglo XIX el interés por los hechos, como consecuencia del positivismo, ganó progresivamente terreno en las ciencias sociales, y condujo a la fundación de la disciplina sociológica. El análisis sistemático de la interrelaciones entre hechos sociales condujo a explicaciones teóricas comprensivas, en las que se le dio al derecho un lugar de privilegio (1). En este punto, apenas haría tres advertencias, que puedan al menos hacer menos confusa la respuesta a tal delimitación:

(*) Una primera versión de este estudio se presentó, en forma abreviada, como ponencia principal en el XI Congreso de la IVR y publicada subsecuentemente en: KAMENKA, E.; SUMMERS, R. W.; TWINING, W. L.: *Soziologische Jurisprudenz und realistische Theorien des Rechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1986 («Rechtstheorie», Beiheft 9).

(1) Véase, por lo que hace a la exposición clásica, p. ej., GURVITCH, G.: *Sociology of Law*, Kegan, London, 1947, cap. I. Y por lo que hace a los planteamientos modernos, PODGORECKI, A., y WHELAN, Ch. (ed.): *Sociological Approaches to Law*, Helm, London, 1981.

En primer lugar, las teorías macrosociológicas del derecho *no surgieron necesariamente por iniciativa jurídica*. Muchos de sus mejores logros estaban incorporados en obras, cuyo punto de vista original y propósito principal no apuntaba a delimitar el contexto social del derecho y de los fenómenos jurídicos. Unos pocos ejemplos bastan para puntualizar lo dicho: la teoría de Karl Marx emergió del análisis de los elementos y del entorno socio-político de la economía; Emile Durkheim tuvo a la vista la comprensión conceptual del hecho social; Max Weber desarrolló su teoría con la esperanza de resolver el acertijo de la evolución de la economía burguesa, y Talcott Parsons partió en su investigación movido por el interés de definir la interrelación entre estructura social y acción social. Sin embargo, hay un punto de vista muy característico, que prefigura ya el marco de referencia del futuro pensamiento jurídico, según el cual, «el estudio del derecho ya no puede ser abordado como si estuviera reservado exclusivamente a los juristas profesionales» (2). Hay que añadir, no obstante, que esto no ocurría por primera vez en la historia de la ciencia jurídica. Durante mil quinientos años, la *teología* ha desempeñado un papel similar determinando el lugar del derecho en la totalidad social, definiendo sus condiciones de validez y legitimidad, y circunscribiendo su función y razón de ser. Pero esa similitud no se ciñe sólo al hecho de que ambas hayan intentado aproximarse al dominio y valores del derecho desde fuera de él. Podemos mostrar también una relación funcional entre la idea, de base teleológica, del derecho natural, de una parte, y la sociología y el derecho, de otra. Intentaré discutir esto con más detalle luego. Por el momento, séame permitida la conclusión de que disciplinas, no dirigidas en primer término a la especificidad del derecho, pero que investigan el derecho *en unidad con y como uno de los componentes de la existencia social* —como elemento de la superestructura correspondiente a la base económica de la sociedad (Marx), como un factor de integración social (Durkheim), como un medio de ejercer el poder y, sobre todo, de racionalización económica (Weber), o como sub-sistema específico de la sociedad (Parsons)— pueden prestar una ayuda considerable en la investigación del sistema de relaciones sociales que condiciona el derecho.

En segundo lugar, estas teorías *no fueron necesariamente creadas sobre la base de generalizar análisis microsociológicos*. Semejantemente a lo ocurrido con las formulaciones filosóficas y sociales, puede aceptarse en este caso que las presunciones histórico-filosóficas jugaron un papel en la composición del cuadro como un todo, en la formulación de una idea primigenia dentro de un sistema, en otras palabras, en la elaboración de su mensaje básico. Proponer una cuestión de este tipo juega un papel especial cuando se intenta reconstruir la teo-

(2) HUNT, A.: *The Sociological Movement in Law*, Macmillan, London 1978, p. 1.

ría social de Marx. Concretamente, ¿se sigue con rigor lógico a partir de los análisis económicos concretos que se encuentran en *Una contribución a la Crítica de la Economía Política* y en *El Capital* lo que se conoce como tesis de Marx? ¿O posiblemente no ayudaron a organizar los datos de análisis concretos en un sistema definitivo de teoría social las ideas escatológicas así como las presunciones normativas de la filosofía de la historia de Hegel? (3). En el caso de Weber, la bibliografía es más discreta. Aunque nadie puso más empeño por entender el significado del fenómeno burocrático y la racionalización, esta tarea se atribuye sólo parcialmente a la obra y biografía del pensador, y se ve el estímulo en el prusiano arrebatado por el orden estricto y la actitud de la monarquía wilhelmina coqueteando a duras penas con la democracia (4). ¿Quiere decir esto que pueda ponerse en duda la objetividad de la investigación en la ciencia social? Hasta que se encuentre una respuesta más convincente, yo respondería con un definitivo «sí» (5). No obstante, para mí la cuestión fundamental es: si la teoría macrosociológica del derecho no es necesariamente una síntesis de análisis microsociológicos, ¿qué es lo que configura propiamente una teoría sociológica? Bien, mi respuesta puede ser débil, sin embargo no puede decirse mucho más de que su modo de proceder es el *deseo de lograr una explicación comprehensiva* de la estructura y factores del movimiento social, *partiendo de la interrelacionalidad del contexto social*.

En tercer lugar, el concepto de la teoría macrosociológica del derecho *no puede limitarse a la sociología del derecho como una rama profesional de la sociología*. Y esto no sólo porque, históricamente hablando, la sociología del derecho es básicamente producto de las condiciones sociales de fines de la pasada centuria: la destrucción de valores que se consideraban eternos llevada a cabo mientras se desarrollaba la libre competencia, el distanciamiento entre ideas y realidad, y por último, aunque no de menor entidad, la evidencia creciente de no ser viable la actitud positivista que preservaba el tradicional mundo conceptual del derecho (6). Pero ante todo y sobre todo porque la teoría macrosociológica del derecho puede desarrollarse inde-

(3) Cfr., e. g., POPPER, K. R.: *The Open Society and its Enemies*, II, Routledge and Kegan, London, 1945, especialmente cap. 21. TUCKER, R. C.: *Philosophy and Myth in Karl Marx*, Cambridge University Press, London, 1962. KOLAKOWSKI, L.: *Main Currents of Marxism*, I, Clarendon Press, Oxford, 1978, especialmente cap. XVI, párr. 2.

(4) Cfr., e. g., BENDIX, R.: *Max Weber. An Intellectual Portrait*, Methuen, London, 1966, especialmente cap. XV. ARON, R.: *Les étapes de la pensée sociologique*, Gallimard, Paris, 1967, cap. sobre Weber, especialmente párr. 6. Y los juicios críticos de izquierda tales como: WALTON, P.: *Max Weber's Sociology of Law: A Critique*, en CARLEN, P. (ed.): *Sociological Review Monograph*, 23, 1973. Siguiendo a LUKAS, G.: *Die Zerstörung der Vernunft*, 1954, cap. VI, párr. 3.

(5) Por ejemplo, las actas del *Symposium on Scientific Objectivity*, «Danish Yearbook of Philosophy», 14 (1977), Munksgaard, Copenhagen, 1978.

(6) En perfilada formulación, KULCSAR, K.: *A jogzozsokozologia problémái* (Los problemas de la sociología jurídica), Közgazdasági és Jogt. Kiadó, Budapest, 1960, cap. I.

pendientemente de toda sociología profesional —a partir de investigaciones filosóficas, económicas y, por supuesto, jurídicas— si *su intención y sus resultados* posibilitan esa actitud (7).

En un empeño por encontrar respuesta a la cuestión básica de qué han significado y qué significan para el pensamiento jurídico las teorías macrosociológicas del derecho, me propongo discutir dos problemas. Primeramente, pasaré revista a cómo la aproximación macrosociológica al derecho ha enriquecido el pensamiento jurídico tradicional (I). Este enriquecimiento justifica el papel que las teorías macrosociológicas del derecho han jugado y pueden jugar para ampliar el universo conceptual del derecho y —lo que constituye la única alternativa de desarrollo del pensamiento jurídico— para integrarlo en las ciencias sociales (II).

I. APORTACIONES DE LAS TEORIAS MACROSOCIOLOGICAS DEL DERECHO

El *método jurídico tradicional* contempla el derecho como un fenómeno autoconsistente y autosuficiente. Por lo que hace a su formación, el método se da por satisfecho remitiéndose al Estado dotado de autoridad, que le ha otorgado su validez. Por lo que hace a su funcionamiento, ese método exige sólo que el Estado aplique el derecho observando las pertinentes regulaciones. Los efectos del derecho, simplemente, no revisten interés en el mundo jurídico conceptual. El método tradicional está guiado por un único punto de vista: conformidad con el derecho promulgado, es decir, mera legalidad.

Por lo que hace a sus elementos esenciales, este método implica lo mismo que la doctrina del positivismo legal. Sin embargo, mientras que el positivismo jurídico se configura como una teoría (8), el mundo jurídico conceptual fue el *resultado de una dada situación de hecho*: un accidente necesario, un *complemento ideológico*. Aunque Marx y Engels lo criticaron como la «ilusión jurídica» de la burguesía al nivel de una crítica de la ideología (9), sin embargo era el único mé-

(7) Soy consciente de lo cuestionable de tal opinión; sin embargo, aventuro el parecer de que, por ejemplo, MANGABEIRA UNGER, R.: *Law in Modern Society*, The Free Press, New York, 1976, y los resultados reflejados en obras como, de una parte: ALLOTT, A.: *The Limits of Law*, Butterworths, London, 1980; o, por parte de la filosofía: LUKACS, G.: *A társadalmi lét ontológiájáról* (Sobre la ontología del ser social), Magvető, vols. I-III, Budapest, 1976, en algunas de sus partes, principalmente en los desarrollos del vol. II, cap. II, pueden calificarse de teorías macrosociológicas del derecho.

(8) Respecto de sus condiciones sociales, cfr., especialmente, KRSTUFEK, Z.: *Historické základy právního pozitivismu* (Los fundamentos históricos del positivismo jurídico), Academia, Praga, 1967.

(9) MARX, K., y ENGELS, F.: *The German Ideology*, en «Collected Works», Progress, Moscow, 1975, p. 91. Cfr. ENGELS: *Juristen-Sozialismus*, «Die Neue Zeit», 2, 1887, en MARX-ENGELS: *Werke*, 21, Dietz, Berlin, 1979, p. 491.

todo y el único mundo conceptual apropiados, mediante los cuales el dominio del derecho podía interpretarse en concordancia con las exigencias impuestas a la práctica de las profesiones jurídicas (10). La jurisprudencia conceptual considera real lo que el derecho considera que debe realizarse, uniendo ambos aspectos en su propia formación y funcionamiento. Pero, si bien está justificada su crítica ideológica, ésta deja intactas las vías que llevan a su necesario asentamiento como ideología. Queda incólume la necesidad práctica de que, en la medida en que el derecho exige un *conformismo formal a la regla*, se mantiene la ideología de la práctica profesional del jurista, que *presenta ese sistema de reglas y su observancia como una meta suficiente en sí y por sí misma* (11).

El universo jurídico conceptual en cuanto ideología, reclamada por una actividad dada y cuya corrección es convincente, ha de ser obviamente distinguido de su interpretación como teoría, porque *todo lo que se justifica en cuanto definido por exigencias prácticas de la jurisprudencia conceptual como una ideología se torna en falacia que perturba el conocimiento si se interpreta como una teoría*. Las falacias implicadas en la separación entre lo que está «dentro del derecho» y lo que está «fuera del derecho» (12) se originan en el universo jurídico conceptual y casi lógicamente una se deriva de la otra. Conforme al primer supuesto, el derecho es algo que puede ser dominado y circunscrito materialmente: puede reducirse a la formulación y objetivación externas de una norma que prescribe/prohíbe/permite un cierto tipo de conducta (*falacia de la coseidad*). La segunda concierne al efecto práctico del derecho, interpretado de ese modo. Se atribuye el efecto exclusivamente a la norma como si fuera el único determinante lógicamente necesario. Se excluye la interferencia de cualquier otro factor, la determinación del resultado por condiciones concretas

(10) He de hacer notar que aunque Engels no se percató de esa necesidad como ideología, reconoció claramente la *relación ontológica entre la posición dominante y la ideología oficial de las profesiones jurídicas*. «Mas una vez que el Estado se ha independizado de la sociedad, produce inmediatamente una posterior ideología. Ciertamente entre los políticos profesionales, los teóricos del derecho público y los juristas de derecho privado se pierde bonitamente la conexión con los hechos económicos. Desde el momento en que en cada caso particular el hecho económico debe asumir la forma jurídica a fin de recibir la sanción legal, y desde el momento en que, al proceder así, ha de prestarse atención a la totalidad del sistema jurídico ya en marcha, la forma jurídica es, en consecuencia, algo, y el contenido económico, nada. El derecho público y el derecho privado son tratados como esferas independientes, teniendo cada una su propia e independiente evolución histórica, y estando en condiciones una y otra de una presentación sistemática mediante la consistente eliminación de todas las contradicciones internas» (ENGELS: *Ludwig Feuerbach and the End of Classical German Philosophy* 1866, en MARX-ENGELS: *Selected Works*, Progress, Moscow, 1968. p. 617).

(11) Cfr. VARGA, C.: *Towards a Sociological Concept of Law. An Analysis of Lukács's Ontology*, «International Journal of the Sociology of Law», 9 (1981), p. 173, o, de manera más detallada, VARGA: *The Place of Law in Lukács's World Concept*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1985, cap. V, párr. 4.

(12) Cfr. VARGA: *Domaine «externe» et «domaine interne» en droit*, «Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques», 14 (1985).

y, así, se impide conocer el dinamismo de la relación entre la norma y la práctica social (*falacia de la estatalidad*). La tercera cuenta ya con la posibilidad de cambio en la relación entre norma y efecto. De acuerdo con su posición de partida, el proceso legal dispone de un único factor y consecuentemente toda desviación es un asunto interno de la esfera legal. En consecuencia, la ciencia jurídica tiene como única tarea enjuiciar las realizaciones conformes al derecho y conformes a la práctica social (*falacia de la facticidad*). El cuarto supuesto —por demás, básico en cuanto es el marco teórico y la justificación de los otros— sugiere que hay un dominio específico, autogobernado, cuyo funcionamiento está determinado por sus propias reglas, y es por tanto calculable y previsible y, en cuanto tal, analizable en sí mismo (*falacia de la distinción*).

Si yo ahora intento presentar algunas manifestaciones de las teorías macrosociológicas del derecho que han aportado novedades en el modo de abordarlo, he de dejar claro que cuestionar la independencia de la esfera «legal» no significa ni de lejos negar la *peculiaridad del derecho*, o la incapacidad de definir lo que se entiende como lo «específicamente jurídico» (13). Simplemente se quiere decir que la esfera específica del derecho no puede deducirse a partir de sí misma, o interpretada por sí misma; *en ningún momento ha de analizarse como un componente del entorno social*, si bien, las *regularidades básicas de su desarrollo y su funcionamiento emanan del examen de la entidad social como un todo*.

Las teorías macrosociológicas del derecho son tan multidimensionales y están compuestas de tan múltiples elementos que me tengo que limitar por mi parte a indicar sólo algunos dilemas y consecuencias específicos:

A) *Derecho y ley positiva* son categorías que no pueden equipararse. Conforme a una ingeniosa formulación, los límites del derecho han de trazarse «infinitamente» *más allá* de sus fuentes formales, pero al mismo tiempo *dentro* de la «totalidad» de las relaciones humanas (14). Derecho es lo oficialmente promulgado (*derecho positivo*) o reconocido (*derecho consuetudinario*) como derecho, y al mismo tiempo todo lo que oficialmente se realiza en nombre del derecho (*práctica judicial y administrativa*). Evidentemente, el progreso en el modo sociológico de abordar el derecho no reside en el simple hecho de ampliar el concepto de derecho, esto es, añadiendo al derecho promulgado (*law in books*) el derecho practicado (*law in action*) conside-

(13) SELZNICK, P.: *The Sociology of Law*, en SILLS, D. L. (ed.): *International Encyclopedia of the Social Sciences*, 9, Macmillan and The Free Press, New York, 1968, pp. 51 y ss.

(14) CARBONNIER, J.: *Flexible Droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1976, cap. 1, párr. 8.

rado asimismo como derecho (15). Más bien reside en el hecho de que *el énfasis se ha trasladado desde el vehículo de normatividad «designado» a su actual funcionamiento*, en otras palabras, *desde el sujeto de mediación al mismo proceso de mediación*. Semánticamente esto suena a paradoja; sin embargo, como una demostración de cambio, está justificada la afirmación de Karl Llewellyn: «“Derecho” sin efecto se aproxima a cero en su significado» (16).

Este desplazamiento en el énfasis toma cuerpo del modo más espectacular en el movimiento realista americano. Sin embargo, teóricamente encuentra más bien sus raíces en los experimentos etnológicos, antropológicos y sociológicos surgidos en el último tercio del pasado siglo, que han contemplado la normatividad en la misma realidad social, es decir, en las relaciones sociales, en las regularidades del tráfico humano. La investigación sobre el desarrollo jurídico y el derecho primitivo era tan estimulante que, con el añadido de teorías especulativas, condujo a partir del inicio de este siglo al establecimiento de sólidos principios sociológicos. Baste la mención de algunos de ellos: *añadido al derecho* positivo, Leo Petrazycki exploró el derecho intuitivo (17); en las normas de los usos, Iliam Graham Sumner identifica la fuente que *promueve* el derecho (18); Eugen Ehrlich pone de manifiesto que el derecho intuitivo se *identifica* básicamente con las normas de los usos, en la medida en que el *derecho vivo* es propiamente el derecho, mientras que el abstracto *derecho promulgado* y el *derecho de juristas* sirve para resolver conflictos concretos sólo si a ese marco de referencia se le suministran garantías artificiales (19). Y todo ello no era sino el principio. Para distinguirla de la moral, Petrazycki concluye que toda relación jurídica consiste en sistemas, mutuamente interdependientes y complementarios, de derechos y deberes. Esa es la estructura básica *imperativo-distributiva* que caracteriza a todo derecho, conforme a la cual la misma actividad genera un sentimiento de deber en alguien y un sentimiento de derecho en otro. Esta realización de *reciprocidad* constituirá el núcleo de la famosa definición de derecho de Bronislaw Malinowski, con el añadido de que «un cuerpo de obligaciones vinculantes consideradas como derecho por una parte y como deber por la otra, adquiere su efectividad por el mecanismo de reciprocidad y publicidad inheren-

(15) Sobre el primer uso de esos conceptos, cfr. POUND, R.: *Law in Books and Law in Action*, «American Law Review», XLIV (1910).

(16) LLEWELLYN, K. N.: *Some Realism about Realism* (1931), en SIMON, R. J. (ed.): *The Sociology of Law*, Chandler, San Francisco, 1968.

(17) PETRAZYCKI, L.: *Teoriia Prava i gosudarstva v svyazi s teoriei pravstvonnosti* (Teoría del Estado y del Derecho en conexión con la teoría de la moralidad), I-II, Markusheva, St. Peterburg, 1907.

(18) SUMNER, W. G.: *Folkways*, Yale University Press, New Haven, 1906.

(19) EHRLICH, E.: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Duncker & Humblot, Munich, 1913.

te a la estructura de... la sociedad» (20). Posteriores síntesis están asimismo basadas en el desarrollo crítico de ésta (21).

La investigación que partía de la estructura normativa como vehículo de normatividad fue reemplazada por el análisis de las funciones que o bien: a) se refieren a lo legal como a su base (*práctica judicial y administrativa*); b) se remiten al efecto de la práctica legal (*sopORTE cívico del derecho*); c) consideran otros modos de realización de funciones sociales semejantes a las anteriores (*derecho primitivo o consuetudinario*). Ambas cosas, la ampliación del concepto y el enriquecimiento del modo de abordar la realidad, son ciertamente inevitables. También son obviamente tentadoras. No obstante, todo ello sólo pretende conducir a una respuesta teóricamente fundada en si puede aclararse cuándo ha desaparecido la normatividad de hecho. En base a la bibliografía accesible, parecería que el pensamiento reduccionista, el argumento *ad regressum*, sería el único camino accesible. Sin embargo, pienso que apoyarse en él es, cuanto menos, dudoso.

La *validez formal*, por ejemplo, que califica al producto de cualquier contenido de algo formalmente definido por las autoridades estatales en cuanto resultado de un procedimiento formalmente definido por el derecho, ha sido, como se sabe, producto de la evolución jurídica europea en la pasada centuria (22). En etapas anteriores de esa evolución, así como en otras culturas, la *validez de contenidos* representada por lo tradicional y lo practicado era la dominante, como por ejemplo el respeto al *ius vetum* en la Europa medieval. El carácter relativo de esta evolución y su caracterización como mero desplazamiento del énfasis se pone de manifiesto por el hecho de que la evolución jurídica se ha caracterizado siempre por la *dualidad*: derecho escrito y no escrito, oficial e inoficial, así como por la cambiante justificación de uno y otro (23). Una aportación reciente proclama haber encontrado el origen de la normatividad específica del derecho legal en la reinstitucionalización de la costumbre (24). Esta respuesta, ciertamente provocativa, es no obstante dudosa, entre otras razones porque establece un orden cronológico y una conexión causal

(20) MANIŁOWSKI, B.: *Crime and Custom in Savage Society* (1926), Routledge, London, 1961, p. 58.

(21) En la teoría comparativa de POSPISIL, L.: *Anthropology of Law. A Comparative Theory*, Harper and Row, New York, 1971, cap. 3, por ejemplo, los componentes de lo jurídico son: autoridad, la intención de aplicación universal, *obligatio* (el binomio derecho-obligación) y sanción.

(22) Con una interpretación y un contexto sociológicos, cfr. LUHMANN, N.: *Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft*, en LAUTMANN, R.; MAIHOFER, W., y SCHELSKY, H. (ed.): *Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft*, «Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie», 1 (1970), párr. III.

(23) Esa dualidad se formula como una cuestión de objetivación normativa en VARGA: *Codification as a Socio-Historical Phenomenon*, Akadémiai Kiadó, Budapest (en prensa).

(24) BOHANNAN, P.: *Law and Legal Institutions*, en «International Encyclopedia of the Social Sciences», 9, p. 75.

entre costumbre y ley, viendo en la costumbre el precedente y la forma primitiva de derecho, y porque su carácter especulativo aplaza solamente el problema. Otros tienen a la vista la especificidad actual y tratan de circunscribir el derecho legislado por una estructura fundada en normas secundarias, esto es, que garantizan certeza y autoridad, así como legitimidad, a las primarias (25).

En última instancia, todas esas explicaciones —las generalizaciones etno-antropológicas y las teorías que fijan su atención en el mecanismo específico de formación de un sistema legal— giran en torno a justificarse en la *autoridad*: identifican lo que convierte a las normas o a las prácticas en derecho con la autoridad. Sin embargo, esta búsqueda del elemento autoritativo lleva a optar por una alternativa extrema. En consecuencia, o bien la existencia del fenómeno legal ha de vincularse a la presencia del *Estado* (26), o bien se indica que toda delimitación concebible de la autoridad es tan incierta que sólo puede conducir a difuminar los límites de lo jurídico (27), a su disolución en un *panjuridismo*, que tiende a detectar algo jurídico en todo. Evidentemente, alguna de estas alternativas extremas significaría una elección negadora de la historia. Aferrarse al reconocimiento por parte del Estado eliminaría una buena parte de la evolución de la historia del derecho, y carecería de una explicación de la validez jurídica en la Roma anterior a la época imperial, o del desarrollo del derecho en la Europa medieval y en buena parte de la Edad moderna, de los cuatro mil años de la evolución del derecho chino, o de los sistemas tradicionales en las regiones afro-asiáticas.

Sin intentar dar aquí y ahora una respuesta definitiva, soy de la opinión de Leopold Pospisil: si queremos trazar los límites conceptuales en el espacio y en el tiempo, en lugar de «trazos firmes» debemos señalar algunas «zonas de transición» (28). Ni que decir queda que

(25) HART, H. L. A.: *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961, cap. V, párr. 3. Y en una reinterpretación sociológica, SELZNICK, p. 52.

(26) Naturalmente, en sí mismo, es un razonamiento *ad regressum*. Pues podría preguntarse desde cuándo y siguiendo qué condiciones se puede hablar de Estado. Sólo después de haber respondido a esto podemos volver a la cuestión propiamente dicha: qué razones han de apreciarse para no llegar a calificar de jurídico el sistema regulativo que no tiene detrás al Estado —en el sentido de la definición anterior—, pero que cumple plenamente su función de resolver conflictos y ofrecer directivas en su propio entorno.

(27) La definición de Hoebel, por ejemplo, habla de «el uso legítimo de la coacción física por un agente socialmente autorizado». Y afirma: «Una norma social es jurídica si en caso de omisión o de infracción pone en marcha, como amenaza o de hecho, la aplicación de la fuerza física a través de un individuo o de un grupo que poseen socialmente el privilegio reconocido de actuar así» (HOEBEL, E. A.: *The Law of Primitive Man. A Study in Comparative Legal Dynamics*, Harvard University Press, Cambridge/Mass., 1954, pp. 26 y 28).

(28) POSPISIL, caps. 3 y 6, así como la rectificación crítica: VARGA: *Anthropological Jurisprudence? Leopold Pospisil and the comparative Study of Legal Cultures*, MTA Szociológiai Intézet, Budapest (papeles de trabajo de la serie «Subdesarrollo y modernización»).

es éste un problema metódico fundamental en toda formación de conceptos. Evidentemente, cuanto más vinculemos el concepto de derecho al derecho *moderno*, el contenido será más rico, pero el concepto será menos operativo: sólo podrá aplicarse al pasado mediante extrapolación, lo que daría una imagen distorsionada. De otra parte, cuanto más universal lo hagamos, más operativo resulta para el objetivo de una investigación histórica comparativa, pero explica mucho menos, ya que tiene que ponerse excesivamente en relación con la historia (29). Por lo tanto, además de dar una, posiblemente substancial, respuesta a la cuestión subyacente, es también una elección metodológica, un resultado de convención lingüística, qué concepto utilizamos.

B) En algunas circunstancias, está delimitada la *relación entre el derecho y el Estado*. Ello implica una cuestión dual: a) ¿de qué modo y con qué rotundidad puede decirse que el *derecho está vinculado al Estado*?; b) ¿de qué modo y con qué rotundidad puede decirse que la pretendida unidad del Estado implica también la *unidad de derecho y orden*? Una respuesta a la primera cuestión conlleva la interpretación de la naturaleza de los sistemas básicos de regulaciones de las *sociedades antiguas* anteriores a la aparición del Estado, de las *sociedades primitivas* no organizadas dentro de una formación estatal, de las *organizaciones amplias* junto al Estado, dentro del Estado y fuera del Estado, así como —aunque solamente como presupuesto ideológico de algunas filosofías de la historia— de las *sociedades comunistas* subsiguientes al desprecio del Estado. Una respuesta a la segunda cuestión implica la clarificación de en qué consiste la *unidad del Estado*. ¿En la organización manifestada en el funcionamiento armonioso del poder o en la unidad esencial —objetiva— de la práctica del poder? Más concretamente, ¿es el *sistema legal*, como sistema vivo en la práctica social —«el sistema funcional de los fenómenos legales de la sociedad»—, organizado en unidad que funciona en verdad armónicamente, o es sólo el resultado final de su funcionamiento lo que hace concebible un sistema? Y de modo semejante: ¿la unidad del sistema legal, interpretado de alguno de estos modos, implica necesariamente la unidad del *sistema jurídico* como un sistema de normas —«un sistema de normas desarrollado conforme a particularidades socio-históricas» (30)—, o puede surgir también la even-

(29) Por supuesto, el dilema emerge en el curso de la reconstrucción del concepto metodológico marxista. Recientemente, por ejemplo, en relación con el concepto de «clase social», DEÁK, D.: *Redistribúció és szocializmus* (Redistribución y socialismo), Institute of Social Sciences of the Central Committee of the Hungarian Socialist Workers' Party, Budapest, 1982, intenta poner de manifiesto cómo el concepto que surge de los análisis de Marx ha de ponerse en relación con la definición dada por Lenin. El autor llega a la conclusión de que el concepto de clase social sólo es operativo dentro del capitalismo clásico como comunidad de productores de artículos de consumo basada en una regulación de mercado: su aplicación a otros sistemas implica una extrapolación artificial.

(30) En cuanto a la diferenciación entre «system of law» y «legal system», cfr. KULCSAR, K.: *Historical Development of the Law-Applying Functions*, en PEIERI, Z.

tual unidad del sistema jurídico de la coexistencia, confrontación o competitividad de varios sistemas jurídicos?

Pues bien, el resto del problema en este caso reside en la absolutización de los propósitos y logros de la evolución burguesa de las pasadas centurias: vendrían reforzados al retrotraerlos al pasado reciente. Sin embargo, la tarea del punto de vista sociológico cubre un cierto tipo de reconstrucción de historia social. Concretamente: las tareas de describir la génesis de sus conceptos en su desarrollo actual, de formular sus leyes a partir de su interrelación funcional, y de estudiar el soporte ideológico y su aplicación a la realidad sobre la base del papel que actualmente desempeña.

Consecuentemente, la primera conclusión es que la estructura *moderna*, que nos sirve de base natural de comparación, es históricamente *particular*. Por tanto, *la vinculación del derecho al Estado y el reconocimiento de un único sistema jurídico dentro del Estado, son el producto de unas pocas centurias pasadas que conducen a la estatalidad en sentido occidental*. Por ello, desde el punto de vista de crítica ideológica, la *ideología monista* que absolutiza esta evolución es el reforzamiento de las ideas absolutistas dentro del marco del pensamiento jacobino (31). Desde un punto de vista sociológico lo que aquí es de especial interés es que la ideología no es simplemente sinónimo de falsa conciencia, ya que el concepto monista expresa una histórica necesidad real. *La ruta hacia una dominante actividad política como actividad estatal conducida a través de la monopolización de las funciones básicas del derecho* —para resolver conflictos (*administración de justicia*) y para promulgar el derecho (*legislación*)— *como parte de los esfuerzos de centralización del Estado: el uso del derecho como un medio de la política estatal, en interés de una planificación consciente y de una influencia en las relaciones sociales*. La segunda conclusión deriva de la primera: desde el momento en que se trata de una específica tendencia devolutiva, sólo se puede hablar de aproximación o alejamiento respecto de una meta puesta como ideal, pero ciertamente, ni la estatalización completa del derecho, ni sus deficiencias, pueden ser consideradas como un valor absoluto y obvio, o como un modelo de valor:

a) Por lo que hace a la *relación entre el derecho y el Estado*, la novedad de la aproximación sociológica no debe consistir simplemente en una extensión teminológica de los límites del derecho. El momento realmente nuevo y perdurable de la aproximación sociológica consiste en la investigación análoga de los sistemas de regulación no estatales —derecho primitivo, derecho canónico y sistemas de normas de organizaciones amplias— con el derecho estatal. Aunque con-

(ed.): *Droit hongrois-droit comparé/Hungarian Law-Comparative Law*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1970, p. 53.

(31) Cfr., especialmente, GURVITCH, G.: *Expérience juridique et philosophie pluraliste du droit*, Pédone, Paris, 1935.

sidero que el concepto de «sistemas legales privados» (32) es excesivo y es poco probable que la teoría acepte como derecho las normas internas de los clubs, asociaciones, compañías, instituciones, sindicatos y monopolios; sin embargo, el *análisis comparativo de su funcionamiento con el derecho* puede poner de manifiesto nuevas realizaciones, así como ofrecer alternativas al futuro derecho.

b) Por lo que concierne a la posibilidad de coexistencia de *algunos sistemas de derecho dentro de un único sistema legal*, el análisis sociológico fuerza a que se abran las puertas. Ya que, *todo sistema jurídico es por sí mismo una unidad contradictoria, que se desarrolla a través de tensiones y conflictos, y que se reproduce a sí mismo a través de sus propias contradicciones* (33). Esa contradicción también se produce en la estructura del mismo sistema legal, si algunos sistemas jurídicos —debido a razones históricas— forman una «mera... coexistencia de normas» (*pluralismo*), o —debido a las perturbaciones de modernización y adaptación— forman «normas que realizan correlativamente una dinámica unidad de unas y otras» (*duplicidad*) (34). La historia jurídica ya ha explorado la coexistencia de derecho consuetudinario y derecho estatal en las edades antigua y media, la complejidad interna del derecho romano clásico, la administración paralela de justicia por medio de *common law* y *equity* en Gran Bretaña, así como la existencia continuada de lo viejo junto a lo nuevo en la evolución suscitada por la revolución. El derecho comparado ya ha señalado la pluralidad de los sistemas jurídicos mixtos de las sociedades coloniales, así como su externa duplicidad artificial. Por último, la teoría jurídica ha estudiado las cualidades legales, cuasilegales e ilegales de estos fenómenos (35). Bajo tales condiciones, la coexistencia de sistemas de normas revela también que las posibilidades de integración política son limitadas, y que a la racionalidad jurídica no corresponde una idéntica racionalidad política. Concretamente, *la racionalidad jurídica puede aparecer también en una serie de racionalidades que compiten entre sí* (36).

C) La aproximación sociológica al derecho ve en el derecho mu-

(32) EVAN, W. M.: *Public and Private Legal System*, en «Law and Sociology», The Free Press of Glencoe, New York, 1962.

(33) Cfr., desde la vertiente de la sociología jurídica, LEVY-BRUHL, H.: *Tensions et conflits au sein d'un même système juridique*, «Cahiers Internationaux de Sociologie», XXX (1961). Y desde la teoría y la lógica jurídicas, PERELMAN, Ch. (ed.): *Les antinomies en droit*, Bruylant, Bruselas, 1965.

(34) EÖRSI, G.: *Comparative Civil-Private-Law*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1979, secc. 268, p. 463.

(35) Cfr., p. ej., POLAY, E.: *Differenzierung der Gesellschaftsnormen im antiken Rom*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1964. GILSEN, J. (ed.): *Le pluralisme juridique*, Université Libre, Bruselas, 1971, y HOOKER, M. B.: *Legal Pluralism. An Introduction to Colonial and Neo-colonial Laws*, Clarendon Press, Oxford, 1975.

(36) Sobre posibles conflictos de los diferentes modos de racionalización propios de las diferentes esferas sociales, cfr. KULCSAR, K.: *Social Planing and Legal Regulation*, «Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae», XIX (1977).

cho más —y en parte algo diferente— que un acto oficial de promulgación del mismo, más que un producto del Estado. Para ella, el *derecho es un proceso social* que: a) no puede reducirse a una operación especulativa definida por una conclusión lógica, y b) no puede aislarse del entorno social que le condiciona y configura. Eso se refleja en una de las afirmaciones básicas de la sociología jurídica, formulada por Ehrlich como programa de investigación en el prólogo de su obra clásica: «Ahora como antes, el centro de gravedad de la evolución jurídica no reside en la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la decisión judicial, sino en la misma sociedad» (37). La naturaleza social del derecho es sostenida por sus condiciones sociales; los hombres configuran condiciones sociales; consecuentemente, estas relaciones se reflejan en la actividad humana.

En la lucha contra el feudalismo, quienes se opusieron al despotismo de los detentadores del poder enarbolaron la bandera del derecho en la niebla de lo suprapersonal. Sin embargo, tan pronto como ellos empezaron a practicar el derecho, se convencieron de que las normas fijadas en los libros eran idénticas a la vida misma y ello ya en el período de luna de miel de este matrimonio entre derecho y vida. Tras esto, nuevamente aparecieron en escena los demiurgos del proceso, realizándolo y soportándolo: los hombres. «Nuestro gobierno no es un gobierno de leyes —se opina juiciosamente (38)—, sino uno de leyes por medio de hombres». Eso se expresa teóricamente por algunas escuelas de sociología jurídica, según las cuales, el procedimiento (39), o al menos la justiciabilidad (40) constituyen la juridicidad: o más aún, el *eventus judicii*, la posibilidad de veredicto se presenta como criterio de distinción respecto de lo no jurídico, como el carácter específico del derecho (41).

Sin embargo, lo que el derecho es no se basa en sí mismo, y no puede percibirse por sí mismo. Es una formación que *automáticamente remite a algo fuera de él: a la eventualidad de constituirse en un proceso social*. Esta vía sólo es transitable si se transforma en una categoría social: como creación de existencia social, como su elemento constitutivo:

a) En el *universo jurídico conceptual*, de ese proceso sólo se presta interés al momento de la promulgación. Es sólo un *derivado lógico*, y no puede ser sino un resultado necesario, si sigue estrictamente sus propias reglas. Y eso significa lo siguiente: en el caso de un hecho

(37) EHRLICH (n. 19), trad. de W. L. Moll: *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Harvard University Press, Cambridge/Mass, 1936, p. XIV.

(38) LLEWELLYN, p. 38.

(39) HORVATH, B.: *Rechtssoziologie*, Verlag für Staatswissenschaften und Geschichte, Berlin-Grünwald, 1934.

(40) KANTOROWICZ, H.: *The Definition of Law*, ed. A. H. Campbell, University Press, Cambridge, 1958, pp. 78 y ss.

(41) CARBONNIER, J.: *Sociologie juridique*, PUF, Paris, 1978, c. 2, parte I, párr. 2.

dado y de un derecho dado, la misma conclusión se formularía por un juez, o por todos los funcionarios de un juzgado, sin consideración a su edad, o a su cultura, su origen u opinión política, su entorno económico o social, circunstancias todas que están en la base de sus opiniones. Ese mundo conceptual se manifiesta en la concepción formal del derecho comparado, que atribuye un contenido idéntico a expresiones conceptuales idénticas de una norma, haciendo caso omiso de las posibles diferencias de su entorno social, así como de la realidad política y jurídica, como ocurre contemporáneamente con las culturas occidental, soviética, angloamericana o japonesa. Ese es el *more geométrico* modo de abordar el derecho, establecido aproximadamente en la *época de la Ilustración* (42).

Pues bien, el punto de vista sociológico ofrece un panorama completamente diferente. Conforme a él, la personalidad entera participa en el derecho, y el derecho refleja la impronta dejada por la historia y la cultura de una nación. Las *normas* son sólo signos que *por sí mismos no significan nada: son eficaces sólo en la práctica viva de la sociedad*. «La vida del derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia. Las necesidades de la época, las teorías morales y políticas predominantes, las intuiciones de orden público, reconocidas o inconscientes, aun los prejuicios que los jueces comparten con sus conciudadanos, han tenido una influencia mucho mayor que los silogismos en la determinación de las reglas según las cuales deben gobernarse los hombres. El derecho encarna la historia del desarrollo de una nación a través de muchos siglos y no puede estudiarse como si contuviera solamente los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas» (43). Esta formulación habla contra la falacia de la lógica, esto es, contra la absolutización de la lógica y la degradación de la administración de justicia en una función mecánica (44), sin pretender limitar la *función de control* desempeñada por la lógica. La consecuencia que se infiere es que el proceso de formación del derecho ha de analizarse como emplazado en un entorno social y humano, en el que *el marco organizativo decisorio* (45), *así como el factor humano no pueden calcularse de un modo axiomático-formal, si bien éste tenga un papel influyente en momentos decisivos* (46).

(42) Prestando atención a su naturaleza problemática, VILLEY, M.: *Histoire de la logique juridique*, «Annales de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Toulouse», XV (1967), y PERELMAN: *Désaccord et rationalité des décisions*, en «Droit morale et philosophie», Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1968.

(43) HOLMES, O. W.: *The Common Law*, Little Brown, Boston, 1881, p. 1.

(44) «La falacia a la que me refiero es la noción de que la única fuerza en movimiento en la evolución jurídica es la lógica» (HOLMES: *The Path of the Law* (1897), en «The Sociology of Law», ed. Simon, p. 25).

(45) Cfr., p. ej., KULCSAR, K.: *Situation in the Law-Application Process*, «Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae», XII (1970).

(46) Un desarrollo correlativo de los sistemas de lógica jurídica es la razón creciente de las llamadas «posturas antiformalistas». Sobre la base de las posturas formalistas y antiformalistas, así como sus limitaciones socio-históricas en el modo de abor-

Sin embargo, la *lógica* aparece como un medio específico de *organización, standarización y control*. Esas funciones se manifiestan en cómo *se filtran los problemas sociales a través de conceptos y estructuras normativas y se transforman en problemas jurídicos*, y cómo *las decisiones que conciernen a problemas jurídicos se justifican con referencia a tales conceptos y estructuras normativas*. La sociología interpreta todo eso como una *decisión programada*, que realiza su propia racionalidad en conformidad con el programa elaborado en el curso de la creación oficial de normas. Y así toda cuestión referida a la evaluación concreta del problema concreto se remite a la esfera de la interpretación jurídica, confiriendo a las cuestiones suscitadas la condición de cláusulas de un programa cualificado en cuanto conocido (47). La misma idea se ha formulado en la reconstrucción ontológica del derecho. Conforme a ella, el derecho es un específico complejo mediador que tiene su *propio sistema de realización*: sólo eso le permite cumplir su función mediadora. La transformación se realiza *convirtiendo ante todo los conflictos sociales en conflictos dentro del derecho*, y —al operar con leyes válidamente promulgadas y encontrar una solución lógicamente justificable— *redefiniéndolos como conflictos simulados* (48).

b) Si el proceso, presentado por la ideología oficial del derecho como meramente lógico, logra volver a ser social en consideración de todas sus especificaciones esenciales, entonces suministra una prueba convincente del ámbito de participación del entorno social en la vida del derecho. Por ejemplo: 1. Toda decisión es alternativa por lo que representa una elección socialmente condicionada entre varias posibilidades. 2. El derecho es un medio práctico, objetivado median- te su expresión lingüística, aunque su existencia actual está sensible-

dar la cuestión, cfr. VARGA: *Law and its Approach as a System*, «Acta Juridica Scientiarum Hungaricae», XXI (1979), reimpresso en «Informatica e Diritto», VII (1981). Para las reconstrucciones lógicas del razonamiento jurídico, teniendo también en cuenta el factor social, cfr. VARGA: *On the Socially Determined Nature of Legal Reasoning*, «Logique et Analyse», 61-62 (1973), o reimpresso en PERELMAN (ed.): *Etudes de logique juridique*, V, Bruylant, Bruselas, 1973, párr. 3.

(47) LUHMANN, párr. VI. De hecho, Luhmann no aborda el tema. Da una descripción sociológica del *modelo operativo correspondiente al ideal europeo de legalidad*. Conforme a esa formulación, *sólo los programas tienen racionalidad en sí mismos*; la racionalidad de las decisiones programadas reside exclusivamente en su *conformidad* con ellos. Igualmente, toda esta descripción se basa en la categoría de *expectativas normativas*. Esencialmente esto significa que los hechos de la praxis, posiblemente contradictorios, no modifican para nada el contenido de la expectativa (LUHMANN, párr. I). En ese caso, la reducción de lo ya conocido en el proceso de interpretación equivale a reducir a un conflicto ficticio, tal como lo formula la explicación ontológica. Concretamente se vendría a decir, conforme a la exigencia ideológica y formal de la seguridad jurídica, que puede mantenerse el carácter normativo (o al menos la apariencia normativa) de la expectativa, y ello en todos los casos, aunque posiblemente ello *se oculte* en la interpretación, se dé una *transformación intracognoscitiva*, es decir, se produce un cambio en el programa en el curso de su aplicación.

(48) Cfr. VARGA: *Towards a Sociological Concept of Law. An Analysis of Lukács's Ontology*, p. 173.

mente influida por las *convenciones sociales* concernientes a su significado y aplicación. 3. El carácter permanente y configurador de la práctica social se manifiesta con especial fuerza en el caso de la profesión jurídica, como un estrato separado, cuya obligación, conforme a la distribución social del trabajo, es la de hacer del derecho un proceso social, así como la de colaborar a su reproducción continua. 4. La profesión jurídica puede tener ahora un papel determinante en sistemas sociales donde cuenta con su *propia base de poder*, o allí donde el sistema jurídico se afirma a sí mismo como un *subsistema procedimentalmente independiente* dentro del político (49).

La participación del entorno social en la vida del derecho a dos niveles micro y macro relevantes, y la consideración tanto de la profesión jurídica como de todo aquello a lo que el derecho se remite determina la apreciación de que *el derecho, aislado de todo eso y reducido a su mera base normativa, se convierte casi en una simple abstracción sin sentido*. Unos pocos ejemplos para ilustrar el papel desempeñado por el entorno: sin una transformación simultánea de la sociedad, el derecho oficial no se hubiera convertido en derecho vivo en el sudeste europeo, en Galitzia o Serbia, a comienzos de este siglo (50); la recepción del derecho impulsada por el interés modernizador no podría haber suplantado al derecho existente en Turquía hace unas décadas, o en Etiopía hace una década (51); al mismo tiempo, la formación de un derecho, no impuesto desde fuera, puede quebrar ante usos que se adhieren a los tradicionales sistemas normativos no jurídicos, tal como ha sido el caso del Japón (52). Un conocido ejemplar del papel de las profesiones jurídicas es la contribución que el pedir la opinión de los jurisconsultos o la redacción de documentos por especialistas tuvieron para la innovación del derecho arcaico romano y el medieval europeo; también el hecho de que el campo de actividad del jurisconsulto y del profesor de derecho junto con el del jurista práctico contribuyeron a que tomara cuerpo la aproximación procedimental al derecho —así como a una concepción del derecho—, no como norma general, sino como norma particular, tal como

(49) Las fuentes de esas tesis son divergentes. En mi panorámica, la primera fuente fue LUKACS: *A társadalmi*, vol. II, cap. II. MAYHEW, L.: *The Legal System*, en «Intern. Encycl. of Social Sciences», 9, p. 62.

(50) Como bibliografía de base, cfr. STIERNQUIST, P.: *Political Use of Legal Forms*, en «Scripta Minora», Studier utg. av. Kungl. Humanistiska Vetenskapsamfundet i Lund, 1968-1969/1.

(51) Fundamental, SAUSER-HALL, G.: *La réception des droits européens en Turquie*, «Recueil de Travaux publié par la Faculté de L'Université de Genève», 1938. VENDERLINDEN, J.: *Introduction au droit de l'Étiopie moderne*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1971.

(52) Cfr. como ejemplo más llamativo, AWAIL, T.: *Les japonais et le droit*, «Revue internationale de Droit comparé», XXVIII (1976). O, desde el punto de vista de la sociología, CHIBA, M.: *The Unofficial Jural Postulates Underlying Attitudes towards Law*, «Zeitschrift für Rechtssoziologie», 3 (1982).

ocurrió en Gran Bretaña (53). Igualmente es un indicio del papel desempeñado por el entorno social: la quiebra de la asunción de responsabilidades en la vida mercantil y, en consecuencia, la presión de los intereses legales a través de la litigación, lo que cuestiona la presencia del derecho contractual en nuestros días, sobre todo en las esferas civil y mercantil, las más afectadas (54).

D) La lección inequívoca que ha de obtenerse de la argumentación precedente es que el derecho, en todos sus aspectos, es un fenómeno social. Incluso los rasgos que parecen específicamente jurídicos están socialmente condicionados hasta el punto de que —y ello no puede interpretarse sino en el contexto social— no se puede hablar, a fin de cuentas, de una rígida distinción entre las esferas «intrajurídicas» y «extrajurídicas», o trazar los estrictos límites de algo así como lo «inequívocamente jurídico». Por eso resulta claro que el alcance conceptual del derecho es más amplio del que parece sugerir su promulgación oficial y la ideología concomitante. Asume solamente una función absoluta del Estado en el supuesto de que la intención de la esfera política de integrar plenamente la sociedad venga coronada por el éxito. Al mismo tiempo, conforme a su existencia real, el derecho es un proceso social que es algo más y algo diverso de una simple consecuencia lógica de su promulgación oficial: en su práctica está determinado por su entorno social y humano, en su existencia se vincula a la existencia de la sociedad, y en su configuración juega un papel decisivo la profesión jurídica. La aproximación sociológica implica que *el derecho es un complejo: la unidad dinámica de diferentes aspectos y elementos de realidad*, sin que pueda reducirse a uno de esos componentes. En otras palabras, *la existencia del derecho brota de los movimientos de aspectos y componentes que se consolidan y cruzan entre sí*; el derecho es una unidad funcional que *se reproduce en el curso de continuas mitigaciones y reproducciones de tensiones y conflictos*.

En absoluto es una nueva tendencia del pensamiento jurídico que el concepto del derecho deba reflejar la complejidad del fenómeno jurídico (55). Sin embargo, los análisis toman las más de las veces la dirección metodológica. Concretamente, esos análisis sólo cuentan con los diferentes niveles jurídicos a los que hay que aproximarse con diferentes métodos dentro de una investigación interdisciplinaria (56).

(53) Cfr., ante todo, WEBER, M.: *Rechtssoziologie*, ed. Johannes Winckelmann, Neuwied, Luchterhand, 1960.

(54) Cfr., por ejemplo, MACAULAY, S.: *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, «American Sociological Review», XXVIII (1963).

(55) Conforme a la famosa definición de POUND, R.: *Jurisprudence*, I, West, St. Paul, 1959, cap. 6, por ejemplo, el derecho es un complejo compuesto de control social, reglas de derecho positivo y proceso de decisión.

(56) OPALEK, K.: *The Complexity of Law and of the Methodology of its Study*, «Scientia», LXIII (1969), menciona, por ejemplo, el nivel del fenómeno y de su signifi-

Conforme al planteamiento macrosociológico, el derecho es la unidad entrelazada de al menos cuatro componentes, y ninguno de ellos puede dejarse de lado si se pretende alcanzar un conocimiento razonable del complejo jurídico. Hay: 1. *La estructura normativa*. 2. *La formación de consciencia* que condiciona directamente y es resultante de la estructura normativa. 3. *La realidad social* configurada y creada por la estructura normativa; y 4. *La profesión jurídica* responsable del establecimiento, así como de la continua reproducción de todas ellas.

El derecho concebido como un todo complejo es obviamente un fenómeno más amplio que la suma total de las normas oficialmente proclamadas y/o actualmente consideradas reglas de decisión. Dentro del complejo jurídico es naturalmente necesario distinguir las reglas y juzgar del funcionamiento del complejo como totalidad sobre la base de esas reglas (57). Sin embargo, el derecho en cuanto unidad funcional no puede deducirse de uno de sus componentes individuales, ni puede ser interpretado. Ahora bien, el derecho concebido como un todo complejo presupone una *aproximación dual*, que se impone también en la realidad. El *funcionamiento del derecho sólo puede y debe evaluarse sobre la base de en qué medida las reglas de decisión proclamadas oficialmente y las actualmente consideradas como tales coinciden o divergen unas de otras*. Al mismo tiempo ha de entenderse que se trata de una evaluación jurídico-legal: *un asunto interno del complejo jurídico. Llega a ser socialmente relevante sólo en la medida en que el actual funcionamiento deja insatisfecho el sistema de realización del derecho*. En otras palabras, la diferencia entre las reglas oficialmente impuestas y las actualmente consideradas como tales resulta un aspecto mucho más dominante, *que todas las cuestiones referentes al carácter «específicamente jurídico» del conjunto* (58).

E) La aproximación sociológica está acentuadamente interesada en los componentes, posible función y actuales límites *del derecho concebido como técnica específica de influencia social*. Naturalmente, su método no es el de asentar tesis firmes sobre el derecho partiendo

cado, mientras que WRÓBLEWSKI, J.: *The Theory of Law. Multilivel, Empirical or Sociological?* «Poznan Studies in the Philosophy of the Sciences and the Humanities», V (1979), habla de los niveles lógico-lingüístico, sociológico, psíquico y axiológico.

(57) Los críticos de las propuestas para una sociología jurídica arguyen que el dominio de los elementos fácticos conduce a una indiferencia hacia los valores: la normatividad se diluye en práctica cotidiana. Lo mismo se ha dicho sobre el movimiento del realismo americano por SUMMERS, R. S.: *Instrumentalism and American Legal Theory*, Cornell University Press, Ithaca, 1982.

(58) He intentado proceder a tal distinción en algunos de mis primeros trabajos. Cfr. VARGA: *Towards the Ontological Foundation of Law: Some Theses on the Basis of Lukacs's Ontology*, «Rivista internazionale di filosofia del Diritto», LX (1983); *A jog minti felépítmény* (Derecho como superestructura), «Magyar Filozófiai Szemle», XXX (1986).

de un cerrado mundo conceptual (59), sino que más bien investigaciones histórico-comparativas y estudios de campo suministran el punto de partida:

a) En el sentido más amplio, *el mantenimiento del orden público, la resolución de conflictos y creación de condiciones sociales* son las tres funciones básicas del derecho, que le han acompañado a lo largo de lo que sabemos de su vida. Las modificaciones históricas se reflejan ampliamente en los cambios de proporción y énfasis de esas funciones. Concretamente, en los primeros periodos de la evolución jurídica, la función del derecho de crear condiciones de vida social era sólo un subproducto, ya que la existencia del derecho se centraba en la solución de conflictos. La primera función se puso en primer plano sólo cuando el derecho se convirtió en un medio inmediato de la política. Sólo en el curso de la evolución moderna de Occidente se separó formalmente y relacionó jerárquicamente la *legislación* de la *aplicación* de la Ley, tomando la primacía la legislación y desplazando a la aplicación a la condición de un reflejo casi mecánico. La aproximación sociológica al derecho, al diferenciar entre funciones manifiestas y latentes, percibe también permanencia en ese desplazamiento del énfasis, al constatar en el proceso de aplicación del derecho la continua plasmación del mismo y lo trata como una permanente función latente (60).

b) En la investigación del sistema de relaciones jurídicas, las líneas más prometedoras han sido definidas por los estudios que sitúan el derecho en *el sistema total de influencia social*. La caracterización del derecho como *ingeniería social* sirve para subrayar el papel configurador y para basarse en un plan consciente (61). Para explicar ese papel, se ha desarrollado una teoría sociológica que coloca el derecho en el sistema de *control social*. Hay diferentes criterios para definir su ubicación como un subsistema en el sistema de control social. Atendiendo a su funcionamiento, el derecho es el *más efectivo*, subordinando por ello a los demás (62); mientras que si se atiende a su organización, el derecho puede ser calificado de *gubernamental* (63). Sin atender a los méritos de respuestas parciales, la sociología estudia el derecho dentro ya del sistema de medios de influencia social, a través de sus interacciones. La teoría que concibe el derecho como *un mecanismo de integración social* se construye sobre la posición

(59) Como ejemplo característico de este efecto, cfr. Kelsen, H.: *The Law as a Specific Social Technique*, en «What is Justice?» Univ. of Calif. Press, Berkeley/Los Angeles, 1960.

(60) Por ejemplo, Kulcsar, K.: *A jogalkalmazás funkcionális elemzésének problémái* (Los problemas de un análisis funcional de la aplicación del derecho), «Allam-és Jogtudomány», XII (1969), p. 610.

(61) Pound, R.: *An Introduction to the Philosophy of Law* (1922), Yale Univ. Press, New Haven/Londres, 1954, p. 47.

(62) Pound, R.: *Social Control through Law*, Yale Univ. Press, New Haven, 1942.

(63) Black, D.: *The Boundaries of Legal Sociology*, en «The Social Organization of Law», Seminar Press, Nueva York/Londres, 1973, pp. 50 y ss.

clave del derecho en esas interacciones. Integración puede significar el lubricante de la maquinaria social (64), la coordinación de las funciones sociales (65), así como la armonización de los autoregulados subsistemas de cooperación social (66). En esa investigación, la interacción de medios se completa con la interacción de funciones. Por último, la integración es abordada desde un punto de vista político y considerada como *un subsistema dentro del sistema político*. Como apéndice a un intento de síntesis entre las interacciones instrumental y funcional, ese estudio cuenta con la relativa autonomía del complejo jurídico. La concepción del derecho como un subsistema político implica que se le considere *no sólo como medio, sino también como resultado* de la política (67).

c) En la descripción del influjo social del derecho, la sociología necesariamente dirige más lejos su mirada que el tradicional universo jurídico conceptual. Este se da por satisfecho presentando conductas calificadas de obligatorias, permitidas o prohibidas, siendo esto un fin en sí mismo. Al mismo tiempo, la sociología llega a la sorprendente conclusión de que el derecho sirve para la realización de las *más diversas funciones*. En esa variedad de funciones (68), la conducta jurídicamente calificada sólo puede jugar el papel de instrumento. No obstante, la relación entre la función social a realizar y los medios legales puede ser tan compleja que *el fin a realizar con ayuda de ese instrumento tiene solamente función instrumental*. Eso ocurre en los casos en que el motivo social dominante de una regulación se refleja solamente como un efecto adicional del procedimiento jurídico (69).

Al mismo tiempo, esa pluralidad de funciones, que en teoría parece ilimitada, de hecho cubre posibilidades sociales muy limitadas. No vienen solamente a mi mente los peligros de una planificación e intervención sociales aumentados hasta alcanzar dimensiones cósmicas para F. A. Hayek (70). Tengo más bien en mente el hecho de que es meramente *una ilusión o ficción presumir* —y mucho más dar por

(64) PARSONS, T.: *The Law and Social Control*, en «Law and Sociology», p. 58.

(65) BREDEMEIER, H. C.: *Law as an integrative Mechanism*, en *Law and Sociology*.

(66) SAJO, A.: *Társadalmi szabályozottság és jogi szabályozás* (Regularidad social y regulación jurídica), Akadémiai Kiadó, Budapest, 1978, pp. 36 y ss.

(67) Por ejemplo, SHAPIRO, M.: *Political Jurisprudence*, «Kentucky Law Journal», III (1964). KULCSAR, K.: *A politikai és a jogi rendszer* (El sistema político y el jurídico), en *Társadalom politika, jog* (Sociedad, política, derecho), Gondolat, Budapest, 1974.

(68) Por ejemplo, NADER, L.: *The Anthropological Study of Law*, «American Anthropologist», LVII (1965).

(69) Como ejemplo, cfr. DIAMOND, S.: *The Rule of Law versus the Order of Custom*. En WOLFF, R. P. (ed.): *The Rule of Law*, Simon and Schuster, Nueva York, 1971, párr. II.

(70) En primer lugar, HAYEK, F. A.: *The Road to Serfdom* (1944), Routledge, Londres, 1979, e inserto en un marco más amplio, HAYEK: *Law, Legislation and Liberty*, Routledge, Londres, 1982.

hecho— *que es posible una previsión relevante en la práctica real de la planificación e intervención sociales*. Otro tanto ha de decirse del presupuesto del «buen legislador», que la interpretación práctica de las reglas jurídicas admitía como presunción operativa (71); la práctica a su vez señala meramente la *presencia objetiva de un sistema que sólo tiene laxas interconexiones y tenue organización*. Eso es lo que indica también el punto de vista según el cual «la práctica más bien incoherente —coordinada sólo por su vinculación al status quo— del cambio continuo de detalles pone de manifiesto una renuncia a una transformación comprehensiva, estructural del derecho, desde el momento en que nadie puede prever las consecuencias» (72). Por tanto, lo que aquí aparece es un efecto objetivo del sistema, en el que precisamente la mejor legislación se degrada en función de la operación total del sistema, incluida su inercia. Se constata aquí que la sociología realiza algo establecido ya por la reconstrucción ontológica. Según ésta, la existencia social se realiza a través de proyecciones teleológicas, que ponen en marcha cadenas de causas. Ese movimiento, siguiendo sus propias leyes, va más allá de las proyecciones originarias. Dependiendo de las mediaciones existentes, el análisis final detecta lo que hay de más o menos, de similar o de diferente de la tentativa originaria (74).

Por lo que hace a las funciones sociales, una diferenciación tradicional en sociología menciona una *instrumental* y otra *simbólica*. Lo simbólico es obviamente lo opuesto a lo instrumental, si bien haya que decir que lo simbólico puede ser a su vez instrumental, si bien desde una perspectiva diferente, por ejemplo, como una función ideológica. Porque, como resultado del funcionamiento del derecho en su totalidad como ideología, hay que constatar que la *producción meramente simbólica de normas juega también un papel en el cambio social*: puede aumentar el sentido de legitimidad en la dirección dada, al suministrar los medios para su implementación, mientras que hace a la dirección opuesta menos defendible y por ello vulnerable (77). Sin embargo, atendiendo a la clasificación de las regulaciones, sugeriría más bien una, que, en primer término, diferencia entre: 1) formas *reales*, y 2) formas *sustitutorias*. Las segundas pueden ser: 2.1) una regulación *voluntarista*, y 2.2) una regulación *alibi*. La voluntarista

(71) BOBBIO, N.: *Le bon législateur*, en HUBFEN, H. (ed.): *Le raisonnement juridique*, Bruylant, Bruselas, 1971.

(72) LUHMANN, pp. 187 y ss.

(73) Por ejemplo, SAJO, A.: *Preliminaries to a Theory of Law-Observance*, «Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae», XIX (1977).

(74) LUKACS: *A társadalmi*, etc., III, pp. 293 y ss.

(75) GUSFIELD, J. R.: *Symbolic Crusade-Status Politics and the American Temperance Movement*, Urbana, 1966, citado por HUNT, p. 149.

(76) Por ejemplo, cfr. PESCKA, V.: *A jog mint ideológia* (Derecho como ideología), «Allam-és Jogtudomány», XXIV (1981).

(77) Por ejemplo, SELZNICK, p. 57.

se caracteriza por el hecho de que aunque espera jugar un auténtico papel configurador, es incapaz de desempeñar tal papel debido a la violación de los límites naturales de la regulación. En contraste, la regulación alibi, o pretexto, abandona de antemano la realización de cualquier propósito configurador. La razón de ello puede manifestarse bien en: 2.2.1.) una *regulación ficticia*, o bien en el hecho; 2.2.2.) de que *la misma regulación se instituye como actividad sustitutoria*. Es una regulación ficticia si está formulada de manera errada, en cuanto inapropiada para influir legalmente sobre la conducta. Puede ser inapropiada porque: 2.2.2.1) no contiene reglas de conducta, sino *declaraciones* político-ideológicas, o 2.2.2.2) contiene reglas de conducta *no justificables por sí mismas*, o desprovistas de coerción. Por otra parte, se puede hablar de actividad sustitutoria manifestada a través de una regulación, si en lugar de una medida concreta a seguir en un área dada, se ha previsto la regulación legal como sustitutivo de una reforma necesaria (78).

La utilización de los medios legales como un sustitutivo tiene un variado pasado. Desde el punto de vista de la sociología, las manifestaciones de mayor interés no son las que encubren compromisos políticos y ofrecen una regulación ambigua, como puede observarse bien en los preámbulos de las constituciones (79), sino aquellas que suponen tendencias casi conscientes de dotar al contenido fundamental de la legislación de regulaciones ficticias. Eso ocurre en épocas en las que, debido a la retardada evolución, el Estado policía se ve sometido a fuerte presión, lo que le lleva a usar excesivamente del derecho, la dirección de los cambios pasa a ser de orgánica a inorgánica, impulsos forzados llevan a actuar de remolque, y se cae parcialmente en la tentación de regular ficticiamente. Aunque las consecuencias se manifiestan sólo a largo plazo, son irremisibles. Ello conlleva una pérdida de prestigio del derecho que se considera equilibrado mediante regulaciones que sucesivamente llevan a una acelerada paz, pero son crecientemente inefectivas en su coercibilidad (80).

d) Todo eso suscita la cuestión sobre los *límites sociales del derecho*. Ya aparecía claro a Max Weber que los valores técnicos de la evolución jurídica de Occidente —*racionalización y formalización*— pueden convertirse en sus opuestos si se supera su medida adecuada. La medida adecuada es lo más importante a todo, ya que otras investigaciones han puesto de manifiesto que la misma racionalidad pre-

(78) Ha de advertirse que NOLL, P.: *Symbolische Gesetzgebung*, «Zeitschrift für Schweizerisches Recht», C (1981), ha discutido también la cuestión estudiando algunos de los hechos que hemos descrito como regulación ficticia.

(79) Por ejemplo, con atención a los preámbulos de las constituciones no socialistas, VARGA: *A preambulumok problémája és a jogalkotási gyakorlat* (El problema de los preámbulos y la práctica legislativa), «Allam-és Jogtudomány», XIII (1970).

(80) Véase, por ejemplo, KULCSAR, K.: *Politics and Law-Making in Central-East-Europe*, en PETERI, Z. (ed.): *Legal Theory. Comparative Law: Studies in Honour of Professor Imre Szabó*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1984, parte II.

senta efectos ambivalentes. Si bien logra una ordenación en una determinada dirección, al mismo tiempo, en otra dirección, *incrementa la irracionalidad de lo no regulado*. Además, la racionalización, llevada a cabo en una dirección, es en sí misma ambivalente, en la medida en que *homogeneiza su objeto* de acuerdo con el cálculo hecho, las más de las veces económico, por lo que toda homogeneización es también una distorsión (81). Excesiva regulación y excesiva formalización sólo pueden conducir a una *racionalización ficticia, que en su efecto final se manifiesta precisamente como imposibilidad de la racionalidad existente, a results del funcionamiento anárquico del sistema*. Pero el derecho —en cuanto medio de influencia social y en cuanto sistema institucional que hace efectiva la influencia con su propio aparato— tiene que investigar todos los factores estimulantes y los límites impeditivos que determinan el éxito —marco de referencia y condiciones— de su actividad. Esto, evidentemente, va más allá del problema de la racionalidad en sentido tecnológico. Es el problema de los *paralelismos, tensiones y conflictos de las racionalidades de diferente contenido: económica, política, etc.* Solamente con el método propio de una ciencia social pueden investigarse con éxito sus componentes (82).

F) Las cuestiones suscitadas anteriormente llevan gradualmente a la investigación del *derecho como un medio alternativo*. En el espíritu de un «*debito ergo sum*», el derecho se cuestiona sobre sí mismo pero sólo para reafirmarse en su posición en la historia de la evolución jurídica. Al mismo tiempo, el planteamiento de esta cuestión nos lleva más allá del universo jurídico conceptual, ya que enfoca de otro modo no sólo las interrelaciones sociales del derecho, sino también sus bases históricas.

Sin embargo, ello ha de considerarse como un resultado natural del método sociológico aplicado a la teoría tradicional de la evolución jurídica. A este efecto, unos pocos ejemplos: las investigaciones histórico-comparativas han puesto de manifiesto que la *costumbre* no puede considerarse el antecedente lógico de la ley (83), debido al carácter histórico de su mutua relación. En otras palabras, pueden coexistir, cumpliendo cada una tareas cualitativamente diferentes (84). También ha puesto de relieve que la *tradición*, que para Weber era

(81) ZACCARIA, G.: *Razionalità, formalismo, diritto: riflessioni su Max Weber*, «Sociologia del Diritto», VIII (1981).

(82) Considerando experiencias básicas en análisis comparativos, cfr. ALLOTT [y sobre su posición teórica, VARGA: *A job és korlátai: Allott a hatékony jogi cselekvés hatásköröl* (El derecho y sus barreras: sobre Allot y los límites de eficacia de la actividad jurídica), «Allam-és Jogtudomány», XXXVIII (1985), 2]. Mientras que tiene a la vista estudios sobre experiencias húngaras. KULCSAR, K.: *Gazdaság, társadalom, job* (Economía, sociedad, derecho), Közgazdasági és Jogi Kiadó, Budapest, 1982.

(83) Como se postula, por ejemplo, en la teoría de la doble institucionalización (cfr. núm. 24).

(84) DIAMOND, especialmente pp. 117-126.

la petrificación del pasado a superar, lo verdaderamente opuesto a la *racionalidad*, puede contener en sí una racionalidad históricamente verificada e integrada en la tradición. Considerada esa cualidad y debido a su racionalidad, merece ser mantenida (85). O, como consecuencia de los debates sobre la fuerza motriz y el mecanismo de la evolución jurídica, se ha comprobado que la inercia, inherente a la fijación en tradición de lo peculiarmente jurídico, es decir, que el trasplante, la toma en préstamo o la reinterpretación —tan amplios y casi ilimitados—, de *regulaciones ancestrales y soluciones institucionalizadas*, puede a veces jugar un papel único (86). Por último, la tipificación marxista basada en la subyacente *formación socioeconómica* se muestra factible de aplicación al derecho desde fuera, dentro de un cierto concepto de totalidad; al mismo tiempo, sin embargo, no aborda características distintivas del derecho. Pues queda por responder la cuestión de las diferentes culturas jurídicas, así como la de las interrelaciones básicas entre las formas de organización social, por ejemplo, las que se dan entre los productos de una organización burocrática emanada de un absolutismo feudal y los de una práctica socialista, los de la *moderna estatalidad* y el *derecho formal moderno* (87).

Si hay algo en común en estos resultados, reside en que los análisis finales reflejan la nueva apreciación de lo *diferenciador*, de lo *diferente* y del *pasado*. Reflejan la realización de valores que pueden conducir a una explicación satisfactoria de las fases de la evolución jurídica (88), y al mismo tiempo suministran modelos, referencias o alternativas para renovar y hacer avanzar nuestra cultura jurídica.

Desde un punto de vista jurídico, la alternatividad tiene dos significados:

a) Uno concierne a las *vías accesibles y transitables simultáneamente por el derecho existente*. Porque, en el caso de un conflicto de intereses, elegir la *litigación es sólo una alternativa estratégica a otros medios de presión de intereses*. Es un procedimiento específica-

(85) MUÑOZ, L. J.: *The Rationality of Tradition*, «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», LXVII (1981).

(86) WATSON, A.: *Legal Transplants-An Approach to Comparative Law*, Scottish Academic Press, Edinburg, 1974. WATSON, A.: *Society and Legal Change*, Scottish Academic Press, Edinburgh, 1977.

(87) Por ejemplo, VARGA, C.: *Moderne Staatlichkeit und modernes formales Recht*, «Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae», XXVI (1984). VARGA: *Logic of Law and Judicial Activity-A Gap between Ideals, Reality and Future Perspectives*, en PETERI, Z., y LAMM, V. (ed.): *Legal Development and Comparative Law*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1982.

(88) La tipificación de los sistemas jurídicos se basa en la tradición de sus valores culturales para CONSTANTINESCO, L.-J.: *Die Kulturkreise als Grundlage der Rechtskreise*, «Zeitschrift für Rechtsvergleichung», XXII (1981), y se caracteriza por el grado de complejidad demostrable en las relaciones sociales y funciones, según SCHWARTZ, R. D., y MILLER, J. S.: *Legal Evolution and Social Complexity*, «The American Journal of Sociology», LXX (1964).

mente formalizado y asegurado, cuya condición previa es que los *factores de poder* involucrados en el asunto han de ser *desatendidos en aras de resultados normativamente relevantes* (89). Surge inmediatamente la cuestión de quién podría introducirse como tercero para resolver el conflicto: el juez *neutral* con procedimientos fijados, el *mediador* no especializado con procedimientos libres, o el *administrador*, usando de libres procedimientos pero también de su poder (90), o bien la resolución del conflicto se dejaría a las mismas partes interesadas, mediante la aplicación limitada, pero voluntaria de medios legales en su interdependencia continua y mutua, es decir, básicamente, por su intersolidaridad y su aceptación habitual en el tráfico diario (91). Al mismo tiempo, está fuera de las partes implicadas la elección libre de la alternativa. Esa decisión puede depender de la pertenencia a un grupo, o de la continua existencia de tradiciones de las que puede inferirse de antemano con considerable probabilidad que se quiere mantener al derecho legislado automáticamente al margen (92).

b) El otro significado de alternatividad se refiere a la *tipificación histórica* del derecho, a las *posibilidades de reemplazar y sobrepasar* sus formas dadas. Vienen a mi mente los empeños por situar los objetivos básicos de la evolución jurídica sobre las bases de una teoría macrosociológica. Al mismo tiempo, esos empeños no intentan describir las fases de desarrollo, sino que intentan caracterizar a ciertos objetivos como determinantes. Así se formulan tipos, que coinciden en presentar una triple división, representando el tipo medio el presente. Según esto, el presente es el resultado de una superación del pasado, y a su vez exige una superación. Basten unos pocos ejemplos: la tipificación, subyacente a la diferenciación conceptual de Ferdinand Tönnies, contempla las tres fases de la evolución jurídica en el pasado *burocrático-administrativo*, en el tipo presente de *Gesellschaft* sosteniendo valores *individualistas*, y en el tipo futuro de *Gemeinschaft* en el que estarán en primer plano valores *comunitarios* (93).

(89) «... una de las funciones del procedimiento jurídico formal es obligar a las partes de un conflicto jurídico a adaptar sus conflictos concretos a pretensiones sometidas a un enjuiciamiento normativo. Al proceder así, las partes se ven obligadas a aislar las consecuencias normativas y a eliminar extraños factores de poder. Los factores de poder pueden definirse como situados fuera del objeto de investigación...» (MAYHEW, p. 63).

(90) ECKHOFF, T.: *The Mediator, the Judge and the Administrator in Conflict-Resolution*, «Acta Sociologica», X (1966).

(91) MACAULAY, J.; KURCZEWSKI, J., y FRIESKE, K.: *Some Problems of the Legal Regulation of the Activities of Economic Institutions*, «Law and Society Review», XI (1977). FALK-MOORE, S.: *Law as Process*, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1978.

(92) El grupo puede significar: una actividad específica, denominación, unidad étnica, etc. Teniendo a la vista su aparición en una medida que influye masivamente en toda la sociedad, y en un caso que suministra un ejemplo extremo del éxito de la modernización y de la integración de la tradición en las formas de modernización. Cfr. KAWASHIMA, T.: *Dispute Resolution in Contemporary Japan*, En T. VON MEHREN, A.: *Law in Japan*, Cambridge University Press, Harvard, 1963.

(93) KAMENKA, E., y TAY, A. E.-S.: *Beyond Bourgeois Individualism: The Contemporary Crisis in Law and Legal Ideology*, en Kamenka, E., y Neale, R. (ed.),

Otra tipificación se basa en los potenciales jurídicos de control social. Sitúa los objetivos fundamentales en el *derecho burocrático*, que actúa como poder *regulador*, en el *orden jurídico* que afirma los valores específicamente jurídicos como valores *autónomos*, y finalmente la evolución de un *orden consuetudinario de mutuas interacciones sociales* (94). Una tercera tipificación surge de las orientaciones tecnológicas de los medios jurídicos, y define las alternativas de evolución como las posibilidades de un derecho *represivo*, *autónomo* y *socialmente responsable* (95). Finalmente, la cuarta tipificación, que más bien señala las direcciones de renovación del derecho establecido, diferencia como posibilidades de elección entre la *tecnocrática*, la *legalista* y la *comunal* (96). Pues bien, al menos en algunos de sus elementos, todos esos tipos coexisten obviamente en todos y cada uno de los sistemas jurídicos, y desempeñan un papel en esta o aquella parcela particular. Al mismo tiempo, es igualmente obvio que los complejos jurídicos de los diferentes períodos se caracterizan por la primacía de uno de esos tipos.

Lo más sorprendente en todos esos empeños es el hecho de que los complejos del pasado se describen como estructuras que confirman un deseo regulativo externo descrito puramente como poder. Y cada uno de esos empeños describe lo específico del presente en cuanto sobrepasado por las realizaciones del moderno derecho formal. Y, por lo que concierne al futuro, cada uno de ellos sitúa como meta desembarazarse de las características formales del derecho, edificar éste sobre las potencialidades de una actitud comunitaria e integradora, y dar prioridad a las formas democráticas y a las consideraciones de los no-juristas profesionales como opuestas a estructuras normativas meramente jerárquicas. Eso implica una actitud crítica dirigida en primer término contra la continua y fuertemente limitada dominación de la *organización social burocrática*, que ha desarrollado la moderna estatalidad y el derecho formal moderno.

Al mismo tiempo, está lejos de ser cierto que un cambio radical sea oportuno y factible. La necesidad de dar con formas alternativas se ha expresado de forma más modesta en la bibliografía, cuando se afirma que formas antiguas, existentes todavía en ciertas civilizaciones, de *resolución de conflictos sin reglas de decisión predetermi-*

Feudalism, Capitalism and Beyond, Arnold, Londres, 1975. KAMENKA-TAY: *Social Traditions, Legal Traditions*, en KAMENKA-TAY (ed.): *Law and Social Control*, Arnold, Londres, 1980.

(94) UNGER, caps. 2 y 3.

(95) NONET, P., y SELZNICK, P.: *Law and Society in Transition- Toward Responsive Law*, Harper and Row, Nueva York, 1978, caps. II-IV.

(96) GALANTER, M.: *Legality and its Discontents- A preliminary Assessment of Current Theories of Legalization and Delegalization*, en BLANKENBURG, E.; KLAUSA, E., y ROTTLEUTHNER, H. (ed.): *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht*, «Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie», VI (1980).

nadas y prefijadas, tienen más posibilidades de futuro (97), o cuando se intenta *excluir ciertos tipos de casos de la regulación jurídica formal* (98), o cuando se propone *aproximar más el lenguaje jurídico a las cuestiones a resolver*, de modo que sea posible comprender la sustancia del caso mediante conceptos jurídicos «socialmente adecuados» (99), o cuando se sugiere una renovación del procedimiento jurídico, de modo que no sería ya suficiente una justificación formal de la decisión referida a las normas jurídicas: una *justificación de contenido* (económica, política, etc.) se requeriría antes de dar una justificación formal de la decisión en cuestión (100).

II. FUNCION DE LAS TEORIAS MACROSOCIOLOGICAS EN LA FUNDAMENTACION DEL PENSAMIENTO JURIDICO COMO CIENCIA SOCIAL

La consecuencia compartida por las diferentes aproximaciones teóricas, que acabamos de contemplar, es la de presentar el derecho unido al entorno social e insertado en el proceso de existencia social. Quizá han puesto de manifiesto también que la superación del universo jurídico conceptual requiere más que la mera intención: supone también un enriquecimiento y un cambio de método. Experiencias pasadas han puesto en evidencia, por ejemplo, que la mera afirmación del carácter social del derecho no conduce a tal superación. A este respecto, uno se encuentra a menudo con dos manifestaciones características: Una, a), afirma que el marxismo desde un principio significa *automáticamente* la aproximación sociológica al derecho, pero que de él no puede surgir la demanda de una superación radical (101). La otra, b), afirma que, si bien es necesario abordar socio-

(97) DEKKERS, R.: *Justice bantou*, «Revue Roumaine des Sciences sociales: Série de Sciences juridiques», XII (1968). DAVID, R.: *Deux conceptions de l'ordre social*, en «Ius Privatum Gentium. Festschrift für Max Rheinstein», I, Tubinga, Mohr, 1969.

(98) La transferencia de ciertas tareas (p. ej., seguridad social) a la competencia de los sindicatos, los llamados tribunales laborales, y otras experiencias de deslegalización y descriminalización (resultado a menudo sólo de una duplicación de reglas e instituciones), ha encontrado una relevante bibliografía de orientación socialista; sin embargo, no se ha procedido a una comprensión sociológica del tema. Por lo que hace a las experiencias en los países occidentales, desde una perspectiva crítica: ABEL, R. L.: *Delegalization- A Critical Review of Its Ideology, Manifestations and Social Consequences*, en «Alternative Rechtsformen», cit.

(99) LUHMANN, N.: *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Kohlhammer, Stuttgart, 1974.

(100) Por ejemplo, WASSERSTROM, R. A.: *The Judicial Decision-Toward a Theory of Legal Justification*, University Press, Stanford, 1961, cap. 7. BOLDING, P. O.: *Reliance on Authorities or Open Debate? Two Models of Legal Argumentation*, «Scandinavian Studies in Law», 13 (1969).

(101) Por ejemplo, la mayoría de las contribuciones marxistas a la conferencia del *Research Committee of Sociology of Law of the International Sociological Association*, en Balatón, Hungría, 1976. KULCSAR, K. (ed.): *Sociology of Law and Legal Sciences*, Institute of Sociology of the Hungarian Academy of Sciences, Budapest, 1977, parte I.

lógicamente al derecho, su utilidad es sólo concebible dentro del tratamiento conceptual del mismo, *subordinándose* a él (102). En su formulación actual, esos son los dilemas internos del pensamiento jurídico marxista, si bien, las cuestiones involucradas son de significado universal. Analicémoslas:

a) *El marxismo significa desde un principio y automáticamente la aproximación sociológica al derecho.* Esa afirmación puede probarse filosófica y teóricamente. Sin embargo, la cuestión no es la de qué clase de potencial encierra el marxismo, sino qué suministra concretamente aquí y ahora. Esa es una simple cuestión de hecho, a la que sin embargo sólo puede darse una respuesta poco convincente. Por ejemplo, que la primera reconstrucción ontológica del pensamiento metodológico marxista se realizó sólo 85 años después de la muerte de Marx, y que ahora, 15 años después, hay sólo un área particular que ha pasado casi completamente inadvertida, y es la filosofía. Si bien, György Lukács era riguroso no sólo respecto de su propio empeño rupturista, sino con él y a través de él, en estimular un renacimiento general del marxismo. Era riguroso al afirmar que «la elaboración de ciencias de naturaleza universal sobre bases marxistas», lo que «hoy es sólo una tarea, y no algo logrado, ni un resultado existente», es una *tópica* «obligación científica», que «puede ser fructífera en la vida de generaciones enteras» (103). Pues bien, es evidente que no ha aparecido aún una obra modélica de los fundamentos de una teoría social del derecho sobre base marxista, que pueda compararse a la ontología de Lukács, si bien haya intentos parciales. Y como herencia teórica, sólo hay el llamado *normativismo socialista*, que es el producto de una ilusión imbuida de postulados político-ideológicos. Al respetar incondicionalmente lo que ideológicamente ahora existe y al apartar completamente al derecho de los valores específicamente jurídicos, el normativismo socialista se aleja del debate de si el derecho —sin concretar si se trata del derecho capitalista, o socialista o de cualquier otra formación—, el derecho en general, por tanto, puede constituirse en un concepto general inteligible, a manera de un *genus proximum* (104): Y eso nos conduce al segundo razonamiento.

b) *La aproximación sociológica al derecho sólo puede tener un lugar subordinado en la ciencia jurídica.* Con ello se echa en falta la justificación de un tratamiento específico del derecho. Pues la lección del pasado es bien conocida: en el espíritu de la pureza metodo-

(102) Por ejemplo, LUKIC, R. D. (ed.): *Symposium international sur la méthodologie des sciences juridiques*, Académie Serbe des Sciences et des Arts, Classe des Sciences sociales, Belgrado, 1973, especialmente p. 356.

(103) LUKACS, G.: *Postscriptum 1957 zu: Mein Weg zu Marx*, en «Schriften zur Ideologie und Politik», Luchterhand, Neuwied, 1967.

(104) Por ejemplo, SZABO, I.: *Jogelmélet* (Teoría jurídica), Közgazdasági és Jogi Kiadó, Budapest, 1977, párr. 1.

lógica neokantiana, el normativismo se ha vaciado a sí mismo, al reconocer sólo los valores y eliminar los hechos de la esfera de su investigación; del mismo modo, la sociología jurídica casi se ha hecho estéril al expulsar las cualidades normativas de su esfera de interés (105). Sin embargo, señalar el peligro está totalmente justificado. Pero ello no justifica que la teoría del derecho se ponga al servicio de consideraciones de política jurídica, aceptando sus postulados como un punto de partida incuestionable, y resulte puramente ideológica, como es el caso del normativismo socialista. Y se trasladan esos postulados a la convención lingüística, si se acepta como jurídico sólo lo que llevaba el sello del *reconocimiento estatal* o, lo que es sinónimo, se dejan de investigar con los métodos de la sociología las actuales fuentes del derecho, o la operación mutuamente interdependiente de lo jurídico plenamente desarrollado y su zona de penumbra, así como el papel que en el ámbito desempeñan las diferentes manifestaciones de lo semijurídico y cuasijurídico, o se considera el análisis sociológico sólo como estudio de los *antecedentes o resultado de la legislación oficial*. Pues el supuesto de todo ello es la consideración de la legislación como la fuente exclusiva del derecho, y el conferirle un carácter sagrado. Es necesaria la sociología, aunque no sólo como un método de conocimiento, sino como ayuda práctica para facilitar el éxito en la «realización» de la «voluntad» del legislador.

Así pues, lo que a la luz de la pureza metodológica neokantiana, era sólo concebible como una proyección «sinóptica» de hecho y norma (106), o lo que se consideraba como análisis del «modelo normativo» y su «realización actual» considerados «en su mutua interconexión» (107), constituye ahora el punto de partida de toda investigación en sociología jurídica. Al mismo tiempo, en la relación entre hecho y norma el factor decisivo no es simplemente que «el mismo fenómeno viene definido, y no puede existir el margen de los valores a realizar» (108). Una afirmación de ese tipo debería interpretarse más bien como la lucha de la sociología jurídica por mantenerse como sociología del *derecho*, por preservar lo «jurídicamente distintivo», y consecuentemente el carácter normativo. Para la relación entre hecho y norma, lo decisivo no es el mero hecho del dualismo, ni mucho menos la determinación del aspecto predominante en este dualismo, sino más bien el reconocimiento de la *interdependencia mutuamente inescindible de los hechos sociales, de una parte, y de las nor-*

(105) Cfr., por ejemplo, NONET, P.: *For Jurisprudential Sociology*, en EVAN, W. M.: *The Sociology of Law- A Social -Structural Perspective*, The Free Press, Nueva York, 1980, p. 58.

(106) HORVATH, B.: *A jogelmélet vázlatja* (una introducción a la teoría jurídica), Szeged, 1937, VIII.

(107) HORVATH, B.: *Jogelmélet és társadalomelmélet* (Teoría jurídica y teoría social), Szeged, 1935, núm. 7.

(108) Por ejemplo, SELZNICK, P.: *Sociology and Natural Law*, en «The Social Organization of Law», p. 26.

mas sociales y valores, de otra parte. Es el reconocimiento de que, *a la vista de sus características significativas, normas y valores son categorías sociales:* sólo existen en una forma concretamente condicionada, hecha sensible e interpretable socialmente (109).

Llegados a este punto, la sociología jurídica suministra un estímulo de promoción cuando define su objeto como «fundamentalmente, la crítica ideológica de los sistemas jurídicos existentes» (110). Sin embargo, en mi opinión, no se puede hablar aquí simplemente de «alcanzar una perspectiva» o de maniobrar para el logro de una posición situada «fuera» del sistema legal, esto es, como una relación sólo «externa», en cuyo marco el objeto de investigación es: cómo se infiltran en el razonamiento jurídico los motivos de carácter ideológico (o de clase), haciendo que lo que, en la regulación formal, era una entidad libre de contradicciones se convierta en un contenido socialmente contradictorio (111). Al fin, en el curso de los análisis macrosociológicos es necesario volver al concepto marxista de ideología (112), y *someter el derecho mismo, en cuanto forma de conciencia presente como un medio de actividad social, a la crítica ideológica.* Eso significa que, *al situar en su contexto social las calificaciones dadas de sí mismo por el derecho,* ha de encontrarse una respuesta a las cuestiones: 1) *cómo se transforman esas calificaciones en un ideal y un modelo;* y 2) *cómo se transforman en una fuerza social que tiene un efecto institucionalizado, en un componente de significado formal en la actuación del complejo social como un todo.*

En este punto, las exigencias puestas a las teorías macrosociológicas son, cuando menos, contradictorias. De una parte, se desea la mayor *apertura* posible en su tratamiento, y de otra, una *sensibilidad que mire por lo específico del derecho.* Igualmente, las teorías no macrosociológicas deberían reclamar que las otras teorías prestaran más atención a sus *presupuestos histórico-filosóficos* —motivos escatológicos, asunciones político-ideológicas— de lo que Carbonnier ha

(109) Un análisis apropiado es el que realiza KULCSAR, K.: *A jogszociológia alapjai* (Fundamentos de sociología del derecho), Közgazdasági és Jogi Kiadó, Budapest, 1976, p. 336, núm. 1, al escribir lo siguiente: «la esencia del estudio sociológico en la ciencia marxista del derecho es que, *en lugar de ser una manifestación a favor o en contra, que se integra o supera al derecho positivo, contempla «sociológicamente» al derecho como una forma, es decir, en su contenido social, sustancia, contexto y función».*

(110) KÖNIG, R.: *Das Recht in Zusammenhang der Sozialen Normensysteme*, en HIRSCH, E. E., y REHMENDER, M. (ed.): *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie*, «Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie», 11 (extraordinario), 1967.

(111) *Ibidem*.

(112) Para el concepto marxista de ideología ver: MARX, K.: Prólogo a *A Contribution to the Critique of Political Economy* (1959), en MARX-ENGELS: *Selected Works*, p. 182, y para su interpretación ontológica, *A társadalmi, etc.*, de G. LUKÁCS, volumen III, pp. 10 y ss. Estos conceptos han sido revisados y reinterpretados en un contexto jurídico y político por VARGA: *La séparation des pouvoirs: idéologie et utopie dans la pensée politique*, «Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae», XXVII (1985), páginas 246-248.

descrito como «gran hipótesis» (113). Al mismo tiempo ha de aceptarse que no sólo las teorías macrosociológicas del pasado tienen supuestos que las sustentan, sino que como una cuestión de hecho es necesario contar con tales supuestos e introducirlos en el caudal de conocimientos: encontrar su lugar en el sistema extremadamente complejo y flexible de nuestros conocimientos, creencias y actividades. Pero es un deseo digno de respeto que las síntesis definitivas de la sociología jurídica —en comparación con las conclusiones, deductivamente «aplicadas», de algunas ciencias sociales— deberían basarse consistentemente en tesis probadas y en resultados parciales empíricamente verificados (114). Sin embargo, permítaseme expresar mi punto de vista de que eso es sólo un *ideal*, al que a lo sumo podemos aproximarnos, si bien esa aproximación —y en nuestro propio interés— sólo puede hacerse *moderamente*. Daré un ejemplo: el deseo formulado por los trabajos contemporáneos de sociología jurídica en América, con el fin de asegurar una separación consistente entre ciencia y política, subrayada por la idea tecnocrática (115), no significa ni puede significar la indiferencia de cualquier teoría por los valores. Bajo el barniz de la novedad, estamos aquí ante un viejo dilema, formulado hace casi 80 años, como cuestión de rectificación de la línea de pensamiento de Félix Somló, un filósofo húngaro, y sociólogo del derecho: *cuanto más perfección immanente alcanza la teoría sociológica, más expuesta se encuentra a ser instrumentalizada por una política cualquiera, si no está bien asentada sobre el fundamento de una teoría de los valores, que ve en la intervención social algo más que una simple técnica, y que no impide la base posible, dirección y finalidad de su utilización* (116). Y con ello vuelvo de nuevo a la mutua interdependencia entre hecho y valor.

Desde el punto de vista de una fundamentación del pensamiento jurídico en clave de ciencia social, veo el papel a desempeñar por las teorías macrosociológicas más en su novedad en el modo de abordar el derecho, que en la madurez de sus logros. Sin embargo, soy de la opinión de que eso no es baladí para el presente, y es resultado deseable para el futuro que su propósito se lleve a cabo.

(Traducción del inglés por JUAN JOSÉ GIL CREMADES)

(113) CARBONNIER: *Flexible droit*, p. 5.

(114) PODGORECKI, A.: *Towards a General Theory in the Sociology of Law*, en «Law and Society», Routledge, Londres, 1974.

(115) BLACK, D.: *The Boundaries of Legal Sociology*, en «The Social Organization of Law», especialmente partes I, III y IV.

(116) Cfr. VARGA: *Somló Bódog jegyzetei Arisztotelész allamböleseletéről* (Postumos comentarios de Félix Somló sobre la Filosofía política de Aristóteles), «Magyar Filozófiai Szemle», XXV (1981), pp. 816-817.

DOMAINE "EXTERNE" ET DOMAINE "INTERNE" EN DROIT

par

Csaba VARGA

Maître de recherches

Institut des Sciences Juridiques et Administratives
de l'Académie des Sciences de Hongrie.

1. LE "JURIDIQUE" ET LE "NON-JURIDIQUE".

Toutes les fois que se pose la question de l'approche spécifiquement juridique, c'est-à-dire, l'approche différenciée de la sociologie générale, par exemple, le problème se présente de savoir comment délimiter les deux sphères l'une de l'autre. La théorie s'exprime par paires de termes mis en relation : ainsi, les notions du "juridique" et du "social", les notions corrélatives "au sein du droit" et "en dehors du droit", ou tout simplement exprimées comme "domaine externe" et "domaine interne" au droit. C'est un trait caractéristique à ces paires de termes qu'elles n'offrent pas une définition pertinente en elle-même de l'une ou de l'autre de ces sphères ; et pour la plupart elles ne déterminent pas non plus le critère de leur délimitation. Le domaine "juridique" constitue le point de départ toujours accepté de façon indiscutable et en tant que précondition normative, qui prend pour base la manière de voir partagée par la profession juridique en tous temps.

Selon celle-ci le domaine "juridique" est formé du système de règles, d'institutions et de pratiques que la profession considère comme constitutives de la formation et du fonctionnement du droit. Il en découle que les frontières du juridique sont délimitées de manière assez fermes dans l'opinion professionnelle ; tout ce qui déborde ces frontières est automatiquement rapporté au "social", l'autre terme de la dichotomie.

Bien évidemment, la portée de cette conception est très grande ; nul doute qu'elle remplit un rôle important dans la pratique juridique. Sa valeur théorique n'en est pas moins douteuse.

Afin d'éclairer cette question, nous partirons de la constatation qu'aucun des doublets que nous avons évoqués ne prétend revêtir la signification d'une classification scientifique. Ils ne cherchent ni à distinguer en mérite, ni à énumérer de façon exhaustive les groupes de phénomènes respectifs. De manière logique, tous pourront être ramenés à une classification dichotomique ; selon la structure A et non-A, en l'occurrence : "juridique" et "non-juridique". Une telle classification n'a d'autre objet que de faire ressortir, parmi les éléments constitutifs d'un ensemble, ceux qui sont communs, même sous un aspect purement pratique, en raison du fait qu'ils possèdent certaines particularités. On observera cependant que ces notions partielles, distinguées par la classification, s'excluent : ce qui constitue A ne pourra pas être non-A, et inversement ce qui est non-A ne peut être A (1).

Lorsque nous donnons un contenu concret aux paires de termes : "juridique" et "social", "au sein du droit" et "en dehors du droit", "domaine externe" et "domaine interne" et lorsque nous entreprenons de les interpréter dans un contexte théorique, la vérité se révèle qu'il ne s'agit pas de l'exclusion mutuelle des notions - c'est-à-dire d'une classification -, mais de leur mutuelle subordination. Il apparaît, en réalité, que ces notions sont dotées d'une généralité différente et se recouvrent partiellement. Aussi paradoxal que cela puisse paraître, ce que nous avons désigné comme non-A ne pourra plus constituer la négation de A suite à une telle substitution et interprétation.

(1) En ce sens, cf. G. KLAUS, Einführung in die formale Logik, 2e ed., Berlin, 1959, chapitre V, §8, point b.

Il sera plus simple alors de s'exprimer comme suit : B a une plus grande extension que A ; en découle que tous les rapports A = B sont valables, alors que la réciproque n'est pas vraie : tous les rapports B ne sont pas égaux à A.

Se pose dès lors la question : contestons-nous la séparation entre "domaine juridique" et "domaine non-juridique"? Refusons-nous la possibilité même d'une telle classification et, en dernier ressort, la possibilité même d'avancer une définition du droit ? Certes pas. Comme cela apparaîtra dans la suite, nous nous efforcerons de mettre seulement en lumière la problématique de toute classification théorique qui oppose la nature sociale prise en général, d'une part, et l'approche traditionnelle du droit par les juristes, d'autre part. Notre raisonnement se développera en deux étapes.

Tout d'abord, il faut préciser que les notions ainsi conçues sont caractérisées par leur subordination et non leur juxtaposition. Leur relation soulève dès lors inévitablement le problème philosophico-logique de la relation entre le tout et la partie. C'est précisément cette relation qui sera désignée dans la suite comme le piège de la distinction, Fallacy of distinction. On peut rappeler, à cet égard, l'explication dialectique de Hegel : "la totalité c'est l'indépendant et les parties ne constituent que des composants de cette unité ; mais les parties également font l'indépendant et leur unité reflétée ne fait qu'un composant ; et chacun en son indépendance constitue entièrement le relatif de l'autre" (2). Il s'en suit que ce qui était appelé "juridique" ne constitue qu'un composant du "social". Bien qu'il possède une "indépendance directe", c'est un composant qui n'existe pas en dehors du "social", c'est-à-dire sans la "totalité" dont il est "le relatif". Il devient de

(2) G.W.F. HEGEL, Die Wissenschaft der Logik, Partie 2, art. I, chapitre III, point A.

(3) Ibid.

plus en plus manifeste que le domaine "juridique" constitue en tous aspects et attributs un domaine "social", si nous voulons bien convenir que la dialectique du tout et de la partie ne constitue pas seulement un chapitre de la logique hégélienne. Il s'agit en fait de considérations fondamentales sur les connexités de l'être qui fondent toute une ontologie. Comme on le sait, Hegel a considéré la réalité en tant que totalité des complexes. Opérant le dépassement critique de cette position, Marx, Hartmann et plus tard - suivant leurs traces - Lukacs ont élaboré une ontologie au terme de laquelle ce n'est plus l'indépendance des parties qui exerce le rôle décisif, mais leur interdépendance et leur connexité. La position de Lukacs est particulièrement éclairante à cet égard (4).

Par ailleurs, c'est également un défaut fondamental des paires de termes "juridique" et "social" qu'ils considèrent le droit comme une chose statique, identique à elle-même et sans changement. Or c'est pourtant un acquis unanimement reconnu des positions philosophiques qui viennent d'être rappelées que de considérer la continuité du changement - par opposition au caractère éphémère des états - comme le mode d'existence fondamentale du monde réel (5). De sorte qu'aucune chose ou formation n'existe en dehors de son processus de changement irréversible (6).

Deux exemples extrêmes montreront l'incertitude et l'imprécision engendrées par la dichotomie des aspects spécifiquement "juridiques" et "sociologiques".

(4) G. LUKACS, A társadalmi lét ontológiájáról, (vers l'ontologie de l'être social), Budapest, 1976, en particulier vol. I, en particulier chapitre II, point 1.

(5) N. HARTMANN, Ziele und Wege der Kategorialanalyse, in Zeitschrift für philosophische Forschung, 2/1948, chapitre III.

(6) G. LUKACS, op.cit., vol. III, p. 172.

Lors de la discussion concernant le statut de la sociologie juridique, la thèse a été avancée selon laquelle il n'y avait aucune raison scientifique de distinguer, en droit, un domaine "interne" et un domaine "externe", de sorte qu'on ne pouvait non plus distinguer sociologie juridique et science juridique (7).

A l'inverse, un autre auteur a tenté de décrire l'interaction entre les processus de création et d'application internes au droit et les processus d'influence que celui-ci exerce sur le milieu, ainsi que l'action en retour de ce dernier sur le juridique (8).

Du coup apparaît à la fois la vérité et l'insuffisance de ces deux positions. En ce qui concerne la première, il apparaît que sociologie du droit et science juridique ne pourront évidemment pas être séparés de façon radicale. Tout mode de pensées ad infinitum peut se transformer en démonstration ad absurdum : la sociologie juridique serait privée de son objet principal, le droit, tandis que la science juridique, de son côté, flotterait en l'air, privée du soutien du milieu social.

Mais l'autre position extrême n'est pas moins absurde - celle qui soutient la fusion intégrale sans différenciation. Même si nous concédions que le droit ne dispose pas d'une ontologie distincte de celle de l'être social (9), il n'en est pas moins évident que, pour les besoins de l'analyse, nous devons mettre en oeuvre des approches distinctes et des points de vue différents. Là réside la vérité de cette thèse : elle met en lumière la diversité des aspects "externe" et "in-

(7) G. TARELLO, La sociologia nella giurisprudenza, in Sociologia del Diritto, I, 1974, pp. 40-51.

(8) Gy. EORSI, Jogelméleti torzó (Une torse en théorie du droit), in Allam- és Jogtudomány, XXIII, 1980, pp. 353-380.

(9) V. PESCHKA, Lehet-e a jognak ontológiája ? (Est-ce que le droit pourra avoir une ontologie ?), in Allam- és Jogtudomány, XXIII, 1980, 3.

terne" à propos des définitions des concepts fondamentaux et des réponses fournies aux questions relatives au fonctionnement du droit ; elle souligne leur effet décisif sur le type de résultat obtenu ; elle fait apparaître le non-sens d'une confrontation directe de ces deux points de vue.

Pourtant cela ne signifie pas qu'il existerait une sorte de domaine "interne", lequel, en tant que formation ou chose - piège du caractère des choses, fallacy of something-likeness - ou en tant que complexe en action - piège du caractère des états, fallacy of state-likeness - pourrait être séparé d'une façon conséquente et univoque du domaine "externe". Cela ne signifie pas non plus que les deux aspects pourront se développer selon deux axes parallèles sans jamais se rencontrer - piège du caractère des faits - fallacy of fact-likeness.

2. DOMAINE "EXTERNE" ET DOMAINE "INTERNE" EN TANT QUE GROUPES DE PHÉNOMÈNES.

Si nous envisageons la séparation du domaine "externe" et du domaine "interne" en tant que groupes de phénomènes, même la manière de poser la question repose sur une fausse présupposition. Notre conception philosophique d'ensemble en atteste : rien n'existe de spécifiquement distinct qui - interprété comme objectivation ou processus - soit détaché du processus social global. Certes, lorsque la philosophie interroge la structure de la réalité et le mouvement qui l'anime, de même lorsque la sociologie dégage les facteurs qui y opèrent, ainsi que leurs mécanismes d'action, elles partagent la totalité sociale en parties distinctes, complexes ou sous-systèmes, et établissent en même temps l'autonomie relative de ces parties. Cette autonomie relative ne signifie cependant pas le caractère particulariste de cette formation, de cette chose ou de ce processus ; elle signifie simplement que certaines connexités et

certains facteurs exercent un rôle prééminent qui dès lors confèrent une certaine prépondérance fonctionnelle à une certaine particularité.

Sur cette base, nous pouvons interpréter le droit soit en sa qualité objective, soit comme un processus.

Si nous concevons le droit comme donnée objective, le domaine "interne" se ramène au système des normes juridiques : l'objectivation juridique conçue comme une chose pure, comme une forme dépourvue d'une existence réelle. Car la norme juridique acquiert une existence sociale actuelle pour nous, en tant que composant du processus social total, seulement par la signification qu'elle revêt et cette signification - comme en atteste la sémantique (10) - est toujours concrète, étant la résultante du contexte social de l'époque.

De cette façon, même l'approche la plus analytique du droit, qui apparemment évacue l'enracinement social du droit en le concevant exclusivement comme "texte", finit par présenter ce droit comme l'épiphénomène de la pratique sociale dès le moment où elle soutient que : "le droit c'est l'interprétation des textes" (11). Dès lors, il est correct de soutenir que même ce droit conçu comme chose détachée de la pratique interprétative de la société (c'est-à-dire de la somme des actualisations sociales concrètes qui s'y développent) est dépourvu d'un être propre.

Le droit ne peut être considéré que comme un processus en progression permanente. Il n'est pas une forme d'objectivation identique à elle-même et sans changement, réduite aux éléments matériels des signes formant le texte.

(10) Par exemple A. SCHAFF, Wstep do semantyki, Varsovie, 1960, en particulier Partie II, chapitres III et IV.

(11) A. BECK, Law is Text, in Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofia del Derecho y Filosofia Social, vol. VI, Mexico, 1982, p. 201.

Le droit est un continu historique, formé de la succession ininterrompue de ses états (12).

Nous pouvons arriver au même résultat en interprétant le droit en tant que processus. Il s'agit cette fois de la fiction, dont les termes sont empruntés à la cybernétique, selon laquelle le droit serait cette "black box" nourrie d'un côté par des "inputs" : l'objectif de transformation de certains desiderata sociaux en rapports juridiques, et produisant de l'autre des "outputs" : les solutions correspondantes. Toute cette représentation, largement dominante dans la théorie des systèmes, est pourtant fictive et illusoire. Ainsi, ni la création, ni l'application de l'objectivation juridique, ne peuvent être décrites comme des processus "internes" au droit ; la formation et le fonctionnement du droit se situent précisément au point d'intersection des domaines "externe" et "interne" du droit.

En d'autres termes : aucun processus juridique ou élément de ce processus ne présente de domaine "interne" ou "externe" séparable l'un de l'autre. Aussi, si nous voulions caractériser le processus juridique à l'aide des catégories d'impulsions ("inputs") et d'effets ("outputs"), nous serions contraints de décomposer ce processus en un trop grand nombre d'unités élémentaires.

De plus, contrairement à ce qu'une représentation simplifiée pourrait donner à penser - représentation qui identifie "l'input" comme appartenant au social et "l'output" comme relevant du juridique - nous serions obligés de caractériser chacun

(12) Dans le contexte de l'ontologie de Lukács, cf. Cs. VARGA, The Place of Law in Georg Lukács' World Concept, Budapest, sous presse, chapitre III, points 3-4 ; ou bien, sous forme de résumé, Cs. VARGA, La place du droit dans la conception du monde de George Lukács, in Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae, XXIV, 1982, 3-4. Voir encore pour une introduction au problème Cs. VARGA, La question de la rationalité formelle en droit - Essai d'interprétation de l'Ontologie de l'être social de Lukács, in Archives de Philosophie du Droit, tome 23, Paris, 1978, en particulier chapitre III ; ou encore Cs. VARGA, The Concept of Law in Lukács' Ontology, in Rechtstheorie, X, 1979, 3.

des éléments du processus juridique à la fois comme "input" et "output". De sorte que se dissout le domaine "interne", tandis que sa représentation comme "black box" perd sa valeur explicative.

On arrive encore au même résultat si on comprend le domaine "interne" comme une catégorie qui unifie la signification du droit comme chose et comme processus. Dans ce cas, il apparaît que sous le terme de processus on n'entend généralement pas le mouvement réel du système mais les cadres formels et les principes de fonctionnement officiel de ce système. Un seul exemple pour illustrer cette position : "le domaine interne du droit est une sphère pourvue d'un fonctionnement autonome qui produit et qui enregistre des impulsions. Ce domaine interne constitue un sous-complexe qui, par sa structure et sa méthode spécifiquement juridiques, forme un système ouvert dans la théorie des systèmes" (13). Certes on pourrait accepter une telle caractéristique limitée si on poursuit une définition du droit dans le cadre de la théorie des systèmes ou si on tend seulement à décrire le type idéal du droit formel moderne. En revanche, cette approche s'avère doublement insatisfaisante si on recherche à représenter les caractères réels du droit. D'abord parce que cette définition relève d'une conception du monde périmée selon laquelle les choses pouvaient exister en elles-mêmes sans être affectées par le mouvement autrement que de façon extérieure et superficielle, voire accessoire.

Ensuite, une telle définition tend à accréditer l'idée que le droit pourrait posséder un fonctionnement spécifique "tel qu'en lui-même", indépendant de l'espace et du temps, af-

(13) EORSI, op. cit., p. 355.

franchi de son milieu social d'appartenance (14).

Mais alors, on ne pourra éluder la question suivante : s'il est vrai que le juridique est à ce point fonction du milieu social concret, qu'entend-on encore par ce terme "juridique" et quels sont les critères d'un fonctionnement conforme à ce "juridique" ? Même exprimée en des termes aussi tranchés, la question n'est cependant pas nouvelle. Il y a soixante-dix ans que Kelsen - réagissant à l'ouvrage de Eugen Ehrlich : "Grundlegung der Soziologie des Rechts" (1913) - traitait, de façon critique, le dilemme de l'approche sociologique des phénomènes normatifs. Selon Kelsen, l'approche normative du droit désigne elle-même l'objet des recherches de la sociologie juridique car la sociologie ne pourrait aborder la norme qu'en sa

-
- (14) Une telle conception peut posséder plusieurs racines et composants. Sa source théorique est ramenée au formalisme de la rationalité cartésienne par Ch. PERELMAN, Droit, morale et philosophie, Paris, 1968, pp. 103 et sv. Cependant, ses attaches sociales peuvent se rattacher aux tendances centralisatrices de la direction étatique, et, plus précisément, aux conceptions de nature conservatrice et volontariste se cachant derrière celles-ci. On peut rappeler à cet égard que la théorie d'interprétation dite statique par opposition à la théorie dite dynamique (par exemple J. WROBLEWSKI, Zagadnienie teorii wykładni prawa ludowego, Varsovie, 1959, chapitre VIII, point 2) est devenue prédominante en premier lieu aux établissements de l'absolutisme féodal et du capitalisme classique possédant des codifications toute nouvelle, et également dans la phase dite de la dictature du prolétariat des socialismes existants. Selon la théorie statique il existe une signification de la norme juridique qui est authentique, pertinente en elle-même, identique avec elle-même et sans changement, et que l'interprétation est appelée à se révéler dans la volonté du législateur (par exemple I. SZABO, A jogszabályok értelmezése, Interprétation des règles de droit, Budapest, 1960, en particulier chapitre III). Cette conception présuppose une théorie sémantique de la signification selon laquelle elle peut être identifiée comme indépendante de n'importe quelle communication sociale, comme donnée a priori, identique avec elle-même et sans changements, excluant donc mobilité, flexibilité et indétermination et apparaissant donc entièrement objective. (Voir par exemple L. ANTAL, Sign, Meaning, Context, in Lingua, X, 1961, 2).

qualité de fait social (15). Mais cette thèse de la subordination de l'objet et du rôle de la sociologie juridique à l'auto-qualification du droit, de même que l'impératif d'alignement de ses constructions conceptuelles sur les notions normatives du droit - cette thèse et cet impératif impliquent qu'on adopte une position normativiste qui parte des normes et s'appuie exclusivement sur celles-ci.

S'il est exact que l'auto-qualification du droit constitue l'axe de référence de la vie réelle du droit et fournit la possibilité de son interprétation contextuelle, il n'en reste pas moins que cette auto-qualification ne présente de signification sociale que dans la mesure où la pratique sociale la reconnaît.

Il est bien établi que le système juridique contient des normes qui peuvent répondre à deux objectifs différents. Soit le droit règle son propre fonctionnement, soit il réglemente le fonctionnement de la société. On a déjà relevé que, en tant qu'expression linguistique, le système des normes n'acquiesce de signification sociale actuelle qu'au travers de la pratique interprétative concrète. Comme, par ailleurs, une telle interprétation s'opère toujours dans un milieu social donné, il en découle que même la reconstruction conceptuelle et logique du système juridique est solidement déterminée. A cela s'ajoute encore que l'interprétation s'appuie aussi sur des présuppositions et principes interprétatifs admis tacitement, si du moins elle entend rencontrer les exigences de la rationalité juridique, sociale, etc... (16).

(15) H. KELSEN, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, in Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, XXXIX, 1915, en particulier pp. 875-876 et aussi H. ROTTLEUTHNER, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, Freiburg et Munich, 1981, Partie B, chapitre I, point 1.

(16) L. NOVAK, De la rationalité du législateur comme élément de l'interprétation juridique, in Etudes de logique juridique, ed. Ch. Perelman, vol. III, Bruxelles, 1969.

Ainsi, contrairement aux apparences, la dogmatique juridique - science de la classification et de la systématisation des matériaux juridiques - n'est pas purement formelle ; bien au contraire, elle apparaît comme une science socialement engagée et déterminée jusque dans ses hypothèses fondamentales.

Nous avons évoqué plus haut le piège de la distinction et l'erreur de croire qu'il existerait des activités juridiques au sein desquelles un donné purement "juridique" se laisserait distinguer d'un donné purement "social". Il apparaît, à l'analyse, qu'une même imbrication affecte l'auto-qualification du droit, tant au niveau des simples concepts que des questions les plus fondamentales. Ainsi la question de savoir si un ordre juridique constitue nécessairement un ordre efficace dans l'ensemble ou si cette qualité ne peut être établie qu'au terme d'un examen de la réalité (17), ou encore la question de savoir si un droit révolutionnaire s'impose par la force des armes plutôt que par sa prétention à établir une nouvelle légitimité (18) - ces questions et les concepts qu'elles utilisent ne s'avèrent actuelles et pertinentes que de leur insertion dans le contexte social. C'est la reconnaissance de leur impact en tant que faits sociaux qui leur confère leur véritable signification.

C'est donc d'emblée que s'engage l'interaction entre domaine normatif et domaine sociologique. Et c'est précisément pour expliquer la pratique de cette reconnaissance sociale que

(17) Sur la notion de l'efficacité - et précisément en connexion avec le sens de la validité conformément aux postulats propres du système juridique - voir H. KELSEN, General Theory of Law and State, Cambridge (Mass.), 1949, pp. 117-119.

(18) Le parallélisme du caractère illégitime du droit dit "révolutionnaire" et de sa prétention de légitimité pouvait être retrouvé chez E. KANT, Die Metaphysik der Sitten, Das Staatsrecht, 48. Voir dans un contexte plus élargi Ph. I. ANDRÉ-VINCENT, Les révolutions et le droit, Paris, 1974, chapitres III-IV.

la théorie a formulé le concept d'"auditoire" - concept qui exprime bien la dépendance de l'interprétation à l'égard des évolutions de la pratique sociale (19).

S'il en est bien ainsi, comment établir les critères du caractère et du fonctionnement juridique ? Sans tenter ici une définition, on dira que les critères du juridique doivent refléter cette coïncidence entre les domaines normatif et sociologique.

D'une part, ils doivent partir des positions établies par le droit positif, c'est-à-dire de ses catégories normatives et de son auto-qualification ; d'autre part, ils doivent rendre compte de la signification concrète que revêtent ces positions dans leur reconnaissance sociale pratique. On constatera alors que le droit n'est, en définitive, pas autre chose qu'un processus continu résultant de la réalisation pratique de sa création officielle. S'en dégage, au cours de certaines étapes, à tout le moins du développement des cultures juridiques, une permanence considérable du droit. Mais en même temps ce droit est changeant, puisqu'il repose sur la pratique sociale. Dès lors la réponse kelsénienne s'avère partielle et limitée. Et cette critique à l'égard de Kelsen pourrait encore être développée à l'aide des analyses fonctionnalistes récentes de l'ethnologie et de la sociologie juridiques qui ont pu formuler aujourd'hui des critères du fonctionnement des systèmes de droit, indépendamment de ses notions normatives, lorsqu'elles ont eu à rendre compte des formes quasi-juridiques ou alternatives au juridique des systèmes qui ont précédé l'apparition du

(19) La notion empruntée à la Rhétorique d'Aristote (ligne 1357) a été réélaborée par Ch. PERELMAN, Logique juridique - Nouvelle rhétorique, Paris, 1976, en particulier 52 et 60 et aussi par A. AARNIO - R. ALEXI, A. PECZENIK, The Foundations of Legal Reasoning, in Rechtstheorie, XII, 1981, 4, pp. 443-444. Le réexamen critique de la notion de l'audience selon Aarnio est fait par A. PECZENIK, The Basis of Legal Justification, Lund, 1983, chapitre 5, art. 2, point 7.

droit (20), ou qui lui succèdent (21).

3. DOMAINE "EXTERNE" ET DOMAINE "INTERNE" EN TANT QUE POINTS DE RÉFÉRENCES.

Je viens d'exprimer un certain scepticisme à l'endroit de la distinction des domaines "externe" et "interne" en tant que groupes de phénomènes. Si j'introduis maintenant cette distinction en tant que points de référence, en tant que points de vue différents, il faut que je m'explique sur le contenu de cette nouvelle distinction et que je dise ce qu'on peut en attendre.

On l'a vu : nulle part on ne trouve dans la réalité quelque chose qui pourrait passer pour un domaine "interne". Il se fait pourtant que, dans les analyses de science juridique, nous devons tenter une description du type idéal de ce domaine interne ; nous devons faire comme si un tel complexe pouvait en effet exister. Cette description doit reconstruire et éclairer la réalité telle qu'elle est prescrite et planifiée par le droit ; elle devra, pour ce faire, se fonder exclusivement sur

- (20) Par exemple S. DIAMOND, The Rule of Law Versus the Order of Custom, in The Rule of Law, ed. P. Wolff, New York, 1971, et aussi L. POSPISIL, Anthropology of Law - A Comparative Theory. New York, 1971. Une telle approche fonctionnelle du caractère juridique n'est cependant pas exempte de critique, voir par exemple K. KULCSAR, A jogi népszokások kutatása és a jogszociológia (La recherche des coutumes populaires et la sociologie juridique), in E. TARKANY-SZUCS, Jogi népszokások, Budapest, 1981, pp. 833 et sv. où sa prise de position semble être bien sceptique à l'égard d'un tel élargissement du cadre du concept du juridique. Je suis cependant d'avis qu'une telle position ne pourra pas être négligée par aucun exposé entreprenant l'élaboration non seulement historique. L'exemple le plus éloquent à ce propos est peut-être R. DAVID, Les grands systèmes de droit contemporains - Droit Comparé, Paris, 1964, qui sûrement ne pourra être accusé de préjugés et de partialité non-juridique. Voir encore, avec la prétention d'une sorte d'éclaircissement conceptuel, Cs. VARGA, From Legal Customs to Legal Folkways, in Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae, XXV, 1983, 3-4.

- (21) Par exemple, Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht, ed. Erhard Blankenburg, Ekkehard Klaus et Hubert Rottleuthner, in Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, vol. 6, Opladen, 1980.

les prescriptions juridiques explicites et même emprunter sa terminologie spécifique. Même si cette tâche ne peut être entièrement menée à bien, de ce point de vue interne, la science juridique, si elle veut traiter son sujet, doit, dans un premier temps, reconstruire l'ordre prévu ou impliqué par la réglementation. Cela veut dire que la science juridique doit classifier, systématiser, harmoniser en un ensemble cohérent le "système d'accomplissement", Erfüllungssystem selon la terminologie de l'ontologie de Georges Lukacs, qui fait du droit un instrument médiateur (22).

Quelques exemples éclaireront la nature de cette tâche. L'exercice de la souveraineté du peuple doit être décrit dans les termes de l'évolution de la représentation de la volonté populaire indépendante dans un pays où la Constitution ne dit mot des engagements de politique extérieure, ou du régime prévalant des partis reconnus, ou encore du rôle prépondérant exercé par un de ceux-ci. De même, si je veux décrire l'ordre visé par la réglementation juridique, je devrai expliquer la succession du crime et de la peine dans les termes des principes légaux. Ainsi aussi, si je veux décrire ce que la pratique qualifie d'"abus de droit", je devrai m'en tenir aux dispositions légales. C'est encore en termes juridiques que je devrai traiter les questions des éléments constitutifs d'un système juridique, de la validité, de l'efficacité, des lacunes.

Une telle description n'est évidemment pas celle de la réalité, c'est la reconstruction du droit en tant que système médiateur dans la réalité ou, plus précisément, c'est la reconstruction des principes de fonctionnement officiellement déclarés du droit.

(22) Cf. Cs. VARGA, Towards a Sociological Concept of Law - An Analysis of Lukács Ontology, in International Journal of the Sociology of Law, IX, 1981, 2, chapitre IV, point 5.

Cette description, insuffisante en elle-même, doit être complétée par l'analyse de la réalisation effective du phénomène ou du processus réglementé. Un phénomène ou un processus en effet qui n'existe que dans un texte normatif ou dans une interprétation dogmatique n'existe que dans sa possibilité et non selon la réalité ; il n'est que , der Möglichkeit nach comme disait Marx (23). Revenons à nos exemples évoqués plus haut. La réalité de la souveraineté du peuple doit être décrite en fonction, et dans le contexte, des relations internationales, des prises de décision informelles des partis et de la position prépondérante éventuelle de l'un de ceux-ci. De même, la succession du crime et de la peine ne saurait être décrite sans faire intervenir l'évaluation de la non-dénonciation d'un certain pourcentage des infractions, ainsi que l'existence d'un pouvoir discrétionnaire de la police et du procureur dans l'exercice des poursuites. On ne saurait non plus rendre compte de l'application de la théorie des abus de droit indépendamment des abus qui se manifestent dans cette pratique elle-même. La notion de droit ne saurait être explicitée sans tenir compte des textes qui sont appliqués dans la pratique judiciaire sans pour autant bénéficier du sceau "juridique" de la validité et de l'efficacité, mais n'en exercent pas moins des fonctions équivalentes. Enfin, le concept de lacune doit, pour être explicité, être replacé dans les contextes où son émergence n'est due qu'à un besoin très particulier ou à l'insatisfaction que susciterait une solution strictement conforme au droit en vigueur. Autant d'analyses qui sont le fait de la sociologie juridique. Ce qui amènera Kelsen à écrire : "Il est entièrement indifférent, d'un point de vue sociologique, de savoir si les normes qui déterminent la conduite sociale appartiennent au droit, à l'usage ou aux mœurs. D'un point de vue purement so-

(23) K. MARX, Einleitung zur Kritik der Politische Ökonomie, 1857-58, in K. MARX et F. ENGELS, Werke, tome 13, Berlin, 1875, p. 623.

ciologique, aucune différence essentielle ne se marque entre ces normes ou, plus précisément, entre les faits et images psychiques constituant le contenu de ces normes" (24).

Indubitablement, les deux points de vue se complètent. Derrière une question unique : "Qu'est-ce que le droit ?", s'articulent en réalité deux questions différentes : "Qu'est-ce que le droit, selon ses principes officiels ?" et "Qu'est-ce que le droit selon sa pratique sanctionnée en tant que droit ?"

Bien évidemment, des réponses sont apportées à ces deux questions. Aussi bien ne pourra-t-on réfuter l'une sur la base de l'autre (25). Mais cela signifie-t-il que les deux points de vue et leurs réponses respectives poursuivent des voies parallèles sans jamais se rencontrer explicitement ? Devra-t-on simplement se contenter de poser la question de la prépondérance de l'un sur l'autre, mettre en relief, par exemple, que "l'aspect interne ne peut prédominer que intra muros, tandis que dans la question de la totalité du domaine externe et interne du droit, c'est l'aspect externe, déterminant en dernier ressort, qui exerce le rôle dominant" (26)?

Je suis d'avis que bien que ces points de vue, et leurs réponses, se complètent mutuellement, ils n'en constituent pas moins (de même que leur addition) des réponses partielles. Ils ne constituent pas des réponses théoriques suffisantes car ils réduisent le phénomène, socialement complexe, du droit à ses simples aspects factuels. Le point de vue normatif réduit le droit au pur acte d'édition juridique, Setzung ; le point de vue sociologique n'a d'égard que pour la pratique directe.

(24) H. KELSEN, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, op. cit., p. 876.

(25) EORSI, op. cit., p. 358.

(26) Ibid.

De sorte qu'on ne parvient pas à rendre compte, de cette façon, du caractère historique et axiologique du droit ; de même échappe à l'analyse son insertion dans le système social des rapports et conditions qui font du droit, à son tour, un phénomène sociétaire (27). Ces résultats partiels ne sont donc que les éléments d'une réponse que je qualifierais de synthétique (28) et qui relèverait de la science juridique.

Sans doute une telle réponse repose-t-elle sur ces approches partielles, mais son caractère synthétique lui vient précisément de ce qu'elle leur fait subir un traitement comparatif, historique et évolutif relevant des sciences sociales. Elle fait donc apparaître le caractère historiquement situé de la manière même d'articuler ces deux questions partielles. La réponse synthétique est ainsi en mesure de montrer et d'évaluer, dans son contexte socio-historique, l'interaction passée, présente et future de la construction sociale normative et de ses alternatives possibles.

4. CONCLUSION.

De ce qui précède on déduira que le droit constitue une totalité partielle au sein de tout social. Il est l'unité des processus normatifs homogènes et de ses agents. Son étude peut s'opérer de manière relativement autonome si du moins le but de l'analyse est de mettre en lumière ses connexions conceptuelles et la systématicité de ses processus. En revanche, si le but de son étude est la prise en considération des effets sociaux que sa mise en oeuvre engendre, si donc on entend insérer l'étude

(27) J'applique la notion au sens d' A. ETZIONI, The Active Society - A Theory of Societal and Political Processes, Londres et New York, 1968, en particulier pp. 47-48.

(28) Dans une première composition, voir Cs. VARGA, Quelques questions méthodologiques de la formation des concepts en sciences juridiques, in Archives de Philosophie du Droit, tome XVIIII, Paris, 1973.

du système juridique au sein d'une théorie sociale d'ensemble, il faudra distinguer puis faire interagir ce qui existe par le fait et ce qui existe par le droit, il faudra donc réinsérer cette dialectique du juridique et du social dans la totalité sociale interprétée historiquement afin d'aboutir à une synthèse du passé et du présent, de l'être (Sein) et du devoir-être (Sollen) (29).

-
- (29) Pour un élargissement de cette problématique, cf. Cs. VARGA, Macrosociological Theories of Law - From the "Lawyer's World Concept" to a Social Science Conception of Law, Contribution introductive au Groupe de Travail VI/4 du 11ème Congrès Mondial de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale tenu à Helsinki au mois d'août 1983.

Pour ou contre ?

Csaba VARGA, « Domaine "externe" et domaine "interne" en droit », dans *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Bruxelles, F.U. S.L., 1985/14, pp. 25-43.

DEFENSE ET ILLUSTRATION D'UNE DISTINCTION

par François OST (F.U.S.L., Bruxelles).

Nous soutenons que la distinction entre perspective interne et perspective externe constitue un enjeu majeur et incontournable à l'égard duquel toute étude, qui se prétendrait théori-

que, du phénomène juridique est contrainte de prendre parti (1). Nous soutenons, par ailleurs, que le récent article de Cs. Varga, loin de ruiner cette distinction, la renforce en l'affinant (2).

Commençons par cette seconde proposition. La thèse de Varga pourrait être ainsi résumée : la distinction interne/externe est inadmissible d'un point de vue ontologique, mais nécessaire d'un point de vue épistémologique. Au fond, cette situation théorique est très comparable

(1) F. Ost et M. van de Kerchove, « Towards an Interdisciplinary Theory of Law », dans *Theory of Legal Science*, A. Peczenik et al. (eds), Dordrecht, 1984, pp. 497-508 ; F. Ost, « Dogmatique juridique et science interdisciplinaire du droit », à paraître dans *Rechtstheorie*, 1985.

(2) Cs. Varga, « Domaine "externe" et domaine "interne" en droit », dans *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1985-14, pp. 25-43.

à celle qui caractérise la distinction kelsenienne du *Sein* et du *Sollen* : si on soutient, comme paraît bien le faire Kelsen lui-même, que l'être et le devoir-être constituent deux régions du monde absolument distinctes, la thèse est excessive et doit être rejetée ; en revanche, si on s'en tient au plan épistémologique, qui était celui de Kant et de Hume, la distinction nous paraît parfaitement légitime et non encore controuvée. C'est une argumentation comparable que développe Varga à propos des perspectives interne et externe. S'il y va de deux « domaines », de deux groupes de phénomènes distincts (le « juridique » absolument distinct du « social ») la thèse est intenable : c'est que « la formation et le fonctionnement du droit se situent précisément au point d'intersection des domaines externe et interne du droit » (p. 32). En revanche, si la distinction vise des « points de référence » ou des « points de vue » (p. 38), elle est nécessaire. C'est qu'une compréhension critique du droit doit nécessairement se produire de façon dialectique : dans un premier moment, il convient de faire la description du « type-idéal » que représente le modèle officiel de régulation de la société (et du droit) par le droit, « comme si » un tel modèle pouvait exister tel qu'il se présente lui-même (p. 38). Dans un second temps, on confrontera ce modèle aux indices de sa réalisation effective dans le champ social (p. 40). Sans donc hypostasier le droit au point d'en faire une réalité en soi parfaitement étrangère au social, cette argumentation permet néanmoins de rendre justice à l'autonomie relative du droit et de prendre au sérieux — pour mieux en évaluer ensuite la portée réelle — le discours tenu par les juristes sur leur propre pratique.

Il est important, nous semble-t-il, de prendre conscience du fait que ces questions épistémologiques ne sont point spécifiques à l'étude du droit. Elles se posent, en effet, inévitablement chaque fois que l'objet d'analyse s'avère porteur d'un discours sur lui-même — situation « d'auto-interprétation » qui caractérise en fait l'ensemble des sciences sociales et humaines.

Aussi n'est-il sans doute pas inutile de « regarder par dessus la haie » pour apprécier comment ces questions y sont traitées. On songe, par exemple, au fameux *Methodenstreit* ou « conflit des méthodes » qui opposa en Allemagne, à la fin du siècle dernier, les tenants de « l'explication » (censée caractériser les « sciences de la nature ») et ceux de la

« compréhension » (censée régir les « sciences de l'esprit »). Alors que l'explication implique « rupture épistémologique » et objectivation du donné étudié, en revanche une telle « externalisation » ne paraissait ni souhaitable, ni possible dans le champ des sciences de l'esprit : rendre compte d'un phénomène humain ou social, n'est-ce pas en pénétrer l'esprit pour en restituer la logique interne ? Telle paraît être aujourd'hui encore la position d'auteurs comme P. Winch et H.G. Gadamer (3).

En revanche, d'autres auteurs ont bien montré les limites d'une telle opposition et la nécessité d'articuler, de façon dialectique, l'expliquer et le comprendre. Ainsi M. Weber propose-t-il la méthode « d'explication compréhensive » qui implique de soumettre les interprétations « significatives » des comportements étudiés aux vérifications « objectivantes ». Appliquant cette idée à la sociologie du droit, Weber notait qu'il lui appartenait d'utiliser les concepts de la dogmatique juridique à titre « d'idéal-type », pour en mesurer ensuite, par les méthodes de l'imputation causale, le degré de réalisation dans le champ social (4).

On pourrait aussi évoquer l'enseignement de P. Bourdieu qui, mieux que quiconque, a su décrire la situation délicate des sciences sociales sans cesse partagées entre « coupure et participation » (5). Lorsque le « comprendre » absorbe « l'expliquer », le discours scientifique se détache mal des schémas que véhicule la pratique : il s'agira très vraisemblablement d'un discours « demi-savant » mêlant le « demi-construit » et le « demi-concret » (6) — situation qui nous paraît parfaitement caractériser la situation actuelle de la dogmatique juridique.

Mais contre cet excès de proximité, il ne faut cependant pas réagir par un excès de distance qui consisterait dans la récusation pure et simple de la connaissance pratique et de l'auto-compréhension implicite de l'expérience ordinaire. Il s'agit plutôt d'instaurer une « relation de proximité rompue et restaurée » (7) qui

(3) P. Winch, *The Idea of Social Science and Its Relation to Philosophy*, London, 6^e éd., 1970 ; H.G. Gadamer, *Vérité et méthode*, Paris, 1970.

(4) M. Weber, *Essais sur la théorie de la science*, trad. fr. par J. Freund, Paris, 1965, p. 471.

(5) P. Bourdieu, *La sens pratique*, Paris, 1980, p. 178.

(6) P. Bourdieu, *Homo academicus*, Paris, 1984, p. 30.

(7) *Ibidem*, p. 11.

donne pour objet aux sciences sociales ce sens interne dont elles tentent précisément de se détacher.

Revenons au droit. Comment une science du droit pourrait-elle continuer à parler du droit tout en demeurant une science ?

C'est ici que, reprenant la terminologie de Hart, nous introduisons la distinction interne/externe. Nous pensons que, faute de rupture épistémologique, une théorie qui adhérerait au point de vue interne du droit (qui consiste à « accepter et utiliser les règles comme modèles de conduite ») (8), ne parviendrait pas à se constituer en véritable science. Inversement, ne nous paraît pas plus satisfaisante la position qui, adoptant un point de vue radicalement externe, n'adhère pas à ces règles, mais ne s'y réfère pas non plus, de sorte que la normativité du droit est réduite à la factualité de l'empirique (on pense notamment à certaines thèses du « réalisme américain » ou du marxisme « économique »).

Hart cependant suggérerait l'existence d'une troisième position que l'on pourrait qualifier de « point de vue externe modéré » : dans ce cas, si l'observateur suspend sa propre adhésion aux phénomènes normatifs qu'il étudie, il ne néglige pas pour autant de se référer à la manière dont les acteurs juridiques considèrent eux-mêmes les règles d'un point de vue interne (9).

Telle est donc la place, inconfortable mais néanmoins inévitable, que nous croyons pouvoir assigner à une science du droit soucieuse de rendre compte de son objet sans pour autant en reproduire les dogmes et les mythes (10). Les partisans de la dogmatique juridique y verront sans doute trop de science et pas assez de droit (11). Nous leur répondrons que leurs constructions et leurs systèmes baignent tou-

jours dans une science sociale implicite qu'il est urgent de mettre au jour. Quant aux tenants des sciences sociales pures et dures, sans complicité ni compromis à l'égard du normatif, ils penseront sans doute que notre modèle est bien trop complaisant à l'égard des conceptualisations juridiques (12). Nous leur répondrons que leurs théories risquent bien de comporter plus de droit implicite qu'ils ne le pensent, à moins que d'emblée, les réalités juridiques ne soient rangées au rayon des épiphénomènes, idéologies et autres pseudo-objets...

..

(8) H.L.A. Hart, *La concept de droit*, trad. fr. par M. van de Kerchove, Bruxelles, 1976, p. 114.

(9) *Ibidem*.

(10) Plutôt que de parler de « point de vue externe modéré », certains préfèrent parler, dans un sens très voisin, de « point de vue herméneutique » : N. Mac Cormick, *H.L.A. Hart. Jurists. Profiles in Legal Theory*, London, 1981, pp. 34-40 ; V. Villa, « Legal Science between Natural and Human Sciences », in *Legal Studies*, vol. 4, n° 3, nov. 1984, pp. 264-268 ; cf. aussi, dans cette Revue, J. Commaille et J. Fr. Perrin, « Le modèle de Janus de la sociologie du droit » (*Droit et société*, 1985, n° 1, pp. 95-110).

(11) Voyez par exemple l'éditorial de la nouvelle revue *Droits. Revue française de théorie juridique* qui semble bien rejeter l'approche interdisciplinaire du droit qui « reste à la surface du droit (...) et ne peut rendre compte de son irréductible originalité », (1985, n° 1, p. 3).

TECHNIQUE JURIDIQUE – 1. Au sens le plus large, phénomène complexe consistant en méthodes, procédures, moyens, compétences etc. qui rendent possible le fonctionnement du droit.

2. Dans la pratique juridique, activité pratique adaptant des normes juridiques à des besoins sociaux réels.

3. En science du droit, opération logique sur des normes juridiques en vue de l'élaboration d'un système cohérent de notions juridiques et d'une doctrine juridique cohérente.

4. Dans une acception réductionniste, le droit lui-même en tant que technique sociale particulière (Kelsen).

ÉTYMOLOGIE – Du grec *τέχνη*, art manuel, habileté à faire quelque chose, le moyen d'y parvenir, le produit de cet art.

TRADUCTION – All. : *Rechtslehre* (Kohler), *Juristische Technik* (Jhering), *Technik des Rechts* (Stammler); Angl. : *Technique of Law* (Paton), *Legal Technique* (Jones); Esp. : *Técnica del derecho*, *Técnica jurídica*; Ital. : *Tecnica del diritto* (Bobbio); *Tecnica giuridica*.

BIBLIOGRAPHIE – Alexandre Angelesco, *La technique législative en matière de codification civile*, Paris, Boccard, 1930; Norberto Bobbio, *Scienza e tecnica del diritto*, Torino, Istituto Giuridico della Regia Università di Torino, 1934; Jean Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Sirey, 1935; Claude Du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, 2^e éd., Neuchâtel-Paris, s.d., 1942; Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, *La règle de droit – le problème de l'État*, 3^e éd., Paris, Boccard, 1927; Eugen Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, Leipzig, Hirschfeld, 1903; Eugen Ehrlich, *Die juristische Logik*, Tübingen, Mohr, 1918; François Gény, « La technique législative dans la Codification civile moderne, A propos du Centenaire du Code civil », in *Le Code civil 1804–1904, Livre du Centenaire*, tome 2, Paris, Rousseau, 1904, p. 989 sq.; François Gény, *Science et technique en droit privé positif, Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, Sirey, tome 1, 1925, tome 3, 1923; tome 4, 1930; James William Harris, *Legal Philosophies*, London, Butterworths, 1980; Franz von Holtzendorff, *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischen Bearbeitung*, 1. Bd., 7. Aufl., Hrsg. Josef Kohler, München-Leipzig-Berlin, Duncker und Humblot – Guttentag, 1913; Walter Hug, « Gesetzeslute und Rechtssetzungslehre », in *Gesetzgebungstheorie, juristische Logik, Zivil- und Prozessrecht, Gedächtnisschrift für Jürgen Rödig*, hrsg. U. Klug, Th. Ramm, (etc.), Berlin-Heidelberg-New York, Springer, 1978, p. 3 sq.; Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 2. Teil, Leipzig, Breitkopf und Hartel, 1858; J. Walter Jones, *Historical Introduction to the Theory of Law*, 2nd ed., Oxford, Clarendon, 1965; Hans Kelsen, « The Law as a Specific Social Technique » (1941), in Hans Kelsen : *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science, Collected Essays*, Berkeley-Los Angeles-London, University of California Press, 1971, p. 23 sq.; Josef Kohler, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., Berlin-Leipzig, Rotschild, 1917; Kükcsár Kálmán, *Politikai és jogszociológia (sociologie politique et juridique)*, Budapest, Tankönyvkiadó, 1981; George Whitecross Paton, *A Text-book of Jurisprudence*, 3rd ed. by D.P. Perham, Oxford, Clarendon, 1964; François Russo, *Réalité juridique et réalité sociale, Étude sur les rapports entre le droit et la sociologie et sur le rôle du droit dans la vie sociale*, Paris, Sirey, 1942; Karl Friedrich von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), 3. Aufl., Heidelberg, Mohr, 1840; Rudolf Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, Waisenhaus, 1911; Csaba Varga, « Logic of Law and Judicial Activity : A Gap between Ideals, Reality and Future Perspectives », in *Legal Development and Comparative Law*, ed. Z. Péter, L. Lamm, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1982, p. 45 sq.; Csaba Varga and József Szájer, « Legal Technique », in *Questions of Legal Theory* 1987, ed. M. Samu, Cs. Varga, Budapest, Elte, 1987.

Sur « Technique juridique » – 1. L'expression fut fabriquée alors que la formulation de la théorie de la législation de Savigny (*Vom Beruf...*, 1814) fut la première, à l'époque moderne, à distinguer entre « éléments techniques » et « éléments politiques »

dans la législation (p. 12). L'élaboration de la notion est, historiquement, liée à la formulation idéologique du droit formel moderne. Les fondements de la théorie furent établis par les auteurs allemands, spécialement Jhering, à la fin du XIX^e siècle. Par

là, ils entendaient la compétence professionnelle et les moyens d'élaboration, d'adaptation et de modification du droit. Depuis, de nombreux auteurs français, notamment Geny, ont contribué à développer une théorie de la « technique juridique ».

2. La signification de l'expression est plutôt ambiguë (Dabin, 1935, p. 2). Dans beaucoup de dictionnaires et d'encyclopédies juridiques, on ne trouve même pas cette notion. Certains auteurs considèrent le terme lui-même comme impropre. Selon Dabin, l'expression est mal choisie pour désigner cette tâche (Dabin, 1953, pp. 234-235). Le champ opératoire du concept et la prise en compte de sa fonction permettent cependant d'effectuer une classification.

3. Au sens 1, « technique juridique » concerne une aire très vaste. Geny lui attribue « une telle place qu'elle absorbe à elle seule, ou peu s'en faut, tout le domaine du droit » (Duguit, p. 105). Les définitions complexes sont caractérisées par une approche systématique globale.

Suivant la théorie de Jhering, la notion prend naissance chez Savigny (Angelesco, p. 5). Celui-ci est le premier à avoir fait une distinction entre les techniques conscientes dans l'élaboration d'un système juridique, et la formation spontanée du droit, enracinée dans le *Volksgeist*. Pour Jhering, il s'agit d'un concept relevant de la méthodologie du droit. Il distingue entre matière et forme du droit, identifiant l'objet de la technique juridique à cette dernière. On attend de la forme qu'elle soit adéquate à la matière du droit antérieurement développée, c'est-à-dire aux inclinations des sentiments populaires. La technique juridique comme méthodologie est une activité comportant des aspects théoriques et pratiques (cf. Jhering, p. 340). Les opérations sont les suivantes : analyse juridique, concentration logique, construction juridique (p. 359-384). Tout cela est destiné à servir au mieux la praticabilité du droit.

Geny entend couvrir le champ entier du droit. Les fondements philosophiques de cette théorie sont fournis par une distinction postulée entre le *donné* et le *construit*. L'objet de la technique juridique est la « construction juridique » : « La technique représente, dans l'ensemble du droit positif, la forme opposée à la matière, et cette forme reste essentiellement une construction largement artificielle du donné » (III, 23). On attend de ce qui est donné à n'importe quel moment, qu'il soit adéquat à ce qui est donné antérieurement dans l'ordre juridique. En conséquence, « un ensemble de procédés ou de moyens pratiques apparaît nécessaire, qui représente la part spécifique de l'art ou du métier dans le Droit, et qu'on peut appeler sa technique » (1904, p. 991). Ses moyens fondamentaux sont le formalisme et la publicité, ses catégories véritables, la construction juridique, la fiction, la présomption et le langage juridique.

Dabin reconstruit quelques-uns des points de vue de Geny. Sa conception est socialement plus fine et couvre à la fois la *technique du droit positif* et le *droit comme technique sociale*, en réalisant que « en même temps que le droit à une technique..., il est une technique » (1935, p. 7). Pour lui, technique et droit sont à replacer dans un contexte socio-philosophique plus large. Il trouve trop limitée le fait que l'évaluation de toute sorte d'activité puisse être réduite à la praticabilité. Il propose donc une distinction entre deux sortes de techniques : la technique sociale, ou politique, « qui fournit la matière des règles », et la technique juridique

propre, qui est « proprement réglementaire, mettant la matière en forme de règles positives » (*Ibid.*). Selon une autre formulation, « il est indispensable de distinguer deux sens du mot technique : l'un qualifiant le caractère du but poursuivi, l'autre qualifiant le caractère du moyen employé » (Russo, p. 61). Dans le même temps, Dabin élargit le concept : « tout, dans la règle juridique, quelle qu'en soit la source, y compris la coutume, est construction et en ce sens, œuvre de technique » (1953, p. 234).

Pour les auteurs contemporains, la technique juridique concrétise les expériences sociales : « les éléments techniques du droit représentent des contenus sociaux déterminés, cristallisés dans des méthodes de résolution technique » (Kulcsar, p. 186).

4. Au sens 2, la technique juridique est une opération pratique orientée socialement, accomplie à l'aide de normes juridiques. Cette approche fonctionnelle se concentre principalement sur les caractères techniques des processus d'application de la loi. Pour Ehrlich, « la technique juridique rendra la loi complètement utilisable, pour cette raison qu'elle ne contient aucune prescription » (1903, p. 19). La technique juridique est conçue comme une praxis destinée à assurer la réalisation du droit, imparfait dans la forme où il a été posé. En conséquence, la force motrice de la technique juridique consiste dans des intérêts non logiques, mais sociaux, les *Lebensinteressen* (Kohler, p. 89; Ehrlich, 1918, p. 299).

5. Le sens 3 concerne la technique juridique dans l'étude doctrinale du droit. « Le droit est susceptible d'un travail scientifique permanent effectué de son sein sur lui-même. L'accomplissement de cette tâche est affaire de la doctrine dans son œuvre technique » (Stammler, 1914, p. 155). Son objet est le droit positif. Elle est utilisée par la doctrine, bien qu'elle puisse aussi être une aide à la législation. La technique juridique doit donner à la loi son unité conceptuelle, sa consistance et sa cohérence en replaçant les notions dans leur contexte. Holtzendorff sépare la *Rechtsphilosophie* de la *Wissenschaft der Technik des Rechts*, cette dernière ayant pour tâche l'élaboration systématique des notions de droit (p. 16). Car « la conceptualisation du système et l'idéal logique du positivisme juridique scientifique » jouent un rôle dans la doctrine juridique allemande du XIX^e siècle; sans elles, la préparation conceptuelle de la codification du *Bürgerliches Gesetzbuch* n'aurait pas été concevable (Hug, p. 10). Pour Stammler, la technique juridique est la compétence technique à formuler l'expression du droit (1911, p. 563). Paton accentue l'élément social de la technique juridique : c'est « la création de la structure logique qui permettra aux règles de droit d'être assez liées entre elles et établies d'une manière assez effective et concise pour être facilement saisies, appliquées et développées » (p. 235). Comme l'implique cette acception, on attend du droit qu'il serve des intérêts sociaux à travers l'élaboration systématique du droit positif.

6. La définition 4 décrit la technique juridique comme un moyen d'influencer le comportement humain. Sa variante la plus réductionniste identifie le droit à une « technique juridique spéciale » (Kelsen, p. 244). Le droit lui-même étant une technique, la technique juridique est le droit dans sa mise en œuvre pratique. En d'autres termes, « le droit est une technique sociale qui consiste à provoquer la conduite sociale désirée, de la part des individus, à travers une menace de coercition en cas de

conduite contraire » (p. 236). Dans le même temps, la technique juridique est un agrégat de techniques spéciales : « la technique pénale fait de la conduite la condition des sanctions à appliquer au délinquant. La technique administrative stipule que des mesures coercitives doivent être prises... sans que soit posée comme condition aucune conduite de la part de la personne contre laquelle les mesures sont appliquées; la technique civile stipule comme conditions des mesures coercitives, la conduite du délinquant et la décision d'une partie de s'en servir » (Harris, p. 61).

7. *Droit et technique juridique.* A chaque étape de son développement, le droit est un produit de la technique juridique. La technique juridique est, en même temps, un facteur et un mode de la dynamique du droit. Car la technique juridique est le moyen de filtrer tous les élans, théoriques ou pratiques, cognitifs, évaluatifs ou volitifs, qui peuvent exercer une influence sur son développement. La technique juridique est le premier facteur de l'existence pratique du droit – son « implémentation », sa formation et sa transformation – à brève échéance aussi bien qu'à long terme. Retrospectivement, la technique juridique et le droit lui-même ne peuvent être séparés, la contribution régulière de la première s'incorporant d'une manière continue dans la norme produite. Pour l'avenir, cependant, le jeu est ouvert, avec des alternatives qui sont en concurrence. A chaque stade, des moyens de filtrage nouveaux peuvent être ajoutés de l'extérieur au processus d'interaction. Tout bien considéré, des traditions propices dans la technique juridique, peuvent « fertiliser » même les « mauvaises » lois en intensifiant leur implémentation et leur adaptation, tandis que même les « meilleures » lois peuvent être entravées si elles sont touchées par la pratique de traditions fâcheuses. En somme, la technique juridique est le moyen de transformer pratiquement et doctrinalement les normes juridiques. Bien qu'on prétende idéologiquement que le fait que sa production est justifiée par la logique, soit la seule solution théoriquement concevable et fondée, la mise en pratique des normes juridiques et le processus selon lequel la doctrine s'y intéresse sont l'un et l'autre liés en pratique. Des lors, émerge le problème des contradictions entre la stricte observance des règles elles-mêmes et la satisfaction optimale des attentes sociales.

Car le travail réel du droit consiste en une manipulation continue de son système de normes, qui, en premier lieu, remplace les conflits sociaux en les transformant en conflits internes au droit et, en second lieu, se soumettant à l'exigence formelle de légalité, les raffine en de simples conflits illusoires. Et il n'est en aucune façon nécessaire que tout cela soit spectaculaire dans la routine juridique du quotidien. Dans certains cas, cela peut être négligé, tant c'est peu visible. Les composantes du processus

peuvent encore ajouter aux changements significatifs de cap (Varga). En effet, le droit positif ne peut être formellement changé que discrètement, par des promulgations formelles qui modifient les textes. C'est la technique juridique qui crée une occasion de résoudre les conflits récurrents entre le besoin de rencontrer les attentes sociales, tandis que la pratique juridique et la demande réalisent, par ce moyen, le droit. Car la médiation par le droit constitue la réalisation continue d'un système formel de satisfaction, une tâche qui n'est concevable que lorsqu'on a affaire à une manipulation ininterrompue en vue de l'adaptation.

La technique juridique caractéristique des cultures de droit moderne formel, a au moins quatre postulats de base, qui sont étroitement liés entre eux. Ce sont ceux de conséquence, cohérence, économie conceptuelle et non-redondance (Varga et Szajer).

8. *Technique législative.* C'est l'agrégation de procédures techniques et de méthodes pour exprimer des normes sous forme de lois. « La notion de technique législative dépend d'une notion plus générale, dont elle n'est, à vrai dire, qu'une branche » (Geny, 1904, p. 990). En ce sens, elle n'est que « une subdivision de la technique juridique » (Angeli, p. 9). C'est la branche de la technique juridique la plus élaborée, caractérisée par la conscience de son application. Certains auteurs identifient la technique juridique et la technique législative : « L'ensemble des procédures par lesquels le droit transforme en règles claires et pratiques les directives de la politique juridique a reçu le nom de technique juridique » (Du Pasquier, p. 163). En raison des éléments de la technique législative qui deviennent tradition, les modèles historiques de législation peuvent dénoter une forte continuité. Ce fait peut être observé à la fois dans le cas des modèles de pensée, idées de classification, terminologie, etc., destinés à s'imposer dans l'expression des promulgations juridiques, et également comme fonction de ces derniers, pour la sélection de l'objet de régulation.

C.V. – J.S./N.A.D.–A.J.A.
(trad. de l'anglais)

CORRELATS

Analogie – Application du droit – Changement – Code – Conflit – Création du droit – Dogmatique juridique – Doctrine – Droit – Droit libre (École du –) – Epistémologie – Fiction – Forme du droit – Implémentation – Jurisprudence – Langage – Logique – Loi – Normativisme – Norme – Pratique – Presomption – Régulation – Seméiologie – Sociologie – Tradition.

PRÉSUMPTION – 1. « Raisonement par lequel on pose, en matière de fait, une conclusion probable, quoique incertaine », *Præsumptio homini vel facti* (Lalande).

2. « La présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains faits... La présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe », *Præsumptio juris tantum* (Code civil, Art. 1350 et 1352).

3. « (Ir)rebuttable or conclusive presumptions are absolute inferences established by law », *Præsumptio juris et de jure* (Jowitt).

ÉTYMOLOGIE – Du latin *præsumere*, conjecturer, presumer.

TRADUCTION – All : Vermutung; Angl : Presumption; Esp : Presunción; Ital : Presunzione

BIBLIOGRAPHIE – Virgilio Andrioli, « Presunzioni », in : *Novissimo Digesto Italiano*, dir. A. Azara, E. Eula, Torino, Editrice Torinese, 1968, p. 465 sq.; Ernst Rudolf Bierling, « Rechtsvermutungen », in : *Encyklopädie der Rechtswissenschaft*, harsg. F. Holtzendorf, 3. Aufl., Bd. III, Leipzig, Duncker und Humblot, 1881, p. 301 sq.; William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 6th ed., 3rd vol., London, Print Strahan-Cadell-Princer, 1774; H. Burckhard, *Die civilistischen Präsumtionen*, Weimar, 1858; Jean Dabin, *Théorie générale du droit*, 2^e ed., Bruxelles, Bruylant, 1953; René Dekkers, *La fiction juridique. Etude de droit romain et de droit comparé*, Paris, Sirey, 1935; Guido Donatuti, « Le præsumptiones iuris in diritto romano », in : Guido Donatuti, *Studi di diritto romano*, ed. R. Reggi, vol. 1, Milano, Giuffrè, 1976, p. 421 sq.; Lon L. Fuller, *Legal Fictions*, Stanford, University Press, 1967; François Gény, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, tome 3, Paris, Sirey, 1921; E. Seckel, *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9. Aufl., Jena, Fischer, 1907; P. Foriers, « Présomptions et fictions », in : *Les présomptions et les fictions en droit*, publ. Ch. Perelman, P. Foriers, Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 7sq.; Earl Jowitt, *A Dictionary of English Law*, ed. C. Walsh, 2nd vol., London, Sweet and Maxwell, 1959; Mas Kaser, « Beweislast und Vermutung im römischen Formularprozess », in : *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte/Romanistische Abteilung*, 71/1954, p. 221sq.; Aleksander Kunicki, *Domniemania w prawie przeczownym*, Warszawa, Wyd. Prawnicze, 1969; André Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 5^e ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1947; Alexander Plossz, « Die Natur der gesetzlichen Vermutungen », in : *Festschrift für A. Wach*, Bd. II, Leipzig, Meiner, 1913, p. 3sq.; Jean Rivero, « Fictions et présomptions en droit public français », in : *Les présomptions et les fictions en droit*, p. 101sq.; François Russo, *Réalité juridique et réalité sociale. Etude sur les rapports entre le droit et la sociologie et sur le rôle du droit dans la vie sociale*, Paris, Sirey, 1942; Adolf Trendelenburg, *Naturrecht auf dem Grunde der Ethik*, 2. Aufl., Leipzig, Hirzel, 1868; Pierre de Tourtoulon, *Philosophy in the Development of Law*, transl. M. McC Read, New York, Kelley, 1922 (New Jersey, Rothman Reprints, 1969); Joseph Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 3. Aufl., Bs. II, Leipzig, Breitkopf und Hartel, 1868; Csaba Varga et Jozsef Szajer, « Presumption and fiction, means of legal technique », in A.R.S.P., LXXIII, 1987; Paul Vinogradoff, *Common-sense in Law* (1913), London, Butterworth, 1931; Max Weber, *Rechtssoziologie*, hrsg. J. Winkelmann, Neuwied, Luchterhand, 1960; Jerzy Wroblewski, « Structure et fonctions des présomptions juridiques », in : *Les présomptions et les fictions en droit*, p. 43sq.

Sur « Présomption » – Au sens original, il s'agit de l'adoption anticipée de la vérité d'un fait (« die Annahme in voraus », die Annahme der Wahrheit einer Tatsache, *Vermutung* – Heumann – Seckel, p. 454) ou, par une reconstruction logique, conclusion induite selon la vraisemblance (« Wahrscheinlichkeitsfolgerung » Unger, p. 579), « argumentatio probabilis » posita in communium omnium intellectu » (Quint., *Inst. Or.* 5, 10, 18-) (Andrioli, p. 765). Dans son sens juridique spécial, il s'agit d'une technique de construction de faits qui constituent un cas légal, par la force desquels la preuve de faits normalement sélectionnés et définis sera suffisante pour une qualification par ailleurs non justifiée. En tant que construction de la loi et d'une voie spécifique pour exprimer ses normes, elle est largement répandue dès le droit romain classique. Elle peut également être normalement définie. Selon le Code civil français, par exemple, « les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu » (Art. 1349).

Une distinction entre l'usage cognitif et normal de la présomption a été faite par le *Digeste* (abrégé) interpolé au début du Moyen-Âge. Une autre distinction dans le cadre de son usage normal avait été faite par les spécialistes du droit civil et canonique. « Dispositio legis, aliquid praesumentis et super praesumptio tamquam sibi comparto statutis. Juris, quia a lege introducta est, et de jure, quia super tali praesumptione lex inducit firmitatem et habet eam pro veritate » (Alciatus, *De Praesumptionibus*, cf. Kunicki, p. 18).

1. Le sens 1 vise le processus judiciaire (juridique) de l'établissement des faits : *praesumptio homini vel facti*. Elle est appelée dans la plupart des cas, sans déterminant : « présomption », ou désignée avec un déterminant expressément non qualificatif : « gemeine Vermutung » (Unger, p. 580), « présomption simple » (Lalande, p. 802); parfois avec un déterminant : « einfache richterliche oder faktische Vermutung » (Bierling, p. 301). Elle a un caractère cognitif, remplaçant un degré défini de l'évidence circonstancielle par une preuve positive : « on reconnaît comme démontré un fait qui selon les règles de l'expérience a existé, car un autre fait avait existé, d'après des preuves concluantes » (Wroblewski, p. 66). Par conséquent, bien qu'il ait pu être établi et disposé de façon normative, ce sera néanmoins un processus cognitif par l'intermédiaire d'un raisonnement inductif. Ou bien, la spécificité de ce processus cognitif est définie par une « conviction profonde » se substituant à la « preuve ».

2. Le sens 2 concerne la définition normative des faits à établir afin que, en l'absence de la preuve contraire, un cas puisse être établi : *Præsumptio juris tantum*. C'est en rapport avec la « gesetzlich Vermutung » (Unger, p. 580) ou la « Rechtsvermutung » (Bierling, p. 304) qu'il est souligné : « La présomption est un impératif legal » (Kunicki, p. 187), « è una norma giuridica » (Donatuti, p. 412). En même temps, selon certains auteurs, l'analyse de la pratique judiciaire indiquera que la « présomption d'origine jurisprudentielle » est le facteur primordial de la jurisprudence présomp-

live, ayant recours tant aux *praesumptiones juris tantum* qu'aux *praesumptiones juris et de jure* (Perelman, p. 61).

3. Le sens 3 est relatif à la définition normative des faits à établir pour que, par le texte et la force de la loi, un cas soit établi : *praesumptio juris et de jure*. Quelquefois qualifiée également de « violente » (Blackstone, p. 372). On peut concevoir et interpréter une construction légale quasiment artificielle, mais seulement dans un contexte normatif. « La structure de cette *praesumptio* est simple – elle précise les conditions dans lesquelles on doit reconnaître certaines conséquences juridiques. Elle correspond à la forme élémentaire de la norme juridique » (Wróblewski, p. 69).

4. En tenant compte de la reconstruction théorique possible, les approches et les compréhensions de la présomption dans le domaine légal sont divisées en deux tendances principales :

a) celles qui sont dirigées par des considérations épistémologiques et qui

aa) sont fondées sur la pure probabilité de présumer des faits établissant un lien logiquement nécessaire aux faits présumés. Puisque la présomption est considérée ici épistémologiquement, ce lien existe *sine qua non* pour éviter toute identification fautive (erronée). En effet, « la présomption établit une inférence (conclusion) justifiée par l'expérience et le sens commun : elle est fondée sur le fait de la vie sociale » (Fuller, p. 43).

ab) identifient la présomption comme une technique spécifique de l'évidence attribuant le fardeau de la preuve. Autrement, l'induction et l'inférence en tant que composantes de la manipulation des faits étaient soulignées. Un rôle primordial fut joué à cet égard par le *Code civil* disposant « des présomptions qui ne sont point établies par la loi » (Section III, § 2) et avançant comme définition la plus générale que « les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu » (Art. 1349). Plusieurs auteurs parviennent à des conclusions semblables (Unger, Dabin). Cette opinion s'est transformée en une position plutôt générale. Même la reconstruction logique moderne en est influencée pour pouvoir, en vue de l'explication théorique de la présomption légale en général, parfois se référer aux antécédents historiques de la promulgation d'une norme présumée (par exemple, à des « preuves difficiles », au souhait de régulation consistant à « placer d'une façon spéciale le fardeau de la preuve » ou à la circonstance subséquente selon laquelle « la norme de présomption détermine la direction de la décision » (Wróblewski, p. 56).

b) celles qui voient dans la présomption un instrument purement technique et légal forme seulement par des considérations de convenance (opportunité) pratique :

ba) d'une manière plutôt simplifiée, en acceptant les traits techniques de la loi et en les considérant comme ajoutés de l'extérieur (et également en duplication) aux composants organiques de la loi. Par exemple, « les tribunaux sont parfois contraints d'accepter certaines présomptions légales bien établies et des faits de droit artificiels au lieu de faits réels et vérifiables, que l'on peut constater » (Vino-gradoff, p. 94), comme si les faits de droit capables d'être vérifiés, pouvaient être de purs faits sans avoir été transcrits dans la loi, c'est-à-dire sans leur

transformation dans un système conceptuel et leur homogenisation dans celui-ci ;

bb) et en développant, en même temps, une théorie de loi formelle moderne indirectement, de manière importante, jusqu'à la fin (voir Trendelenburg, p. 173). On trouve la une formulation précoce de l'idéal et du critère de la loi formelle moderne, selon lesquels « un droit n'est 'formel' que dans la mesure où, tant du point de vue processuel que matériel, des caractéristiques générales et univoques relatives à la situation de fait sont prises en considération et ce de façon exclusive ». A l'interieur de ce formalisme, on le sait, « ou bien ces caractéristiques juridiquement importantes possèdent un aspect tangible... ou bien les caractéristiques juridiquement importantes sont mises en lumière par des interprétations logiques significatives et, conformément à cela, des concepts juridiques fermes sont formulés et appliqués sous la forme de règles abstraites » (Weber, p. 102; trad. Grosclaude, Paris P.U.F., 1986, p. 42). Si les faits constituant un cas juridique doivent être définis exclusivement par la loi, la présomption ne sera rien d'autre qu'une voie particulière pour construire, établir une norme légale. « Ist die gesetzliche Vermutung bloß eine besondere Form der gesetzlichen Festsetzung des Tatbestandes » dans laquelle, tout au moins quant au plan des principes, l'on peut construire « einen doppelten Tatbestand » : un « ursprünglichen » qui est présumé par la norme légale et l'« anderen praktischen Tatbestand » à travers laquelle la norme légale « présume ». Au cas d'une *praesumptio juris tantum*, les faits de présomption sont affaiblis dans la mesure où « nur die Ausnahme zugunsten des idealen Tatbestandes ist fallen gelassen », mais dans le cas de la *praesumptio juris et de jure*, ils sont « gleichkräftig » (s'ils ne se superposent pas (les uns aux autres) (Ploss, p. 15, la définition à la p. 21).

5. En général, les œuvres doctrinales relatives à la présomption passent également en revue les utilisations en droit des *praesumptiones homini vel facti*. Toutefois, la plupart des auteurs s'accordent sur le fait que les présomptions juridiques sont considérées du point de vue pratique et impliquées d'éléments techniques, à savoir en une telle mesure qu'elles forment un groupe séparé et exigent une analyse séparée.

a) *Fonction*. – Dans un but de simplicité conceptuelle, les auteurs approchent en général la présomption juridique comme si l'agissait de l'usage d'une présomption ordinaire dans un domaine spécial. Que fait la loi ? On dit qu'elle règle en sélectionnant et en définissant des faits auxquels, une fois vérifiés dans le cadre d'un processus judiciaire, des conséquences légales données seraient attachées. Afin d'imputer les conséquences légales, une sélection de faits devrait s'avérer nécessaire, bien que leur vérification puisse se heurter à des difficultés. Ceci est le champ des présomptions.

La présomption est une intervention normative (et arbitraire) dans le raisonnement inductif, puisqu'elle « attache à toute possibilité un degré de certitude à laquelle elle n'a pas normalement droit. Comme on le sait, elle donne à une preuve insuffisante la valeur d'une preuve suffisante » (Tournoulon, p. 398). Jusqu'à ce que la pratique des présomptions preserve son caractère cognitif, elle concernera également la réalité en décomposant sa complexité en indices qui établissent sa (ses) structure(s) élémentaire(s).

Cette caractérisation tout entière est vraie si la présomption est un moyen judiciaire libre pour réduire et simplifier la preuve du cas. Or, une fois que l'acte de la présomption est devenu normal par son inclusion dans la prescription formelle d'une loi, les faits de présomption sont transformés en faits, ce qui, comme le définit la loi, constitue un cas de droit. Cela revient à dire que les faits de présomption opèrent une transformation en faits sur un pied d'égalité avec des faits qui pourraient avoir été judiciairement présumés, dans le cas où si les faits du cas n'auraient pas été véritables, mais seulement présumés par le juge de l'instance.

b) *Non-pertinence d'un fondement épistémologique du champ normal.*

Les considérations épistémologiques reliées à une présomption manquent leur but même si l'on réalise la probabilité du rôle qu'elles ont pu avoir à jouer tant dans la genèse que dans la formation de la pratique de la présomption. Toujours est-il qu'un tel arrière-fond épistémologique aurait tout au plus pu être un motif historique par hasard, parce que l'unique chose qui compte, dans des relations normales, est la qualification normative des faits (la présomption normative en étant une possibilité, bien qu'elle soit techniquement et instrumentalement davantage subordonnée aux normes ultérieures rendant la qualification normative complète) et, par une référence à une telle qualification, l'imputation normative de conséquences normativement déterminées à des faits normativement sélectionnés et définis. Et dans l'imputation normative, comme on le sait, les considérations pratiques et leur formulation justifiable dans le contexte normal sont les facteurs primaires et toute considération théorique ne peut s'affirmer qu'à travers eux et par leur intermédiaire.

Par conséquent, les classifications de la présomption juridique fondées sur une considération épistémologique ne sont pas raisonnables dans un contexte normal. Parce qu'elles semblent dissimuler que pour et dans la loi un fait ne peut exister que dans la mesure où il est pertinent. Il ne peut être pertinent que dans la mesure où il conduit vers une conséquence juridique. Et il ne peut agir ainsi qu'exclusivement en vertu et par l'intermédiaire d'une disposition juridique attachant normativement une conséquence donnée à un fait sélectionné.

c) *La technique de la présomption.* Certaines études de la doctrine du droit font une distinction entre la «prozessualische Präsumption» et la «materielle Präsumption» (Burckhard, p. 166-193), «présomption au sens strict» et «présomption au sens large» (Gény, p. 264-270 et 334 à 341) ou «présomption-preuve» et «présomption-concept» (Dabin, 1935, p. 240 et 241), entendant par la première la présomption où les faits présumés les faits qui constituent un cas qui pourrait également être établi par d'autres moyens, à l'opposé de l'autre où le fait de présomption est celui auquel une conséquence légale est imputée. En fait, du point de vue de la construction statutaire des ensembles de faits à vérifier afin que les faits constituant un cas juridique puissent être établis, il y a une différence entre eux. Cependant, les deux sont communs quant à leur structure fondamentale de la détermination de la «gesetzliche Tatsache» par la sélection et la définition des faits dont la preuve sera considérée comme étant suffisante (avec l'admission ou l'exclusion d'une contre-preuve) pour la réalisation officielle de son établissement, ceci en opposition avec la formulation directe des faits constituant un cas légal, ce qui offre la liberté à la pondération judiciaire des preuves pour évaluer les raisons qui sont pour et contre son établissement officiel.

Il faut encore faire remarquer que l'admission de la contre-preuve et son exclusion sont deux extrêmes seulement en théorie. Dans la pratique de la réglementation, il y a une variété de possibilités de limitation passant de la restriction de l'évidence (la *praesumptio juris tantum*) jusqu'à l'admission de la contre-preuve en tant qu'exception (en cas de *praesumptio juris et de jure*) (Ploss, p. 15). Ou bien, la présomption n'est pas le moyen exclusivement concevable de la réalisation de son objectif original. C'est une sorte de technique légale substituable par d'autres.

C.V. — J.S./Do.
(trad. de l'anglais)

CORRÉLATS

Analogie — Code — Dogmatique juridique — Droit — Fiction — Norme — Preuve en droit — Technique juridique.

FICTION — 1. Dénégation ou dénaturation consciente d'une réalité naturelle par le juriste constructeur de droit (Dabin).

2. Processus non avoué utilisé par les juges et les praticiens en vue de provoquer l'évolution d'un système trop formaliste tendant à la clôture (H. Sumner Maine).

3. Moyen théorique d'expliquer des préceptes juridiques en vue de leur généralisation et de leur classification (Pound).

4. Hypothèse utile pour représenter la loi ou le mécanisme d'un phénomène, mais dont on se sert sans en affirmer la réalité objective (Lalande).

ETYMOLOGIE – Du latin *factio*, de *lingo/lingere*, façonner, fabriquer en façonnant, d'où imaginer, inventer faussement

TRADUCTION – All. : *Fiktion*; Angl. : *Fiction*; Esp. : *Ficción*; Ital. : *Finzione*.

BIBLIOGRAPHIE – John Austin, *Lectures on Jurisprudence, Or Philosophy of Positive Law*, 4^e ed., Campbell, London, Murray, 1873; Bartolus de Saxoferrato, *Commentaria*, Venice, 1596; Karl Baumhorr, *Die Fiktion im Straf- und Prozessrecht*, Berlin-Grunewald, 1930 (Beihft N° 24, *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*); Jeremy Bentham, *Theory of Legislation*, (1759), ed. Ogden, London, 1931; ID., *Works*, ed. Bowring, vol. I-XI, Edinburgh, Tail, 1843; William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 6^e ed., London, 1774; Vera Bolgar, « The Fiction of the Corporate Fiction, From Pope Innocent IV to the Pinto Case », in : *Festschrift für Imre Jazlay*, hrsg. R.H. Graveson, K. Kreuzer, A. Tunc, K. Zweigert, Tübingen, Mohr, 1982, p. 675q; Georges Boyer, « Sur quelques emplois de la fiction dans l'ancien droit oriental », in : *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 3^e série, 1/1954/4, p. 735q; Bulow, « Zivilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten », in : *Archiv für die civilistische Praxis*, 62 (1879), p. 15q; K. Campbell, « Fuller on Legal Fictions », in : *Law and Philosophy*, 3/1983, p. 339sq; Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses Universitaires, 1936, Vincenzo Colacicco, « Fictio iuris », in : *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VII, dir. A. Azara, E. Eula, Torino, Editrice Torinese, 1968, p. 270sq; Jean Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*, Bruxelles – Paris, Bruylant – Sirey, 1935; Rene Dekkers, *La fiction juridique, Etude du droit romain et du droit comparé*, Paris, Sirey, 1935; Gustav Demelius, *Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung. Eine juristische Untersuchung*, Weimar, Bohlau, 1858; Rudolf Eisler, *Wörterbuch der juristischen Begriffe*, 3. Aufl., Bd. I, Berlin, Mittler, 1910; A. Ernout, A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, Paris, Klincksieck, 1939; Josef Esser, *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, Kritisches zur Technik der Gesetzgebung und zur bisherigen Dogmatik des Privatrechts*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1940; P. Foniers, « Presomptions et fictions », in : *Les présomptions et les fictions en droit*, publ. Ch. Perelman, P. Foniers, Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 75q; Jerome Frank, *Law and the Modern Mind* (1930), New York, Doubleday, 1963; Lon L. Fuller, *Legal Fictions*, Stanford, University Press, 1967; François Gény, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, tome 3, Paris, Sirey, 1921; E. Seckel, *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9. Aufl., Jena, Fischer, 1907; Eduard Holder, « Die Einheit der Correobligation und die Bedeutung juristischer Fiktionen », in : *Archiv für die civilistische Praxis*, 69/1886, p. 203sq; Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 3. Teil 1. Abt., Leipzig, Breitkopf und Hänel, 1865; J. Walter Jones, *Historical Introduction to the Theory of Law*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1964; Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus dem Lehre vom Rechtssätze*, Tübingen, Mohr, 1911; ID., « Zur Theorie der juristischen Fiktionen », in : *Annalen der Philosophie*, 1/1919, p. 630sq; André Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 5^e ed., Paris, PUF, 1947; Henry Sumner Maine, *The Ancient Law, Its Connection with the Early History of Society and its Relations to Modern Ideas* (1861), 3^e ed., London, Murray, 1890; Dieter Meurer, *Fiktion und Strafurteil. Untersuchungen einer Denk- und Sprachform in der Rechtsanwendung*, Berlin – New York, Gruyter, 1973; Dieter Meurer, « Fiktion als Gegenstand der Gesetzgebungslehre », in : *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, hrsg. Jürgen Rodig, Berlin etc., Springer, 1976, p. 281sq; Julius Moor, « Das Logische im Recht », in : *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, 2/1927-28, p. 157sq; ID., *A jogi szmelyek elemelése* (Théorie de la personne juridique), Budapest, Akademia, 1931, Pierre J.J. Olivier, *Legal Fictions in Practice and Legal Science*, Rotterdam, University Press, 1973; Ch. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976; Vilmos Peschka, « A lóka a jogban és a jogelméletben » (Fiction en droit et en science juridique), in : *Alam – es Jogtudomány*, 9/1966, p. 40sq; Roscoe Pound, *Jurisprudence*, vol. III, St. Paul, West, 1959; Fritz Pringsheim, « Symbol und Fiktion in antiken Rechten », in : *Fritz Pringsheim, Gesammelte Abhandlungen*, Bd. II, Heidelberg, Winter, 1961, p. 382sq; Salvatore Pugliatti, « Fizione », in : *Enciclopedia del diritto*, vol. XVII, Milano, Giuffrè, 1968, p. 658sq; Agost Pulszky, « Jegyzetek Maine : A jog oskore c műhöz » (Notes sur *The Ancient Law* de Maine) in : H.S. Maine : *A jog oskora*, trans. Pulszky, Budapest, Akademia, 1875, p. 327sq; Raymond Saleilles, *De la personnalité juridique, Histoire et theories*, 2^e ed., Paris, Rousseau, 1922; Carl Friedrich von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1, Berlin, Veit und Compf, 1840, Felix Somlo, *Juristische Grundrheile*, Leipzig, Meiner, 1917; Rudolf Stammier, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, Waisenhaus, 1911; Peter Stein, *Legal Evolution, The Story of and Idea*, Cambridge etc., University Press, 1980; Walter Strauch, *Der Philosophie des « Als-Ob » und die hauptsächlichen Probleme der Rechtswissenschaft*, München, Rost, 1923; Franco Todescan, *Diritto e realtà. Storia e teorie della fictio iuris*, Padova, Università, 1979; Joseph Unger, « Die Verträge zu gunsten Dritter », in : *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 10/1871, p. 15q; Hans Vaihinger, *Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*, Berlin, Reiner und Reichard, 1911; Csaba Varga, « Law-Application and its Theoretical Conception », in : *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 67/1981, p. 462sq; ID., *The Place of Law in Lukacs' World Concept*, Budapest, Akademia, 1985; A. Walde, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, 3. neubearb. Aufl. Holmann, Heidelberg, Winter, 1932.

Sur « Fiction » – Le phénomène et le terme sont connus depuis la culture romaine impériale, et largement diffusés dans des cultures juridiques dans lesquelles la conceptualisation et la formalisation s'étaient fortement développées. « D'une façon générale, ce qui est feint ou fabriqué par l'esprit » (Lalande, p. 355). Ou, parlant philosophiquement, « jede bewußte, zweckmäßige, aber falsche Annahme » (Vaihinger, p. 130) toute acceptation – hypothèse, consciente, appropriée au but, mais fausse, erronée. Le concept étant fonction de son utilisation différente caractéristique des systèmes du droit romain, du droit commun et du droit civil, ni sa définition, ni sa conception théorique ne forment un contenu historique. Ils reflètent plutôt son application primaire et sa manifestation typique.

2. Le sens 2 s'emploie dans le domaine de l'application judiciaire des normes légales. Dans les sources romaines (Heumann – Seckel, p. 216, N° 2) et dans la littérature anglo-américaine, elle est

appelée dans la majorité des cas, sans déterminant, « fiction », ou avec un qualificatif : « la fiction légale typique » (Fuller, p. 5), suggérant son caractère représentatif. Dans certains cas elle est dénommée par un distinctif : « fiction historique » (Fuller, p. 56), « fiction juridique, judiciaire » (Olivier, p. 115), « fiction jurisprudentielle » (Foniers, p. 23), fiction « particulière » et « procédurale » (Pound, p. 450) ou, dans la perspective d'une reconstruction logico-fonctionnelle, comme « fiction de motifs » (Meurer, 1973). Une confusion peut provenir du fait que les approches du droit civil, elles aussi, parlent de fictions en général, bien qu'elles veuillent indiquer par la une utilisation très spéciale du terme (par exemple, Pugliatti). Quant à sa définition, « fictio est in re certa eius quod est possibile contra veritatem pro veritate a iure facta assumptio » (Bartolus, N° 21 ad D. 41. 3. 15, pr. cf. Olivier, p. 16). L'approche du *Common Law* souligne son caractère impliquant l'innovation latente de la loi : « toute hypothèse qui dissimule ou semble dis-

simuler le fait qu'une disposition ou règle de la loi a passé par une altération, sa lettre étant restée inchangée, son opération se voyant modifiée » (Maine, p. 26). Dans chacune de ces définitions, le noyau est réduit à « la fausse qualification des faits » (Perelman, p. 146).

3. Le sens 3 intéresse le processus doctrinal des normes juridiques. Dans la plupart des cas le terme est fiction « dogmatique », parfois « théorique » (Unger, p. 9, n. 12; Meurer) et de temps en temps « scientifique juridique » (*rechtswissenschaftliche*) (Stammler, p. 332). En tant que « moyen d'exposition » (*Mittel der Darstellung*, Hölder, p. 223), il est « développé dans la science juridique, c'est-à-dire dans l'explication ou la systématisation de la loi positive » (Olivier, p. 87). Sa relation à la loi en vigueur est de *lege lata* et non pas de *lege ferenda*, non pas à cause du sujet ou du résultat de l'opération impliquée, mais à cause de la nature de l'opération théorique elle-même. En effet, il n'est aucunement question ici de procéder à une récapitulation de faits en les adjuvant ou les imputant. Les normes sont doctrinalement arrangées avec une simplification de leurs relations, en introduisant dans leur système des liens artificiels et des dénominateurs communs pour permettre leur répartition et/ou réduction conceptuelle.

4. Au sens 4 il s'agit de la reconstruction théorique des normes légales. Cela est l'objet habituel des définitions philosophiques : « Les fictions (scientifiques) sont des hypothèses que nous faisons dans des buts heuristiques » (Eisler, p. 369). En suivant ce modèle, plusieurs théories du droit caractérisent les normes légales de pures fictions (Frank). Certaines soulignent le caractère fictif des concepts légaux en tant que moyens définis par les besoins et les souhaits de régulation, pour ainsi dire indépendamment de toute considération épistémologique en vue de la réalité (Baumhoer). D'autres théories expliquent les constructions juridiques comme fictions ayant une fonction instrumentale, la plupart d'entre elles assurant la construction conceptuelle du droit subjectif (Bentham, vol. III, p. 217) et de la corporation (cf. Moór 1931, pour les théories du droit continental, et Bolgar pour la doctrine de *Common Law*). Finalement, il y a quelques écoles d'idées, par exemple la *Philosophie des Als Ob* (la philosophie du comme si) de Hans Vaihinger, 1911, celle du *droit en tant que fait* (*Law as Fact*) de Karl Olivecrona, 1939 et la *Tú-tú* d'Alf Ross, 1951, qui soulignent et indiquent la contradiction interne provoquée par le fait que le droit est une expression conceptuelle artificielle, bien qu'il ait été fait pour fonctionner dans la pratique, et comme s'il s'agissait d'une propriété réelle ou d'une abstraction des événements ayant effectivement lieu dans la pratique humaine.

5. En fin de compte, les approches et les interprétations de la fiction dans le domaine juridique se divisent en deux tendances principales :

a) celles qui maintiennent que les fictions dans le droit sont de véritables fictions,

aa) caractérisées par « une complète conscience de sa fausseté » (Fuller, pp. 9 et 10) au sens épistémologique. Ceci est le premier concept de la fiction juridique établi par les jurisprudents de la république romaine (par exemple Gaius) et les glossateurs de l'âge moderne (par exemple Bartolus), formulant les critères de l'*assumptio, contra veritatem, pro veritate et in re certa* (cf. Olivier, pp. 8 à 14 et 67 à 69). Cette conception fut même par la

suite étendue en tant que chose allant de soi à toutes les sortes de fictions susceptibles d'être trouvées dans un contexte juridique, les considérant comme « une affirmation fausse... qui, bien que reconnue comme étant fausse, est en même temps le sujet d'une argumentation et d'une action qui font comme si elle était vraie » (Bentham, vol. IX, p. 77) ou simplement une « fausse identification ou une analogie fausse » (Peschka, p. 53);

ab) spécifiques seulement en ce qu'elles contredisent le droit précédent et non pas la réalité ou encore, dans une variante apparemment plus sophistiquée, en excluant les fictions des dispositions législatives comme des facteurs originaux souverains pour créer et former la « réalité juridique »;

ac) spécifiques seulement dans la mesure où elles sont « un contraste entre deux classifications de faits différentes (par exemple « naturelles » et « légales » - Cs. Varga), au lieu d'en être une « entre les règles et les faits » (Campbell, p. 360 et p. 369);

b) celles qui avancent que les dites fictions dans le droit ne sont, par définition, et de loin nullement fictions, parce que

ba) leur résultat effectif est en fait, « comme synonyme de phénomène juridique », une véritable réalité : « il n'y a de fiction nulle part... C'est bien là une réalité juridique au sens large du mot, puisqu'il y a un effet de droit parfaitement réel qui se produit » (Saleilles, pp. 612 et 613);

bb) elles sont, par leur structure même, « une forme de dénotation, de repère, un outil de la terminologie juridique », c'est-à-dire « une règle de droit d'une expression particulière » (Demelius, p. 79 et p. 92); ou simplement le résultat de la divergence entre les notions qui, dans la perspective de la réglementation, doivent avoir le même sens à des égards donnés et, afin d'atteindre cet objectif, fournissent aussi une définition qui les égale du point de vue normal (Moór, 1927-28, p. 166);

bc) ayant besoin d'« Aussagen » (affirmations) en droit, il n'y a de fictions de droit ni « propres », ni « véritables » (Esser, p. 26), seulement des « Bestimmungssätzen » (des propositions de définition) et, en vue de leur formulation économiquement et largement compréhensible, il n'y a que « des métaphores linguistiques, des tournures de style, des tours de langage, des commodités terminologiques » (Somló, p. 526 et 527);

bd) tant dans la réflexion que dans la communication professionnelle, toutes les sortes d'expressions linguistiques, y compris aussi les normes et les concepts, « ne sont que des poules psychologiques, des leviers psychiques, des ponts ou échelles mentaux, des moyens d'orientation, des modes de réflexion, des *Als-Ifs* (Comme-si), des hypothèses commodes, des formulations provisoires, des poteaux indicateurs, des guides » (Frank, pp. 179 et 180).

6. *Présomption et fiction*. Quelle que soit la manière dont elle apparaît, est employée ou comprise, la « fiction » n'est pas autre chose que l'attribution de certains contenus (traits, etc.) à des concepts donnés. Apparemment, les fictions et les présomptions sont des phénomènes limite, inséparables, en outre, les uns des autres dans beaucoup de cas. Cependant, contrairement à la fiction,

la présomption n'est concevable que définie dans une norme juridique disposant des faits dont la preuve sera considérée comme suffisante ou assez concluante pour construire les faits qui constituent un cas juridique. Ayant en tête la relation entre des faits réellement prouvés et des faits juridiques considérés comme prouvés, des approches épistémologiques mettent l'accent sur le fait que la fiction est *assumptio contra veritatem in re certa*, tandis que la présomption est *assumptio pro veritate in re dubio* (Olivier, p. 73). Le caractère constitutif de la fiction juridique est souligné par la différenciation qui attribue la « validité déontologique » à la fiction, et la « validité ontologique » à la présomption (Todescan, pp. 8-9; mêmes conclusions dans Demelius, p. 92). La non pertinence de l'approche épistémologique de la fiction a été mise en relief

par Meurer (1973, p. 26), par référence à la nature fondamentalement pratique de la fiction, au fait qu'elle n'a jamais eu de valeur qu'instrumentale, qu'elle n'a jamais été l'objet d'une spéculation abstraite (Todescan, p. 22).

C.V.-J.S.

CORRÉLATS

Acte – Analogie – Code – Dogmatique juridique – Droit – Epistémologie – Formes du droit – Lacune – Langage juridique – Norme – Pratique – Présomption – Sémiologie juridique – Technique juridique.

Csaba Varga:

LA MORALITÉ INTÉRIEURE DU DROIT

"La punition d'une infraction, telle qu'une amende, n'est pas identique à un impôt frappant un type de conduite... /H.L.A. Hart/

1/ Le droit et la morale comme deux systèmes de normes et la moralité propre du droit.

Les relations entre le droit et la morale peuvent se présenter sous deux aspects. Il s'agit, d'une part, de la question des rapports entre le droit et la morale en tant que deux systèmes de normes. La question est donc de savoir en quelle mesure le juridique contient le moral? En quelle mesure la morale se trouve-t-elle derrière le droit? Ce sont des dilemmes ancestraux, presque éternels qui, depuis que le droit et la morale se sont séparés, ont été formulés par tous les systèmes de philosophie. Si nous nous concentrons dans ces rapports sur le droit, alors il s'agit de la question de la teneur du droit. Par contre, l'autre question ne concerne que le droit. Le droit est considéré comme un moyen technique de réglementation. Il s'agit de trancher la question: n'y a-t-il pas une contradiction interne entre le droit qui interdit, permet ou ordonne certaines conduites précisément d'une manière donnée et sa propre existence sociale, son caractère porteur de valeur, et son pathétique et ses attentes qui en proviennent? Ici le droit et la morale ne sont plus regardés en tant que systèmes de normes distincts. En effet, il y a une affirmation latente dans la manière de formuler cette question: l'état moral et la
226 rationalité morale du législateur en tant que créateur de moyens et, par

Cela, l'hypothèse de ce que le droit n'a pas une idée arriérée, il ne tend pas un piège, il exprime en une forme techniquement adéquate ce qui était le dessein à l'origine, c'est-à-dire de ce que les personnes adressées puissent le suivre avec confiance, avec un acquiescement à l'autorité d'autrui tout en maintenant leur propre intégrité morale.

A l'opposé de la question des rapports entre le droit et la morale, la question relative à la moralité propre du droit est d'une date plutôt récente. Elle est en rapport avec la poussée du droit en tant que moyen de l'influencement de la société au cours du siècle dernier, Cela n'est donc pas un hasard que sa première formulation a eu lieu dans la partie de "social engineering" il y a un quart de siècle au cours de l'essai de Lon L. Fuller.^{1/}

2. Le droit en tant que porteur de valeurs et en tant qu'indication exclusivement extérieure

Supposons que le développement de plusieurs millénaires de l'état et du droit offre le tableau suivant: pour limiter les comportements ayant un effet dévastateur sur la vie de la communauté, un système pénal est institutionnalisé qui, en cas des comportements en question, menace de désavantages définis et impose en fait leur exécution. Un système d'influencement complexe est établi sur le modèle des peines /c'est-à-dire des avantages causés à la personne ayant eu le comportement non souhaité et la touchant dans sa personnalité physique, morale ou économique/ au sein duquel des conséquences négatives /désavantages/ sont rattachées à 227

certaines conduites, d'autres sont stimulés par conséquences positives /avantages/, alors que le droit reste silencieux aux conduites indifférentes: aucune conséquence, ni négative ni positive, n'est rattachée à celles-ci. Or, en partie en conséquence de l'entrelacement avec l'image ancestrale de la "peine" et en partie parce que - à longue échéance - le droit ne pourra subsister que si des autres formations de conscience idéologique, dominantes dans la société, le soutiennent également /jugements de valeurs, normes religieuses, morales et politiques/, c'est en conséquence de tout cela que s'établit l'image selon laquelle la violation d'une norme juridique est en même temps une atteinte aux valeurs sociales elle est plus que le pur risque de l'infliction d'une sanction.

En même temps, l'état qui veille au droit se voit contraint de causer des désavantages à ses sujets non seulement lorsque ceux-ci portent atteintes aux normes fixées. En effet, lorsque l'état organise la société en une entité cohérente, il devient nécessaire qu'une couverture matérielle adéquate soit disponible pour effectuer les travaux à organiser par l'état et nécessaires dans l'intérêt de la communauté /travaux publics, etc./ et qu'un remplacement continu puisse également être assuré. Cela veut donc dire que l'état établit des impôts. En vertu de cela il soustrait une partie des résultats pécuniaires de certaines activités de ses sujets. Bien que, officiellement et dans la réalité aussi, les impôts servent à couvrir des besoins collectifs, le contribuable considérera certainement son obligation comme un désavantage. Cependant quel que soit le degré minime de ce sentiment d'obligation visant

à couvrir en commun les besoins en commun, le sujet n'interprètera pas ce désavantage en tant que peine, en tant que conséquence d'une évaluation défavorable, mais simplement comme charge accessoire rattachée à son activité par une décision d'état.^{2/}

Toutfois, en même temps nous pouvons aussi supposer qu'en conséquence des troubles du développement il y ait un trop grand nombre de devoirs qui incombent à l'état ou bien, pour des considérations politiques arrières, l'état entreprend un nombre exagéré de devoirs pour les résoudre par le moyen du droit - c'est-à-dire par un contrôle exclusivement étatique en faisant prévaloir les intérêts et points de vue de l'état. Et voilà, comme toutes les exagérations, ceci conduit également nécessairement à des troubles dans le fonctionnement de l'état: à une utilisation exagérée de ses moyens, à une usure trop prononcée de leur efficacité et, par la suite et sous la contrainte de l'accomplissement à tout prix, à des actions de plus en plus rapsodiques, entraînant aussi des disfonctions reproduites et rendant finalement les unes les autres impossibles. Par quoi cela se manifeste? Entre autres - et le plus fréquemment - par la fait que lors de la fixation des ressources d'impôts aux recettes de l'état, on tient compte non seulement des points de vue de rentabilité etc. de la soustraction, mais également des considérations qui en sont tout à fait étrangères /p.ex. considérations de l'organisation des agglomérations, de la politique des importations ou tout simplement considérations idéologiques.

dictées par la politique/. De tels cas se présentant lorsque les taux de l'impôt des activités de services des artisans sont fixés différemment dans les petits villages et dans les agglomérations urbaines; lorsque les impôts à payer pour les véhicules sont fixés proportionnellement au volume des cylindres de façon que, le cas donné, les voitures provenant des pays du bloc de l'une des grandes puissances /d'un volume de cylindre relativement petit, mais consommant beaucoup/ sont favorisées par rapport aux voitures provenant de l'autre bloc /à volume de cylindre relativement grand, mais de petite consommation/; ou bien lorsque la mesure de l'imposition des entreprises autorisées n'est pas rendue fonction du volume de la production ou de leur revenu, mais de l'effectif. La prise en considération de points de vue étrangers aux intérêts de recettes peut parfois devenir à un tel point dominante qu'elle deviendra exclusivement déterminante. En tel cas elle pourra directement et intentionnellement exclure le but de l'impôt comme tel: l'obtention de recettes de l'État. Un tel cas se présente lorsque, en se référant à la mécanisation de l'agriculture, les autorités fixent comme un but de la politique économique de supprimer le cheptel des chevaux et quand par une imposition d'un niveau passablement haut - et pour ainsi dire sans perception d'impôts - cela se produit effectivement. L'imposition prend ainsi à sa charge la tâche de restriction, interdiction, même punition d'un motif quelconque.

230 En même temps, l'État surmené reste redevable en ce qui concerne les résultats d'organisation effectifs et la garantie des conditions d'un

fonctionnement normal, et il s'efforce de mettre en équilibre cet échec de l'action effective par des restrictions ultérieures, ou encore par des interdictions prétentieuses. Au lieu de rendre possible ce qui vient de soi, il aura recours aux interdictions et aux sanctionnement de ce qui se produit nécessairement. Or les destinataires s'aperçoivent immédiatement du caractère d'alibi, sans vigueur du jugement de valeurs négatif, formulé par le responsable, du manque de responsabilité et du vide moral, et en tant qu' un composant réel de leur espace de mouvements concret, ils comptent sur le risque que comporte la violation régulière des normes. Une telle situation se présente lorsque la protection de l'environnement reste pendant une longue période un amas de paroles préchées dans le désert de quelques scientifiques, et lorsque la crise de l'environnement se produit et une solution efficace n'est pas offerte en traçant un seul trait de plume, c'est l'interdiction qui transitoirement jouera le rôle principal. Une situation pareille se présente lorsque les méthodes de transports modernes et la mise au point de l'infrastructure restent derrière les demandes, p.ex. les livraisons dans les magasins ne sont invariablement possibles que le jour, sans exploiter les avantages des conteneurs, et pour décharger longuement, pièce par pièce, il faut stationner sur les trottoirs, tout en sachant que l'agent de la circulation non intéressé au fond de l'affaire, a régulièrement recours à des amendes. Et bien qu'il existe une prohibition stricte, selon laquelle l'amende ou le montant des dommages-intérêts relative à la protection

231

de l'environnement ne peuvent pas être incorporés au prix des produits, de même que l'amende infligée à cause de la contravention de l'ordre de la circulation n'est pas une affaire de l'entreprise et c'est le conducteur qui devra la payer, l'astuce de la prévision administrative ne change pas d'un iota au cours tenace des choses. Dans la situation donnée, les usines ne peuvent pas assurer leur production que d'une façon polluant l'environnement. Les frais accessoires ne pourront être payés que des fonds qu'elles ont; or, ceci est composé des recettes de prix et des subventions de l'État. Et de la même façon: les entreprises de transports ne peuvent maintenir leur effectif que si les conducteurs sont non seulement bien payés, mais /p. ex. sous forme de récompenses/ on leur garantit également une indemnisation pour les amendes qu'ils auront payées. Dans une telle situation la violation de la norme devient un composant plus ou moins inévitable de la marche des affaires normale. Par conséquent, la peine perd aussi son caractère de jugement de valeurs négatif: en tant que frais de surplus accompagnant régulièrement les activités données, elle devient un élément accepté des calculs de rentabilité de l'entreprise.

Ce dessin est grosso modo caractéristique pour le modèle occidental du moyen du droit. Son usage extrémiste est devenu général d'une telle façon que dans notre siècle il n'y a guère d'État qui puisse se vanter de représenter une exception.^{3/}

Or, si tout cela représente des possibilités qui dans des conditions données peuvent devenir la réalité, alors une réflexion sur l'observation de H.L.A. Hart se présente comme tout à fait actuelle: "La punition d'une infraction, telle qu'une amende, n'est pas identique à un impôt frappant un type de conduite, bien que les deux impliquent l'existence de directives données aux autorités d'infliger une même privation pécuniaire. Ce qui différencie ces deux notions, c'est que la première implique, contrairement à la seconde, l'existence d'une infraction ou la violation d'une obligation, sous la forme de la transgression d'une règle édictée en vue de diriger la conduite de simples citoyens. Il est vrai que cette distinction, généralement claire, peut être troublée en certaines circonstances. Des impôts peuvent être levés, non pour obtenir des revenus, mais pour décourager les activités taxées, même si la règle de droit n'enjoint pas expressément de s'en abstenir, comme c'est le cas lorsqu'elle les 'érige en infraction'. Inversement, les amendes à payer pour une infraction pénale peuvent, en raison de la dépréciation monétaire, devenir si faibles qu'on les paie volontiers. Il est alors possible qu'elles soient ressenties comme étant de 'simples taxes', et que les 'infractions' deviennent fréquentes, précisément parce que, en ces circonstances, on perd le sentiment de ce que la règle, comme l'ensemble du droit pénal, entend se voir considérée sérieusement comme un modèle de comportement".^{4/}

Et ce n'est que maintenant que nous arrivons à la question indiquée au titre. En effet, l'évolution des choses en ce sens peut être considérée comme étant ou non en ordre. Or la ligne de démarcation est tracée par notre position vis-à-vis du droit, notamment quand il s'agit de décider

est-ce qu'il faut le considérer comme une indication extérieure ou bien comme un porteur de valeurs? En effet, si le droit n'est rien de plus qu'un composant en soi indifférent du système de conditions extérieur de nos actions, alors le fusionnement des conséquences de l'observance et de la violation des règles est entièrement en ordre, comme tout en ce monde considéré comme éventuel. Il ne s'agit que d'une indication pour savoir sur quoi je dois compter lorsque je m'engage à déployer certaines activités; c'est un facteur neutre, bien qu'il doive être pris en considération comme l'horaire des chemins de fer dans le fameux exemple de G. Lukács.^{5/} Par contre, lorsque le droit est porteur de valeurs et exige une identification se manifestant au moins par le respect des valeurs des autres, la "punition" de l'observance des règles et la constatation d'une "violation de la règle" dans des situations inévitables feront déjà détourner les moyens de leur milieu naturel, elles provoqueront une confusion de leur valeurs et le législateur sera privé même des restes de son crédit moral et de son prestige qu'il a eu auparavant.

3. Le crédit moral intérieur et extérieur du législateur

On peut caractériser les rapports moraux du destinataire au droit par la réponse à la question est-ce que le législateur a à ses yeux un crédit moral et, dans l'affirmative, quel est le caractère de celui-ci. Si je peux découvrir dans les activités du législateur, et aussi dans leurs issues, non seulement le moment moral, mais si je suis aussi capable -
234 en conséquence de la coïncidence de nos valeurs - de s'y identifier, alors

je peux parler du crédit moral extérieur du législateur. De crédit moral extérieur parce que non seulement je reconnais sa propre moralité, mais celle-ci exerce aussi par ses valeurs des effets extérieurs. Ceci suppose leur coïncidence dans les rapports entre le droit et le morale en tant que deux systèmes de normes et aussi que la position morale du législateur et du sujet en question soient identiques dans le domaine donné. Lorsqu'une telle identité n'existe pas, mais on peut néanmoins découvrir dans les activités du législateur et dans leurs issues le moment moral, alors on peut parler du crédit moral intérieur du législateur. De crédit moral intérieur parce qu'en conséquence de la différence de nos valeurs le moment moral comme tel n'exercera pas d'effets directs, cependant l'existence de la moralité propre du droit me permettra tout de même de compter sur la moralité du législateur comme sur système de normes fondateur qui, bien qu'il s'écarte quant au contenu, existe tout de même. Finalement, il y a encore une troisième possibilité, lorsqu'on ne peut pas attribuer au législateur aucune valeur, lorsqu'il agit en une telle mesure imprévisible et impénétrable, qu'on ne peut présumer ni l'incorporation de ses actions dans un système de valeurs conséquent, ni le choix des moyens ordonné à des valeurs pareilles.

L'aspiration relative au crédit moral extérieur du législateur vise à atteindre un état idéal que le législateur est intéressé à atteindre. Au cas où sa réglementation est appuyée par les valeurs morales de la majorité de la société, ceci pourra intensifier l'efficacité de cette réglementation. En tout cas, la coïncidence partielle du juridique et du moral ne pourra être que le résultat temporaire d'efforts sérieux; ceci

ne pourra pas être normativement déclaré, en se référant aux bases sociales de la législation. Selon le témoignage de l'histoire. le législateur ou son théoricien se présente parfois avec une exigence pareille,^{6/} mais ceci ne peut avoir qu'une valeur idéologique. "Un décret humain ne peut conférer ou retirer a des modèles de conduite leur statut

moral, alors que l'usage quotidien de concepts tels que ceux de promulgation et d'abrogation montre qu'il n'en est pas ainsi pour le droit".^{7/} Il ne s'agit donc pas de ce que l'acquisition du crédit moral extérieur soit a priori inaccessible /bien qu'en tant qu'idéal on ne puisse que s'en approcher/, mais que l'état, le degré et la qualité concrète de chaque moment de son obtention ne peuvent etre décrits qu'ultérieurement.

Bien entendu, des consitions historiques peuvent favoriser et faire retarder une telle aspiration. Cela va de soi que de ce vue la complexité de la société et homogénéité des intérêts y étant en jeux sont les facteurs primordiaux. Ainsi des exemples historiques exceptionnels sont offertes par l'organisation en état des petits groupes homogènes Voici l'exemple d'une cité et ses impôts: "A Hambourg, chaque habitant est obligé de payer à l'état un quart pour loo de tout ce qu'il possède; et comme la richesse du peuple de Hambourg consisté principalement en capital, on peut considerer cet impôt comme un impôt sur les capitaux. Chacun se taxe soi-meme, et met annuellement, en présence
236du magistrat, une certaine somme d'argent dans la caisse publique, en

déclarant sur serment que cette somme est le quart pour loo de tout ce qu'il possède, mais sans déclarer quel en est le montant, ou sans qu'on puisse lui faire aucune question sur cet article. Cet impot passe pour être acquitté en général avec une grande fidélité. Dans une petite république, où le peuple a une confiance entière dans ses magistrats, où il est convaincu que l'impot est nécessaire aux besoins de l'état, et croit qu'il sera fidèlement appliqué à sa destination, on peut quelquefois s'en reposer, pour le payment de l'impôt, sur la bonne volonté et sur la bonne foi des contribuables."^{8/}

De ce qui précède il devient peut-être évident que si l'aspiration visant le crédit moral extérieur du législateur n'est qu'un idéal, il faut tout au moins s'efforcer d'acquérir un crédit moral intérieur. Or, tout cela est fortement inélaboré; conséquemment je ne peux qu'avoir recours à certaines allusions. Par exemple, l'on peut avancer que des confusions entre des fonctions différentes du droit ont aussi pu se produire dans des communautés ancestrales et traditionnelles; cependant le caractère direct du commerce entre les hommes et la publicité de toutes les relations sociales pouvaient encore exclure que ces confusions se dégénèrent en une pathologie du droit.^{9/} Et en ce qui concerne des cultures juridiques de la démocratie en sens classique, les memes confusions se présentent comme des questions pratiques pour décider quel est l'organe de l'état disposant de compétences pour réaliser institutionnellement telle ou telle fonction du droit.^{10/}

Dans de telles circonstances, l'analyse de "la moralité intérieure du droit" par Lon L. Fuller est plutôt exceptionnelle. Toutefois, ses exemple-thèses - le droit doit être général, publié, visant les actions futures, clair, exempt de contradictions, exigeant le possible, disposant d'une certaine permanence et indiquant une concordance entre la règle promulguée et l'action officielle^{11/} n'ont pas convaincu ses critiques de ce qu'il s'agit ici du cas de n'importe quel rapport avec le moral,^{12/} En même temps, la suggestion de Fuller de considérer tout cela à la fois comme "principes de légalité", ne me semble à être non plus convaincante, bien que ses critiques anglo-américains aient déjà accepté cette désignation. Je suis de l'avis que la légalité soit conçue en tant que critère formel et alors elle indique que le fonctionnement du système juridique correspond à ses propres exigences formulées au préalable, ou elle soit conçue en tant que critère matériel, et alors à partir de l'état des rapports sociaux et de la présence de certaines valeurs teneurs en réglementation juridique elle présuppose un nombre de critères

de fond. Je considère les attributs formulés par Fuller simplement comme les règles technologiques de la législation conçue en tant qu'activité professionnelle, qui sont axiomatiques dans le sens qu'elles naturellement peuvent /comme chaque règle d'un métier/ être violées, cependant leur violation sera accompagnée en tous cas d'un préjudice subi par les résultats de l'activité en question, de sa valeur diminuée et de sa déformation.

²³⁸ Quoique paradoxale, la formulation de Fuller est tout de même exacte: les

attributs du droit qu'il énumère sont des qualités qui "rendent le droit possible". Leur qualification en tant que règles technologiques signifie que leur satisfaction n'est pas per se nécessaire. Or, si l'on veut déployer l'activité en question d'une manière intelligente, mener à des résultats sans échec, on ne devra tout de même pas les violer. A l'opposé de ce que nous avons traité comme crédit moral intérieur du législateur, ceci n'est de loin un attribut qui "rend le droit possible" ou dont la violation a nécessairement "comme résultat l'échec de la législation".

4. La moralité intérieure du droit

Le signe le plus apparent de la moralité intérieure du droit est qu'il est une qualité possible, une qualité de surplus, qui n'est pas nécessairement un élément sine qua non du droit. Sans lui le droit peut donc être conçue et peut s'apparaître. La question se pose cependant est-ce que le droit peut également subsister sans cette qualité à long terme?

Les attributs formulés par Fuller ont été qualifiées en tant que règles technologiques précisément parce qu'elles sont exigées à l'existence propre du droit comme tel. Bien que ni leur existence, ni leur substance ne soit formulée, définie ou codifiée dans le droit, sans elles le droit en tant que moyen spécifique de la réglementation sociale n'aurait aucun sens. En recourant à une analogie: un système de prix dans lequel les239

prix changeant d'un cas à l'autre, qui sont secrets, fixés après avoir conclu l'affaire, mais qui même alors restent incompréhensibles et pleins de contradictions, d'une façon ne permettant pas de les observer, n'ayant pas le moindre signe de la permanence et officiellement non suivis: un tel système de prix est la négation de soi incapable de fonctionner comme tel, par conséquent il serait une chose irraisonnable. En d'autres mots: les attributs de Fuller sont des composantes qui /complété par d'autres composantes/ offrent la scène sur laquelle les éléments du droit pourront être placés pour fonctionner.^{13/} Par contre, ce que nous avons appelé la propre moralité du droit /c'est-à-dire l'harmonisation du moyen avec la pratique traditionnellement établie, la correspondance du dessein arrière avec son expression normative, la sincérité des exigences formulées dans la norme, donc, en résumé, la création d'un moyen aux buts/ signifie un surplus parce que, bien qu'il ne s'agisse pas d'une condition sine qua non formulée par le droit et même on peut imaginer un fonctionnement juridique et efficace sans elle, tout de même si elle disparaît du droit, si le législateur l'ignore, le droit "dépérira"; il ne sera plus "un organisme vivant"; "il ne vivra plus; on ne fera que l'appliquer en tant que point de la mise en compte /Zurechnungspunkt/".^{14/}

De tous ces développements les conclusions suivantes peuvent être formulées, bien que le législateur soit en principe libre de rattacher à tels ou tels comportements telles [•]cu telles conséquences 240légales^{15/} et en principe il soit également souhaitable qu'en vue

d'obtenir un inventaire des notions claires on puisse épurer les notions juridiques des connctations morales^{16/} qui y sont déposés, néanmoins: le complexe juridique ne pourra pas être arraché de son contexte social, il ne pourra pas être opposé durablement aux autres complexes /valeurs, normes, idéologies/ en effets réciproques desquels il se dévelcpe, existe, se fait prévaloir et se reproduit en tous temps,^{17/} parce qu'il s'exposera à des dangers, notamment que 1/ l'observation du droit caractéristique pour les cas moyens s'affaiblira;^{18/}

2/ le fonctionnement se réifiant /en une certaine mesure inévitable/ du droit et la conception réifiée /en une certaine mesure nécessaire/ du droit se renforcent mutuellement et rendent le droit aliéné;^{19/} et en tant que conséquence de tout cela

3/ les objectifs sociaux à être desservis par le droit deviennent vagues et ceci - surtout dans des cas lourds, douteux, ayant le caractère des cas-limites - rend l'application du moyen sans attaches et flottante.^{20/}

Pour terminer je dois encore faire remarquer que la pratique ne présente la confusion des buts et des moyens du droit qu'avec un haut degré de dispersion. Notamment, dans des sociétés où les institutions de la démocratie en sens classique sont renforcées en formes déterminant la vie constitutionnelle et l'ensemble de la pratique du droit, il ne241

peut y avoir que peu de situations où la prohibition entourée de sanctions pénales et l'imposition deviennent des moyens de la réglementation juridique qui entrelacent, même remplacent l'une l'autre. En effet dans leur pratique constitutionnelle l'imposition doit être établie par un procédé parlementaire et doit surmonter plus difficultés et entourées de plus garanties que l'établissement administratif d'une prohibition. En même temps, dans des telles sociétés même les prohibitions ne devront plus proliférer sans motifs appropriés, parce que les sanctions prévues pour le cas de leur violation doivent également être politiquement justifiées. En résultat, il se produit un certain état d'équilibre optimum: les divers moyens sont appliqués en leur propre lieu, dans une sphère et en une mesure socialement et politiquement justifiable. D'autre part, là où de tels facteurs de frein et d'équilibre ne fonctionnent pas, où la surcharge de l'état à assumer des fonctions mènent inévitablement à des pseudo-réglementations représentant une compensation pour s'être substituée à une action efficace,^{21/} et aussi à une application désordonnée et même à une alternance immotivée des moyens, l'imposition apparaîtra comme une mesure administrative simple, alors que les interventions de l'état de plus en plus fréquentes feront diminuer la nécessité et l'exigence de justifier socialement les prohibitions et les sanctions - en telles sociétés nécessairement se produira une certaine "division de travail" toute à faite accidentelle entre la formulation des restrictions en tant que prohibition et imposition.

Une situation qui est déjà pathologique deviendra certainement encore plus pathologique si une pathologie des moyens contribue à la pathologie de fond. Ou, les chances de solution véritable seront certainement plus rapprochées si la pureté des moyens permet d'avoir recours à la force inhérente à la publicité et la mobilisation directe de la société. Pour cette raison je suis convaincu que bien qu'il s'agisse ici d'une question de portée subordonnée, il s'agit d'une question fortement actuelle et continuellement réactualisée.^{22/}

N o t e s

- 1/ FULLER, Lon L.: The Morality of Law. New Haven - London, Yale University Press, 1964..
- 2/ Notre caractérisation correspond à l'image tracée par Hans Kelsen /The Law as a Specific Social Technique /1941/, en What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science: Collected Essays by Hans Kelsen, Berkeley - Los Angeles, University of California Press, 1960 /. alors que les corrélations nécessaires entre les divers systèmes de régulation et les relations avec d'autres formations de conscience sont inspirées par György LUKÁCS /Zur ontologie des gesellschaftlichen Seins, tome I-III. Cf. VARGA, Cs.: The Place of Law in Lukács' World Concept. Budapest, Akadémiai Kiadó, 1985. Section 5.2.1, pp. 113 et seq. /.
- 3/ Bien que pas avec les mêmes exemples, plusieurs études récentes de Kálmán KULCSÁR s'occupent du développement retardé contraint de suivre une voie forcée, de la surcharge de l'État motivé par des considérations politiques, et des troubles de la pratique du droit et de la perte de son prestige en croissance: A mai magyar társadalom /La société hongroise de nos jours/. Budapest, Kossuth 1980; Társadalmi változások és modernizáció Magyarországon /Changements sociaux et modernisation en Hongrie/. Társadalomkutatás, I /1983/ 1; A politika és a jogalkotás Középkelet-Európában /La politique et la législation dans la région de l'Est de l'Europe centrale/. Magyar Tudomány, XXVIII /1983/ 2; A Közigazgatás fejlesztésének társadalmi- politikai összefüggései /Les connexions socio-politiques du développement de l'administration publique/. Állam- és Igazgatás. XXXIII /1983/ 11.
- 4/ HART, H.L.A.: Le concept du droit /traduit par Michel van de Kerchove/. Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976. p. 58.
- 5/ "Si l'entière indépendance d'esprit communiste à l'égard du droit et de l'État. est présente, alors la loi et ses conséquences calculables n'ont ni plus ni moins d'importance que n'importe quel autre fait de la vie extérieure avec lequel on doit compter quand on apprécie les possibilités d'exé-
244cuter une tâche déterminée; le risque de transgresser les lois ne doit donc

revêtir d'autre caractère que, par exemple, le risque de manquer une correspondance de train lors d'un voyage important. S'il n'en est pas ainsi et si on accorde pathétiquement la préférence à la transgression de la loi, c'est la preuve que le droit a conservé sa valeur ... et que la véritable émancipation ne s'est pas encore accomplie, puisque le droit est encore en mesure d'influencer intérieurement l'action." LUKÁCS, G: Légalité et illégalité /1920/. en LUKÁCS: Histoire et conscience de classe. Paris, Les Éditions de Minuit, 1960. p. 301.

6/ En tant qu'un seul exemple voir Obshchaya teoriya sovetskogo prava /Théorie générale du droit soviétique/, rédigée par S.N. Bratous et I.S. Samochtchenko. Moscou, Izdatelstvo Youriditcheskaya Literatura, 1966. pp. 108-109.

7/ HART, p. 212.

8/ SMITH, Adam: Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations /traduites par Comte Germain Garnier/. Paris, Guillaumin, 1843, Tome II. livre V, chap. II, art. II.

9/ Par exemple, dans l'Ancien Royaume du Dahomey, les nombreuses "épouses" du roi vivaient dispersées dans les différentes agglomérations. Si "par hasard" n'importe quel homme entraînait en rapports sexuels avec l'une²⁴⁵

d'elle, il était "puni" comme s'il avait commis un enlèvement de femmes et "l'auteur du crime" était "condamné" à faire un service dans l'armée du roi. LE HERISSE, A.: L'Ancien Royaume du Dahomey. Paris, 1911. p. 72. Cité par DIAMOND, S: The Rule of Law versus the Order of Custom. En The Rule of Law, édité par Robert Paul Wolff. New York, Simon and Schuster, 1971. p. 131.

10/ "Les tribunaux américains ont éprouvé la difficulté à distinguer une peine de taxe, dans le cas de l'Article 8 de la Constitution des États-Unis qui confère un pouvoir d'imposition au Congrès. Voir Charles C. Steward Machine Co. v. Davis, 301.U.S. 548/1937/." HART, p. 240.

11/ FULLER, chapitre II.

12/ Le mieux exprimé, cf. SUMMERS, S.: Professor Fuller on Morality and Law /1966/. En More Essays in Legal Philosophy, édités par Robert S. Summers. Oxford, Blackwell, 1971. Chapitre III. section C, pp. 127 et seq. Dans la littérature hongroise, cf. VARGA, Csaba en Acta Juridica Scientiarum Hungaricae, XII /1970/ 3-4, p. 449.

13/ Pour la comparaison, voir RAWLS, J.: Two Concepts of Rules. Philosophical Review, LXIV /1955/, section IV.

14/ La citation applique les développements par George STEINER pour le droit /The Hollow Miracle, en STEINER, G.: *Language and Silence*. Harmondsworth, Penguin, 1967. pp. 136-137. "Elle fait du bruit, elle émet des sons. Elle communique aussi, mais ne crée pas un sentiment de communauté... La langue ne vit plus: elle n'est que parlée"/. Le sujet de l'essai de Steiner est la langue allemande qui, en conséquence du manque de sincérité social faisant sailli dans le système du national-socialisme et des mensonges de masse exprimés et en même temps dissimulés par le moyen de la langue /c'est-à-dire des mensonges tout de même socialement conventionnels/ se désintègre de l'intérieur; elle cesse d'être le porteur et le transmetteur de valeurs, bien qu'elle peut accomplir sans troubles sa fonction de communiquer des mots.

15/ "Par des considérations purement pratiques, dans n'importe quel système juridique ou non-juridique les règles peuvent relier des conséquences identiques aux faits quelconques fort différents."
HART, H.L.A.: Definition and Theory in Jurisprudence. Oxford, Clarendon Press, 1953. p. 11.

16/ Je pense à la prise de position d'Oliver Wendell HOLMES: "Des attrait moraux - avait-il écrit précisément en rapport avec la séparation conceptuelle entre la prohibition et l'imposition /The Common Law. London MacMillan, 1882. p. 148/ - ne pourront pas nous

influencer lors de l'établissement des distinctions juridiques."

Ainsi nous devons effacer la notion de l'obligation par "un acide cynique" pour pouvoir la nettoyer des dépôts moraux qui s'y trouvent
/The Path of the Law /1897/, en Oliver Wendell HOLMES: Collected Legal Papers. New York, Harcourt and Brace, 1920. p. 173/.

17/ Lukács l'avait souligné comme un des exemples les plus saillants des effets mutuels nécessaires se présentant entre les complexes donnant la totalité sociale. Cf. VARGA, note 2; VARGA, Cs: La question de la rationalité formelle en droit: Essai d'interprétation de l'Ontologie de l'être social de Lukács. Archives de Philosophie du Droit, tome 23. Paris, Sirey, 1978. Section III; ou, pour une esquisse général en français VARGA, Cs: La place du droit dans la conception du monde de George Lukács. Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae, XXV /1983/ 1-2.

18/ La tradition établie dans la pensée juridique du Common Law a saisi le fond et la condition du droit - sur la base de John AUSTIN /Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law. London, Murray, 1861/ - par "une habitude générale d'obéissance" /HART: Le concept du droit/. Hans KELSEN formula la même idée, par des prémisses méthodologiquement différentes, dans la pensée juridique du Civil Law: "La théorie du droit ne considère la norme juridique comme valable que si elle fait partie d'un ordre juridique grosso modo efficace; c'est-à-dire si les gens dont
248 les comportements sont réglementés par l'ordre juridique se comportent

en général en fait comme ils devraient se comporter selon l'ordre juridique." /The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence /1941/, en KELSEN: What is Justice? p. 268./

- 19/ Quant aux composantes de la loi menant de l'objectivation à travers la réification jusqu'à l'alienation et le caractère nécessaire de la réification d'un certain degré du droit formel moderne, cf. VARGA, Cs: Chose juridique et réification en droit: Contribution à la théorie marxiste sur la base de l'Ontologie de Lukács. Archives de Philosophie du Droit, tome 25, Paris, Sirey, 1980. Sections II et III.
- 20/ Quant aux relations entre "le noyau de la certitude /core/" et "la semi-ombre de l'incertitude /penumbra/" de la signification en sémantique, voir HART, H.L. A.: Positivism and the Separation of Law and Morals. Harvard Law Review, 71/1958/ 4. Chapitre III et HART: Le concept du droit, Chapitre VII.
- 21/ Sur les pseudo-formes de la réglementation se substituant aux mesures de fond et ses connexions sociales, cf. VARGA, Cs: Macrosociological Theories of Law: From the "Lawyer's World Concept" to a Social Science Conception of Law. En Soziologische Jurisprudenz und realistische Theorien des Rechts, édité par Eugene Kamenka, Robert S. Summers et William L. Twining. Berlin, Duncker und Humblot, 1986. Chapitre II. section 5.c., pp. 208-209. /Rechtstheorie, Beiheft 9./
- 22/ Dans un contexte socio-historique plus large, cf. VARGA, Cs: Law as History? /en The 12th World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy, LAW, MAN AND HISTORY: Abstract of Congress Papers. Athens, Greek Society for Philosophy of Law and Social Philosophy, 1985. pp. 276-277/ à paraître et VARGA, Cs: Law as a Social Issue, en Festschrift Zygmunt Ziembuski. Poznan, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza, à paraître.

REFLEXIONES ACERCA DEL DERECHO Y SU MORALIDAD INTERNA *

*"Un castigo por un delito, tal como
podría ser una multa, no es lo mismo
que un impuesto aplicado a una
forma de conducta."*

CSABA VARGA **

1.— *La ley y las costumbres como dos sistemas de normas y la moralidad interna de la ley.*

La relación entre la ley y las costumbres tiene dos aspectos. Uno de ellos tiene que ver con la relación entre *la ley y las costumbres como dos sistemas de normas*. Las preguntas implicadas son: ¿Hasta qué grado lo legal incluye a lo moral?, y ¿hasta qué grado están las costumbres rezagadas tras la ley? Estos son dilemas antiguos, casi eternos, que han sido formulados por todos los sistemas filosóficos penetrantes desde que la ley se separó de las costumbres.

Concentrándonos en la ley, en esta relación, las preguntas, tal como se han formulado antes, tienen que ver con el contenido de la ley. El otro aspecto con la ley solamente. Considera a la ley sólo como un medio y una técnica social, y su objetivo es clarificar si la ley se contrarresta o no a sí misma como portadora de valores, al igual que en cuanto a su *pathos* y expectativas relacionadas, cuando prohíbe, permite u ordena la manifestación de una determinada forma de conducta en la manera dada. Pues, en este caso, la ley y las costumbres no se ven confrontadas entre ellas como sistemas separados de normas. Esto

* Traducción de María Angélica Rojas.

** Miembro Investigador Decano del Instituto de Ciencias Jurídicas y Administrativas de la Academia Húngara de Ciencias.

se debe a la existencia de una aseveración escondida implicada en el método en cuestión, lo que se llama *la postulación de la integridad y racionalidad moral del legislador como creador de medios* y, junto con ello, la postulación del hecho de que la ley no tiene un motivo ulterior, ni pretende tender una trampa, es decir, que sólo expresa, en una forma técnicamente adecuada, la intención que debía comprenderse originalmente. O bien, en otras palabras, que aquél a quien va dirigida pueda considerarla con confianza y acatar su autoridad, preservando su propia integridad moral.

A diferencia de la pregunta en cuanto a la relación entre la ley y las costumbres, la pregunta relativa a la moralidad interna de la ley constituye una pregunta más reciente. Está vinculada al considerable terreno que están ganando los medios de la ley como técnica de influencia social y, en consecuencia, con su creciente autonomía. Por ello no constituye ninguna sorpresa que su primera formulación explícita haya nacido en la patria de la "ingeniería social", los Estados Unidos, hace un cuarto de siglo, durante el transcurso del contradictorio experimento teórico del Profesor Fuller, que ha generado debates que continúan hasta hoy¹. Haciendo caso omiso de toda la falta de consideración conceptual que éste implicaba, constituyó un acierto directo describir aquella relación como "la moralidad interna de la ley".

En lo que sigue analizaré un aspecto de esto, en relación con una observación de H. L. A. Hart, el resucitador de las tradiciones analíticas británico-estadounidenses.

2.— *La ley como portadora de valores y como un mero indicador externo.*

Presumamos que los miles de años de desarrollo del estado y de la ley, de una manera simplificada, muestran el siguiente cuadro: con el fin de reprimir actitudes que dañan la vida de la comunidad, se institucionaliza un sistema de castigo que, en el caso de las formas de conducta en cuestión, amenaza con desventajas específicas y, ciertamente, les otorga vigencia. Sobre el esquema del castigo, es decir, del hecho de infligir desventajas ya sea en el ser físico, moral o econó-

1 Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven y Londres, Yale University Press, 1964.

mico de la persona que despliega actitudes indeseables, se establece un sistema de influencia amplio en el que, en función de su conveniencia social, se vincula el despliegue de ciertas actitudes a las consecuencias legales negativas (desventajas) mientras que se estimulan otras actitudes al avistar consecuencias legales positivas (ventajas); y la ley guarda silencio en el caso de actitudes que son indiferentes desde este punto de vista.

La idea según la cual la evolución de una norma legal también implica el daño de un valor, es decir, implica más que el simple riesgo de enfrentar la imposición de sanciones, se desarrolla y se ve reproducida de manera continua, en parte debido a las raíces que tiene la ley en el viejo concepto de "castigo" y, en parte, debido al hecho de que la ley, a la larga, sólo puede sobrevivir si está también respaldada por otras formaciones de la conciencia y la ideología que prevalecen en la sociedad (tales como juicios de valor, normas religiosas, morales y políticas que desempeñan un importante papel en la organización de la vida comunitaria; en otras palabras, las formaciones ideológicas que necesariamente vinculan el juicio del valor positivo con actitudes estimuladas por consecuencias legales positivas, y el juicio de valor negativo con actitudes que están desalentadas por las consecuencias legales negativas)..

Al mismo tiempo, el estado, que dispone la ley y, en consecuencia, con una exclusividad histórica cada vez mayor, lleva a cabo el establecimiento y la realización de la ley como una tarea que le es propia, está compelido a infligir daño a aquéllos que están sometidos a ella, y no sólo en los casos en que violan las normas que ha establecido. Esto se debe al hecho de que cuando el estado organiza a la sociedad en una entidad amplia, ciertamente se hace necesario asegurar, de manera continua, la cobertura financiera adecuada para que el trabajo sea organizado por el estado, como por ejemplo para las tareas de obras públicas y de defensa. En consecuencia, el estado grava con impuestos. Por consiguiente, instaura un derecho sobre ciertas actividades o extrae parte del producto financiero de aquéllos que están sometidos a él. Si bien oficialmente, y en un grado considerable también en la realidad, los impuestos cubren necesidades comunales reales, la persona, que como ente sujeto a la tributación está obligada a pagar contribuciones posiblemente de un nivel más alto que el término medio, puede sentir su obligación tributaria como una desventaja. Sin embargo, aun

cuando la experiencia que uno pueda tener respecto a la obligación de cubrir de manera conjunta las necesidades comunes pueda ser muy escasa, el sujeto no interpreta la desventaja involucrada como un castigo, una consecuencia de algún tipo de juicio negativo, sino como un peso accesorio que conllevan sus actividades como decisión del estado.

No obstante, de manera simultánea, también deberíamos presumir que, debido a una perturbación del desarrollo, el estado debe asumir demasiado. O bien que, debido a alguna consideración política, el estado va a asumir demasiado con el fin de solucionar sus tareas con los medios de la ley; por ejemplo, por intermedio del monopolio del estado, el control estatal exclusivo y la realización fundamental de sus propias consideraciones. Pues bien, al igual que cualquier otro exceso, esto también conduce, de manera inevitable, a una perturbación en el funcionamiento, a un empleo excesivo de los medios; y, como resultado, a una fuerte depreciación de la efectividad y, finalmente, a acciones que, bajo la presión de que deben ser cumplidas a cualquier precio, se hacen cada vez más extravagantes y reproducen las disfunciones en una escala cada vez mayor, haciendo con ello imposible cada acción. A menudo esto se aprecia, entre otras manifestaciones, en el hecho de que los recursos tributarios de los ingresos estatales se determinan basándose en consideraciones no sólo de tipo económico, etc., como extraer, sino también en consideraciones que son completamente ajenas a aquéllas; como por ejemplo, aquellas dictadas por la instauración de una organización, por políticas de importación o por simple ideología. Entre los ejemplos que vienen al caso se incluye la diferenciación en la tasa de tributación sobre las actividades de servicio realizadas por artesanos privados en las áreas rurales y urbanas; la fijación de tributos a los automóviles, basándose en su cilindrada, de manera tal que aquellos automóviles fabricados en países bajo un bloque de poder, con una capacidad de cilindrada relativamente pequeña, pero con un gran consumo de bencina, reciben un trato preferencial en comparación con automóviles fabricados en países bajo otro bloque de poder, con una capacidad de cilindrada relativamente grande, pero con un bajo consumo de bencina; y la determinación del alcance tributario sobre empresas autorizadas basándose no en el valor productivo o utilidades, sino en características de importancia ideológica, tales como el número de empleados. Consideraciones ajenas a los intereses de los ingresos pueden volverse, algunas veces, tan dominantes que pasan a

ser el factor determinante exclusivo mediante la eliminación intencional del propósito original que subyace a la tributación: asegurar ingresos al estado. Un ejemplo que viene al caso es el que se produce cuando las autoridades, en relación con la mecanización de la agricultura, la transforman en un objetivo político-económico para eliminar el ganado caballar y, a través de impuestos adecuadamente altos, pero prácticamente sin ningún ingreso, cumplen su objetivo. De este modo, la tributación gradualmente asume el papel de limitación, prohibición e incluso de castigo de algún tipo.

Al mismo tiempo, ese estado intervencionista que presumimos en nuestro ejemplo, fracasa en lograr resultados de organización verdaderos y en asegurar las condiciones efectivas del funcionamiento normal en muchos aspectos, y busca contrarrestar el desequilibrio del fracaso del trabajo efectivo mediante la introducción de mayores limitaciones y auspiciando más restricciones. En lugar de proveer por lo que es evidente de por sí, recurre a la prohibición y a la sanción, lo que necesariamente tendrá que suceder. Sin embargo, aquéllos a quienes va dirigido esto notan, de inmediato, la naturaleza poco efectiva de coartada del juicio de valor negativo formulado por la autoridad estatal, al igual que la irresponsabilidad de la organización y el vacío moral que subyace a ella, y hacen cálculos en relación con el riesgo involucrado en la violación más o menos regular de las normas, como un simple componente de los hechos propios de su gama concreta de actividades. Esto sucede si la protección del medio sigue siendo desde hace mucho tiempo la voz de unos pocos escribas que claman en el desierto, y cuando la crisis del medio llega y no puede ser resuelta con un trazo de la pluma, la prohibición asume temporalmente el papel principal. Esto sucede si el desarrollo del transporte público, los modernos métodos de transporte e infraestructura en general se arrastran detrás de los requerimientos; si, en consecuencia, la entrega de mercaderías a las tiendas sólo es posible durante el día y sin el empleo de contenedores, y sólo es posible cargar estacionándose en la vereda, vendrán entonces las autoridades del tráfico, que no están involucradas en el problema de este inadecuado desarrollo, e impondrán multas de manera regular. Y aun cuando existen reglamentaciones formales que estipulan que las multas aplicadas por contaminación del medio no pueden ser tomadas en consideración en el precio de los productos, y las multas aplicadas por hacer caso omiso de las reglas del tráfico tiene que pagarlas el

conductor afectado, siguen sin cambiar la práctica. Por lo menos temporalmente, en la situación dada, las unidades de producción sólo pueden trabajar con tecnologías que contaminan el medio y sólo pueden pagar la multa consiguiendo acudiendo a sus recursos financieros: los ingresos por las ventas y/o los subsidios estatales. De manera similar, las compañías de transporte estatal sólo pueden retener a su personal si además de pagar salarios adecuados recompensan de alguna forma a sus conductores que han sido multados por estacionarse en la vereda; es decir, les otorgan alguna gratificación o bonificación.

El motivo involucrado, y que nos induce a meditación, es que en esta forma la violación de las normas se transforma en una especie de componente indispensable del curso normal de los negocios. Acorde con ello, el castigo también pierde su contenido valorativo; como costo extra adjunto a una actividad dada, de manera casi regular, se transforma en una parte prácticamente integral de los cálculos económicos de una compañía.

Este diseño esquemático de desarrollo es, en general, característico del modelo de ley occidental². Y en nuestro siglo no hay, al parecer, ningún estado que sea una excepción en cuanto a su empleo extremo, que se vuelve contra él mismo³.

2 En relación con los rasgos principales, esta caracterización corresponde al panorama diseñado por Hans Kelsen en "The Law as a specific social technique", 1941, en *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science: Collected Essays by Hans Kelsen*, Berkeley y Los Angeles; University of California Press, 1960. En cuanto a la idea de la interrelación necesaria de los sistemas de reglamentaciones, entre ellos y otras formaciones de conciencia, lo he extraído de Gyorgy Lukács *A társadalmi lét ontológiájáról*, Zur Ontologie des Gesellschaftlichen Seins, I - III, Budapest; Magvetó 1976, Cfr. Csaba Varga *The Place of Law in Lukács' World Concept*, Budapest; Akadémiai Kiadó, de próxima aparición.

3 Si bien no son los mismos ejemplos, sino un desarrollo tardío por un camino forzado, los extremos de acciones asumidas por el estado basado en consideraciones políticas, al igual que las perturbaciones de la ley y su creciente pérdida de prestigio en relación con ello, constituyen el tema de varios estudios recientes de Kálmán Kulcsár; *A mai magyar társadalom* (Sociedad húngara contemporánea), Budapest, Kossuth, 1980; "Társadalmi változások és modernizáció Magyarországon" (Cambios sociales y modernización en Hungría) en *Társadalomkutatás* I, 1983, 1, "A politika és a jogalkotás Közép-Kelet-Európában"

Sin embargo, si todas éstas son posibilidades que, en condiciones dadas podrían, o lo que es más, necesariamente deberían volverse realidad, es de interés, en este momento, reconsiderar la observación de Hart, incluyendo la justificación y consecuencias de esa observación. La citaré completa: "El castigo por un delito, tal como podría ser una multa, no es lo mismo que un impuesto aplicado a una forma de conducta, si bien ambos implican indicaciones dadas a funcionarios con el fin de infligir la misma pérdida de dinero. Lo que diferencia estas ideas es que la primera involucra una ofensa o ruptura del deber bajo la forma de una violación de una regla establecida como pauta de conducta de los ciudadanos comunes, mientras que la segunda no lo hace. Es cierto que esta distinción habitualmente clara puede, en ciertas circunstancias, verse oscurecida. Se pueden imponer tributaciones sin el propósito de obtener ingresos, sino para desalentar las actividades que se están gravando, aunque la ley no entregue una indicación expresa de que éstas deban ser abandonadas, como lo hace cuando las establece como delictuales. A la inversa, las multas que deben ser pagadas por una ofensa criminal pueden, debido a la depreciación del dinero, ser tan pequeñas como para pagarlas gustosamente. En consecuencia, se las considera como "meros tributos" y las "ofensas" son frecuentes precisamente porque en estas circunstancias se pierde la sensación de que la regla está destinada, al igual que el grueso del cuerpo de la ley penal, para ser tomada en serio como término medio de la conducta" ⁴.

Sólo ahora llegamos a la verdadera pregunta, a la necesidad de una elección también indicada en el título, puesto que el desarrollo de las cosas a lo largo de estas líneas es, o bien como debe ser o no lo es, y la línea divisoria yace en nuestra actitud básica frente a la ley; o bien la tomamos como un mero indicador externo o como portadora de valores. Si se toma a la ley como nada más que un *componente de por sí indiferente del sistema de condiciones externas de nuestra acti-*

(Política y legislación en Europa centrooriental) en *Magyar Tudomány* XXVIII, 1983, 2, "A közigazgatás fejlesztésének társadalmi - politikai összefüggései" (Las interrelaciones sociales y políticas del desarrollo de la administración pública) en *Allam és Igazgatás* XXXIII, 1983, 11.

i H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, The Clarendon Press, 1961, p. 39.

vidad, entonces la convergencia de las consecuencias legales de la observación y de la violación de las reglas es correcta, como lo es todo aquello que en este mundo se concibe como incidental. Es un mero indicador de aquello con lo que tengo que contar si me comprometo en una determinada actividad; como valor es neutral para mí, si bien debe ser tomado en consideración, al igual que la guía de ferrocarriles en el famoso ejemplo de Lukács⁵. Por otra parte, si la ley se toma como *portadora de valores y, en consecuencia, requiere por lo menos una identificación manifiesta en relación con el otro valor*, entonces el "castigo" por la observación de las reglas y, en situaciones inevitables, el establecimiento de la "violación" de las reglas, desvía a los medios alejándolos de su medio natural, causa perturbaciones al valor y priva al legislador de todo vestigio de crédito y prestigio moral, cualesquiera que éstos sean.

3.— *El crédito moral interior y exterior del legislador*

Si vuelvo a formular la frase de otro modo y polarizo aún más los problemas analizados anteriormente, es posible que también puedan restringirse las respuestas potenciales.

La actitud moral frente a la ley de aquéllos a quienes está dirigida, puede caracterizarse por la actitud frente al legislador en cuanto a si éste tiene crédito a sus ojos y si lo tiene, de qué tipo de crédito se trata. Si los legislados no sólo encuentran una motivación moral en la actividad del legislador y en el resultado de ésta, sino que, además, pueden identificarse con ella, entonces podemos hablar de *crédito moral exterior del legislador*. Es un crédito moral *exterior*, porque el legislado no sólo lo reconoce, sino que también por intermedio de sus propios valores ejerce un efecto exterior *mensurable* sobre su actividad. Esto presupone una correspondencia de la ley y las costumbres como dos sistemas de normas, al igual que una actitud moral idéntica, por lo menos en ciertos campos, entre el legislador y el legislado. Si esta iden-

5 "... la ley y sus consecuencias calculables no son de mayor, como tampoco de menor importancia que cualquier otro hecho externo de la vida al que hay que tomar en consideración al decidir algún curso definido de acción. El riesgo de quebrantar la ley no debería ser considerado de manera diferente que el riesgo de perder una conexión del tren cuando se realiza un viaje importante". Georg Lukács, *History and Class Consciousness: Studies in Marxist Dialectics*, 1924, Cambridge, Mass., The M. I. T. Press, 1971, p. 263.

tidad no existe, pero aún no existiendo, el legislado encuentra un motivo moral en la actividad del legislador y en su resultado, entonces podemos hablar del *crédito moral interior del legislador*. Es un crédito moral *interior*, porque debido a las diferencias en los valores, el contenido moral involucrado no tiene un efecto directo sobre el receptor de la ley, no obstante, la moralidad interior de la ley le permite contar con la moralidad del legislador como un sistema de normas que no es el propio pero que, pese a no serlo, existe; o, en otras palabras, por sobre y más arriba de la forma textual y el sistema formal de los requerimientos de la ley, el receptor puede confiar en una cierta actitud subyacente motivada moralmente, y en la coherencia de ésta.

Finalmente, también existe una tercera posibilidad, cuando el destinatario no puede atribuir crédito moral, ni exterior ni interior, al legislador, cuando la actividad del legislador es incalculable hasta el grado de que el destinatario de la ley es incapaz de postular, ya sea el encajamiento de la actividad del legislador dentro de un sistema de valores coherente o la selección de los medios correspondientes a tales valores. En este caso, el destinatario sólo tiene la alternativa de desarrollar una actitud que toma en consideración a la ley sólo como un indicador incidental y meramente exterior que adquiere su relevancia exclusiva en su relación con los hechos; es decir, al que tiene que observar sólo como un componente objetivo de las condiciones externas de su actividad.

El crédito moral *exterior* es, obviamente, un ideal que bien vale la pena tratar de alcanzar, y al cual debe aspirar el legislador. En el caso de que sus propias promulgaciones correspondan a los valores morales de la mayoría de la población, esta correspondencia puede aumentar de manera inmensa la efectividad de sus disposiciones y, de este modo, extender la base social del logro de la ley y el orden. Sin embargo, incluso la correspondencia parcial de lo legal y lo moral sólo puede ser el resultado temporal de grandes esfuerzos; *no puede ser postulada normativamente* como algo que existe desde el comienzo mismo; no puede ser declarada refiriéndose ya sea a los componentes sociales y al sistema institucional, es decir, a la naturaleza democrática de la legislación o a su función como salvaguardia de los intereses. De acuerdo con la evidencia histórica, el legislador, o el teórico tras éste, en alguna oportunidad pueden reclamar tal derecho⁶; sin embargo, un in-

6 Sólo como un ejemplo véase *Obschaya teoriya sovietskovo prava*, (Teoría General del Derecho Soviético), ed. S.N. Bratus e I.S. Samoschenko, Moscú, Izdatelstvo "Yuridicheskaya Literatura", 1966, p. 108 f.

tento de este tipo puede, a lo más, tener un valor parcialmente ideológico. Tal como dice Hart: "Los estándares de conducta no pueden ser dotados o privados de status moral por un *fiat* humano, si bien el empleo diario de conceptos tales como la promulgación y la derogación demuestran que lo mismo no es verdadero en cuanto a la ley"⁷ No significa que el crédito moral exterior no puede obtenerse desde el principio, aun cuando como ideal sólo sea posible aproximarse a él, pero sí significa que el grado y la cualidad concreta de su obtención *puede, en el mejor de los casos, sólo ser descrito a posteriori*. Naturalmente, las condiciones históricas pueden favorecer o obstruir tales esfuerzos. Es evidente de por sí que, desde este punto de vista, la complejidad de la sociedad y la homogeneidad de sus intereses constituyen los factores más importantes. Es así como los ejemplos históricos excepcionales los proporciona la organización de pequeños grupos considerablemente homogéneos en estados; es decir, por las ciudades estados comerciales. Un ejemplo que viene al caso en relación con los impuestos: "En Hamburgo, cada habitante está obligado a pagar al estado un cuarto por ciento de todo lo que posee... Cada hombre se evalúa a sí mismo y, ante la presencia del magistrado, integra anualmente en las arcas públicas una determinada suma de dinero que bajo juramento declara que corresponde al cuarto por ciento de todo lo que posee, pero sin declarar a cuánto asciende el monto y sin que sea susceptible de ningún examen sobre la materia. Generalmente se supone que este impuesto se paga con gran fidelidad. En una pequeña república en donde la gente tiene una confianza total en sus magistrados, están convencidos de la necesidad del impuesto para mantener al estado y creen que se aplicará fielmente para cumplir con ese propósito, se puede esperar, algunas veces, que exista un pago de este tipo, consciente y voluntario"⁸

De lo que se ha dicho antes es posible concluir lógicamente, que si el crédito moral exterior es sólo un ideal, entonces al menos el legislador debería luchar por alcanzar y asegurar su crédito moral *interior*.

7 Hart, *op. cit.*, p. 171.

8 Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Edimburgo, Adam and Charles Black, 1899, p. 383, libro V, Cap. II, art. II.

Sin embargo, considerando las bases e interrelaciones teóricas, esto no ha sido completamente elaborado todavía y, por lo tanto, en el mejor de los casos podemos hacer algunas observaciones de interés. Por ejemplo, el hecho de que la combinación de diferentes funciones legales también pudiera producirse en las comunidades antiguas y tradicionales, no obstante que su naturaleza directa y abierta emanara de las condiciones primitivas subyacentes, excluye el que las combinaciones podrían degenerar en una patología de la ley⁹. En culturas legales posteriores que dominaron el sistema institucional de la democracia clásica, sólo puede presentarse como un problema práctico en cuanto a cuál cuerpo del estado tiene la competencia para institucionalizar ésta o aquella función legal¹⁰.

En estas condiciones, constituye un caso de dedicación excepcional el interés que el Profesor Fuller, de la Universidad de Harvard, consagró al análisis de la "*moralidad interior de la ley*". Sin embargo, sus ejemplos concretos formulados como postulados de que la ley debería ser general, promulgada, no retroactiva, poseedora de claridad, estar libre de contradicciones, no exigir lo imposible, tener constancia a través del tiempo y mostrar congruencia entre la acción oficial y la regla declarada¹¹, no lograron convencer a sus críticos de que lo que estaba involu-

9 En el antiguo reino de Dahomey, *exempli gratia*, "una cierta categoría de las mujeres del rey fueron distribuidas entre los pueblos de la localidad y aquellos hombres que cometieron el error de tener relaciones con ellas fueron acusados de violación, cuyo castigo, a continuación de un juicio sumario, fue la conscripción en el ejército". Stanley Diamond, "The Rule of Law versus the Order of Custom" en *The Rule of Law*, ed. Robert Paul Wolff, Nueva York, Simon and Schuster, 1971, p. 131.

10 La tributación y la prohibición están separadas en este punto bajo el Artículo I, Sección 8 de la Constitución de Estados Unidos, que confiere el poder exclusivo de aplicar tributos al Congreso. En consecuencia, las dificultades de la diferenciación teórica, como también está ejemplificado por el caso de *Charles C. Steward Machine Co. v. Davits*, 301 U. S. 518, 1937, sólo emergen como problemas de competencia. *Cfr.* Hart, *Op. cit.*, p. 250.

11 Fuller, *op. cit.*, Capítulo II.

crado se hallaba conectado con la moral ¹². Al mismo tiempo, la sugerencia de Fuller de que todo esto también debería ser considerado como los "principios de la legalidad" carece igualmente de fuerza convincente para mí, pese a que sus críticos británicos y estadounidenses estuvieron de acuerdo con esa formulación. Según mi parecer, la *legalidad* es concebida como un criterio formal, y en este caso significa que el funcionamiento del sistema legal corresponde a sus propias disposiciones, o bien como una característica de los contenidos y, en este caso, necesariamente implica un gran número de otros criterios también, desde el estado de las condiciones sociales a la existencia de contenidos dados de conciliación legal. En cuanto a los diferentes aspectos de la necesidad de un compromiso moral de parte de la ley, simplemente los considero como reglas básicas de la legislación como actividad profesional, que son axiomáticas en el sentido de que, de una manera similar a cualquier otra deontología, también pueden ser naturalmente violadas; sin embargo, su violación inevitablemente implica la reducción del valor e incluso la distorsión del resultado de la acción de referencia. Por lo tanto, puede parecer paradójico que, acerca de este punto, la descripción de Fuller sea correcta: los rasgos de la ley que él enumera son características o cualidades que simplemente "hacen que la ley sea posible". En consecuencia, su definición se hace correcta si los rasgos analizados anteriormente se conciben como reglas, principios o condiciones de una *naturaleza tecnológica*. Todo esto significa que la observación de ellas no está necesariamente en ellas mismas. Sin embargo, si uno intenta desarrollar la actividad del caso, de una manera razonable y con éxito, aun así no puede violarlas, puesto que la evasión o desatención de ellas llevaría, inevitablemente, al fracaso o imperfección del resultado tal como se advierte. Al mismo tiempo, lo que se ha analizado como crédito moral interior del legislador no es algo que, empleando la terminología de Fuller, "hace posible la ley" o cuya violación conduzca a una "imposibilidad de hacer ley".

Expurgándola de la ambigüedad y contradicción inherentes en la

12 El más agudo y explícito: Robert S. Summers "Profesor Fuller on Morality and Law", 1966, en *More Essays in Legal Philosophy*, ed. Robert S. Summers, Oxford, Blackwell, 1971, Capítulo III, Sección C., p. 127. En cuanto a la literatura húngara, Cfr. Csaba Varga en *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* XII, 1970, 3-4, p. 449.

terminología de Fuller, el crédito moral interior del legislador es una cualidad incorporada a la ley que se podría describir mejor como moralidad interna de la ley.

4.— *La moralidad interna de la ley*

El rasgo más sobresaliente de la moralidad interna de la ley es de que constituye una característica tan sólo *posible*, una cualidad excedente que no constituye un *sine qua non*, y que la ley es posible y concebible sin ella. Sin embargo, es cuestionable cuánto tiempo pueda la ley vivir sin ella.

Pues bien, cualidades delineadas por Fuller han sido calificadas como *reglas básicas de una naturaleza tecnológica*, puesto que se requieren para la existencia *adecuada* de la ley. Si bien la ley no postula, define o codifica ni su existencia ni su contenido, sin ellas la ley como técnica especial de influencia social no tendría significado alguno. Trazando un paralelo: constituye una negación de sí mismo un sistema de precios en el que los precios cambian de un caso a otro, son secretos y determinados sólo después de la conclusión de un negocio e, incluso entonces, son contradictorios, imposibles de verificar y de observar, carecen de un mínimo de coherencia y no les sigue una acción oficial; un sistema de precios de este tipo es incapaz de funcionar y, por lo tanto, no tiene ningún sentido. En otras palabras, las condiciones delineadas por Fuller son componentes que, al ser completados por otros componentes, preparan la escena para la disposición y funcionamiento de los elementos de la ley¹³.

Sin embargo, por el contrario, significa un excedente lo que ha sido descrito como la *moralidad interna de la ley*, es decir, la coherencia de los medios en cuestión con la práctica tradicionalmente establecida, la correspondencia de la intención subyacente con su transformación en medios. En otras palabras, la sinceridad de las normas formuladas, o el empleo de medios adecuados para alcanzar la meta, ya que si bien no ha sido postulada por la ley y, lo que es más, incluso es posible concebir el funcionamiento legal efectivo sin ella, no obstante ello, si desaparece de la ley, si el legislador la desestima regularmente, la ley se transforma, entonces, en "la cosa que se ha muerto", deja de ser un

13 En cuanto a la comparación, véase J. Rawls "Two Concepts of Rules" *Philosophical Review* LXIV, 1955, Sección IV.

"organismo vivo", ya "no se la vive; simplemente se la aplica como una referencia para la adjudicación legal" ¹⁴.

Todo esto conduce a las siguientes conclusiones: en principio, el legislador está libre para decidir qué consecuencia legal acompaña a cuál forma de conducta ¹⁵ y, en principio, es también definitivamente deseable que los conceptos legales sean liberados de los contenidos y armonías morales ¹⁶. Sin embargo, el complejo legal no puede ser separado de su contexto social, y tampoco puede, de manera permanente y considerable, entrar en conflicto con otros complejos, —valores, normas, ideologías— a los que desarrolla, reafirma, reproduce en una viva interrelación ¹⁷, ya que, de otro modo, está sujeto al peligro de que: 1) la

14 La cita aplica al derecho el ensayo que induce a pensamiento de George

Steiner "The hollow miracle", en su *Language and Silence*, Harmondsworth, Penguin 1967, pp. 136 y 137: "Hace ruido. Incluso se comunica, pero no crea ninguna sensación de comunión..., el lenguaje ya no agudiza el pensamiento sino que lo hace borroso. En lugar de cargar cada expresión con la mayor energía y rectitud, pierde y dispersa la intensidad del sentimiento... En resumen, el lenguaje ya no se vive; meramente se le habla". El tema del ensayo de Steiner es el idioma alemán que, debido a la falta de sinceridad social que ha culminado en el sistema del nacional-socialismo, al igual que a la mentira propia de la convención social tal como se expresa y, al mismo tiempo, oculta por los medios del lenguaje, han hecho que dicho idioma se esté desintegrando desde adentro; ya no es un medio y mediador de valores, si bien continúa con su función como medio de comunicar meras palabras.

15 "En cualquier sistema, legal o no, las reglas pueden, debido a excelentes razones de tipo práctico, adjuntar consecuencias idénticas a cualquiera de los hechos de una serie constituida por hechos muy diferentes". H. L. A. Hart *Definition and Theory in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1953, p. 11.

16 Tengo en mente la posición aparentemente cruel, sin embargo generosa, asumida por Oliver Wendell Holmes: "No se debe permitir que las predilecciones morales —escribió en relación con la diferenciación teórica entre prohibición y tributación, *The Common Law*, Londres, MacMillan, 1882, p. 148— influyan sobre nuestra mente armonizando distinciones legales". Pensaba que era necesario lavar la idea del deber en "ácido cínico", debido a que se había confundido con el deber moral, "The path of the Law", 1897, en su *Collected Legal Papers*, Nueva York, Harcourt and Brace, 1920, p. 173.

17 Lukács puso énfasis sobre esto como el ejemplo más notable de interacción necesaria entre los complejos que constituyen la totalidad social. *Cfr.* Nota 2, segunda frase.

práctica de desplegar actitudes mayoritariamente observando la ley en casos promedio está debilitada¹⁸; 2) el funcionamiento material de la ley, que hasta cierto punto es inevitable, y el consiguiente método material de aproximación a ella, que hasta cierto punto es necesario, se ven fortalecidos y alienan la ley¹⁹; y, como resultado de todas estas cosas, una sola consecuencia, pero que desde el punto de vista legal es la más peligrosa, 3) empaña los objetivos sociales que la ley intenta servir y —particularmente en los casos difíciles, dudosos y extremos— hace que la aplicación de los medios quede sin raíces y flotando²⁰.

Puesto que he deducido un problema teórico, profesionalmente bastante descuidado, de ciertos rasgos de la práctica, debo hacer notar, como conclusión, que la práctica refleja estos rasgos sólo con un alto grado de diseminación. En las sociedades en que las instituciones de la democracia clásica se han visto consolidadas como formas que determinan la totalidad del derecho y el orden constitucional, debido a las tradiciones, es menos probable que la prohibición con sanciones punitivas e impuestos se transforme en un medio de técnica legal que los enfrente y en el que se reemplacen entre ellos, puesto que de acuerdo

18 A continuación de las *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law* de John Austin, Londres, Murray 1861, la tradición desarrollada en el pensamiento del Derecho Común ve las bases y las condiciones de la ley dentro de "un hábito general de obediencia", Hart, *op. cit.*, en nota 4, p. 23. Partiendo de una presunción metodológicamente diferente, la misma idea fue formulada en el pensamiento del Derecho Civil por Hans Kelsen: "La jurisprudencia considera como válida una norma legal sólo si pertenece a un orden legal que es en todo respecto eficaz; esto es, si los individuos cuya conducta está regulada por el orden legal en lo principal realmente se conducen como deberían, de acuerdo con el orden legal". "The pure theory of law and analytical jurisprudence", 1941, en su obra *What is Justice?*, p. 268.

19 En relación con los componentes del camino que va desde la objetivación, a través de la materialización a la alineación, al igual que al origen necesario de un cierto grado de materialización en el establecimiento del derecho formal moderno, véase Csaba Varga "Chose juridique et réification en droit" en *Archives de Philosophie du Droit* 25, París, Sirey, 1980, Capítulos II y III.

20 En el contexto de la interrelación entre el "meollo de la certidumbre" y la "penumbra de la incertidumbre" del significado lingüístico, Cfr. H.L.A. Hart "Positivism and the separation of Law and morals", *Harvard Law Review* 71, 1958, 4, Capítulo III, además Hart, *op. cit.*, en nota 4, Capítulo VII, en particular pp. 125-127.

con la práctica constitucional, la tributación presupone un alto nivel de procedimiento formal para sobreponerse a más dificultades, pero que implica más garantías que el decreto administrativo de una prohibición. Al mismo tiempo, en la práctica de tales tradiciones, tampoco puede extenderse la prohibición sin una motivación inteligente, puesto que el castigo que se prevé también debería ser justificado socialmente. Como resultado, se está estableciendo un cierto equilibrio óptimo: todos los medios se aplican en su respectivo lugar, en el espectro social que les es posible justificar y en el grado socialmente justificable que tienen. Sin embargo, al mismo tiempo, en donde no funcionan dichos factores de control y equilibrio, en donde las tareas acumuladas por el estado y las excesivas empresas que el estado asume, debido a fracasos inevitables, llevan a reglamentaciones farsescas que representan acciones de sustitución²¹, al igual que a una aplicación cada vez más desorganizada y a una alternancia de los medios indiferente a los valores, la tributación también aparece mayoritariamente como una simple medida tomada por la administración, y el aumento de la intervención estatal gradualmente disminuye la necesidad y la exigencia de la justificación social de las prohibiciones y castigos; pero bien, en las sociedades como éstas, casi necesariamente emerge una cierta "distribución del trabajo" entre la formulación de las limitaciones como la prohibición y la tributación.

Una situación patológica sólo se hace más patológica si la patología de los contenidos está acompañada por la patología de los medios. O para decirlo de otro modo, acerca más la promesa de una verdadera solución si la adecuación de los medios también provee por la utilización de la fuerza de la publicidad social al igual que por la movilización directa de la sociedad. Eso explica mi convicción de que aun cuando lo que se ha denominado como moralidad interna de la ley sea de una importancia secundaria, constituye un problema de la ley que permanentemente, y de manera renovada, es de interés actual.

21 En cuanto a los tipos y componentes sociales de reglamentación substituyentes de medidas substanciales, Cfr. Csaba Varga *Macrosociological Theories of Law: From the Lawyers World Concept to a Social Science Conception of Law*. IVR 11. Congreso Mundial, Helsinki, 1983, Grupo de Trabajo VI, Sesión 4, discurso de apertura de próxima aparición en *Rechtstheorie Beibehft*, Actas II, Capítulo II, Sección E. c.

LE DROIT EN TANT QU'HISTOIRE*

CSABA VARGA

1. LES DEUX CONCEPTIONS DU DROIT

Dans chaque culture qui est familière avec le droit, on peut découvrir un certain dualisme en ce qui concerne son identification conceptuelle.

Etant donné le rôle éminent joué par le droit dans la solution des conflits sociaux, dans le règlement des relations fondamentales et, par conséquent, dans la sauvegarde de l'intégrité ultime de la société, chaque droit possède un *aspect dominant* qui permet sa reconnaissance et son identification, et ainsi son utilisation dans des procédures fondées sur le droit en tant que base de référence ou de justification. Cet aspect peut revêtir des formes multiples, mais se rattache le plus souvent à certaines *coutumes* se faisant valoir *dans la pratique sociale*, à certaines *décisions des autorités* agissant au nom du droit, ou à la *législation* établie dans une certaine forme et manière *par des organes ayant une compétence pour légiférer*. Dans notre culture européenne contemporaine se fondant sur l'idéal du droit formel moderne, le droit est considéré généralement comme un texte normatif édicté, ou un système institutionnel formellement défini par lui, c'est-à-dire un simple *instrument*, un instrument qui sert des objectifs situés en dehors du droit.

* En ce qui concerne ses notions de clé et sa méthodologie générale, l'article présent s'est inspiré de l'oeuvre posthume de György Lukács, *Zur Ontologie des gesellschaftlichen Seins*. Pour son interprétation du point de vue de la philosophie du droit, voir, par l'auteur présent, «Towards a Sociological Concept of Law: An Analysis of Lukács' Ontology», en *International Journal of the Sociology of Law*, 9 (1981); *The Place of Law in Lukács' World Concept* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1985); «Is Law A System of Enactments?», en *Theory of Legal Science* ed. A. Peczenik et al. (Dordrecht: Reidel 1984); *Anthropological Jurisprudence?* (Budapest: Institute of Sociology of the Hungarian Academy of Sciences 1986) (Underdevelopment and Modernization: Working Papers). Les exemples historiques discutés au cours des développements présents sont originairement traités en: Alan Watson *Legal Transplants* (Edinburgh: Scottish Academic Press 1974); Csaba Varga *Codification as a Socio-Historical Phenomenon* (Budapest: Akadémiai Kiadó en press); Kálmán Kulesár *Politics and Law-making in Central-East-Europe*, en *Legal Theory and Comparative Law Studies in Honour of Professor Imre Szabó*, ed. Zoltán Péteri (Budapest: Akadémiai Kiadó 1984).

En même temps il est hors de doute qu'une telle conception du droit n'est pas destinée à remplacer la description du phénomène juridique. Elle est utilisée seulement à faciliter — par des indications formelles et par une simplification consciente — la découverte de la voie qui mène à l'entendement du phénomène juridique. Ainsi il ne limite pas la validité de l'évidence selon laquelle l'apparition du phénomène juridique et son caractère instrumental ne peuvent se manifester que par leur effet social. Par la conception du droit en tant qu'*entité en fonctionnement*, et les traditions de la division du travail et de la formation des spécialistes en droit, et l'opinion publique et la mentalité concernant le droit, et les méthodes établies de l'utilisation du droit et la signification réelle du droit et son rôle joué dans la vie sociale deviennent des éléments du concept du droit. Par cette seconde conception qui est plus large, le droit est considéré réellement dans son contexte social, intégré dans l'ensemble des relations sociales. Vue de cette manière, le droit est *une partie intégrale de la culture de la société*, devenant, en certains cas-limites, même un facteur dominant. En même temps il est lui-même porteur de la culture. La culture juridique est un élément et l'expression de la culture générale du comportement, du commerce, et avant tout de la culture politique de la société; et en tant que composant relativement autonome de la culture générale de la société, il forme en même temps cette culture.

La complexité du droit s'explique par sa nature. Dans l'existence sociale en tant que complexe des complexes, le droit assume un rôle de *médiateur*. Il se distingue des autres complexes médiateurs par le fait qu'il transforme tout but et mouvement sociaux par son propre système de conditions et d'exigences en objectifs et mouvements spécifiquement juridiques. Et son propre système d'accomplissement le rend distinct et accidentuellement différencié du purement social et il exprime ce fait dans une forme explicite et l'encercle par de symbols formels de plus en plus nombreux. Son autonomie dans le complexe des complexes sociaux est seulement relative et peut même s'effacer provisoirement dans des situations critiques. La totalité du processus social n'est autre chose que l'ensemble des interactions. C'est-à-dire dans la totalité sociale chaque facteur n'a que le poids de son rôle véritable. *C'est seulement son fonctionnement concret qui montre, parmi les exigences que le droit formule à l'autonomie, lesquelles sont réelles et dans quelle mesure.*

Pour résumer: le droit se forme en interaction avec la totalité sociale donnée. Cela facilite le développement de son autonomie, mais en même temps cela rend son interaction relative.

2. DROIT ET HISTOIRE

La différenciation entre les deux conceptions possibles du droit revêt une importance décisive si l'on examine les relations entre le droit et les changements sociaux, entre le droit et l'histoire. Le droit interprété comme instrument présente des relations complètement dif-

férentes du droit interprété en tant qu'un établissement dans son fonctionnement pratique et dans ses effets sociaux, regardé comme étant un facteur intégral de la vie et de la culture de la société.

Dans la formation du droit interprété comme un simple instrument les particularités du sphère juridique jouent un rôle pour ainsi dire dominant. Des facteurs socio-historiques ont peu ou aucune influence directe sur le développement de cet instrument. J'essayerai de l'illustrer par des exemples que du point de vue de l'ensemble du processus historique et défi social concret, des motifs purement accidentels peuvent exercer une influence décisive sur la manière de la réaction du droit, c'est-à-dire sur le fait que tout en réagissant quoi il sélectionne du magasin de ses moyens, quoi il transforme et en quoi il le transforme. Selon la terminologie de Lukács: cette autonomie apparente s'explique par la tendance croissante de la *socialisation* au cours du développement social. La socialisation signifie la progression de la médiatisation des relations sociales, de la forme indirecte des interactions. Cela signifie que même dans les effets produits sur la nature, dans les processus téléologiques en apparence simples, la forme directe et le sens unique cessent d'exister. Des médiations interposées s'insèrent. Le processus lui-même devient multidimensionnel ayant la chance de plusieurs issues, et en même temps de plus en plus purement conditionné socialement. Car les complexes sociaux eux-mêmes, qui participent dans ce mouvement complexe, développent dans une forme de plus en plus pure et ferme leur autonomie relative de même que leurs particularités. C'est rien d'autre que le point de vue du réalisme lucide, face à la foi enthousiaste dans l'évolution universelle; la reconnaissance que la *continuité instrumentale* est l'un des éléments les plus importants du développement juridique. C'est-à-dire: aux défis de plus en plus nombreux des réponses nouvelles sont formées le plus souvent non par la création de nouveaux instruments, mais — en vertu de l'économie intellectuelle, de l'imitation, de l'inertie — par la réinterprétation, par la recombinaison, par l'imitation, par la transplantation de ce qui déjà existe. Tout cela entraîne naturellement une multitude de sources d'erreur, ainsi que l'influence des conditions complètement étrangères à l'essence de l'affaire. Ainsi par exemple dans une situation donnée le fait, quelles solutions juridiques anciennes ou étrangères ont été connues dans le temps et à l'endroit donnés peut revêtir une influence décisive.

Pour donner un exemple: examinons comment la règle concernant la *responsabilité pour le boeuf* qui donne un coup de corne mortel à une personne a été lèguée pendant des siècles aux cultures de Mésopotamie, — à partir des lois d'Eshnunne, à travers le Code de Hammourabi jusqu'à l'Exode de l'Ancien Testament. Non seulement les solutions matérielles et procédurales identiques ont été transmises, mais aussi celles qui diffèrent de toutes autres, bien plus, dans une forme inchangée, une règle fortuite et particulière a fait son apparition qui lie la responsabilité à la condition suivante: le propriétaire doit être informé préalablement et officiellement que son boeuf est porté à frapper des cornes. — Ou par exemple au milieu du XVII^{me} siècle le *droit*

écossais, qui s'est développé dans le voisinage du droit anglais, a fait des pas décisifs sur la voie de la modernisation en quelques décennies, et en même temps son système conceptuel de droit privé s'est brusquement éloigné des traditions contemporaines anglaises et s'est organisé finalement selon le modèle classique hérité de Justinien. On trouve l'explication de ce changement dans quelques Traités de droit qui sont fondés en ce qui concerne leur matériel pratique sur des sources et traditions anglo-saxonnes, mais qui ont eu recours aux concepts et distinctions conceptuelles de Justinien pour développer et systématiser ces idées. — Ou notons encore le fait qu'en Angleterre la base conceptuelle de la *responsabilité d'une personne* pour ses actes est encore aujourd'hui la classification de l'état mental qui repose sur des spéculations formulées avant la naissance des sciences y relatives. La psychologie moderne a déjà dépassé et de loin ces spéculations. Mais cela ne touche point la rélevance juridique des distinctions conceptuelles issues de ces spéculations, notamment le fait qu'elles fixent de différences essentielles du point de vue de la responsabilité en question.

Notre conclusion ne peut être autre que la suivante: *dans l'histoire le droit en tant qu'instrument a une marge de mouvement relativement libre*. Notre point de départ doit donc être ici le suivant: *entre moyen et but il n'y a pas d'équivalence*. Des moyens différents peuvent servir avec une efficacité identique un but social, subordonnés aux traditions, usages, stimulations établies. En même temps le moyen n'est qu'un seul élément de l'influence — élément flexible, fixant le cadre général de l'action. Parce que lui seul, en tant que texte normatif, n'est qu'un abstrait, qui ne devient un concret que dans la pratique actuelle de son interprétation, dans son application sociale. C'est pourquoi *toute tentative est futile qui voudrait reconstruire l'histoire humaine* ou voudrait tirer des conclusions sans équivoque du développement de l'histoire, *en prenant comme point de départ le droit*. Naturellement il existe sans doute un certain parallélisme: par exemple «l'archéologie du droit» est autant (et, contrairement à certaines opinions extrêmes, pas dans une plus grande mesure) importante et indicatrice du point du vue de la mise au jour du «comment» des processus du passé historique que l'archéologie des moyens de travail, des habitudes de l'habitation ou des habitudes rituelles.

Des exemples concrets: il serait difficile à expliquer par les conditions économiques, politiques ou par les contextes sociaux quel était le facteur déterminant dans le développement du droit de l'Ouest, faisant — en dépit de la tradition romaine commune — le choix de deux modèles fondamentaux différents: le modèle *continental* et le modèle *anglo-américain*. — Pareillement, il est impossible de déduire seulement du développement social et de ses défis, pourquoi et de quelle manière des *formes contractuelles libres* se sont institutionnalisées dans le système continental, tandis que dans l'autre s'est établi le *trust* (la gestion des biens au bénéfice d'une autre personne avec des servitudes juridiques et morales, à partir de la protection des personnes incapables d'exercice des droits et des femmes mariées jusqu'à la gestion des

fondations et des institutions d'utilité publique), une construction juridique insurpassablement souple. — Par contre à l'autre côté, si nous considérons comme point de départ les textes juridiques, le chercheur futur des cultures jusque-là déjà longtemps oubliées pourrait difficilement découvrir la réalité brutale mais changeant de l'histoire en examinant par exemple seulement la *Constitution soviétique de 1936*. Il est bien connu que c'est la charte normative qui a servi comme base de référence à l'édification de la société de l'U.R.S.S., à partir de l'époque tragiquement stalinienne à travers les années transitoires de l'héritage et les efforts des XXème et XXIIème Congrès du Parti Communiste de l'U.R.S.S., sous Khrouchtchev jusqu'à l'adoption en 1977 de la nouvelle constitution. — Ou comment pourrait-on déduire les rudes épreuves de l'histoire hongroise subies après la deuxième guerre mondiale par exemple en prenant comme point de départ la déclaration constitutionnelle précoce et ouverte du *droit d'association* en 1949, qui depuis ce temps et surtout à présent semble devenir plus sévère par suite de règlements plus détaillés, alors que seulement nous, les survivants de l'histoire pouvons savoir que cela n'est autre que le reflèt du remplacement d'une pure verbalité par une pratique fausse, mais tout au moins vivante?

L'essentiel de notre dilemme persiste, même si nous interprétons l'instrument-droit pas comme une solution concrète, portée par des textes normatifs, mais comme une forme de l'expression, énonciation ou définition normative de cette solution dans un texte normatif. Eh bien, qu'il s'agisse du droit coutumier, du droit judiciaire (en forme de précédents ou d'autres), de la législation ouverte (légifération ou codification) ou des formes d'arrangement de la législation (révision ou consolidation), dans la plupart des cas on peut indiquer une série bien définie d'évènements historiques qui déterminent les caractéristiques typiques de la procédure ou de la forme en question et de cette manière également son type idéal. Ainsi par une première approche le *droit coutumier* sera identifié au Moyen Age en Europe, le *droit des précédents* au développement du droit anglais, le *Code* à l'oeuvre de Justinien et la *codification* aux fruits du droit civil de la Révolution française. Mais en examinant de plus près la question, il apparaît que c'est n'est autre qu'un absolutisme intellectuel, la projection en tant que résultats universels de certains résultats particuliers de la civilisation européenne, résultats strictement liés à leur époque respective, ce qui est inadmissible, parce que cela signifierait l'identification de l'un ou l'autre produit du développement de la culture humaine au «concept populaire» (*folk category*, un terme par Leopold Pospíšil) qui caractérise l'une ou l'autre manifestation de la culture. C'est-à-dire par cela le particulier historique est rendu universel. De toute manière en examinant n'importe quelle variation de procédures ou de formes qui s'est manifestée au cours de l'histoire, il devient immédiatement clair: *dans des conditions différentes l'une quelconque d'elles peut remplir avec succès les fonctions sociales, dont le droit fût jamais capable*. La typologie fonctionnelle de la *codification* est donc identique à la typologie du droit lui-même. — Pareillement on peut dire que le *droit des précé-*

dents, qu'il se manifeste dans le système de droit anglais, sud-africain, américain, israélien, ou dans les systèmes de droit mixtes, peut servir avec le même succès la préservation ou le changement de la société et du droit également. — Et on peut continuer: le *droit coutumier* qui s'est développé en Europe au Moyen Age a joué un rôle différent de celui qui s'est développé dans l'histoire pré-moderne de la Hongrie, divisée en plusieurs parties, par les conquérants étrangers, où il a servi en tant que facteur efficace de la sauvegarde des unités nationale et juridique. Evidemment, le rôle que le droit coutumier pouvait jouer dans des systèmes prétendument «sans forme» dans les sociétés «promitives» diffère encore d'une façon plus apparente.

Mais dès qu'on examine le droit dans sa réalité sociale, c'est-à-dire en fonctionnement et avec les conditions et les accidents de son fonctionnement, on en arrive à des conclusions différentes. Le droit est vu alors en tant que *part de la culture sociale générale*, qui — s'implantant dans cette culture — est déterminé dans son ensemble par l'histoire et forme en même temps l'histoire. Grâce à ses racines culturelles et ses rapports avec les conceptions, les attitudes et le comportement populaires dominants, il a été capable de manifester une *continuité et résistance* d'une force étonnante face aux tempêtes de l'histoire qui ont pu entraîner des changements brutaux. Le sort du droit réduit au simple instrument n'est qu'une question de pure volonté; il *n'est capable de devenir un facteur autonome de l'histoire que par se transformant en tradition*. Le droit en tant que partie de la culture générale est un phénomène complexe qui forme l'histoire. Naturellement pour les sciences historiques et pour la reconstruction socio-ontologique il ne fait pas de doute qu'il ne s'agit pas d'une définition par un facteur mais avant tout il s'agit de *donner une forme*, c'est-à dire d'un rôle de *filtrage*, et par se filtrage d'une *sélection*, d'une *formation* qui développe ses particularités. Cela signifie que le complexe juridique (comme tout complexe social qui a développé son autonomie relative et ses particularités) répond à sa propre manière aux défis de son environnement. Il réagit aux *inputs hétérogènes* par ses *outputs homogénéisant*, étrangers et extérieurs aux inputs qui arrivent de son environnement. De cette manière il influence la mise en oeuvre et la propagation des changements extérieurs, étant donné que son autonomie relative et ses particularités le rend capable d'intégrer ces changements dans son propre système, et les adapter à sa propre structure et tendance. Et l'autonomie relative bien-développée de l'action et de la réaction peut déterminer la nature et même le résultat des événements.

Rappelons les *traditions confucianistes* qui forment depuis des millénaires invariablement mais avec une faculté d'adaptation extrême le sort de l'ensemble du concept juridique en Chine ou au Japon. Le modèle de l'Ouest du règlement du comportement humain, incorporé dans la garantie des droits individuels subjectifs, pré-codifié en détail et prêt à être appliqué par une procédure de nature simplement exécutive-concrétisante, continue souvent sa lutte pour sa reconnaissance encore aujourd'hui dans la périphérie de la pratique vivante, bien que le

programme de modernisation de la transformation sociale (d'abord bourgeois, puis — en partie — socialiste) visant l'adoption des concepts de l'Ouest aie fixé pour but déjà depuis un siècle le remplacement des concepts juridiques confucianistes. — Ou pensons aux marques durables que le mixage de *l'héritage byzantin et mongol* ont laissé sur le développement de la région de l'Est de l'Europe — tout d'abord en ce qui concerne l'exclusivité et l'indivisibilité du pouvoir et sa légitimation charismatique, l'identification du Droit à n'importe quelle activité étatique et — à cause de l'insuffisance de l'autonomie et de la manque d'un éthos de l'autonomie — le défaut des institutions juridiques servant la distinction idéologique de l'Etat et de la société (par exemple la construction du contrat social). — Ou prenons comme exemple les *libertés barbares* qui ont été supprimées tour à tour par les absolutismes européens et subordonnées aux bonnes grâces du souverain: comment les mêmes libertés sont restées intactes dans le développement du droit britannique, comment elles sont devenues les bases d'une culture juridique entourée de garanties juridiques, caractéristique de la mentalité juridique anglo-américaine. Et peut-être je ne me trompe pas si je mets en rapport avec tout cela le fait que c'est justement cette culture juridique qui a évité jusqu'à nos jours la perspective menaçante d'être dégradée, à défaut de la réalisation souveraine des valeurs, à servir n'importe quoi en tant que simple instrument, en d'autres mots la tragédie autodestructive du positivisme juridique de l'Europe continentale et socialiste, d'être assujetti au pouvoir avec un mécanisme et une procédure juridiques dirigés directement par des inspirations politiques.

3. LE DROIT COMME HISTOIRE

Il découle une conclusion double de ce qui a été dit: en considérant le droit comme phénomène social et non simplement en tant qu'instrument, on découvre qu'il a son *propre histoire* et avec cela il est aussi *formateur de l'histoire*.

On se souvient que dans le milieu du siècle écoulé Marx et Engels ont formulé le credo dans leur «Idéologie allemande» en tant que programme de la conception historique, face à la stérilité théorique des pures positivismes scientifiques: «Nous ne connaissons qu'une seule science, c'est l'histoire.» Il me semble que nous ferions fausse route, si nous arriverions de cela à une Histoire mystifiée, à une histoire qui est en elle-même complète, et dont tout développement et tout résultat n'est qu'un dérivé. Je suis de l'avis que ce credo fixe la *primauté de la logique historique du développement et de la formation face à toute sorte de logique immanente*; en même temps c'est une formulation primitive de la complexité de l'autodétermination historique face aux déterminismes simplement causales et unilinéaires. Nous le savons aujourd'hui que l'être n'est que le synonyme des interactions et le *résultat concret de l'ensemble des mouvements détermine le fait laquelle des parties s'avère la plus forte et dominante dans l'interaction donnée au moment donné*

et à la place donné, c'est-à-dire qui est-ce qui détermine finalement la direction et le résultat du mouvement résultant de l'interaction. Et nous le savons également: avec le développement de la socialisation, avec l'accroissement des complexes qui participent dans le mouvement social et avec le développement de l'autonomie relative de ces complexes et de leurs particularités, de leurs manières de réaction, il n'était jamais pleinement possible, et en tout cas, au stade du développement contemporain, il n'est plus guère possible et même de moins en moins possible, de prévoir ou de planifier avec n'importe quel degré de certitude comment et qui va exercer l'influence finale. Cela mène nécessairement à la conclusion que la seule conception théorique fonctionnelle dans la reconstruction des interactions dont la sommation fait l'existence sociale, est le concept de la totalité. Ce concept part de la totalité donnée à tout moment en vue de déterminer quels facteurs ont contribué avec succès aux processus faisant ce total défini comme la totalité. Et c'est aussi le point de départ pour apprécier postérieurement dans quelle direction les prédominances et les accents se sont affirmés, comment il se sont transposés, dans quelle direction et dans quelle mesure ils se sont déplacés.

Par exemple il vaudrait la peine d'analyser comment se différencie le rôle *privilegié attribué* généralement dans les marxismes traditionnels à la sphère économique, comment il s'efface ou disparaît, peut-être provisoirement, dans les cas des pays divisés ou des régions où une transformation socialiste était imposée après la deuxième guerre mondiale. En effet, l'économie, en tant qu'élément partiel de l'établissement social, devient conditionnée par la politique, et la politique directement par les rapports de forces extérieures ici: ce sont ces forces qui manoeuvrent l'aiguillage fondamental aux premiers branchements qui déterminent la direction, et par cela en partie déterminent et en partie contribuent aux aiguillages subséquente également. Tout cela n'est plus le remplacement d'une détermination par un facteur par la détermination d'un autre seul facteur, mais un processus d'autodétermination complexe, dans lequel *même des facteurs qui seront ultérieurement identifiés comme prédominants peuvent jouer un rôle pourvu que certaines conditions aient été satisfaites*, tandis que dans d'autres circonstances ils peuvent faire place au mouvement qui se dirige vers une direction opposée. Cet exemple est d'autant plus valable qu'on peut observer le rôle manoeuvrant l'aiguillage fondamental et les aiguillages subséquents de la part de la politique non seulement dans le développement général des sociétés d'aujourd'hui, mais aussi dans la manière dont elles sont impliquées dans les conflits et crises internes, de même que dans le maniement de leurs conflits et crises, c'est-à-dire dans le développement de leur façon de réagir et de leur faculté d'adaptation.

Notre seconde conclusion s'ensuit de ce qui a été dit du droit en tant que composant de la culture. En même temps elle se rattache directement à la relativité de l'autonomie du droit. En effet, si, au cours du mouvement social, il faut tenir compte des processus d'autodétermination de plus en plus complexes, dans lesquels la place du droit peut

être définie de moins en moins par une prévision consciente, et d'une telle façon d'autres facteurs peuvent le contraindre facilement et (mesuré à la durée de la vie humaine) durablement à un simple rôle d'auxiliaire, alors nous ne pouvons lutter pour la *sauvegarde*, le renforcement et le développement *des valeurs* de la civilisation incarnées par le droit que par le renforcement des racines de la culture juridique et *par le raffermissement des relations qui le lie à la culture générale*. Cela veut dire que l'établissement d'un ordre juridique qui incarne d'une façon solide les valeurs de la civilisation et qui est bien implanté dans la société n'est pas simplement une tâche instrumentale à être terminée en une fois dans le contexte d'un défi social et d'une réponse juridique. L'établissement d'un tel ordre juridique implique en même temps l'établissement et le développement des traditions et d'une culture juridiques. Cela explique le fait pourquoi il ne peut pas être créé par l'acte de bon plaisir ou de despotisme de quiconque. Il ne peut être que le fruit d'un travail constant des générations, travail qui fait de cette culture une pratique solide au cours de la lutte pour cette culture et, par cela, lie celle-ci aux valeurs culturelles générales fondamentales de la société. C'est pourquoi toute lutte pour un tel ordre juridique est en même temps une lutte pour le développement des traditions juridiques qui préparent le futur en développant leurs valeurs spécifiques et en contribuant ainsi à assurer une protection optimale contre les tempêtes futures.

A notre époque — et ce phénomène n'est point lié à un régime socio-économique déterminé — de nombreux Etats affrontent le manque de traditions correspondant aux besoins socio-politiques. La survie des mentalités et des manières de comportement dysfonctionnelles est souvent expliquée par *le manque de traditions*. Mais dès que s'ouvre une possibilité à un certain développement, dès qu'on puise de la force du passé, il apparaît qu'il ne s'agit nullement du manque d'antécédents, d'un départ du niveau de *tabula rasa*. Simplement la tradition en question s'est avérée trop faible, pas assez généralement intégrée dans la culture sociale, en tant que pratique quotidienne, sa capacité d'autoconservation et de renouvellement n'a pas été assez forte pour qu'elle ne soit pas entraînée pendant des époques qui lui sont défavorables par des courants différents qui la brisent et la transforment en un simple composant du mémoire collectif du passé. Dans la région de l'Europe centrale on parle souvent du manque des *traditions démocratiques*. Paradoxalement, la reconnaissance du manque est effectivement le reflet du manque: l'expression de la discontinuité, la tentative de rompre les liens qui — peut-être invisiblement, mais véritablement — conduisent du passé au présent, la tentative d'effacer les traditions existantes, et par ce fait réduire les sources maigres de stimulation. Si, par exemple, en Hongrie, la soumission des textes normatifs au contrôle d'un tribunal constitutionnel, la soumission des actes de l'administration publique au contrôle des tribunaux — faisant ainsi des règles du jeu actuellement suivies une affaire ouverte à l'opinion publique, ce qui permet que les actes de l'Etat gagnent un raffermissement par une légitimation re-

nouvelée — n'est pas encore devenue une pratique politique courante, cela ne peut pas faire oublier qu'avant le changement politique en 1948 qui a marqué une césure dans la survie des traditions, il put exister une autonomie rurale considérable, un pluripartisme, une tolérance dont on a fait preuve selon certaines règles de jeu également à l'égard de forces opposées, une vie d'association florissante, et même à côté de la juridiction électorale une certaine sorte de juridiction administrative; et tout cela, à côté des enseignements des travaux parlementaires faits au cours de plusieurs décennies qui ont porté leurs fruits: une législation remarquable, incarne déjà des traditions et des stimulations démocratiques. Pourtant, ces moments sont plus révélateurs d'une circonstance que n'importe quoi. Ils révèlent le fait, qu'ils ont été dans l'ensemble néanmoins fragmentaires, rudimentaires, insuffisamment intégrés dans la pratique et dans les valeurs de la communauté en question. En tant que traditions, ils ne se sont pas avérés suffisamment enracinés, pour résister avec une force suffisante aux vents soufflants d'une direction opposée, pour filtrer leurs effets à travers leur propre milieu. Et l'autre côté du paradoxe: le fait que ces traditions se sont effacées dans une telle mesure, en tant que principes effectifs de la pratique réelle, fait preuve que face à la prédominance opposée elles n'ont pas encore eu la force nécessaire d'exercer une influence efficace.

Répons donc la question fondamentale: le droit est-il histoire? L'examen impartial nous apprend que l'ethos du travail théorique et pratique en droit ne peut prendre naissance que si le juriste réalise l'importance de sa faculté de former la société et se rend compte qu'en tant qu'ingénieur d'un mécanisme formel médiateur, en travaillant à présent il oeuvre pour le futur. Ainsi, comme spécialiste du droit, faisant partie de la culture, il peut vraiment ressentir que l'objet et en même temps le fruit de son activité est l'histoire.

4. EN GUISE DE RÉSUMÉ: LES DEUX STRATÉGIES DU DROIT

Concevoir le droit en tant qu'*instrument* et tenir compte du droit comme un *facteur socio-culturel* sont les deux approches possibles et en même temps typiques qui, bien qu'elles se manifestent souvent indépendamment l'une de l'autre, *se complètent et présupposent l'une l'autre*. Nous avons vu: le droit en tant qu'*instrument* n'est pas capable de faire face à lui seul au pouvoir en place, qui le tient dans la servitude et dont il est en même temps le serviteur. A l'autre côté, le droit comme porteur de la culture est trop amorphe, trop malléable et confronté à ses propres objectifs spécifiques, et inefficace; il devient donc socialement insignifiant si son existence indépendante et le développement de ses particularités ne reposent pas sur des moyens nécessaires.

En parlant de la particularité et de l'autonomie du droit, la confrontation de ses aspects socio-culturels et de son instrumentalisation s'impose. Mais si — après la réponse à ce problème — nous posons des questions concernant l'ethos de cette autonomie particulière, sur les

porteurs de cette autonomie particulière et de son ethos ainsi que sur la manière de leur développement et renforcement, il faut donner une réponse nuancée, dialectique, qui place ces aspects apparemment contradictoires à l'intérieur de la totalité partielle particulière du droit. Alors le droit est *l'ensemble des moyens qui*, par leur ordre intérieur, par leur système de rapports extérieurs et aussi par la position humaine et morale qui se manifeste à leur égard *expriment une sorte de culture sociale et favorisent sa mise en oeuvre*. Selon cette conception le droit est l'incarnation spécifique de la culture, une manifestation qui obtient sa raison d'être non pas face à l'existence du droit en tant qu'instrument, mais justement par ce fait, avec et dans ce fait, c'est-à-dire à travers de l'existence spécifiquement instrumentale des instruments, dans leur utilisation sociale. En conséquence la mise en évidence de l'instrumentalisation d'un côté et des aspects socio-culturels de l'autre sont dans cet ordre d'idées non seulement des approches simplement possibles, mais la pathologie du phénomène juridique qui exprime les extrêmes antagonistes. En effet, l'instrumentalisation réduit le droit à un phénomène ayant un fin à soi et par cela le déracine, tandis que son enracinement dans le milieu socio-culturel le spiritualise et, par cela, le vide de ses véritables porteurs.

Ainsi le droit — en tant que phénomène, dans sa conception et concernant sa stratégie également — est une entité, dont les différents aspects peuvent *renforcer* ou *affaiblir* les uns les autres. En tant qu'instrument il doit être renforcé pour pouvoir s'acquitter de sa fonction spécifique. En même temps tout cela doit être élevé au rang de tradition culturelle, pour que les faits de la pratique de son utilisation comme simple instrument deviennent une pratique sociale, apte à exprimer l'état culturel de la société, à fixer ses choix de valeurs en tant que *sine qua non* de son existence social, de même qu'à jeter les bases de ses objectifs à long terme. Toute tentative doit être qualifiée d'instrumentalisation du droit qui tend à assujettir le droit d'une façon directe aux intérêts et considérations politiques, qui tend à priver le droit — même provisoirement — de sa tenue intérieure, de son crédit, de sa conduite conséquente, ou qui tend à le dégrader au rôle de jouet ou de terrain des expérimentations irresponsables menées avec des communautés humaines. Par contre, négliger le renforcement du magasin des moyens spécifiquement juridiques en se réclamant de son enracinement dans la culture sociale, ou empêcher que son autonomie relative en tant qu'instrument se fasse valoir, équivaut à l'affaiblissement des bases spécifiques de l'existence spécifique du droit. Tout cela peut contribuer à ce que le droit — en utilisant l'unité fondamentale de la société comme devise prétentieuse ma's mensongère — se dissolve dans la pratique sociale en y devenant invisible ou subsistant seulement en tant que colorant, face à la prédominance de la sphère qui place le pouvoir politique, religieux, moral, économique, ou simplement le pouvoir de fait au rang de principe de mise en ordre de l'ensemble de la société.

Conformément à ce qui a été dit, et la *stratégie instrumentale* et la *stratégie culturelle* du droit se basent l'une sur l'autre: le pathos de l'une ne peut se développer intégralement qu'avec l'autre. C'est pourquoi le juriste joue également un rôle public et c'est pourquoi la vie publique ne peut pas négliger le droit. L'équilibre entre les deux aspects, les deux stratégies est le garant que le droit puisse fonctionner avec une efficacité optimale en tant que médiateur social, et par ce fait le juriste — au-delà de sa faillibilité individuelle puisse éprouver le sentiment de son concours créatif à la formation de l'histoire.

RESUMES ET COMPTE RENDUS

,

.

Il est bien connu que dans les années '70 une révolution radicale est parvenue dans la théorie socialiste du droit, — tout d'abord en Hongrie. Cette révolution a dépassé la pure identification du droit avec un régime de conduite et ainsi elle a élargi le concept traditionnel socialiste du droit. C'était une expérience par I. Szabó (Les fondements de la théorie du droit) qui a formulé le droit comme une relation sociale et en même temps comme une expression des autres relations sociales, d'une part, et une expérience par Gy. Lukács (L'Ontologie de l'être social) selon laquelle ('objectivation juridique et son fonctionnement actuel, c'est-à-dire la manipulation pratique de cette objectivation juridique dans un processus irréversible sont des critères inséparables du complexe juridique, d'autre part. Ces expériences sont pourtant restées isolées, parce que les racines d'esprit de pensée traditionnelle qui ont déterminé la conception de la théorie socialiste du droit dans les années '60, subsistent encore.

L'article esquisse les critères communs et les conclusions générales de cette conception traditionnellement socialiste du droit.

LES PROBLEMES DES PRÉAMBULES ET LA PRATIQUE LÉGISLATIVE

Allant de pair avec la mise en écrit des propositions juridiques, les formes d'introductions des actes créateurs de droit se sont formées déjà dans la période initiale du développement du droit. Pendant leur histoire remontant à plusieurs milliers d'années elles ont pris des formes différentes et étaient au service de buts différents.

L'étude consacrée aux problèmes généraux des principes régissant l'application des préambules essaie de découvrir — en employant une méthode historique et comparative — la formation et le développement des formes des introductions en Hongrie ainsi que les principaux facteurs régissant les préambules dans la législation hongroise actuelle. Dans la suite, sur la base d'un examen de la pratique constitutionnelle non-socialiste et socialiste, l'étude analyse les composantes des préambules. Enfin elle essaie d'expliquer les problèmes analytiques, dogmatiques et sociologiques des préambules sur le plan de la théorie du droit.

A défaut des restrictions juridiques le législateur décide souverainement sur la forme et le contenu de son acte, et ainsi nombreux cas-limites prennent naissance qui restent en dehors des types idéaux. Ainsi le préambule est une partie de l'acte créateur de droit, laquelle, placée à la tête de l'acte et séparée de toutes les autres parties de celui-ci, comprend un contenu ayant trait d'une façon directe et concrète à la réglementation portée par l'ensemble ou par une partie de l'acte. La fonction fondamentale de l'ensemble de l'acte créateur de droit consiste dans l'information. Chez les préambules simples cette fonction de base est en même temps la fonction principale. Chez les préambules composés qui portent un contenu hétérogène en offrant une motivation générale de principe ou en déployant un effet agitatif ou propagatif ou en augmentant le caractère solennel de l'acte ou bien par effet d'un règlement normatif indépendant, cette fonction de base, se présente seulement comme une fonction instrumentale. Le contenu typique des préambules consiste dans les informations appréciatives délimitant la finalité des normes en question. Ces informations peuvent être qualifiées comme des informations normatives à l'opposé des appréciations contenues par exemple aux exposés ministériels des motifs. Ainsi en les considérant d'un aspect positiviste ces informations appréciatives disposent potentiellement d'une normativité de pleine valeur. Leur importance normative dépend cependant des composantes de leur contenu. En conséquence de la relation logiquement non-équivalent du but et de l'activité instrumentale, la normativité de l'information appréciative peut se réaliser seulement dans la sphère de l'interprétation et de l'application de l'information relative à la norme. Le but et le moyen sont donc des catégories qui peuvent passer génétiquement et dialectiquement l'un dans l'autre, mais en même temps ils gardent leur indépendance logique. La création du droit a pour but de donner des informations normatives; pour cette raison une forme normative donnée à des informations appréciatives doit être seulement une solution exceptionnelle, socialement et juridiquement exigée, qui a besoin d'être justifiée.

Le Préambule: Une question de la théorie du droit

L'étude de théorie du droit consacrée aux questions générales de principe des préambules des actes juridiques donne d'abord la définition de la notion du préambule, puis, après avoir délimité le contenu caractéristique des préambules, analyse d'une façon différenciée les fonctions des préambules simples et composés. L'auteur analyse avec grande abondance de détails le problème du caractère normatif des préambules ainsi que les possibilités et les formes de la réalisation de ce caractère, susceptible d'être théoriquement constaté. L'étude finit par le traitement de l'appréciation et de la justifiabilité de la pratique suivie concernant les préambules, et ceci à la lumière de la politique juridique socialiste.

LES PRÉFORMES DE CODIFICATION DANS L'ÉVOLUTION ANTIQUE DU DROIT

Les premières formes des codes archaïques se formaient essentiellement comme de premiers types du droit écrit. Elles prenaient naissance à la suite de la découverte de l'usage de l'écriture, mais la découverte de l'écriture ne leur donnait pas la cause, seulement la possibilité. Leur naissance est expliquée décisivement par l'accélération du développement de la Mésopotamie antique. Les produits du droit écrits de plus qu'un millénaire — à partir des „réformes” d'Urukagina au travers du code d'Hammurabi jusqu'au recueil des lois hétérites — prenaient, en premier lieu, la forme des codes de „réforme”. Nous les appelons des codes de „réforme”, parce que les formations d'empire suivant l'accélération du développement économique exigeaient l'établissement d'une administration centralisée et la réformation du droit rendaient possible l'irradiation de ce droit d'une façon immédiate et uniforme à l'échelle impériale également. La nécessité d'un changement, consciemment dirigé et contrôlé (rédigé, créé, apte à être importé, standardisé, immédiatement employé) du droit justifiait son extériorisation, son objectivation, son détachement du droit coutumier, unifié d'une façon organique au développement de la société. La fonction primordiale, décisive était donc celle de la réforme; la fonction de la fixation synthétique du droit se présentait plus tard, subordonnée à la première fonction. Mais au cœur du premier millénaire, dans les codes primitifs chinois et dans les lois des XII Tables (selon Livy) — créés dans l'intérêt de la démocratisation de la connaissance de droit, du rendement accessible du droit — cette fonction de fixation et de synthétisation devenait exclusive. Ainsi dans la transformation du système des sources du droit les codes primitifs de „réforme” jouaient le premier rôle en établissant auprès et au-dessus du droit coutumier — dominant antérieurement d'une façon exclusive — un ordre spécial; les codes de caractère synthétique généralisaient ce droit écrit, comme la manière d'être fondamentale du droit; et, enfin, l'exigence de relever totalement le droit coutumier, de le réduire d'une manière inflexible au droit écrit, codifié surgissait également; au cours de cette réduction le rôle principal était joué par les codes romains de principat, les produits de la législation impériale, de l'Éditum perpetuum jusqu'aux œuvres de Justinien. Les produits de caractère de quasi-code de l'antiquité figuraient de telle sorte comme des antécédents des nombreuses fonctions de codification postérieures, mais ils ne pouvaient viser encore la transformation systématique et structurelle du droit. Ils luttaient encore, au premier lieu, avec les difficultés élémentaires du passage au droit écrit; nous les regardons donc comme des préformes de codification, mais pas encore comme des codifications — dans le sens plus étroit du mot, supposant une formation interne de structure également.

MANIFESTATIONS DE CODIFICATION DANS LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT AU MOYEN ÂGE

Les premiers résultats caractéristiques du développement de la codification au Moyen Âge étaient les compilations des droits des tribus germaniques s'établissant sur les ruines de l'Empire Romain révolu. Ces compilations barbares aussi bien que les premières fixations de droit des empires lointains étaient inspirées en dernière analyse par le modèle romain. L'influence romaine cependant, ayant eu pour résultat un niveau de développement aucunement adéquat aux conditions sociales, se manifestait dans la codification des droits byzantins directement. Ces codes ont été caractérisés par une dualité contradictoire, notamment qu'y se trouvait conservé le caractère coutumier du contenu des codes, bien que ce contenu ait obtenu en même temps une validité formelle en conséquence de l'adhérence à une forme donnée, ce qui est à attribuer aux conditions de cette époque. Ce caractère se renforçait là où la désintégration féodale, notamment le principe „Chascuns barons est souverains en sa baronie" se manifestait dans la codification. Les coutumiers, c'est-à-dire les compilations des différentes coutumes régionales n'étaient que des moyens servant en principe des buts didactiques et prêtant assistance à la mémoire. Ils ont réalisé une fixation systématique et sommaire du droit en laissant en même temps intact l'arbitraire et la libre juridiction du seigneur féodal. Le chemin vers le droit rendu formellement positif et créé sciemment ainsi que vers la codification du droit a été à cette époque frayé en premier lieu par les livres de droit des différentes villes. Au temps des tendances de centralisation la suppression de la désintégration régissant jusqu'à cette époque avait un double pas pour condition. L'un en était de dépasser le caractère coutumier du droit coutumier, c'est-à-dire de le remplacer par des lois; et l'autre était de mettre fin à son état particularisé, c'est-à-dire de l'unifier par des lois. Ces deux tâches ont été étroitement liées l'une à l'autre. La nécessité de remplacer ce droit par des lois était une condition préalable de son unification par des lois. Mais ce remplacement par des lois présupposait dans la conception du droit, dans son idéologie, dans son système d'institutions et dans sa structure une modification fondamentale qui avait pour résultat que l'opération du remplacement et celle de l'unification se sont séparées. On a eu besoin de trois à quatre siècles à ce que par la reconnaissance de la validité liée à une positivation formelle, appuyée par un appareil coercitif et efficace, le droit obtint dans sa tendance historique le caractère d'un droit vraiment créé et objectivé d'une manière particulière.

Tendances de codification à l'époque de l'absolutisme éclairé

Avec les absolutismes terminant le féodalisme des empires historiquement vraiment centraux sont constitués, dans lesquels le monarque reconnu souverain avec l'exigence de l'exclusivité constitue et forme le droit dans l'unité. Ce fait est exigé et supposé d'une part par la nécessité du remuement unique de l'administration et de la bureaucratie moderne, d'autre part par l'intérêt de la bourgeoisie, que le droit soit écrit-fixé et formellement rationalisé c'est à dire il doit assurer la puissance de prévision et la calculabilité. C'est pourquoi il y a des tentatives à former la codification de qualité organisant le droit comme système, dont comme les étapes de transition, rudimentaires se sont surtout les initiatives françaises, prussiennes et autrichiennes qui méritent l'attention.

LA NAISSANCE DU TYPE CLASSIQUE DE LA CODIFICATION EN FRANCE

Bien qu'ils se soient situés autour du changement d'époque peut-être le plus important de l'histoire de codification, les essais codificateurs de l'absolutisme éclairé, et particulièrement les codes prussiens ont fermé une voie plutôt que d'en ouvrir. Leur contenu exclusif n'était qu'une connexion de l'unification nationale du droit à une technique de systématisation, mais tout en formant sa pointe dans l'*Allgemeines Landrecht* tout cela était retourné. Il s'est manifesté dans la casuistique extrême, en ce qui concerne la forme, et dans le fait que leur inspiration jusnaturaliste était mise au service d'un minotaure bureaucratique, en ce qui concerne le contenu. En France, trois siècles de la pratique de codification partielle et l'œuvre de systématisation doctrinale du droit, ainsi que le courant axiomatique de l'idéologie du droit naturel ont tourné les efforts à unifier et réformer le droit déterminément vers la codification. Alors que le jusnaturalisme était noyé dans les travaux doctrinaux des juristes en Allemagne, il est devenue une arme politique anti-féodale dans les mains des philosophes en France. Donc le désir d'un droit unifié qui était une fin et en même temps une condition purement technique du gouvernement absolutiste en d'autres pays, a trouvé sa forme (subordonnée à l'exigence matérielle de l'égalité en droit) dans le contexte d'une révolution socio-juridique en France.

Ces routes ont déterminé certainement le choix de la voie de codification, cependant ils ne l'ont pas spécifiée. Dans la période remontante de la Révolution — justement dans le temps où (au nom de la défense de la législation révolutionnaire contre un possible sabotage judiciaire) l'on a ligoté le juge, et (avec l'institutionnalisation du *référé* législatif et l'interdiction de l'interprétation judiciaire) l'on a réduit le droit applicable au droit positif — les efforts codificateurs ont visé à transplanter des exigences d'un droit naturel flamboyant directement en une forme de code. La période de la consolidation socio-politique cependant a produit un code vraiment juridique; le jusnaturalisme s'est retiré pour devenir une base générale idéologique, une base fixée dans la contexte du Discours préliminaire pour combler les lacunes. Donc le procès de désillusionnalisation, caractéristique à la période de consolidation, n'a pas fait front contre le droit naturel même. Tout en pelant son enveloppe qui s'est prouvé à être utopique, il est justement arrivé au noyau originaire de l'idéologie du droit naturel. Tel était le cadre dans lequel le type classique de la codification a réalisé un changement qualitatif dans l'histoire de codification. Il a rattaché l'unification à un changement radical du droit, associé en même temps le changement révolutionnaire à un attachement aux traditions, et tout en faisant là a produit un effet nationaliste, c'est-à-dire à créer une nation.

*Les codes tardifs de la réforme
bourgeoise et sa problématique de
codification*

Le Code civil français a représenté la voie normale de la réforme bourgeoise; le Code allemand »Bürgerliches Gesetzbuch« a reflété le provincialisme suffoqué aux compromis de la réforme bourgeoise tardive; mais le Code suisse »Zivilgesetzbuch« a unanimement rédigé les exigences du capitalisme monopolisé. Le Code français de la réforme du droit révolutionnaire a été caractérisé par un esprit conséquent de principe. Le Code allemand a sublimé ses vertus à une perfection dogmatique isolée. Mais à la société suisse tôt civilisée et démocratisée n'a convenu qu'un code concentrant à un typique, d'exigence orientante, permettant une ouverture pratique. Ces codes ont été recipiés aux plusieurs pays, parce qu'ils ont porté la promesse de la perspective d'un développement civil pensé optimal.

TENTATIVES DE CODIFICATION AUX ETATS-UNIS

Les colonies nées sur le territoire actuel des Etats-Unis ont exigé relativement tôt une codification pour se détacher du droit anglais et s'adapter à la situation locale donnée. Sous l'effet de la personnalité de Bentham et de son oeuvre, de la codification française ainsi que des conditions intérieures — notamment de l'exigence d'une nouvelle initiative à prendre dans le domaine de la codification et de la création de nouveaux droits autonomes — un véritable mouvement de codification s'est formé au cours du XIX^e siècle, en atteignant son apogée dans l'Etat de New York. C'étaient pour la plupart les tentatives de New York qui ont alimenté les efforts de codification accomplis dans certains autres Etats, notamment dans les Etats de Georgia, de California, de Dakota et de Montana, abondamment analysés dans l'étude, efforts qui étaient secondés aussi par la possibilité d'utiliser les expériences acquises dans d'autres Etats voisins. Sauf les terrains des droits procéduraux et du droit pénal les tentatives en question n'ont pas été couronnées de succès et n'ont produit aucun effet durable, même si la question de la codification a conservé son actualité. Par contre dans l'Etat de Louisiane, grâce à ses traditions fortement continentales, le mouvement de codification a abouti à l'adoption de Codes dans un sens vraiment européen; ces Codes non-obstant l'influence du droit anglo-saxon ont contribué dans une mesure très considérable à ce que, au point de vue de son système juridique, Louisiane puisse exister même aujourd'hui comme une île de tradition continentale sur le territoire des Etats-Unis.

Csaba VARGA. — *Modernization of law and its codificational trends in the afro-asiatic legal development*, coll. « Studies on developing countries », Budapest, Institute for world economics of the Hungarian Academy of sciences, 1976, 52 pages.

Cette étude correspond à un chapitre d'un ouvrage en préparation sur la codification dans l'histoire du droit et en droit comparé. L'auteur, chercheur à l'Institut de sciences juridiques et administratives à l'Académie hongroise des sciences est un spécialiste de la théorie du droit socialiste. C'est avec le plus grand soin qu'il s'est attaché à dégager les facteurs et les modalités de l'évolution récente des systèmes juridiques d'Afrique et d'Asie. Le sujet était trop vaste pour donner lieu à une bibliographie complète. Celle qui a été utilisée par M. Csaba Varga a l'avantage d'être commentée et de couvrir des ouvrages et articles français, anglais, russes et hongrois.

Pour M. Csaba Varga, la plupart des systèmes juridiques d'Asie et d'Afrique sont archaïques en ce sens qu'ils sont fondés sur des valeurs religieuses ou des traditions tribales. Ils sont aussi introvertis car ils visent à maintenir des structures sociales existantes, à garantir leur propre intégrité et non pas à promouvoir le développement ou à canaliser des changements. Ce sont des droits-reflets et non des droits instruments de transformation sociale. De tels systèmes juridiques, formant donc obstacle à l'influence extérieure, devaient être neutralisés pour permettre l'exploitation et la domination coloniale. C'est en imposant les principes et les techniques des droits européens et américains que les puissances impérialistes ont pu effectuer cette neutralisation. La colonisation débouchait à plus ou moins long terme sur une codification d'un droit étranger. Dans cette perspective inégalitaire, on se souciait peu de consacrer les coutumes existantes : il s'agissait avant tout de changer le droit.

Ainsi déclenchée, la dynamique codificatrice continue à jouer après l'indépendance. Les nouveaux Etats ou les Etats émancipés restent fidèles à l'influence juridique de leur ancien tuteur non plus *ratione imperii* mais *imperio rationis*. Ils le font par choix raisonné, par intérêt, par habitude. En dehors de toute contrainte politique extérieure. Ils sont conduits à codifier et l'incitation en ce sens est telle qu'elle s'exerce même dans les pays dont les juristes ont été formés dans l'esprit de la common law. A la différence des grandes codifications du XIX^e siècle, ces codifications contemporaines visent moins à construire un système homogène, à rationaliser le droit, à faire la synthèse des traditions juridiques qu'à faciliter des changements. Il s'agit de provoquer par le droit une modernisation, une rupture. On pourrait dire que la codification est moins une régénération que la mise en place d'un système nouveau.

Ce résumé trop sommaire fait apparaître tout l'intérêt que le comparatiste peut retirer des réflexions de M. Csaba Varga, dont les analyses sont souvent très pertinentes. On peut toutefois se demander si certaines de ses conclusions ne sont pas trop systématiques. Les résistances à la modernisation du droit sont considérables dans de nombreux pays. Il est toujours difficile de généraliser et le juriste est facilement porté à surestimer la rationalité des choix politiques. Les dirigeants du Tiers Monde peuvent chercher à maintenir et consolider les coutumes en vue de mobiliser les valeurs traditionnelles au service du développement. Par nationalisme et par souci d'authenticité culturelle, certains manifesteront leur attachement à un droit archaïque même si cet attachement a pour contrepartie de freiner le développement lui-même.

Gérard CONAC

La naissance de la codification socialiste à l'Union Soviétique

Dans son étude l'auteur analyse l'apparition de la codification socialiste et la période précoce de son développement. Il examine le rapport de Lénine à la codification. L'article représente le procès qui conduisait du jugement sur la base de la conscience juridique révolutionnaire par la voie du communisme de guerre jusqu'à la codification de la nouvelle politique économique. L'étude s'occupe à fond du rapport de la légitimité socialiste et de la codification.

La perfection de la codification socialiste

Au cours de la consolidation de notre révolution socialiste, pareillement à la codification effectuée dans l'Union Soviétique, les pays démocratiques populaires ont aussi codifié leur ordre légal, sans exception. Dans une partie des pays socialistes, le devoir de la codification juridique coïncidait avec l'intégration du droit national et — ou bien — avec le devoir de passer à l'exclusivité du droit écrit. La codification est devenue le système fondamental du développement juridique socialiste, étant appliqué régulièrement. Elle est devenue un type autonome dans l'histoire de la codification, tenant compte comme premier de la nécessité du dépassement de soi-même, de l'alternance de recodification.

Le déploiement d'un nouveau type, du type socialiste de la codification

La codification socialiste est née historiquement non pas avec la révolution socialiste, mais au cours de sa consolidation. Les différentes manifestations de la révolution socialiste ont déjà montré sans équivoque dans la direction de la voie à choisir, notamment vers la codification, mais l'élimination du développement judiciaire du droit, c'est-à-dire la codification n'est devenu d'actualité qu'à l'époque de la consolidation, lorsqu'en l'Union Soviétique la nouvelle politique économique a été établie. En vue de l'exigence de garantir la légalité sur le plan de la création du droit, c'était la codification qui a obtenu un rôle décisif, tandis que sur le plan de l'application du droit ce rôle revenait à l'institutionnalisation d'une surveillance générale des procureurs.

Le passé n'a pas joué un rôle appréciable dans la codification soviétique du droit. Par contre, dans les pays de démocratie populaire c'est précisément leur passé en matière de codification qui a rendu possible que leur codification ait eu lieu avec un décalage de phase, d'étape en étape. Dans ces pays — grâce au caractère graduel de la transformation socialiste — ne s'est pas produit un vacuum qui aurait réclamé d'être immédiatement rempli. Une influence a été exercée cependant, pressant la codification, par le fait que dans nombre de pays de démocratie populaire d'autres fonctions, ainsi p.ex. la réalisation des exigences des révolutions bourgeoises compromises, l'unification nationale du droit, ou bien l'institutionnalisation du moyen du droit au sens européen sont également devenues la tâche de la codification. Cela présente dans une couleur particulièrement spécifique le jeu de fonction de la codification et son entrelacement avec la consolidation politico-économique dans les différents pays de démocratie populaire en Asie.

Nous voyons le trait spécifique constitutif de type de la codification socialiste dans sa perspective de recodification. Cela veut dire que la codification socialiste ne poursuit pas sa propre perpétuité. Comme la légalité exige non seulement la création d'un état donné, mais également son maintien continu dans l'intérêt de la réalisation de cet objectif, la codification socialiste prend naissance, dès le début, avec la reconnaissance de son propre dépassement et surpassement, avec la reconnaissance de la nécessité et possibilité de son remplacement périodique dans l'avenir. Cela cependant suppose un nouvel élément non seulement dans la technique de cette codification, mais généralement aussi dans la manière de voir socialiste du phénomène de codification.

La plupart des examens théoriques rattache le concept de la codification à son type classique qui a pris corps dans le *Code civil* français. Par cela cependant il devient un concept *a priori*; d'un concept historiquement particulier il sera universalisé. Lors de l'analyse historique du phénomène de codification il faut donc partir de la nécessité et fonction de la codification, c'est-à-dire des situations où le droit représentant un contenu donné n'est plus suffisant, mais son organisation formelle d'une manière déterminée est également nécessaire. Cette organisation formelle peut présenter des visages particulièrement variés, et peut servir des objectifs socio-juridiques parfaitement contraires.

La codification est un phénomène instrumental, son développement peut donc être mesuré sous deux aspects. D'une part d'une manière *relative*, dans son aptitude instrumentale par rapport à son but concret, et, d'autre part, d'une manière *absolue*, dans son développement en des formes de plus en plus complexes, synthétisées et aptes à réagir en façons diverses. Conformément à la typisation qu'on peut considérer historiquement la plus générale, les deux possibilités principales de la codification sont la codification *quantitative* ayant le seul but d'englober et/ou de réduire l'étendue du droit, d'une part, et la codification *qualitative* qui, en plus, envisage d'effectuer une trans-structuration en profondeur du droit et d'en créer un système des principes et thèses de généralités différentes, d'autre part. Les manifestations du premier type sont les préformes de la codification, et les dernières forment le type classique de celle-ci.

Ce n'est qu'une définition *technique* qu'on peut donner au concept théorique général du phénomène de codification. D'après ses caractéristiques historiquement constantes, à eux-mêmes identiques et aptes à une délimitation aussi, la codification est un exposé d'ensemble (totalisation, condensation, etc.) du droit, donnant une forme fixe et écrite au droit. C'est à cela que se sont superposées au cours du développement codificationnel des nouvelles couches, notamment la validité formelle ainsi que le caractère de système de la codification. Cependant dans un concept de codification historique et comparé, ces couches ne peuvent pas être absolutisées comme étant des composants *sine qua non*. Bien que dans leur propre milieu ils aient rempli ou bien remplissent encore des fonctions codificationnelles, il faut quand même question de savoir, sous quel concept soient classés des phénomènes tels que p. ex. les coutumiers du moyen âge ou du monde afro-asiatique actuel, ou bien le *Restatement of the Law* dans les Etats-Unis.

Illusions dans le développement de l'idée de codification

L'idéal de la perfection peut se manifester dans la codification à deux directions. C'est quantitatif si la réglementation tente à une totalité casuistique. Le plus souvent elle s'épouse avec l'envie de la validité éternelle — comme par exemple dans le cas de Justinianus ou Frederic II. L'idéal est qualitatif si la codification vise — par voie d'une réglementation de principe — une totalité de principe. Cet idéal de la perfection ne se réalise pas dans la pratique de codification. Il n'existe que comme une utopie, comme par exemple l'enseignement de Bentham et le mouvement de codification de l'Amérique du Nord du commencement du XIX^eme siècle, la période montante en arc de la révolution française ou aux cas de la République des Conseils Hongroise, et des communistes de gauche du changement révolutionnaire soviétique. Ces utopies sont les utopies de la croyance dans la possibilité de faire valoir conséquemment la rationalité formelle, en arrière de, qui — socialement en tous cas — la légalisation totale du droit: l'intention de l'élimination de l'application du droit de juge spécialisé séparée est debout.

Utopies de rationalité dans le développement de l'idée de codification

L'idéal perfectionniste a deux directions en codification. Il est quantitatif quand la règle vise à une perfection casuistique. Le plus souvent il s'y joint le désir d'un système permanent de réglementation, comme dans les cas de Justinien ou de Frédérique II. L'idéal de perfectionnisme est qualitatif quand son but est d'atteindre la perfection par une réglementation basée sur des principes. Ce type idéal de perfection ne s'est jamais réalisé en codification; il est purement utopique, comme dans les cas que nous analyserons dans ce papier: la doctrine de Bentham, le mouvement de codification aux États Unis au 19ème siècle, des débuts de la Révolution Française ou les cas des communistes de gauche dans la République des Conseils Hongroise et de la Révolution Socialiste Soviétique. Ces utopies s'appuient sur une croyance en la conception d'une rationalité formelle derrière laquelle se trouve toujours l'intention de radicalement laïciser le droit: éliminer toute application juridique professionnelle indépendante.

VARGA, Csaba, "Utopias of Rationality in the Development of the Idea of Codification", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, IV serie, vol. LV, núm. 1, enero-marzo, pp. 21-38, Milán, Italia.

Una original y realmente interesante investigación sobre los *ideales de perfección* que, históricamente, se registran en el desarrollo de los grandes movimientos codificadores es la que nos ofrece en este sustancial estudio el profesor Csaba Varga, investigador del "Instituto de Ciencias Jurídicas y de la Administración" de la Academia de Ciencias de Hungría.

Distingue al respecto dos grandes tipos: ideales *cuantitativos* e ideales *cualitativos*, consistiendo los primeros en la aspiración a formular un código para regular una materia determinada en forma completa, minuciosa y sin dejar lagunas (criterio espacial) o bien con la pretensión de que la codificación tenga una vigencia perpetua (criterio temporal); en cuanto a los ideales cualitativos, se caracterizan por su tendencia reformista, con propósitos de un cambio radical del sistema de organización jurídica de la comunidad respectiva, y con la nota distintiva persistente de proponer la unificación de todo el derecho en un solo código.

Históricamente, los ideales cuantitativos pueden presentarse y de hecho se han manifestado en forma conjunta (con aspiraciones al mismo tiempo totalitarias y perpetuas) o en forma separada, como se puede demostrar con ejemplos de famosas codificaciones (la de Justiniano, la prusiana *Allgemeines Landrecht* y el Código Civil napoleónico) que generalmente respondieron a la satisfacción de intereses bastardos de ambición de poder y dominación imperialista o de ciertas clases sociales triunfantes.

El propósito central del estudio del profesor Varga es realizar un análisis del tipo de *ideal* de perfección *cualitativo* en materia de codificación, el cual tiene la característica dominante de su intangibilidad, en la medida en que suele ser propio de meros movimientos de codificación de tendencia reformista y de naturaleza utópica, que jamás han cristalizado en códigos positivos, quedando reducidos a meros sueños y productos mentales que no han pasado de simples proyectos de innovación radical, tipificados por su tendencia a una racionalización extrema del ordenamiento jurídico, cuyos fundamentos y naturaleza limitada por sus contradicciones internas se propone elucidar el autor de este trabajo.

Subraya al respecto al profesor Varga la nota primera y más constante en este tipo de "utopías codificadoras", a saber: su aspiración a constituir un solo cuerpo legislativo completo, omnicompreensivo, abarcador de todo el derecho vigente, tendencia ésta que, prácticamente, se halla a la base de todos los movimientos históricos dirigidos a la "unificación del derecho", un ideal que, buscando desde los tiempos del derecho romano (Ley de las XII Tablas) —descrito por Tito Livio como el "*corpus omnis Romani Juris*", en su *Rerum Romanarum ab Urbe condita libri*, III, 34—, no pudo ser realizado ni por el propio Napoleón en su momento de mayor poderío.

Al efecto de desarrollar su investigación, el autor clasifica el análisis de dichas "utopías" en materia de codificación desde la triple perspectiva de su fuente de origen, de su papel en la sociedad y de la lección que puede obtenerse de ellas desde el punto de vista de su racionalidad y las críticas a ésta.

—Fausto E. RODRIGUEZ

En ce qui concerne les fonctions socio-historiques de la codification on ne peut constater que sa nature *polyfonctionnelle*. En des contextes socio-économiques différents la codification peut satisfaire à des besoins différents. Il peut souvent arriver qu'un code en soi-même homogène fonctionne de différentes manières, en différents sens et directions dans des milieux socio-économiques divergents. En tant qu'une formation instrumentale le code porte des possibilités différentes, voire opposées qui obtiennent une actualisation complète ou partielle seulement dans leur application à des buts concrets, c'est-à-dire dans leur interaction avec d'autres facteurs (politiques, économiques, etc.). Pour cette raison une typologie, quelle qu'en soit sa nature, ne peut être que *descriptive*: ni fermée, ni logiquement exclusivement conséquente.

Dans le développement codificationnel cependant une transformation fondamentale a eu lieu, notamment lorsqu'on a adopté au lieu de la conception d'une codification *extensive et quantitative* celle d'une codification *intensive et qualitative*. Ce changement s'est réalisé lorsque la codification n'a plus eu comme seule fonction de fixer le droit en lui donnant une forme écrite et en intégrant dans une somme objective tout le corps du droit. Elle a même techniquement *trans-structuré* le droit en l'organisant comme l'ensemble des éléments d'un *système en soi-même cohérent*. Ainsi la juxtaposition accidentelle des normes a été remplacée par une connexité réciproque où les normes sont coordonnées dans un ordre hiérarchique l'une logiquement résultant de l'autre. Cette transformation résultait de l'exigence sociale d'une rationalisation formelle ce qui était l'expression juridique des efforts des couches bourgeoises ascendantes visant une sûreté et une prévisibilité économiques ainsi que des exigences bureaucratiques des souverains absolus du féodalisme.

La rationalité formelle au point de vue du contenu n'est pas une notion de valeur. Le fait qui quand même prête aux différentes formes objectivisées de la rationalité formelle et de l'instrument codificationnel une certaine communauté socio-politique et assure une essence sociale à leur contenu, c'est qu'elles ont encouragé et de fait encouragent l'approfondissement de la formation et domination du droit par l'Etat centralisé. Etant la possibilité la plus propre de l'activité politique de l'Etat, c'est la codification qui par sa rationalité formelle assure dans la manière la plus profonde et efficace la domination politique sur la vie du droit.

Types de codification dans le développement codificationnel

En ce qui concerne les fonctions socio-historiques de la codification, on ne peut constater que sa nature *polyfonctionnelle*. En des contextes socio-économiques différents la codification peut satisfaire à des besoins différents. Il peut souvent arriver qu'un code en soi-même homogène fonctionne de différentes manières, en différents sens et directions dans des milieux socio-économiques divergents. En tant qu'une formation instrumentale, le code porte des possibilités différentes, voire opposées qui obtiennent une actualisation complète ou partielle seulement dans leur application à des buts concrets, c'est-à-dire dans leur interaction avec d'autres facteurs (politiques, économiques, etc.). Pour cette raison une typologie, quelle qu'en soit sa nature, ne peut être que *descriptive*: ni fermée, ni logiquement exclusivement conséquente.

Dans le développement codificationnel cependant une transformation fondamentale a eu lieu, notamment lorsqu'on a adopté, au lieu de la conception d'une codification *extensive et quantitative*, celle d'une codification *intensive et qualitative*. Ce changement s'est réalisé lorsque la codification n'a plus eu comme seule fonction de fixer le droit en lui donnant une forme écrite et en intégrant dans une somme objective tout le corps du droit. Elle a même techniquement *trans-structuré* le droit en l'organisant comme l'ensemble des éléments d'un *système en soi-même cohérent*. Ainsi la juxtaposition accidentelle des normes a été remplacée par une connexité réciproque où les normes sont coordonnées dans un ordre hiérarchique, l'une logiquement résultant de l'autre. Cette transformation résultait de l'exigence sociale d'une rationalisation formelle ce qui était l'expression juridique des efforts des couches bourgeoises ascendantes visant une sûreté et une prévisibilité économiques ainsi que des exigences bureaucratiques des souverains absolus du féodalisme.

La rationalité formelle au point de vue du contenu n'est pas une notion de valeur. Le fait qui quand même prête aux différentes formes objectivisées de la rationalité formelle et de l'instrument codificationnel une certaine communauté socio-politique et assure une essence sociale à leur contenu, c'est qu'elles ont encouragé et de fait encouragent l'approfondissement de la formation et domination du droit par l'Etat centralisé. Etant la possibilité la plus propre de l'activité politique de l'Etat, c'est la codification qui par sa rationalité formelle assure dans la manière la plus profonde et efficace la domination politique sur la vie du droit.

VARGA, Cs. "Types of Codification in Codificational Development", *Acta Juridica*, Tomus XIX, fasciculi 1-2, 1977, pp. 31-53, Budapest, Hungría.

A través de este estudio el profesor Varga pretende demostrar —como señala el sumario del mismo— que la codificación es un fenómeno multifuncional que satisface distintas necesidades y opera de diversa manera de acuerdo al medio económico y social en el que se presenta. Asimismo, sostiene que la realización de una tipología sobre la codificación no puede ser sino descriptiva. Sin embargo, observa que ha habido cambios decisivos en el desarrollo de la codificación, a saber, los que van de una concepción extensiva cuantitativa a una intensiva cualitativa. A estudiar estos cambios y su razón de ser, conforme a una interpretación basada en la teoría marxista, dedica las páginas de su artículo.

Para analizar este tema dividió su artículo en tres partes: 1. Tipos funcionales de codificación; 2. Las concepciones cuantitativas y cualitativas de codificación; y 3. La esencia común social y política de la codificación.

En el primer apartado explica que la codificación en sí misma no es más que una "formación instrumental neutral" que a menudo es portadora de potencialidades opuestas que sólo se manifiestan, total o parcialmente, en su aplicación a fines concretos dependientes de la interacción de fenómenos sociales, políticos y económicos. A su juicio, se puede demostrar que hay una relación entre las exigencias sociales y económicas y la respuesta codificadora y en algunos casos, entre la exigencia codificadora y la respuesta social y económica, razón por la cual "los análisis socio-históricos tanto de las condiciones que abren el camino a la codificación como de las funciones realizadas por la codificación son tan provechosas, y aún más, teóricamente indispensables".

En este mismo apartado revisa algunas de las formas en que se ha clasificado el impulso codificador por diversos autores que al tema se han referido, y propone, a su vez, algunas formas de clasificarlo, advirtiendo que no se puede hacer en forma definitiva. Dichas formas son las siguientes:

- a) atendiendo a las variantes básicas del papel de la codificación en cuanto al concepto jurídico y la forma, dentro de la dialéctica del cambio y la preservación;
- b) atendiendo a la elaboración del derecho en la tarea codificadora;
- c) atendiendo al papel jugado por la codificación en la formación del derecho;
- d) abarcando la naturaleza compuesta del fenómeno codificador desde el punto de vista de su papel político social (la codificación es la expresión de las luchas político sociales);
- e) contemplando a la codificación como reforma legal;

f) contemplando a la codificación como fuerza centralizadora o particularizadora o consolidadora o de expansión imperialista.

En todos los casos son muchos los ejemplos que utiliza recurriendo a códigos de todos los tiempos y de los más diversos sistemas jurídicos. Su objetivo es mostrar cómo los más encontrados objetivos políticos pueden ser conseguidos a través de la codificación. Así, a su juicio, la codificación recibe su *contenido* del medio en que se da y funciona.

En el segundo apartado estudia la transformación de las concepciones cuantitativas en cualitativas en función de los distintos medios sociales y económicos en que opera y ha operado la codificación, y califica a las cualitativas como la más alta fase del desarrollo del proceso dialéctico.

En el apartado tercero se ocupa de la esencia social y política de la codificación —como ya dijimos— atendiendo para ello a la relación entre el medio político, social y económico en que aquella se presenta. De esta manera, analiza el papel que juegan las diversas fuerzas de la sociedad en el fenómeno codificador, y fundamentalmente, el Estado —incluyendo los socialistas— el cual utiliza la codificación como instrumento de dominación política dentro de una comunidad determinada; papel que ha jugado a lo largo de toda la historia del derecho de muy diversas maneras, y razón por la cual los estados socialistas ahora sólo recodifican su derecho.

Así pues la codificación para el profesor Varga es tanto la racionalización formal del derecho como la preeminencia del Estado sobre la ley, ambos factores íntimamente relacionados.

El artículo es sumamente interesante ya que presenta una visión que no es frecuente entre los estudiosos de la codificación pero que proporciona reflexiones muy sugestivas a tomar en cuenta, incluso por los que no se afilian a la doctrina marxista, para el estudio de los distintos procesos codificadores. Por otra parte, presenta un intento totalizador de comprensión del fenómeno en su conjunto en distintas etapas y sistemas. Por todas estas razones pensamos que el estudio del profesor Varga resultará de gran interés para todos aquellos interesados en el estudio de la codificación.—María del Refugio GONZÁLEZ.

Le phénomène codificationnel – son essence historique et sa signification actuelle

Dans cet aperçu l'auteur synthétise quelques de ses conclusions fondamentales ainsi que sa conception théorique sur le phénomène codificationnel nées de recherches de plusieurs années dont certaines ont été déjà publiées en hongrois dans les revues „Állam- és Jogtudomány” et „Jogtudományi Közlöny” comme aussi en anglais dans les “Acta Juridica”. A propos de l'essence historique du phénomène codificationnel l'auteur analyse les connexités historiques des deux possibilités fondamentales de la codification, possibilités dont l'un est la sommation quantitative du droit, l'autre le ré-formation du droit en tant que d'éléments d'un système en soi-même cohérent. Dans ce cadre il analyse tant l'organisation de la rationalité formelle de la matière du droit que son utilisation pratique dans l'intérêt de rendre plus efficace la domination étatique centrale sur le droit. En ce qui concerne la *signification actuelle* du phénomène codificationnel, l'auteur accorde son attention surtout à la dialectique de l'existence parallèle du moyen codificationnel et des autres formes de la rationalisation du droit ainsi qu'à l'inévitabilité d'un complètement réciproque mutuel du droit codifié et du droit judiciaire.

VARGA, Cs. : La codification en tant que phénomène historico-social

(Résumé par l'auteur)*

La codification est intervenue pour répondre
à la nécessité pratique de mettre en œuvre la
structure objectivée et institutionnalisée du droit

Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae, Tomus 23, 1981

dans un cadre bien défini. Ainsi l'on peut dire que le code n'est rien d'autre qu'une forme objectivée particulière avec sa propre logique structurelle et dont la fonction essentielle est d'organiser et de faire fonctionner un contenu dont elle n'est en elle-même que l'expression formelle. Dans ces conditions, le code en sa forme objectivée ne peut constituer ni le point de départ ni le point d'arrivée de l'enquête théorique. C'est en sa genèse sociale qu'il faut saisir le code. C'est avant tout dans l'ensemble des mouvements sociaux que doivent être mis en lumière les besoins suscitant la fonction codificatrice et orientant le droit vers une objectivation sous la forme de code. C'est au travers d'une analyse historico-comparative aussi vaste que possible qu'on cherchera à parvenir à un point d'observation qui permette des généralisations significatives — et non pas réductrices — faisant apparaître l'unité entre les différents phénomènes apparus ayant suscité la codification, les différentes fonctions de ces processus de codification et les conditions dans lesquelles ces fonctions ont été remplies.

1. *Introduction.* Des études formelles et étymologiques montrent que le mot «code» au sens de «livre de lois» s'est répandu au cours du treizième siècle dans les aires linguistiques ouest-européennes. Quant aux mots «codification», «codifier» et «codificateur», ils apparaissent au début du dix-neuvième siècle. Ces études montrent également que de nos jours quelque 70 États sont pourvus d'environ 400 sources de loi réunissables sous le vocable «livres de lois», dont plus du tiers datent également du dix-neuvième siècle. Mais tout cela n'a pas plus de valeur que cette apparence statistique. Cela ne témoigne en effet ni de la genèse sociale du phénomène de codification, ni de son expansion réelle ou de son effectivité. Au-delà de cette expression nominative de certaines de ses tendances, la codification est un phénomène historico-social beaucoup plus complexe.

Première partie :

La manifestation historique de l'idée de codification

2. *Les formes primitives de la codification : l'Antiquité.* Les formes les plus reculées des codes archaïques se présentent comme les premiers types de droit écrit. Au Moyen-Orient les empires naissant de l'accélération du développement économique appelaient l'institution d'une administration centrale et le renouvellement du droit dans l'idée de le rendre diffusible d'une façon uniforme et immédiate à l'échelle de l'empire. La nécessité de changer le droit pour le diriger consciemment et le contrôler justifia son objectivation. La réforme, la consolidation et l'extension du droit ne pouvaient être mis en œuvre dans le cadre du droit coutumier. L'impératif fonctionnel amena la formalisation du droit, formalisation qui faisait du droit un moyen direct en même temps qu'autonomisé d'exercice du pouvoir. L'élément déterminant dans la survenance du phénomène de codification fut la fonction de réforme. Le besoin de fixation et de récapitulation n'apparut que plus tard et d'une façon contingente. Les codes de réforme archaïques s'installèrent en système distinct se superposant au droit coutumier qui jusqu'alors avait régné sans partage; plus tard, les codes de synthèse consacrèrent le droit écrit comme la forme de base de l'apparition du droit; et c'est enfin qu'apparut le besoin de remplacer le droit coutumier en le réduisant en un droit écrit codifié, processus dans lequel les codes romains de l'époque des principes jouèrent le rôle essentiel. L'objectivation du droit sous la forme de droit codificationnel impliquait par elle-même l'étatisation du droit. Toutes ces formes de codes archaïques n'ont été la plupart du temps que des instruments *ad hoc*, actionnés au gré des pressions sociales. Si on peut les considérer comme les antécédents de bien des développements ultérieurs de la codification, il n'en demeure pas moins que ces formes primitives de codification se heurtèrent à la question élémentaire de la transformation du droit en droit écrit.

3. *Les formes primitives de la codification : l'époque féodale.* Les modes irradiés par le droit

* Varga Csaba: *A kodifikáció mint társadalmi-történelmi jelenség*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1979. 352 p.

romain au cours de son évolution sont devenus des prototypes appliqués à la transformation du droit. Et c'est bien là une victoire lorsqu'on sait que l'époque médiévale fut, à travers son évolution, anti-codificationnelle dans sa tendance profonde. En voie de se constituer en États, les tribus barbares refluèrent grossièrement, d'une façon synthétique, le droit de leurs sujets romains à la façon des codes et transcrivirent pour la première fois leur droit tribal. L'intention ici ne va guère au-delà de la conservation du droit. Le pouvoir législatif souverain ne réapparaîtra qu'autour du treizième siècle. Pour l'heure, ce sont les villes, laboratoires de la bourgeoisie naissante, qui commencent à fixer consciemment leurs usages dans leurs corps de loi. La composante structurale du droit prend lentement de l'ascendant, sous une enveloppe idéologique (avant tout sous le prétexte d'extirper les « mauvaises » coutumes). Le morcellement féodal rend impossible la substitution d'une codification unitaire aux coutumes régionales. Cet objectif est alors couvert par divers succédanés de code : œuvres juridiques nées d'initiatives de particuliers. Ces œuvres privées, qui vont, par la suite, combler le vide du défaut de codification, connaîtront souvent une consécration et une validation officielles. Les compilations globales officielles de coutumes du Haut-Moyen Âge sont le signe du renforcement du pouvoir central ; elles ne constituent pour autant que des états disparates, provisoires. Elles renforcent et font passer en loi le droit coutumier, mais elles n'agissent en rien dans le sens de son unification. Pour ce qui est de leur contenu, elles suivent la tradition de reformulation des codifications précédentes. Quant à leur forme, elles substituent à la validité dérivant de la coutume la validité d'un processus législatif formel. Et c'est ici que le droit devient réellement créé, objectif d'une façon spécifique. Et il en va en fin de compte du féodalisme au sommet du l'absolutisme comme de l'Antiquité à l'apogée de l'époque des dominats, où l'on assiste à la tentative de réduction implacable du droit en droit écrit et codifié, issu du souverain.

4. *L'absolutisme éclairé.* Au cours du dix-huitième siècle les États-nations s'étoffent de plus en plus. La charte monarchique absolutiste 296

s'accompagne des fondements du pouvoir : avant tout de l'organisation des finances royales et de la création de l'armée régulière. Cette évolution impliquait en même temps qu'elle stimulait le développement de la bourgeoisie, ce dont témoigne la croissance en flèche de la production industrielle et du commerce. Pour servir ces objectifs le pouvoir devait se doter d'une bureaucratie moderne. Tout cela appelait, d'une part, un droit unifié, d'autre part, une extension et une complexification de l'appareil juridique réglementaire. Les formes de codification auxquelles on était alors parvenu devaient se révéler inutilisables. D'une part la simple répertoriation quantitative n'était plus à même de jouer son rôle, d'autre part l'administration et la bourgeoisie attendaient du droit une contribution plus qualitative : l'institution d'un ordre réglementaire propre à déterminer le plus étroitement possible les comportements et à envisager leurs effets possibles. Dès lors, dans la perspective d'une nouvelle optique qualitative de la codification, l'élément décisif va être la coïncidence d'un accroissement quantitatif du droit et d'une organisation rationnelle de celui-ci.

5. *La codification classique : le droit continental.* Le principe de base de la codification à l'époque de l'absolutisme éclairé tenait dans la conjonction de l'unification nationale du droit et d'une technique organisationnelle de systématisation. Cela ne pouvait en soi impulser d'effets déterminants et tournait même au paradoxe dans l'*Allgemeines Landrecht* prussien, avec sa casuistique poussée à l'extrême et un droit naturel mis au service d'un Moloch bureaucratique. En France, c'est la conjonction d'un certain nombre de facteurs qui a mené les tendances réformatrices et unificatrices du droit sur le chemin de la codification : la pensée cartésienne et le *mathesis universalis* avec ses principes axiomatiques et déductifs, le développement conceptuel et dogmatique du droit, et la tendance axiomatique de la doctrine du droit naturel. Alors qu'en Allemagne l'idéologie du droit naturel était étouffée dans une œuvre juridique dogmatique, elle devint en France une arme politique contre le féodalisme. Le besoin d'unification du droit prit donc corps sur la base de la lutte antiféodale pour l'égalité

des droits, comme étendard de la révolution sociale dans le domaine du droit. Le Code civil incarna l'issue naturelle et la voie normale de la transformation bourgeoise. Il alliait l'unification nationale à une mutation radicale et révolutionnaire du droit et, quant au contenu du code, la nouveauté au traditionnel, le tout apparaissant comme le sceau providentiel du nationalisme, propre à lui seul à fonder la nation. Le Code civil, avec le *Bürgerliches Gesetzbuch* allemand et le *Zivilgesetzbuch* suisse vont se présenter, à la suite de leur réception en Amérique du Sud, en Asie et en Afrique, comme la base normative de l'hégémonie bourgeoise et même être à l'origine de l'eupéanisation de maint systèmes juridiques. Le succès social du Code civil impliquait également une réussite de la codification au point de vue technique. Il demeure que la codification continentale ne constitua jamais qu'un événement unique dans l'histoire, qui n'aura connu qu'une seule jeunesse : sans postérité. On ne pouvait, par une recodification, retracer les évolutions des conditions économiques, et c'est la jurisprudence qui dut assurer l'adaptation du code. C'est ainsi que l'usage classique de la codification — et par là même la conception classique de la légalité attachée à une pratique d'interprétation exégétique du droit — finirent par se disloquer pour en arriver, après avoir basculé dans un mode d'interprétation libre du droit (*freie Rechtsfindung*) à se stabiliser plus ou moins dans une solution de compromis.

6. *La codification, dilemme pour le common law.* En Angleterre, la pratique des juridictions royales centrales permit très tôt le développement d'une jurisprudence unifiée. Dans ces conditions la codification, fût-ce au dix-neuvième siècle, au travers du mouvement d'ailleurs en grande partie avorté de Bentham, n'inspira que quelques réformes et pour l'essentiel une consolidation quantitative du droit. Cependant cette même Angleterre, cherchant le moyen de diffuser son droit dans ses colonies, prônait par ailleurs la forme de code — dans l'idée d'uniformiser et de réformer le droit sur le territoire des Indes britanniques, et pour ce qui est des autres territoires, de le simplifier afin de l'adapter aux conditions primitives locales. Les premiers codes des colonies américaines

furent ainsi institués avec cette idée d'adaptation sommaire du droit anglais et s'exportèrent par la suite dans les colonies associées. Issus de la vague de codification venant de New York, les codes de Field furent à leur tour une réussite, d'une part à travers leur reformulation du droit anglais à l'usage de Nouveau Monde, et d'autre part à travers la réception dans d'autres États associés de leurs expériences accumulées. Dans les systèmes de common law, la codification a emprunté divers corps, servis divers buts. C'est précisément la part accrue des substituts de codification qui apparaît caractéristique dans les réponses apportées au besoin de codification. Les *consolidation*, *restatement* et *textbook writing* ne furent en effet que les succédanés d'une vraie codification.

7. *Aspirations à la codification : les régimes afro-asiatiques.* La plupart des régimes afro-asiatiques n'avaient pas jusqu'alors de tradition de codification — leur évolution entre le dix-neuvième et vingtième siècle apparaît pourtant presque exclusivement à travers des codes. Ce qui semble prouver que la codification est le moyen le plus commode d'exporter le droit. Les traditions juridiques des États afro-asiatiques étaient si diverses et si rudimentaires que, pour réorganiser leur droit, ils ne pouvaient s'inspirer que d'initiatives étrangères. La sujétion impérialiste s'est systématiquement accompagnée d'une volonté d'alignement sur le niveau d'évolution européenne, assignant par là-même à ces pays une voie d'évolution, même après l'indépendance. L'influence du colonisateur jadis n'a en effet pas cessé de s'exercer, même après qu'ils eussent acquis l'indépendance : simplement, ce qui s'exerçait jusqu'alors au nom de la *ratione imperii* s'exerçait désormais au nom de l'*imperio rationis*. La codification afro-asiatique projetait la plupart du temps un changement total et brutal : le remplacement complet de l'ensemble du droit, des concepts et des institutions juridiques, selon un processus supposant un raccourci considérable à travers les stades d'évolution intermédiaires.

8. *L'apport d'une nouvelle qualité dans l'histoire de la codification : les régimes socialistes.* Historiquement la codification socialiste est née à l'époque de la consolidation de la révolution socialiste. C'est cette consolidation qui fit du développement de la légalité socialiste une

question centrale à laquelle devaient répondre, côté législation, la codification, et côté pratique juridique, l'organisation d'une supervision unifiée de la magistrature debout. Dans plusieurs démocraties populaires d'autres fonctions devaient également être acquittées par la codification, comme la satisfaction d'exigences inaccomplies dans la transformation bourgeoise, l'unification nationale du droit, ou encore l'institutionnalisation de la technique juridique européenne. La qualité spécifique de la codification socialiste tient dans sa mutabilité. C'est le premier type de codification dans l'histoire qui ne postule pas sa propre perpétuation. La légalité ne suppose en effet pas seulement l'établissement d'une situation, mais également sa régénération dans la dynamique des mutations socio-économiques. Pour traduire ce principe, la codification socialiste impliquait a priori son propre dépassement par recodification : dès sa naissance la nécessité et la possibilité de son remplacement futur se trouvaient d'actualité.

Deuxième partie :

Types de codification et problématique de l'évolution de la codification

9. *Faisabilité d'un concept universel de codification.* La plupart des études théoriques sur la codification lient la notion de codification au type qui s'est incarné dans le Code civil français. Une telle approche érige une catégorie particulière en catégorie historiquement universelle. Lorsqu'on analyse le phénomène de codification, il faut partir du besoin et de la fonction de codification : des situations dans lesquelles le droit positif tel qu'il se présente en son contenu devient insuffisant et où il apparaît nécessaire de le réorganiser suivant une forme donnée. La codification est donc un phénomène socio-juridique complexe, qui se définit dans le présent alors même qu'elle prend, quant à son contenu, des racines dans le passé. Elle se définit pour l'essentiel à travers des facteurs extra-juridiques, mais ce sont des facteurs juridiques qui vont jalonner son édification. L'évolution de la codification en tant que phénomène instrumental est appréhendable sous deux aspects. D'une part, sous l'aspect relatif, de son

aptitude instrumentale à remplir sa fonction historique concrète ; d'autre part, dans l'absolu, dans son aptitude à générer des formes de plus en plus complexes, synthétiques, ayant des capacités de réponses de plus en plus élargies. Cette évolution en terme absolu est entre autre caractéristique de la conversion d'une alternative de codification à une autre : d'une position *quantitative* qui vise à rassembler et/ou à réduire le volume du droit en vigueur, on passe à une position *qualitative* qui vise à restructurer le droit en profondeur, à le refonder en un système de règles hiérarchisées à différents niveaux d'une échelle de généralisation. La complexité historique du phénomène de codification ne permet d'élaborer qu'une notion de codification très générale — essentiellement à partir de ses aspects formels et techniques —, selon laquelle la codification n'apparaît que comme une récapitulation du droit par écrit visant à fixer ce droit. Sur cette notion de base vont s'agréger, au cours des âges modernes, les idées de légitimer l'œuvre codificatoire en elle-même en tant que source du droit, puis d'organiser cette œuvre codificatoire en tant que système cohérent en soi. Toutefois, au regard d'une notion historico-comparative de la codification, ces deux derniers éléments ne doivent pas être tenus pour des composantes *sine qua non* de la notion de codification.

10. *La rationalisation comme fin abstraite et comme moteur dans l'évolution de la codification.* La rationalité est un élément indispensable dans toute intervention sociale consciente, volontaire, projetée, contrôlée. C'est ainsi qu'elle apparaît déjà dans les modes primitifs d'organisation sociale, ne se signalant toutefois d'une manière caractéristique qu'avec l'avancée socio-économique de la bourgeoisie. La rationalité est un principe organisationnel qui, sur la base de la connaissance des rouages de processus donnés, permet d'individualiser ceux-ci en systèmes relativement autonomes, tout en préservant leurs corrélations, permettant également, à partir d'un point quelconque de ce processus, d'en déterminer les effets et les conséquences. Dans des formes organisationnelles qui, comme le droit, pour le compte de la médiation sociale, introduisent des structures autonomes, la rationalité

sation formelle revêt une importance toute particulière. Chaque démarche qui vise à objectiver le droit positif, à en développer la structure normative, ouvre le chemin d'une rationalisation de plus en plus complète. Cependant, l'évolution formelle-rationnelle du droit se poursuit parallèlement à la rationalisation formelle d'autres domaines de l'organisation sociale. Dans l'organisation formelle du droit, la rationalité s'incarne au plus haut niveau dans la codification systématisante. Cette codification se superpose, comme une seconde réalité distincte, à la réalité socio-économique — représentant non seulement les rapports de cet ordre réel mais également les exigences internes de sa propre élaboration en tant que système.

11. *Différents types de codification dans l'évolution de la codification.* Ce sont toujours les données concrètes de la totalité des déterminations socio-économiques qui poussent l'évolution du droit vers l'objectivation sous la forme de code. Il est donc impossible d'affirmer qu'un ordre socio-économique donné correspond plutôt à une forme codificatoire ou plutôt à une forme non-codificatoire. De surcroît, tel moyen de codification peut, avec plus ou moins d'adéquation, répondre à des besoins différents d'un ordre socio-économique à un autre. Moyennant quoi l'on peut dire que le code comme formation instrumentale est neutre en lui-même. Tout ce que l'on peut affirmer en définitive, c'est que le code est polyfonctionnel: la codification peut couvrir toutes les fonctions assumées et susceptibles d'être assumées par la législation écrite. Le code de type classique, avec sa position qualitative, non seulement fournit, en fixant et en transcrivant le droit en vigueur, un exposé d'ensemble objectif de celui-ci, mais encore il le structure, en l'intégrant dans un système cohérent en lui-même. Ainsi donc, à la juxtaposition fortuite des normes constitutives du droit, fut substitué un système coordonné et hiérarchisé de ces normes, mises en rapports mutuel et unies par des enchaînements réciproques. Dès lors que la codification quantitative ne consistait qu'en une exposition d'ensemble objective: d'un point de vue purement extrinsèque, la complétude de la réglementation ne pouvait à son tour être atteinte que fortuitement. Seule la codification qualita-

tive synthétisante pouvait avoir la prétention doctrinale de tendre à une complétude dans la mesure où l'exigence de complétude et les mécanismes permettant de combler les lacunes du droit procédaient précisément des principes généraux du système de normes. La seule convergence propre au contenu que l'on puisse discerner par-delà les différentes formes qu'a revêtues la codification réside dans le fait que toutes les codifications ont visé à promouvoir l'hégémonie du pouvoir de l'État central sur l'ordre juridique. Seule la transposition dans la codification du droit écrit établissant et présentant comme seuls authentiques tels modèles-types de conduite et de décision, est à même de garantir de la façon la plus efficace le contrôle du pouvoir politique sur le droit et son fonctionnement.

12. *Conclusion.* La médiation juridique embrasse de plus en plus profondément un champs toujours plus vaste de rapports sociaux. C'est là le signe de la socialisation croissante du droit. Cela signifie également que la spécificité du droit augmente et avec elle le besoin social d'organiser et de mettre en œuvre le droit en tant que système. C'est ainsi que le besoin de codification se généralise dans la société d'aujourd'hui, besoin auquel les différents régimes socio-juridiques doivent répondre d'une manière telle que soient reflétées leurs propres conditions.**

** Pour quelques chapitres publiés en langues occidentales, voir: *Die Kodifikation und ihr Verfall in der Entwicklungsgeschichte der bürgerlichen Demokratie*, = Die Krise der bürgerlichen Demokratie und der bürgerlichen Demokratielehren in der Gegenwart, vol. 2, Berlin, Institut für Theorie des Staates und des Rechts der Akademie der Wissenschaften der DDR, 1978, pp. 104—111 (cf. V, §§ 4—5, abrégés); *Modernization of law and its codificational trends in the Afro-Asiatic legal development*, Budapest, Institute for World Economics of the Hungarian Academy of Sciences, 1976, 45 p. (Studies on Developing Countries No. 88) (ch. VII); *The formation of a new, socialist type of codification*, *Acta Juridica XVII* (1975) 1—2, pp. 111—138 (ch. VIII); *Rationality and the objectification of law*, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, LVI (1979) 4, pp. 676—701 (ch. X, §§ 1—2); *Utopias of rationality in the development of the idea of codification*, = *Law and the future of society*, Wiesbaden, Steiner, 1979, pp. 27—41 (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft Nr. 11) (ch. X, § 3); *Types of codification in the codificational development*, *Acta Juridica*, XIX (1977) 1—2, pp. 31—54 (ch. XI); *Historisches Wesen und aktuelle Bedeutung der Kodifikation*, *Acta Juridica*, XXI (1979) 1—2, pp. 184—190 (ch. XII).

Csaba VARGA. — *A kodifikáció mint társadalmi-történelmi jelenség* (La codification comme phénomène socio-historique), Budapest, Akadémiai Kiadó, 1979, 351 pages.

En présence de bons ouvrages publiés dans cette langue qui n'est guère accessible au lecteur occidental, on a l'habitude de déplorer la barrière linguistique. Or, cette plainte nous semble exempte de toute banalité dans ce cas précis : cette grande monographie parue sous un titre trop modeste, est en réalité un *traité d'histoire comparée socio-juridique de la codification*, donc un ouvrage d'une actualité poussée dont les juristes occidentaux profiteraient au maximum s'il était disponible dans une de leurs langues. Une traduction serait souhaitable qui s'intégrerait heureusement dans un contexte plus large : La codification nationale (examinée par M. Varga) étant inséparable de la codification à l'échelon international, c'est sur la toile de fond du phénomène historico-social de la codification tel qu'il est présenté par M. Varga, que se dessinera l'évolution juridique la plus spectaculaire de notre époque, à savoir, la codification par conventions internationales d'un nombre rapidement croissant de matières de droit privé et de droit judiciaire. Si l'étude systématique des problèmes d'application de ce nouveau corps de droit conventionnel a été entamée, en revanche, personne ne s'est penché sur les causes socio-historiques pourtant si évidentes du phénomène de codification moderne qui consiste en la transposition de la réglementation de nombreuses matières de droit privé, à partir de l'ordre juridique interne, à l'échelon international.

M. Varga lui-même serait d'ailleurs le plus qualifié pour entreprendre cet examen ultérieur (inéluctable dans un proche avenir), car outre ce volume, une série imposante de ses contributions (publiées dans les principales revues hongroises) nous convainc de sa maîtrise des aspects juridique, historique, social et philosophique de la codification.

L'aménagement de sa monographie est original : La première partie intitulée : « Les concrétisations historiques du concept de la codification » (pp. 19-228) est en réalité ce que l'on pourrait appeler la « partie spéciale d'histoire comparée socio-juridique », en voici les chapitres : Les formes précoces de la codification : codes de l'Antiquité (pp. 19-38) ; codes du Moyen Age (pp. 39-61) ; Tendances de codification dans l'époque de l'absolutisme éclairé (pp. 62-80) ; La période classique de la codification (pp. 81-134) : 1. L'insuffisance de la codification de l'absolutisme éclairé (pp. 81-84) ; 2. La Révolution française et le développement du type classique de la codification (a) Les racines prérévolutionnaires du concept de codification ; (b) La gestation du Code civil et la détermination de la forme définitive du Code (pp. 84-102) ; 3. Les codes tardifs... (Allemagne, Suisse), pp. 103-113 ; 4. L'apo-

gée de la codification continentale (pp. 113-123) ; 5. Caractère unique de cette codification, sa perpétuation, etc. (pp. 124-132), Vellités de codification dans les systèmes anglo-saxons (pp. 135-159, Essais de codification dans les systèmes afro-asiatiques (pp. 160-192), Nouvelle qualité dans l'histoire de la codification : la codification dans les systèmes socialistes (pp. 193-228).

Ici la parole est à M. Varga qui caractérise dans les termes suivants la codification des systèmes socialistes : «Le trait de caractère spécifique au type socialiste de la codification est inhérent à la perspective de recodification. Ceci signifie que la codification socialiste ne prétend pas à sa propre perpétuation». En d'autres termes, cette codification se renouvelle périodiquement, de par sa nature. «Cet élément suggère une nouveauté non seulement dans la technique de la codification socialiste, mais aussi dans le concept de la codification même» (p. 228).

Dans ses conclusions succinctes à propos de la codification dans les systèmes socialistes, l'auteur a insisté sur l'importance des *traditions juridiques* des différents pays socialistes, en disant que ces traditions ont marqué de leur empreinte l'œuvre de codification dans plusieurs démocraties populaires, tandis que la tradition de codification russe ne jouait aucun rôle important dans la codification soviétique (p. 227).

Nous voici arrivés à la II^e partie de l'ouvrage qui est au fond une partie générale. Avant de conclure sur cet aménagement original (que nous avalisons), il sied d'en citer le plan : La raison d'être d'un concept de codification général (pp. 231-258) : 1. La question de l'unité et de la diversité des concrétisations historiques du concept de la codification (pp. 231-245), 2. La possibilité et le concept du développement de la codification (pp. 245-249), 3. Le concept général (technique) de la codification (pp. 249-258) ; La rationalisation comme fin abstraite et force motrice dans l'évolution de la codification (pp. 259-294) : 1. La rationalité et son rôle dans le développement socio-juridique (pp. 259-271), 2. La rationalisation juridique dans la matérialisation historique du concept de codification (pp. 272-283), 3. Illusions de codification comme formes idéalisées de la rationalisation juridique (283-294) ; Types de codification dans le développement codificateur (pp. 295-322) : 1. Les types fonctionnels de la codification (pp. 295-304), 2. La question de la vue soit quantitative, soit qualitative de la codification (pp. 304-310).

A ce point, nous citons la phrase suivante prononcée par le Premier Consul le 12 pluviôse de l'an XII (à propos des régimes hypothécaires) qui dit tant de choses en si peu de mots : «On ne peut rendre les lois extrêmement simples sans couper le nœud plutôt que de le délier, et sans livrer beaucoup de choses à l'incertitude de l'arbitraire». (Napoléon Bonaparte. *L'œuvre et l'histoire*, III, *Napoléon réformateur de la France. Napoléon en Conseil d'Etat*, 1970, p. 101).

Terminons cependant l'information sur les derniers chapitres de l'ouvrage de M. Varga : 3. La substance socio-politique commune des différents types et matérialisations de la codification (pp. 310-322), Le phénomène de codification dans l'évolution contemporaine : Récapitulation (pp. 323-338).

La méthode de présenter la partie spéciale avant la partie générale d'un ouvrage doctrinal, correspond à l'ordre suivant de la position des problèmes : Voyons d'abord la réponse à la question : «*quid ?*», ce qui nous permettra de profiter par la suite d'une profusion d'informations précises anticipées (= partie spéciale), pour illustrer les réponses aux questions consécutives formulées dans la partie générale : «*quam ob rem ?*», «*Quo modo ?*», etc.

théorie de l'évolution socio-historique de la codification, théorie authentiquement originale dans son ensemble. Il faut en féliciter l'auteur, de même que son éditeur, car il existe par exemple en Europe occidentale des lieux précis (pas des pays entiers) où une véritable censure doctrinale est pratiquée pour étouffer tout nouveau concept qui serait à l'écart de l'immobilisme doctrinal érigé en idole par ces rédactions.

Terminons en précisant que la monographie de M. Varga est d'une grande clarté quant à son aménagement, à ses conclusions chaque fois recueillies en sous-chapitres et quant à son langage. La rigueur du volume est franchement exceptionnelle. L'on se demande comment l'auteur a su concentrer sur 350 pages toute la richesse de ses pensées systématisées.

F. MAJOROS

Csaba VARGA, *Codification as a Socio-Historical Phenomenon*, Akadémiai Kiado, Budapest, 1991, VIII et 391 pages.

Spécialiste réputé de la codification, M. Varga nous propose maintenant, en anglais, une synthèse impressionnante de ses travaux sous le titre un peu déroutant de la codification comme phénomène socio-historique. C'est une vaste fresque de toutes les étapes et de toutes les formes de codification, dans tous les systèmes de droit, dont la première partie, la plus longue, décrit les manifestations historiques de l'idée de codification et dont la seconde s'attache aux types et au développement de la codification. C'est cet universalisme de la recherche qui constitue l'intérêt premier de l'ouvrage. Il nous décrit la codification dans l'Antiquité, au Moyen-Âge, chez les despotes éclairés, les codes bourgeois, les codes socialistes. Il examine ensuite la codification selon les systèmes du droit : dans les droits bourgeois, la codification aurait tendance à s'ossifier ; dans le système socialiste, la codification a pris une importance spécifique, en abandonnant la prétention à l'immortalité au profit d'une mise à jour permanente. Il s'attache aussi aux tentatives de codification dans le système de *Common Law*, plus poussées aux États-Unis qu'en Angleterre, ainsi qu'aux efforts de codification dans les pays afro-asiatiques. M. Varga retient, en principe, toutes les formes de codification, depuis la simple compilation jusqu'à la codification réformatrice, et ceci en toute matière, bien que, comme trop souvent, il privilégie un peu trop le droit civil. On peut se demander si la codification (ou la non-codification) du droit pénal, des différents types de procédure, et aujourd'hui du droit administratif, ne mériterait pas un peu plus d'attention. Il est inévitable qu'une vision aussi encyclopédique risque de comprendre des lacunes, et ceci d'autant plus que l'auteur nous avertit (p. 20) qu'il a fini son étude en 1976 et ne l'a pas réactualisée. Or il s'est passé beaucoup de chose depuis 1976... Bien des phénomènes récents (quelquefois antérieurs à cette date mais dont la connaissance n'a pas été encore propagée)

ont eu lieu : je me contente d'en signaler trois. Tout d'abord l'établissement d'un programme ambitieux de codification par la *Law Commission* en Angleterre et son échec quasi-total. Ensuite, l'abandon en France du projet de refonte complète du Code civil au profit d'une rénovation du Code de 1804. L'exemple français aurait pu fournir l'occasion d'une réflexion sur l'évolution différente de la codification, dans un même pays, selon les matières : refonte ou correction ou... refus de codification (le droit administratif en France). Enfin l'auteur n'a pas suffisamment insisté sur le développement récent de ce mouvement de codification dite (en France) « administrative » que l'on trouve dans un grand nombre de pays comme une sorte de palliatif à l'inflation législative et réglementaire.

Mais le principal inconvénient de ce décalage dans le temps est évidemment que l'ouvrage est antérieur à l'écroulement du système socialiste en Europe de l'Est. Or il fait la part belle au marxisme — Marx et Lukacs sont plus cités que Portalis — même si l'auteur souligne le dogmatisme de la doctrine marxiste. Or aujourd'hui, tout ce qui a trait au système socialiste n'a plus de valeur qu'historique, sauf en ce qui concerne la Chine. Mais pour celle-ci aussi, la réflexion n'est pas totalement à jour car le considérable mouvement de codification que l'on observe dans ce pays depuis quinze ans n'y a pas été inclus.

L'analyse socio-économique de la codification à partir d'une conception marxiste fait même parfois un peu sourire. Passe encore que les grandes codifications du XIX^e siècle, encadrées par la codification napoléonienne et par la codification allemande, soient qualifiées de bourgeoises. On pourrait seulement discuter le caractère immuable, tel qu'il est relevé par M. Varga, en les qualifiant de « restes pétrifiés de réalisations passées » (p. 229). Il semble bien qu'aujourd'hui, les grandes codifications bourgeoises (Code civil français, BGB...) se caractérisent par leur capacité d'absorber les réformes du droit, un aspect que l'auteur ne fait qu'entrevoir. Mais surtout il est assez amusant de lire que le Code civil suisse est le code du capitalisme monopolistique.

Ces excès ou ces précautions oubliées, et au-delà de l'analyse socio-économique du concept ou de l'analyse wébérienne des processus de développement de la codification, on tirera profit d'une série de remarques intéressantes et des différentes grilles de classement (trop compliquées pour être résumées) qui sont proposées en conclusion. On retiendra par exemple le passage de l'utopie quantitative (tout couvrir) à la vision qualitative (mieux légiférer), le rôle de la rationalisation formelle du droit, la place que tient la codification dans le contrôle étatique centralisé sur le droit.

Phénomène complexe, la codification, sous toutes ses formes, ne se laisse pas facilement cerner. L'ouvrage de M. Varga permet en tout cas d'alimenter notre réflexion.

Denis TALLON

Csaba VARGA, *Codification as a socio-historical phenomenon*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1991, pp. 391.

Chi tra gli storici del diritto abbia avuto modo di occuparsi di studi sulla Pandettistica o di diritto romano ha senza dubbio anche avuto occasione di incontrare i nomi di E. Pólay o G. Hamza, ed in tal modo familiarizzare. nei limiti consentiti dall'ostacolo linguistico e dalla sua eventuale rimozione editoriale, con lo stato raggiunto dalle nostre discipline in Ungheria. Oltremodo opportuna giunge ora — e opportuna altresì in un'ottica, vorremmo dire, di molteplice 'bagno di umidità' per noi che spesso siamo tentati, pur senza ricordare specifica- 303

tamente gli stilemi (e i dannosi risultati) della 'disciplina' della c.d. 'geopolitica', di assumere, spesso solo tra le righe, ma sottilmente, arie di superiorità culturale 'occidentalizzante' —, del tutto opportuna, stavamo dicendo, ci pare l'iniziativa dell'editore di Budapest di proporre in lingua inglese i lavori di Csaba Varga in tema di codificazione; si tratta infatti di uno studio terminato attorno al 1976, che presso il medesimo editore aveva già visto la luce in versione monografica ungherese ed in forma leggermente ridotta rispetto all'attuale mole: vista l'originale *Fassung* ch'era rappresentata da una lunga serie di *papers* pubblicati sulle più disparate riviste ungheresi, intere parti o sezioni del libro erano già note attraverso traduzioni su riviste (in particolare sull'ARSP e nella *Rivista internazionale di filosofia del diritto*) od in opere collettanee apparse in Svezia, Germania e nella stessa Ungheria. Una serie di scritti successivi, che vanno dal 1978 all'88 (e che segnalano la crescente notorietà internazionale del nostro, che collabora ora ad intraprese culturali anche in Messico, Francia, Spagna e a riviste quali la *Eastern Africa Law Review*, *Informatica e Diritto*, *Rechtstheorie*, gli *Archives de Philosophie du Droit*) forniscono ulteriori messe a punto e materiali di cui si tiene conto in questa che non è quindi la mera riproposizione del testo del 1979 (cfr. pp. 20-24).

Dopo i fatti dell'89 potrebbe sembrare in ogni caso o un azzardo o frutto di 'insana' nostalgia proporre all'attenzione un testo che si riconosce pienamente — ma in un'età in cui il 'pentitismo' non sempre è patrimonio degli spiriti migliori, forse una forma 'scientifica' di fedeltà a se stessi dovrebbe incontrare quantomeno rispetto — nei canoni interpretativi 'marxisti'. Nè l'una, nè l'altra cosa: il valore scientifico del testo si difende, appunto, da sé e permette suggestioni e sguardi che possono coinvolgere al di là delle premesse metodologiche; d'altro canto la tradizione marxista ungherese si è spesso segnalata per l'originalità e talora l'autonomia delle sue analisi e ha raccolto attorno alle posizioni lukácsiane e alla c.d. Scuola di Budapest forze e intelligenze di primissimo ordine, talune delle quali, nei rispettivi ambiti disciplinari, animano tuttora il dibattito internazionale (basterebbe pensare ad Ágnes Heller, ma non si debbono dimenticare i nomi di György Markus, András Hegedüs e Mária Márkus, nè, pertanto, l'apporto della scuola economica e sociologica di Budapest). In fatto, i referenti culturali del nostro, oltre che essere determinati da una impostazione disciplinare molto articolata, alla quale subito faremo cenno, sono appunto rappresentati da Max Weber e György Lukács, in particolare quello dell'*Ontologia dell'essere sociale* (l'autore gli ha anche dedicato una specifica monografia *The Place of Law in Lukács World Concept*, Budapest, 1985): in una parola le tematiche della 'razionalizzazione' formale del diritto e della trasformazione sociale dei parametri di valore cui commisurarle contentutisticamente. Oltre alla prospettiva

alla luce di tali impostazioni — fin da ora, per non ripeterci, andrà segnalato come uno dei pregi del volume l'essenziale apparato di note, che fornisce un quadro attendibilissimo della ricerca filosofica, storico-giuridica e comparatistica anche in paesi che il normale cultore del diritto non è aduso a 'visitare' —, a nostro avviso va tuttavia fortemente rimarcato il carattere *weltrechtlich*, 'mondiale' del tipo di approccio che l'autore fa suo (ed in larga parte anche degli specifici risultati che raggiunge, sui quali in questa sede non possiamo soffermarci); ciò non tanto per la circostanza che lo induce nella prima parte (pp. 27-246) ad individuare le «manifestazioni storiche dell'idea di codificazione» non già — come il riferimento weberiano ci avrebbe troppo facilmente indotto a credere — soltanto confinate nello spazio storico della 'modernità', ma bensì ad accogliere una prospettiva comparatistica di lunghissimo periodo (dall'antichissima Mesopotamia ai «Codes of the Mediaeval Empires») che forse, per le tracce dell'hegelismo in misura diversa peculiare ai due numi tutelari scelti, potrebbe condurci agli illustri e troppo trascurati (anche storiograficamente) esempi ottocenteschi di *Universalrechtsgeschichte*: ai nomi dei 'perdenti' Gans o Kohler, insomma — e non sarebbe comunque merito dappoco l'averci li rammemorati, magari percorrendone in parte (seppur, va detto, solo in parte) il 'periglioso' cammino. No, non si tratta di questo in particolare — e sarebbe ingiustificato chiedere all'autore lo scavo storiografico innovativo (ad es. in tema di codificazione 'illuminata' o della tipologia 'classica' della codificazione continentale; pp. 71-90) —; piuttosto il merito precipuo dell'argomentazione (che si serve talora della notazione 'storica' come di un *topos*) ci appare quello della 'sprovvincializzazione', di una presa di distanza rispetto ad uno sguardo troppo 'occidentalizzato' (cfr. S. Latouche, *L'occidentalizzazione del mondo. Saggio sul significato, la portata e i limiti dell'uniformazione planetaria*, Torino, 1992), quasi 'etnocentrico' sul fenomeno della codificazione.

Le parti più interessanti e più ricche del volume — anche nella prospettiva finale (pp. 247-352) di un'individuazione di un «concetto generale di codificazione» che mostri «the Common Core of Codification Phenomena» (p. 333 ss.) — sono infatti quelle dedicate alla codificazione 'senza codice' (ai sistemi di *common law*; p. 143 ss.), alla codificazione in quelli che siamo usi chiamare, in forza di un concetto di sviluppo già oggi totalmente evasivo e sfuggente a noi stessi (cfr. S. Latouche, cit., p. 89 ss.), appunto paesi «in via di sviluppo» (p. 171 ss.), ed infine alla ridefinizione di tale procedimento nei c.d. «paesi socialisti» (pp. 205-246): anzi — nonostante i destini storici successivi, che non ci debbono tuttavia indurre nell'errore di privarci dell'effetto 'straniante' dal punto di vista storico-teorico, che Varga molto ben sottolinea («new ambitions in codification» è la sua formula) — è proprio a partire da una disamina degli (oramai 'ultimi') sviluppi in 305

questi paesi che il nostro individua il valore generalizzabile di un concetto come quello di 'ricodificazione' che potrebbe anche da noi essere utilizzato e riflettuto, anche nella direzione del ridimensionamento ('planetario', non per caso) di forse troppo fortunati manifesti 'decodificatori'. È un punto sul quale chi scrive dovrà certo tornare: ci limitiamo perciò qui a segnarne l'importanza.

Quello che ci premeva invece mettere in piena luce è l'aspetto della ricerca che recupera un lavoro già pubblicato nel 1976 (*Modernization of Law and Its Codificational Trends in The Afro-Asiatic Legal Development*) e frutto di un rapporto con l'*Institut für Weltwirtschaft* (anche noto con la precedente designazione di 'Centro per gli studi afro-asiatici') e che, almeno in tesi, coglie l'esigenza che ci si faccia carico di una più libera riflessione storico-giuridica e comparatistica, senza affidare totalmente la problematica di tali rapporti alle istituzioni nazionali od internazionali che si occupano dei 'problemi dello sviluppo' o degli 'aiuti' al medesimo. Senza il retroterra 'culturale' costituito dalla conoscenza del 'movimento' del diritto anche in questi paesi, dalle possibilità di autonoma configurazione degli istituti giuridici che vi si possono cogliere — e che in forza della non-contemporaneità dei vari 'strati' di evoluzione storica occidentale possono altresì essere usati quali 'esperimenti storico-mentali' per sussumerne criteri interpretativi storicamente rilevanti — anche il più generale rapporto tra paesi 'industrializzati' e paesi-'altri' rischia di diventare un dialogo tra ciechi e sordi. L'analisi di Varga sui problemi ingenerati dallo sviluppo del diritto islamico, dalla sostituzione di antiche costumanze tribali attraverso un diritto 'codificato' nei paesi africani ed asiatici, nonché sul diverso valore storico-effettuale dell'assunzione 'spontanea' del diritto europeo nei paesi asiatici e africani, rispetto all'adozione «ottriata» di quel medesimo diritto in quei paesi invece precedentemente soggetti a dominio coloniale, così come la sottolineatura delle diverse linee di evoluzione di tale rapporto in Asia rispetto alla situazione africana — laddove il raggiungimento dell'indipendenza e autonomia statale è spesso avvenuto in modo frammentario e a partire da situazioni estremamente 'dispersive' e conflittuali, e quindi ha spesso utilizzato lo strumento della codificazione del diritto quale postulazione-manifestazione del desiderio dell'unità del diritto come elemento di una statualità per altri versi ancora non attinta — costituiscono un indubbio arricchimento, in particolare nel momento nel quale l'autore non si fa afferrare completamente dall'amore di tesi, da quello cioè che potrebbe diventare il letto di Procuste dell'ipotesi della 'modernizzazione', per lasciare spazio, ad esempio, all'illustrazione dei rischi impliciti per paesi africani in un tale uso (seppur valutato alla fine in maniera positiva) della codificazione come anomala via d'accesso alla 'statualità'. La trattazione del nostro lascia certamente tutta una serie

assieme storici e teorici; e pensiamo in particolare alla questione relativa alle modalità di ricerca e reperimento del diritto che dovrà esserè codificato e a come i diversi metodi configurabili incidano poi sulla struttura e sulla sostanza della codificazione medesima —, ma ci indica anche percorsi non consueti di riflessione e, quel che più conta, ci invita a 'penser', e a penser 'oltre'. Ringraziamo Csaba Varga per questo, assolutamente consapevoli, però, ch'egli ha voluto esserci buon compagno di lavoro e non già concluderlo al posto nostro.

PAOLO CAPPELLINI

LE CODE EN TANT QUE SYSTÈME. LE CARACTÈRE DE SYSTÈME POSSÉDÉ PAR LE CODE ET L'IMPOSSIBILITÉ DE LE CONCEVOIR D'UNE FAÇON AXIOMATIQUE

Dans la sphère des différentes objectivations humaines la dialectique du contenu et de la forme se présente de différentes manières. Comme une conséquence du postulat de la standardisation, c'est-à-dire d'une expression et d'une fixation standardisée, l'objectivation juridique appartient aux objectivations où une construction formelle particulière du contenu est éminemment essentielle; la forme *due* est une condition indispensable de l'apparition comme une objectivation *spécifiquement* juridique. Le concept du code s'attache à celui de la forme juridique et il présuppose ainsi l'analyse de l'essence de la forme expressément juridique. Parmi les formes juridiques le signe distinctif des codes est leur structure spécifique, leur caractère de système. L'approche systématologique des codes, la mise au jour de la particularité de leur structure est ainsi une tâche d'actualité de la science. L'accomplissement de cette tâche est, entre autres, nécessaire aussi pour pouvoir distinguer les codes — sur la base de leurs composants de caractère systématique — des autres formes juridiques. L'on sait que dans la sphère de la pensée cartésienne — notamment dans l'œuvre de Leibniz, mais dans nos jours également — chez les tendances formalistes de l'approche logique du droit, l'axiomatisme figure comme la systématisation idéale du droit. L'analyse des possibilités d'un axiomatisme juridique conduit cependant à la conclusion que la systématisation axiomatique est impossible. Si l'on considérait chaque norme du droit à systématiser comme un axiome, on n'aboutirait qu'à une fausse solution. Si nous voulions en réalité construire le système sur des axiomes, l'impossibilité en deviendrait manifeste à l'instant, et ceci avant tout en conséquence du caractère *a priori non déductif* des relations réciproques des normes. L'axiomatisation du droit est donc *par principe* impossible; le modèle axiomatique peut néanmoins avoir une valeur heuristiques et ainsi, en ce qui concerne les aspects systématologiques des systèmes de droit, il peut suggérer des solutions utiles, des possibilités des analogies, des structurales.

Leibniz et le problème de la systématisation du droit

Plusieurs signes semblent indiquer qu'à nos jours l'actualité de Leibniz repose précisément sur ses idées, tentatives et efforts mathématique-logiques. Le rôle croissant des analyses logiques dans le domaine des sciences juridiques, puis le caractère problématique des tendances formalistes même axiomatiques dans la sphère des approches logiques prêtent également d'actualité de passer en revue l'œuvre de Leibniz. Leibniz a traité les problèmes du droit et de la science juridique comme des

problèmes de la logique. Son effort a encadré le droit dans un système axiomatique, l'a accompagné pendant toute sa vie, son effort a subi cependant un échec ce qui témoigne aussi du caractère irréal de la vision géométrique de la systématisation du droit. L'analyse des idées de Leibniz peut ainsi contribuer à des conclusions méthodologiques utiles.

L'approche du droit comme système

D'après l'A., la condition indispensable de toute influence sociale consciente et planifiée est un certain degré de rationalité formelle. Dans l'évolution juridique, la rationalisation formelle commença par prendre en considération le comportement instrumental du but à atteindre comme un objectif autonome, c'est-à-dire qu'elle objectiva le droit comme structure normative. La rationalité formelle se développa jusqu'à devenir un principe qui influence tout l'ensemble du phénomène juridique au cours de la période de transformation bourgeoise de la société, parallèle à la naissance de l'exigence économique-sociale de rendre le droit mathématisable. Le droit, en tant que diffusion du mathématisme universel dans le domaine de la philosophie rationaliste et de l'axiomatisme dans le domaine de la doctrine du droit naturel, a été structuré comme un ensemble de règles organisé en système; ce fut la formule qui répondit le mieux tant aux besoins bureaucratiques de l'absolutisme féodal qu'à la demande bourgeoise de sécurité et de prévisibilité du droit.

La conception du droit comme système axiomatique déductif est l'expression appropriée de l'évolution historique indiquée plus haut et, dans son existence purement idéale et fictive, elle a été partie intégrante de la société qui l'a produite; avec le passage du capitalisme de libre échange au capitalisme de monopole, la notion même de rationalité a été bouleversée en accord avec l'évolution de la société.

Toutefois, bien que la complexité de la société moderne en général et la planification dominante de la société socialiste en particulier supposent une ample utilisation de structures formellement rationalisées (en vertu de laquelle le modèle axiomatique déductif prévaut comme un idéal plus ou moins étendu), on doit reconnaître que le droit reste toujours un système pratique. Sa structure, ses composants, ses procédures peuvent être explorées au moyen d'une quelconque reconstruction non formelle; en conséquence, les systèmes juridiques, sauf lorsqu'ils sont traités par ordinateur, ne peuvent être considérés comme statiques, fermés, purement déductifs, axiomatiques ou axiomatisables.

Secondo l'A. un certo grado di razionalità formale è la precondizione indispensabile d'ogni influenza sociale consapevole e pianificata. Nello sviluppo giuridico la razionalizzazione formale cominciò col considerare il comportamento, strumentale allo scopo da raggiungere, come un obiettivo autonomo, cioè oggettivando il diritto come struttura normativa. La razionalità formale si sviluppò fino a divenire un principio permeante l'intero complesso del fenomeno giuridico nel periodo della trasformazione borghese della società, parallelo alla nascita dell'esigenza economico-sociale di rendere il diritto calcolabile. In quanto diramazione sia del matematismo universale nel campo della filosofia razionalista sia dell'assiomatismo nel campo della dottrina del diritto naturale, il diritto è stato strutturato come un insieme di regole organizzato in sistema; questa fu la formula che maggiormente soddisfacee sia i bisogni burocratici dell'assolutismo feudale sia la domanda borghese di sicurezza e prevedibilità nel diritto.

La concezione del diritto come sistema assiomatico-deduttivo è l'espressione adeguata dell'evoluzione storica delineata e, nella sua esistenza meramente ideale e fittizia, è stata parte del modo d'essere della società che l'ha prodotta; con la trasformazione del capitalismo di libero scambio in capitalismo monopolistico il concetto stesso di razionalità è stato rivoluzionato in accordo coi mutamenti sociali.

Tuttavia, benché sia la complessità della società moderna in generale sia la pianificazione prevalente nella società socialista in particolare presuppongano un ampio uso di strutture formalmente razionalizzate (a causa del quale lo stesso modello assiomatico deduttivo sopravvive come un ideale più o meno esteso), si deve tuttavia riconoscere che il diritto è sempre e in ogni circostanza un sistema pratico. La sua struttura, i suoi elementi, le sue procedure possono essere indagati per mezzo d'una qualunque ricostruzione non formale; conseguentemente i sistemi giuridici non possono, eccetto che nel caso della loro computerizzazione, essere considerati come statici, chiusi, meramente deduttivi, assiomatici o assiomaticizzabili.

LES QUESTIONS FONDAMENTALES DE LA CRÉATION DU DROIT

L'étude résume les questions théoriques de la création du droit, faisant le total des examens précédents. La base de cette étude sont des articles de caractère comparatives et historiques qui publièrent antérieurement de même que l'interprétation des pensées de György Lukács en vertu son travail "Zur Ontologie des gesellschaftlichen Seins". Par conséquence la notion de l'objectivation juridique est au centre des explications de l'auteur. Premièrement l'étude jete un coup d'oeil sur le développement historique de la législation et sur son rôle: elle examine l'importance historique de la législation comme l'objectivation juridique et le parallèle de l'encouragement spontané et contrôlé du droit dans le développement en antiquité et au cours de moyen âge; elle examine aussi des aspirations au droit écrit dans le modern développement et enfin des efforts des systèmes socialistes à construire un droit basé exclusivement sur l'activité de la législation. D'autre part l'étude traite des bases théoretiques de la création du droit notamment l'essence de l'objectivation juridique, le problème de l'échelon de la réglementation juridique par la suite elle examine le phénomène l'objectivation juridique, qui est liée par l'objectivation linguistique. Après l'auteur analyse la codification comme la plus élevée forme du droit écrit, ainsi des formes precapitalistes de la codification, la codification socialiste comme modèle de la recodification et enfin le caractère systématique de la codification le rôle dialectique de la codification: l'ouverture et clôture dans le développement du droit et ses problèmes.

La hétérogénéité et la validité du droit: essai d'une reconstruction ontologique

L'idée de la validité du droit n'est pas un phénomène universel: elle est le résultat d'un long développement historique, caractéristique seulement pour certaines cultures juridiques. En ce qui concerne le droit primitif, il était caractérisé par une validité fonctionnelle, définie par l'existence et l'opération du droit en tant que tel. En ce qui concerne le droit médiéval, il était caractérisé par une validité du contenu, définie par la continuation du bon droit ancien, traditionalisé en pratique. La validité formelle, basée sur sa déduction formelle de certaines normes fixées au préalable, est connue seulement dans la culture du droit formel moderne, visant à une rationalisation formelle par l'intermédiaire de la bureaucratisation de l'État moderne. Les préconditions, l'idéologie et l'explication théorique de la validité formelle sont esquissées par l'auteur à partir de ses essais antérieurs visant à une reconstruction ontologique de ce droit, inspirés méthodologiquement par l'Ontologie sociale de Georges Lukacs. Au point de vue doctrinal, la validité formelle présuppose la conceptualisation parfaite du droit, la réduction de *ius* à *lex*, l'idéologie d'une régulation complète par le droit et de sa capacité de donner une solution logiquement nécessaire à n'importe quelle question de fait ou de droit, ainsi que la séparation institutionnelle de la création et de l'application du droit. Naturellement, tout cela est caractéristique pour un type idéal du droit, mais tout en reflétant des exigences actuelles et même avec la prétention de les réaliser dans la mesure possible.

La validité ne constitue pas un attribut réel du droit. Il s'agit d'un concept analytique formulé pour qualifier un certain système de normes en tant que droit. Le droit se compose d'un ensemble des concepts qui possèdent la seule fonction de qualifier, c'est-à-dire, par la projection de ses propres principes et éléments d'ordre sur l'existence sociale, de les faire socialement acceptés et réalisés par le fonctionnement adéquat de la bureaucratie et par l'emploi de la force. C'est pourquoi, la qualité de la validité du droit en tant qu'issue de l'acte humaine de qualification est simplement imaginaire: elle n'est qu'une étiquette, existant exclusivement et par l'établissement des règles de jeux relatives et dans la pratique de leur observation. Donc, cette qualité n'existe pas par elle-même; elle n'est pas non plus supportée par le phénomène du droit tel quel; ce sont nous, les participants du jeux, qui exerçons la pratique de l'étiquetage dans l'intérêt d'influencer par cela la réalité sociale. En conséquence, le critère dominant de l'acte de qualification n'est pas à

trouver dans le phénomène qualifié et sa valeur n'est pas à définir par la régularité de l'acte en question; ce qui importe finalement c'est que la qualification donnée se transforme en un principe réel de la pratique réelle, devenant le motif dernier de son influencement actuel. Néanmoins, d'un autre point de vue, c'est bien sûr une question de rélevance primordiale de savoir si la pratique est cohérente en elle-même ou non, conforme à ses propres normes ou non, et si non, quels seraient l'issue des débats professionnels idéologiques en vue et la réalisation des résultats socialement etc. désirables et la maintien de la standardisation et la normalisation de la pratique suivie au nom du droit.

LA LEGISLATION ET SON CARACTERE RESPONSABLEMENT CONSCIENT: LES QUESTIONS DE PRINCIPE DE L'EXPOSE DES MOTIFS MINISTERIEL

La base de principe de la formation de l'institution de l'exposé des motifs ministériel se trouve dans le fait que les formes d'objectivation caractéristiques du droit écrit, c'est-à-dire les structures de normes ne gardent plus les rapports de causalité et téléologiques leur servant de base qu'en les terminant. C'est pourquoi en vue de convaincre de la rationalité des structures de normes juridiques une expression- consistant en structures autres que structures de normes – est nécessaire à fixer et évoquer les processus de raisonnement conduisant à la formation des structures de normes en question. L'exposé des motifs ministériel a pris sa naissance dans une époque de l'histoire où par le développement du parlementarisme libéral bourgeois, sous le signe de la séparation des pouvoirs étatiques le processus législatif les deux fonctions, notamment celle de la préparation et celle de l'adoption ou votation de la loi se sont séparées. L'exposé des motifs ministériel est un moyen du pouvoir exécutif présentant un projet de loi au pouvoir législatif décidant du sort de ce dernier, pour convaincre ce pouvoir législatif des valeurs du projet présenté. Le système politique du socialisme considère la séparation de ces deux fonctions comme étant des phases de la division du travail relativement séparées, et non pas comme des étapes politiquement opposées. La fonction de l'exposé des motifs ministériel n'est donc dans le socialisme que la justification rationalisante du projet de loi devant lui-même, que devant toute la société.

L'exposé des motifs ministériel peut jouer un rôle considérable dans l'interprétation des lois, ne peut pas être qualifié cependant comme authentique, disposant de n'importe quel trait de normativité. Son rôle joué dans la pratique dépend en principe exclusivement de sa force convaincante intérieure ainsi que de la mesure dans laquelle les considérations apportées par l'exposé en question en tant que motifs historiques, sont adéquates aux déterminations sociales agissant au moment de l'application concrète de la loi.

SUR LA DÉTERMINATION SOCIALE DU RAISONNEMENT JURIDIQUE

Le caractère socialement déterminé du droit considéré dans son application se manifeste sur deux plans. Ce droit est déterminé d'une façon indirecte par la nature sociale historique de la norme juridique formellement établie qui est à appliquer, tandis que d'une façon directe il est déterminé par la situation concrète de la norme en question notamment par sa nature sociale actuelle. La possibilité de la détermination directe, qui ne peut pas être exclue par une détermination transmise par la création du droit, est assurée en principe par le rôle limité que la logique formelle peut jouer dans le raisonnement juridique. En effet, dans le processus de la formation des prémisses de la décision se présente nécessairement le problème de l'appréciation et de la détermination de la signification ainsi que le fait que la déductivité ne constitue qu'un cadre général, puisque les informations obtenues concernant les faits essentiels du cas et le contenu de la norme en elles même ne définissent pas sans équivoque la spécification comprise dans la décision. Entre les *input* et les *output* standardisés du raisonnement juridique il n'existe pas une relation de nécessité de logique formelle, de la sorte que dans le processus du raisonnement cette logique peut figurer seulement comme un facteur de contrôle. Or, dans ces conditions, vu que le caractère social directement déterminé peut pratiquement agir à la fois dans la direction du renforcement et du dépassement du caractère social indirectement déterminé, le contexte social du raisonnement juridique et la situation concrète de l'application du droit exerce la fonction de détermination non seulement à l'égard des composants du processus du raisonnement incontrôlables par la logique formelle.

La sphère des problèmes reliés à l'application du droit est passée en revue par l'étude sur la base d'une conception du droit reposant sur l'ontologie posthume de Lukács qui présente le droit en tant que l'unité de la définition *pour ainsi dire juridique* et de la définition actuelle, *directement sociale* (se faisant prévaloir au cours de l'application) du droit, comme une contradiction interne d'une telle définition trouvant en permanence sa solution et sa renaissance. Par conséquent, il s'agit pour l'application du droit un processus socio-juridique complexe qui — historiquement, tenant compte des proportions du rôle joué par ses composantes juridiques et non-juridiques — s'est développé de la dissolution des conflits jusqu'à la décision des conflits, à mieux dire jusqu'à la conception déductive et inductive de celle-ci. De cette manière l'interprétation du droit est entrelacée avec la qualification des faits en tant que la concrétisation du droit actualisée quant aux faits du cas. L'étude analyse par des détails particuliers les divers cas spécifiques du rôle créateur joué par l'application du droit, ainsi les lacunes en droit et leur remplissement; l'application des dispositions juridiques à teneur générale et appréciative; ainsi que le cercle des problèmes concernant la discrétion et l'équité. Finalement, l'auteur met l'accent sur l'entrelacement dialectique de la législation et de l'application du droit, ce qui se manifeste par leur genèse commune et leur détermination sociale, par leur compénétration dans le développement du droit ainsi que par leur recours mutuel fonctionnel.

Application du droit et sa conception théorique: L'étude essaie d'élucider quelques questions de base de la théorie marxiste de l'application du droit sur la base de la conception juridique de l'ontologie posthume de George Lukács. Pour lui le droit en vigueur est le produit d'une double détermination: d'une part celui d'une détermination indirecte, historique, se faisant prévaloir par la création du droit et, d'autre part, celui d'une détermination directe, sociale, se faisant prévaloir au cours de l'application du droit. Le développement historique du droit est, en effet, la reproduction continue de cette contradiction et de son dénouement. En conséquence, l'application du droit est un processus socio-juridique qui se développe de la dissolution des conflits sociaux peu influencée de modèles de décision prédéterminés en une solution des conflits définie de modèles de décision, suivant une conception déductive ou inductive. L'interprétation du droit est ainsi liée à la qualification des faits car l'interprétation est l'actualisation du droit aux faits du cas concret. L'étude traite les différentes espèces de l'application créatrice du droit, notamment le comblement des lacunes, l'application des principes généraux et des contenus évaluatifs du droit, la discrétion et l'équité. Enfin, l'étude examine l'interdépendance de la création et l'application du droit, qui se révèle dans leur source et détermination sociales communes, dans leur interaction, dans le développement du droit et aussi dans leur connexion fonctionnelle.

L'ACTIVITÉ JUDICIAIRE ET SA LOGIQUE: UNE CONTRADICTION ENTRE LES IDÉAUX, LA RÉALITÉ ET LES PERSPECTIVES

La difficulté de l'analyse de l'application du droit dans le système socialist ecommence déjà avec le fait que le point de départ des théories non-socialistes est la notion de la famille du droit tandis que les théories socialistes opèrent avec la catégorie du type du droit; or, tous les deux négligent la culture la tradition, la technique et l'art juridiques qui lient les systèmes socialistes européens essentiellement au système continental. Le socialisme s'est révélé héritier, dans sa pureté originelle de XIX^{ème} siècle, des idéaux de la validité formelle du système juridique et de la légalité formelle dans son fonctionnement pratique. Or, à cause de la complexité extrême des rapports sociaux juridiquement organisés, la demande de la conformité purement formelle avec des normes est devenue insuffisante voire disfonctionnelle. Selon l'auteur c'est l'anachronisme, partiel du moins, de techniques de l'organisation et direction de l'Etat moderne et du droit formel y correspondant (décrit déjà par Marx et Engels mais surtout par Max Weber) qui explique ce phénomène; en cherchant l'issue de la crise on peut donc partir de cette constatation.

Le Droit et sa mise en œuvre – la «conception juridique du monde», subsomption et manipulation: Georges Lukács, dans la synthèse philosophique écrite sous le titre «Vers une ontologie de l'Etre social» à la fin de sa vie, traite le droit en tant qu'ensemble de médiation ayant les attributs spécifiques tout en faisant partie intégrale de la totalité sociale qui, de sa part, est vue comme un ensemble complexe consistant des ensembles partiels définis, en dernière analyse, par le mouvement de l'ensemble complexe social. Le droit occidental moderne, avec ses qualités formelles une fois établies, ne peut remplir ses fonctions et atteindre ses objectifs qu'en respectant ses propres demandes. Or, la subsomption devient le terrain des toutes sortes d'opérations considérées comme juridiques. D'autre côté, le fonctionnement juridique ne peut arriver à une actualité sociale réelle qu'à condition d'être intimement lié à son contexte social. Ici la pratique de la manipulation entre en scène tout en faisant contrepois à la subsomption; de plus, la manipulation devient le facteur dynamique du droit parce qu'elle permet à conférer une existence sociale proprement dite, c'est-à-dire le caractère d'un processus progressant sans cesse, à la vie pratique du droit. Or, on y peut conclure que l'objectivation juridique (c'est-à-dire l'ensemble des normes juridiques) et ceux qui sont responsables pour le fonctionnement et la reproduction pratiques du droit (c'est-à-dire la profession juridique) ont une signification ontologique en tant que composants de l'ensemble relativement complexe du droit. Et c'est bien entendu qu'avec les juristes aussi leur idéologie et leur conception du monde acquièrent une signification ontologique. La soi-disant «conception juridique du monde» a été fortement critiquée, même ridiculisée par Marx et Engels dans leur *Idéologie allemande* (1844) au niveau d'une critique idéologique générale. Mais malgré leurs critiques, justes d'ailleurs dans ce cadre, une telle vision renversée du monde n'a point perdu sa signification en tant qu'idéologie professionnelle ayant une fonction de l'existence sociale. La reconstruction socio-ontologique s'est posée la tâche de démontrer à la fois la nécessité d'une telle idéologie pour conduire les activités considérées comme juridiques à être filtrées par les demandes formelles propres au système du droit (subsomption) et l'insuffisance substantielle de la même idéologie au cours de la réalisation et de la mise en œuvre quotidiennement pratiques des normes du même système du droit (manipulation).

La place du droit dans la conception du monde de George Lukács

(Résumé par l'auteur*)

On peut aimer ou ne pas aimer Lukács. Une chose est certaine: celui qui veut se pencher sur les tendances et les styles de la pensée du vingtième siècle ne peut pas faire l'impasse sur la carrière et œuvre de George Lukács (1885-1971). Pour ce qui est de l'œuvre, Lukács va réaliser dès sa jeunesse, notamment à travers son anthologie « *L'âme et les formes* », les prouesses qui le consacreront en maître incontesté de l'essayisme à travers les territoires linguistiques allemands et hongrois. Puis ce sera le marxisme qui va marquer son œuvre tout au long d'un demi siècle d'évolution dans la vaste parabole unissant des points aussi éloignés que la prise de pouvoir révolutionnaire, les hésitations des périodes transitoires, la perversion de la consolidation socio-économique, par le phénomène du culte de la personnalité, puis le cataclysme de la seconde guerre mondiale débouchant dans la mondialisation du système socialiste, et dernièrement, la tentative de rédefinition des socialismes réels née de la volonté de démonter le culte de la personnalité. Toutes ces circonstances vont laisser une empreinte profonde dans l'édification de l'œuvre lukácsienne, sous la forme de réponses théoriques ou au contraire de réponses sollicitant la théorie pour s'en servir dans la pratique, face aux défis venant de la sphère politique. L'œuvre est ainsi parcourue par des visions aussi différentes que la conception messianique d'« *Histoire et conscience de classe* », selon laquelle la révolution prolétarienne est basée sur la conscience, que celle du « *Dérèglement de la raison* » qui ramène l'histoire de la pensée aux clichés idéologiques et critico-idéologiques, et enfin le « *Vers une Ontologie de l'être social* », point final de l'œuvre, tentative grandiose de reconstruction ontologique des bases conceptuelles du « *Weltanschauung* » marxiste et par là-même d'anticipation du besoin de renaissance du marxisme, voir de réponse partielle à celui-ci. Cependant, les motifs essentiels de ce parcours résident dans le mouvement ouvrier, ce qui fait que l'œuvre n'a pas

seulement une histoire immanente elle contient en plus la relation de deux sphères, de deux réactions fondamentales possibles face à la réalité, la relation de la politique et de la réflexion théorique. Comment un conditionnement réciproque n'excluant pas une relative autonomie de ces deux sphères considérées dans la pratique sociale comme relativement interdépendantes, peut-il dégénérer en subordination unilatérale, et avec quelle conséquence, en voici un exemple : la problématique de Naphta, exprimée par bien des gens, de plusieurs façons et issue de plusieurs motivations. On conviendra sans doute que le problème de savoir où Thomas Mann a pris son inspiration pour modeler l'un des personnages de « *La Montagne magique* » constitue une question très mineure de la microphilologie lukácsienne. Il en va autrement si l'on considère qu'il y a un parallélisme entre le personnage de Naphta et le parcours de Lukács en ce que ce dernier, tout comme le premier, constitue un prototype de « *pour une sociologie des intellectuels révolutionnels* »*, à savoir du problème du rapport entre l'intellectuel créatif et le pouvoir, rapport constamment perturbé du fait que le rendement à court terme de l'action sociale implique un unanimité inconditionnel, qui ne peut toutefois se réaliser qu'à travers des dysfonctionnements. C'est en ceci que le parcours de Lukács est tout à fait spécifique mais en même temps exemplaire pour les leçons que l'on peut en tirer et mérite d'être examiné du double point de vue de la profondeur et de l'ampleur de son résultat théorique, et de l'excessive richesse de la gamme de ses réponses à ce problème.

1. Introduction: Lukács et la problématique juridique

Lukács et le droit: une alliance bizarre en apparence puisque l'œuvre de Lukács, sa bibliothèque, son journal et son autobiographie ne

* Varga, Cs.: *A jog helye Lukács György világnézetében*. Budapest, Magvető, 1981. 287 p.

* Allusion à l'ouvrage de Michel Löwy (Paris, Presses Universitaires de France, 1976). 313

portent pas témoignage d'un intérêt tel. Cependant, à la lumière d'un examen plus approfondi il se révèle que non seulement Lukács a suivi des études juridiques mais que, à Heidelberg, lorsqu'il commença à s'intéresser au néo-kantisme, c'était justement en liaison avec des thèmes juridiques. Il reste néanmoins vrai que Lukács qui, durant toute sa vie, s'est concentré sur la mise en lumière des rapports considérés par lui comme primordiaux, à tel point qu'il ne concevait qu'en terme de prise du pouvoir la problématique de l'Etat et qu'il subordonnait généralement la valeur esthétique de l'œuvre d'art au message socio-politique qui s'en dégageait et donc à un jugement critico-idéologique, ne s'intéressait évidemment pas au droit en temps que problématique juridique, ni au système de représentation propre du droit. C'est dans ce cadre, c'est-à-dire dans la quête fascinée de l'essentiel, aux termes de laquelle il ne voyait pas autre chose dans les phénomènes que des supports de rapports considérés comme primordiaux, ne percevant ceux-ci que dans leur aspect instrumental, et où il n'était capable d'éprouver de l'intérêt pour un phénomène que dans la mesure où celui-ci pouvait servir d'exemple pour souligner un principe extrinsèque à ce phénomène, c'est donc dans ce cadre qu'il va, par deux fois, arrêter son attention sur le phénomène juridique : dans les deux œuvres monumentales qui ouvrent et concluent sa carrière marxiste. Précisément, il avait besoin du droit pour illustrer tel rapport extrinsèque. Ces deux circonstances dans lesquelles son attention, dans des contextes différents mais à partir de la même source, s'est tournée vers le droit, non seulement nous mettent à même de saisir l'évolution de la pensée marxiste chez Lukács au cours d'un demi siècle, mais elles ouvrent le chemin à une nouvelle conception du droit, conception fondamentalement nouvelle à l'intérieur du marxisme, tout en intégrant les résultats de différentes sciences humaines. En outre, l'examen de l'œuvre de Lukács du point de vue juridique, but du présent ouvrage, n'a pas pour seul intérêt d'ouvrir de nouvelles perspectives pour la pensée philosophico-juridique. Mais aussi cet examen est le premier en la matière pour faire une tentative d'analyse philosophique du système de catégories du grand résumé posthume *Zur Ontologie der gesellschaftlichen Seins*, publié jusqu'ici uniquement dans sa traduction hongroise, et d'en tirer les conséquences qui s'en dégagent au 314 plan philosophico-juridique.

PREMIERE PARTIE : PREMIERES ACCROCHES AVEC LE DROIT

II. La rencontre du jeune Lukács avec le droit

1. Etudes juridiques 2. Son amitié avec Felix Somló 3. Sa relation avec Gustav Radbruch

Comme le révèlent des investigations effectuées sur place, Lukács, après avoir fait des études à Budapest a passé le doctorat en droit et en sciences politiques en 1906 à Kolozsvár (aujourd'hui Cluj-Napoca, en Roumanie). Ses relations avec Felix Somló, alors juriste à Kolozsvár, reconstituées à travers de leur correspondance, datent de cette époque. La confusion régnant dans les archives locales n'a pas permis de mener à bien les investigations qui auraient permis de retrouver la thèse de Lukács écrite sous la direction de Felix Somló. Mais son mémoire de diplôme révèle qu'il devait déjà exister à cette époque une œuvre philosophico-juridique. Les années à Berlin et à Heidelberg qui suivent cette époque ont une importance primordiale dans l'orientation primitive de Lukács. Tandis qu'il s'attache à la conception d'une esthétique systématique, il s'établit des liens entre lui et des individus tels comme Max Weber, Gustav Radbruch, Emil Lask, Georg Jellinek et Hans Kelsen, et ce faisant il est confronté avec le droit formel moderne en même temps qu'avec sa conceptualisation néo-kantienne. Ces liens sont alors si étroits que la première synthèse que Radbruch va écrire va être d'inspiration lukácsienne, et de même Lukács, à l'exemple de Radbruch, commence à s'imprégner des idées de Marx, plus exactement des concepts sociologiques marxistes, dans le cadre d'une critique d'une œuvre de Croce.

III. Le concept juridique dramatisé de l'« Histoire et conscience de classe »

1. Prolégomènes fondés sur l'anti-institutionnalisme : le droit comme violence et prise de conscience 2. Le concept juridique dramatisé de « L'aliénation et la conscience du prolétariat » 3. Le messianisme comme contenu essentiel de la préconception lukácsienne

La radicalisation politique progressive de Lukács se poursuit sous le signe de l'idéalisme éthique et de l'utopisme. Sa réflexion guidée par le volontarisme se rattache au gnosticisme et au personnage de Saint François et elle se traduit sur le plan de l'activité pratique et de la politique dans une exigence de pureté et de non-médiatisation. Son anti-institutionnalisme global procède du même principe de pensée à la suite de sa « marxisation », selon lequel le droit qu'il importe de dépasser n'est rien d'autre qu'une pure violence, façade dont il convient de tenir compte comme d'un simple fait au nom de la finalité d'une action rationnelle. Quant au moteur de ce dépassement et à l'institutionnalisation d'un nouveau droit, ils relèvent simplement d'une prise de conscience. L'utopie positive de la République des Conseils hongroise qui consistait à laïciser et à nier dans sa qualité formelle le droit a son pendant dans l'utopie négative d'« *Histoire et conscience de classe* », monument théorique élevé à cette révolution. Dans ce recueil se dessine l'enfer d'un présent à changer où règnent la spéculation et la rationalisation formelle, c'est-à-dire la réification (sens hegelien) qui devient chez Lukács aliénation (sens marxiste). Le droit formel moderne apparaît ainsi comme le droit capitaliste par excellence (qu'il faut donc anéantir avec la révolution prolétarienne). Sous l'éclairage messianique des prolégomènes lukácsiens, la vision du socialisme apparaît donc sous l'image d'une société romantique, antiscientifique, sans institution.

IV. Conclusions provisoires et interrogations

1. L'intransigeance et son piège dans « *Le détronement de la raison* » 2. Les prémisses d'une synthèse dans « *La particularité de l'esthétique* »

Durant les trois décennies qui couvrent son émigration à Moscou et ses activités à Budapest jusqu'à la consolidation d'après 1956, et si l'on excepte « *Le jeune Hegel* », les préoccupations de Lukács s'axent principalement sur la politique littéraire et la critique de l'histoire de la philosophie, qu'il conçoit comme des missions idéologiques, puis sur l'histoire et la théorie de la littérature, en particulier de l'esthétique. C'est en quoi sa rencontre avec le droit est fortuite: elle se présente, par exemple, dans les pages de « *Le détronement de la raison* », à l'occasion d'une critique — qui se veut décisive — qu'il fait de Weber. Le problème du

chevauchement entre la critique idéologique conçue dans son rapport direct avec la politique et la réflexion théorique se manifeste lorsque, dans la même œuvre, il veut démontrer, à partir de l'exemple de Carl Schmitt: comment la démarche de la sociologie allemande aboutit au fascisme. C'est ainsi que, conduit par ses préjugés philosophiques, il continue à considérer la qualité institutionnelle-structurelle du droit formel moderne et donc avant tout le concept de validité formelle comme la mystification du néo-kantisme, en foi que quoi il applaudit aux conclusions de Schmitt sur le phénomène de l'urgence liant la légitimité du droit positif à l'ordre social. L'incohérence de cette position se révèle lorsqu'il analyse la liquidation des S.A. à travers la théorie de Schmitt, en présentant cet acte comme une « prostitution » de cette théorie sans se rendre compte de l'absurdité de sa position initiale. Quinze ans plus tard en revanche, dans la partie achevée de son *Esthétique*, dans les vastes développements de « *La particularité de l'esthétique* », lors de l'exposé sur le concept de « la particularité » il reconnaît la spécificité du phénomène juridique. C'est le développement de la contradiction dialectique de la morale et de la légalité qui lui en donne l'occasion tandis que l'affirmation de l'universalité du droit l'amène à établir que le droit n'a pas d'autonomie dans le déterminisme social. D'une part, il a besoin du support de la morale, d'autre part à chaque fois qu'il est fait appel au droit, celui-ci doit être adapté de telle sorte qu'il s'applique à la spécificité du cas soulevé.

DEUXIEME PARTI: LE VIRAGE RADICAL DE L' « ONTOLOGIE »

V. Approche ontologique comme possibilité de dépasser le 'normativisme socialiste'

1. La naissance de L'Ontologie et son importance méthodologique 2. La problématique de l'évolution de la théorie du droit socialiste (La révolution vue sous l'angle juridique; la source sociale du 'normativisme socialiste' et ses formes de manifestation; la nécessité du dépassement) 3. Les caractéristiques générales de la conception juridique ontologique

L'Ontologie à la fin de la vie de Lukács: elle est née pour être, dans l'idéal de l'auteur, le fondement

philosophique d'une Ethique rêvée, en réalité — au fur et à mesure que la maladie s'emparait de lui — la synthèse de son œuvre en même temps que la promesse de développements futurs. Il a laissé les trois volumes de cet ouvrage à la postérité à l'état achevé mais sous la forme de fragments manuscrits. Son but était, d'une part, d'établir les fondements philosophiques de la renaissance du marxisme en tant que théorie, avant tout en développant la conception ontologique inhérente à la pensée originale de Marx pour contrebalancer l'approche gnoséologique prédominante au vingtième siècle; d'autre part, il voulait apporter sa contribution à la renaissance politique des systèmes socialistes existants en développant l'idée d'une image de société fondée sur une philosophie conforme à l'époque (dont il a déjà esquissé la problématique fondamentale dans ses essais sur *Soljenitzine*, dans son étude « *Demokratisierung heute und morgen* » (1968), pour l'heure encore seulement abordable sous la forme de fragments, et dans le dernier chapitre de son ultime contribution d'écrivain : « *La pensée vécue* »). Cette approche ontologique s'est avérée déterminante à l'égard du droit et a poussé Lukács, entre autres, à se pencher sur le droit dans la mesure où ce qui fonde cette approche est une conception dans laquelle la totalité sociale consiste en un complexe de complexes. L'Etre social procède ainsi d'un processus évolutif irréversible qui, suivant la socialisation, se poursuit dans un système toujours plus développé, toujours plus complexe. Ainsi, à la lumière d'une telle conception dynamique, il apparaît que l'avance de la socialisation n'ébranle pas la définition de l'Etre social par la totalité des mouvements du complexe total, simplement elle la rend de plus en plus complexe et de plus médiate. Cela signifie que plus les complexes partiels développent leur spécificité à travers leur mise en action, plus ils sont à même de tenir leur rôle dans le complexe total. Le droit, et donc le droit formel moderne sous sa forme actuelle, constitue un tel complexe partiel et Lukács met en lumière ces qualités constitutives du droit, leur essence (*seinhaf-tig*) et leur subordination de chaque instant à la totalité des mouvements du complexe total. Or, cette révélation est décisive dans l'histoire de l'évolution de la théorie de droit socialiste. Car le nihilisme juridique des années de révolution a été relayée, au nom de la consolidation sociale, par une conception juridique volontariste qui a assorti d'un

posant le principe d'une subordination incon-ditionnelle de la pensée juridique à la politique juridique du pouvoir, expurgant en définitive la doctrine de toute réflexion sociologique, voire historique.

VI. La conception juridique de L'Ontologie

1. *Le droit en tant que complexe spécifique de médiation (Complexe des complexes; ontologie des complexes ou bien des relations sociales?; le rapport des complexes à la médiation)* 2. *La complexité interne du droit et sa contradiction : le droit comme objectivation et comme exercice de cette objectivation (La naissance du droit et la dialectique de sa coercition; droit positif et droit naturel; la complexité et les contradictions internes du droit; la superstructure juridique)* 3. *Le droit comme reflet (Téléologie et causalité; la problématique du reflet et de l'incongruence; la nature des concepts juridiques; la spécificité du droit à la validité)* 4. *La dialectique de l'observance du droit : exigence contradictoire du légalisme et du fonctionnement existentiel (Les composantes de l'observance du droit; droit et logique : le problème de la subordination et la manipulation; 'Weltanschauung juridique' et idéologie du milieu juridique).*

Dans la terminologie lukácsienne la médiation est le véhicule de l'influence réciproque des complexes distincts. Il existe des complexes dont le rôle primordial est de promouvoir, d'influencer et de canaliser ces interactions. Le droit a dès sa naissance cette nature de complexe médiateur et il est marqué, dès les tous premiers stades de son évolution, par une double contradiction. D'une part il doit, à travers ses systèmes normatifs, projeter dans la société « l'opinio juris », conscience d'un ordre coercitif sanctionné par l'application de l'appareil répressif de l'Etat. Il est en même temps évident que le droit, en tant que droit, ne peut exister dans la société, ses dispositions rester valables, que dans la mesure où le besoin d'un recours effectif à cette répression ne se présente qu'envers quelques individus de la société, dans des cas exceptionnels. Le droit est ainsi un ordre coercitif mais même en temps que tel il ne peut fonctionner que dans la mesure où il est conforme à l'orientation exogène de la totalité des mouvements sociaux, c'est-à-dire dans la mesure où les autres impulsions de la société et les autres systèmes normatifs promouvent sa

prépondérance. Mais d'autre part, le droit doit, pour remplir sa tâche spécifique distincte de la morale, prendre une forme extérieure, il doit s'objectiver. Mais cette objectivation n'est qu'une incarnation, un «étalon» du droit; elle est insusceptible de rendre compte du phénomène juridique dans sa continuité. L'objectivation juridique dans son fonctionnement existentiel : tel est le phénomène juridique, l'essentiel de la médiation juridique. Mais rendre compte de l'objectivation juridique dans son fonctionnement existentiel c'est en même temps dépasser sans arrêt l'objectivation juridique dès lors que l'application aux cas d'espèces de l'ordre normatif global suppose une adaptation-manipulation continue. La terminologie 'super-structure juridique' — si tant est qu'elle a, au fond, sa raison d'être — ne prend un sens qu'à la lumière d'une telle contradiction dialectique. Législation et jurisprudence ne sont, dans cette optique, que deux aspects différents du même phénomène : si l'on néglige l'unité dialectique dans laquelle elles coexistent, on ne comprendra ni les transformations essentielles dans la pratique soviétique au cours de quatre décennies sous l'égide de la même Constitution de 1936, ni les luttes menées autour la reconnaissance des droits de l'homme. L'activité humaine en général, comme le montre l'analyse de sa manifestation de base : le travail, procède de la téléologie. La téléologie, quant à elle, est basée sur le fait que nous projetons dans la réalité des corrélations qui y sont inhérentes mais qui ne s'en dégagent pas spontanément, comme le démontre l'exemple de la roue. De même que la causalité et la téléologie se supposent réciproquement mais ne sont déductibles l'une de l'autre, de même la cognition et la projection téléologique sont deux démarches distinctes : deux manières d'appréhender la réalité. C'est ainsi que l'on ne pourra concevoir, serait-ce la moindre norme particulière, comme un simple reflet de la réalité, alors même que sa création procéderait à l'origine de la mise en lumière des corrélations substantielles de la réalité. La nécessaire incongruence par rapport à la réalité procède d'un cumul de formes nouvelles lorsqu'il ne s'agit non plus des normes particulières mais de leur multitude constituée en structures normatives. Car les nouvelles projections téléologiques ne se formulent pas par elles-mêmes mais par la prise en considération des projections déjà existantes, de leurs traditions instrumentales, de leurs structures spécifiques etc..., et plus cette projection devient

indirecte, plus le contexte dans lequel intervient cette réglementation est socialisé, plus ce processus est remarquable. A travers l'étude de cas particuliers (comme avec l'exemple des mutations historiques du concept juridique de « chose ») on peut prouver que plus une réglementation développe ses propres traditions instrumentales, plus ses notions se détachent de leur signification quotidienne ou scientifique et deviennent virtuellement conventionnelles, établies sur une base fictive. La structure globale du droit devient ainsi un ordre relativement autonome, distinct, qui jalonne les frontières de son propre « royaume » avec la notion de plus en plus formelle de validité. La validité apparaît ainsi comme l'auto-qualification de la juridicité du droit (suivant quoi les nouvelles projections devront s'inscrire dans les cadres d'anciennes projections « disqualifiées ») et la légalité n'est autre que le principe de fonctionnement de la structure ainsi construite (suivant quoi l'action exécutée au nom du droit est conforme à cette projection). Le droit formel moderne engendre donc inexorablement la problématique de la subordination et — phénomène parallèle — un 'Weltanschauung' dit juridique comme idéologie du milieu juridique qui représente la réalité, non point à travers les catégories dialectiques de la cognition mais à l'intérieur d'un éventail de qualifications offert par une structure normative fermée, c'est-à-dire avec les restrictions alternatives évoquant une vision manichéenne. Cependant validité et légalité ne sont, du point de vue de la totalité des mouvements du complexe total que des valeurs instrumentales d'importance subordonnée. A chaque fois que la médiation existentielle est empêchée, le complexe juridique même pourra lever ces empêchements selon un processus concret socialement déterminé. L'Etre social procède lui-même d'ailleurs d'un processus irréversible, toujours en évolution, et c'est vrai pour les éléments du complexe juridique traditionnellement considérés comme stables, et donc pour la signification de la norme juridique. Ça n'est pas une entité immanente, toujours égale à elle-même mais un continuum qui se développe dans la pratique quotidienne de la médiation juridique. Le monde juridique avec son idéologie spécifique et sa pratique inexorablement manipulatrice à terme, constitue, au même titre que l'objectivation juridique, l'une des composantes du complexe du droit formel moderne.

VII. Conclusion : Conception juridique
ontologique et renouveau général
du marxisme

La renaissance du marxisme présuppose en même temps la renaissance de sa théorie juridique.

Cette dernière peut de même stimuler la première. En terme de conclusion on peut dire que la théorie juridique marxiste ne peut être qu'une théorie basée sur une conception historique, alliant un souci de comparaisons et l'approche ontologique.

- Csaba VARGA, *The Place of Law in Lukács' World Concept*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1985, 193 p.

L'ouvrage discute de Lukács et du droit de trois points de vue. Premièrement, il tente d'amener à la surface les motivations biblio-

graphiques et théoriques qui mènent à la première rencontre de Lukács avec les problèmes du droit, et aussi de définir les sources de son érudition juridique. En second lieu, il analyse à l'intérieur du contexte de son œuvre ces tendances qui ont abouti à la négation du droit, ainsi que celles qui ont conduit à l'approbation des systèmes d'institutions du droit formel moderne. Enfin, il discute de l'importance théorique des problèmes soulevés par l'exposition philosophique de ce droit. La sphère des problèmes concernés ici ne se borne pas à ceux qui sont classiques, tels que la dualité de la moralité et de la légalité, ou du droit naturel et du droit positif; elle couvre aussi des questions de théorie du droit qui ont pu être exprimées dans l'*Ontologie* de Lukács seulement en termes philosophiques.

Ces questions incluent la compréhension du phénomène juridique comme complexe de médiation et, à l'intérieur de ce dernier, la place de l'*objectivisation* en droit; la manière dont la dialectique de l'usage de la coercition apparaît en droit, le rôle de la logique, du formalisme et de la systémique dans le processus juridique, et comment la manipulation trace leurs contours dans la pratique actuelle; ce qu'il faut considérer comme caractéristique de la formation des concepts en droit; comment ils sont tous enjolivés par l'idéologie de la profession juridique, et, en fin de compte, en quoi consiste la relative autonomie du droit, en même temps que ses manifestations, ses conséquences, et ses multiples limitations.

VARGA, Csaba: *The Place of Law in Lukács' World Concept*. Budapest, Akadémiai Kiadó, 1985, pp. 193.

Curiosamente, nonostante il titolo del nuovo libro di Varga che ne è ben consapevole, non c'è posto per il diritto nella speculazione di Lukács o, per meglio dire, il problema del diritto non fu mai affrontato direttamente dal filosofo ungherese nel corso della sua vita, né in maniera diretta né in maniera indi-

retta. L'incontro con la problematica del diritto in Lukács può essere definito incidentale, infatti, e non riflettente un interesse specifico.

Sottolineando questo assunto, il libro si basa sulla consapevolezza dell'Autore che, seppure in maniera « inconscia » e senza intenzione, Lukács produsse spunti notevoli e di rilevante interesse per la filosofia del diritto, in forma disorganica, frammentaria e forse episodica. La frammentarietà non impedisce di notare, però, che ad un dato punto della sua produzione filosofica Lukács cominciò a considerare il diritto in maniera alquanto diversa, e cioè non più sotto forma di subordinazione funzionale al tutto (come la politica, l'economia etc.), bensì come « movimento » specifico, influenzato dall'applicazione formale di un sistema di norme e dalla contraddizione dialettica che interviene nella logica dell'applicazione quotidiana e incanala il diritto verso quelle che Varga definisce « soluzioni pratiche di compromesso ».

Questa improvvisa sterzata che il grande teorico ungherese del marxismo imprime al suo pensiero coincide con una delle sue ultime opere, l'*Ontologia dell'essere sociale* e, va notato anche se Varga non affronta questo tema, potrebbe non essere estranea alla circostanza che quest'opera fu scritta al suo ritorno a Budapest dopo un esilio quasi trentennale trascorso a Vienna, Mosca e Berlino, e coincide altresì con un periodo in cui Lukács mise in atto un ripiego forzato sullo studio a seguito della sua partecipazione al governo Nagy, nel 1956.

L'opera di Varga, tuttavia, non mette a fuoco soltanto questo cambiamento che ha comunque senz'altro motivato in maniera diretta un

intento che lo stesso Autore definisce bizzarro. Il suo è un rapido risalire anche biograficamente alle origini del pensiero del giovane Lukács, rintracciando qua e là spunti di interesse filosofico-giuridico nella sua stessa formazione universitaria. Fu infatti durante la sua permanenza ad Heidelberg che instaurò e approfondì relazioni intellettuali proficue con Troeltsch, Max Weber, Jellinek, Windelband e con Gustav Radbruch. Con quest'ultimo, in special modo, Lukács sviluppò un'amicizia intellettuale che si protrasse per lungo tempo anche al di là dei confini dell'Università, e che si dimostrò stimolante per gli orientamenti di entrambi. Anche Kelsen, con Jellinek, Weber e Lask, contribuì all'approccio lukacsiano alla concezione del diritto nell'ambito della speculazione filosofica generale.

La tesi centrale del libro di Varga è dimostrare che la nuova concezione del diritto a cui pervenne Lukács con la *Ontologia* fu parte di un sostanziale mutamento dell'intera *Weltanschauung* del filosofo ungherese; ed è in questa luce che il libro mostra le sue potenzialità di interesse, perché proprio con questo mutamento Lukács — passato attraverso la rivoluzione copernicana dell'*Ontologia* — tenta il superamento del normativismo socialista tradizionale attraverso una nuova indagine che coinvolge anche la genesi del diritto.

Nel ricostruire questa evoluzione di Lukács, Varga affronta non pochi problemi di filosofia giuridica, tra i quali è di particolare interesse quello dell'intima contraddizione del diritto nell'ottica di Lukács messa a fuoco dal concetto di coazione, e, di maggiore respiro, quello più vicino ai toni dell'*Ontologia*, l'indagine se il

diritto sia o no immagine della realtà.

Fine primario dell'approccio ontologico è quello di costituirsi come scenario di un grande rinnovamento del marxismo, un rinnovamento che secondo Lukács potrà avvenire soltanto se si verranno a realizzare due condizioni: anzitutto che la teoria marxista riesca ad attuare un processo di rigenerazione di fronte alla multiforme ricerca scientifica messa a punto nel nostro secolo, e, in secondo luogo, che essa riesca a sviluppare le sue teorie in campi non ancora raggiunti dai classici. Le qualità di ortodossia e di continuità di questo processo che Lukács auspica sono precise, ed hanno, com'egli stesso spiega nell'*Ontologia*, un carattere quasi esegetico: « Il vero metodo e la vera ontologia marxiani devono essere resuscitati come fine primario, non soltanto per rendere possibile un'analisi storicamente veritiera del corso dello sviluppo sociale a partire dalla morte di Marx... ma anche per afferrare e descrivere l'intero essere nel senso marxiano quale processo fondamentalmente storico ed irreversibile ».

ALESSANDRA DRAGONE

Csaba VARGA. — *The Place of Law in Lukacs' World Concept*, Budapest, Akadémiai Kiado, 1985, 193 pages.

Ce livre d'une grande densité est difficile à présenter brièvement. La richesse de sa documentation où les actuels philosophes français du droit trouvent une petite place n'en est pas la seule cause. La réflexion sur la pensée de Lukacs est fourillée, approfondie et rigoureuse. Le philosophe hongrois Lukacs (1885-1971), après une période hégélienne, devint un adepte convaincu du matérialisme dialectique le plus orthodoxe dès 1918 et son *Ontologie de l'être social* en est toute imprégnée. Il était tentant de s'interroger sur les conséquences de la pensée de Lukacs en matière de philosophie du droit ; tel est l'objet du livre présenté ! Son premier mérite est de décrire scrupuleusement l'évolution de la pensée de Lukacs depuis sa jeunesse et ses relations avec Gustav Radbruch, à travers ses différentes œuvres, jusqu'à la « révolution copernicienne » que constituerait le recours à une ontologie. Le concept ontologique du droit de Lukacs fait songer aux travaux plus récents qui ont mis l'accent sur le thème de la complexité. La réalité étant conçue comme le complexe total, comme un complexe de complexes, le droit y remplit une fonction de médiation (*Vermittlung*). « La complexité croissante et l'autonomie de la médiation sont des événements naturellement concomitants du développement social » (p. 108). Sans pouvoir entrer dans le détail d'une démonstration qui aborde les questions les plus fondamentales (droit positif et droit naturel, contradiction interne du droit, superstructure juridique, le droit comme reflet de la réalité, et autres thèmes habituels de la philosophie marxiste), il peut être révélateur d'insister sur le passage consacré à la « conception du monde du juriste » et à l'idéologie de la profession juridique (pp. 152-156). Selon Lukacs, le juriste imagine qu'il se sert de propositions *a priori*, alors que ce ne sont que des réflexes économiques » ; cette inversion est la base du concept idéologique qui entre en réaction avec la structure économique. Par conséquent, le marxisme continue à espérer remettre la philosophie sur ses pieds ; quelle doit être la force de l'idéologie bourgeoise, si violemment attaquée depuis si longtemps de l'extérieur et plus récemment de l'intérieur, pour parvenir à résister si vaillamment à ces tentatives réitérées de retournement ? La seule façon, pour le droit, de remplir son rôle de médiation consiste à acquérir une relative autonomie en fonction de la complexité croissante du développement économique. Pour se rendre incontestable, le droit projette, non pas les objectifs à réaliser dans la société, mais les conduites instrumentales considérées comme désirables pour les atteindre, tout en déclarant ces conduites indépendantes des objectifs poursuivis. Le principe de légalité fait apparaître le système comme clos, se fondant lui-même et comme une structure se suffisant à elle-même, réglée par ses propres lois (libre traduction d'extraits des pages 152-153). La fonction des juristes ne présente donc aucun caractère cognitif. En particulier, ils ignorent les comportements concrets dans leur diversité, mais se contentent de les qualifier comme faits constitutifs de la réalisation d'un cas précédemment défini (*ibidem*). L'application du droit tente donc de briser la réalité en une série de modèles en correspondance avec un système formel de classification, opération qui est « indiscutablement arbitraire et déformante » (*ibidem*). Nul ne sera étonné de lire la conclusion selon laquelle les juristes ont une pensée comparable à celle des adhérents de certaines sectes « qui essaient de comprendre le vingtième siècle en utilisant le système conceptuel clos d'une œuvre littéraire vieille de deux mille ans : la Bible ». La majuscule étonnera davantage, de même que l'absence d'interrogation sur une éventuelle ressemblance avec la pensée des adhérents de certaines sectes qui essaient de comprendre le vingtième siècle en utilisant le système conceptuel clos d'une œuvre vieille de plus d'un siècle. En définitive, il apparaît que le marxisme, dans son application au droit, ne change guère. L'intérêt de cet ouvrage est de le confirmer en montrant aussi à quel point les vraies discussions peuvent lui demeurer extérieures. Il est temps qu'une autre ontologie prenne le relais.

Csaba Varga, *The Place of Law in Lukács' World Concept*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1985, pp. V + 192

Csaba Varga, già apprezzato interprete del pensiero filosofico-giuridico di Gyorgy Lukács (cfr., tra l'altro, «Rationality and the Objectification of Law», in *Rivista Internazionale di Filosofia*, 1979, 4, 676-701; «Toward a Sociological Concept of Law: An Analysis of Lukács' Ontology», in *International Journal of the Sociology of Law*, 1981, 2, 157-176) compie, con il saggio che qui si segnala, una ulteriore ed ancor più sistematica ricognizione dell'accostamento di quell'Autore alle teorie ed ai fatti del diritto.

Per illustrare la problematicità interpretativa e la particolare sensibilità di Lukács per le questioni ordinamentali — che pure, come è noto, risultano solo frammentariamente ed occasionalmente tratteggiate tanto nelle sue più importanti opere giovanili, quanto in quelle della maturità — Varga procede seguendo una duplice scansione, bio-bibliografica e teorico-metodologica. La prima parte del volume — non a caso intitolata «Schermaglie preliminari con i problemi del diritto» — è così dedicata alla ricerca delle prime fonti intellettuali e degli iniziali motivi conduttori dell'opera lukácsiana; mentre la seconda parte — dal titolo «L'Ontologia: una rivoluzione copernicana» — traccia un quadro complessivo della più matura impostazione filosofico-giuridica del pensatore ungherese, con particolare riferimento a quei nodi teorico-pratici che lo indussero ad abbandonare, via via, l'idea della estinzione del diritto e ad accettare una visione, per certi aspetti, «positivistica» del diritto stesso.

Per quanto riguarda le fonti della formazione giuridica di Lukács, Varga documenta con precisione come questi abbia intrattenuto rapporti amichevoli con Slomo e Radbruch ed abbia avuto conoscenza diretta delle opere dei maggiori giuristi contemporanei di ispirazione neo-kantiana (Jellinek, Kelsen, Lask, Weber). Ed in proposito osserva che l'influenza di questi rapporti e di queste opere fu tale da far supporre che proprio ad essi debbano essere ascritti sia la radicalità, sia la contraddittorietà della sua successiva interpretazione dei classici del marxismo. L'adesione al marxismo e la partecipazione alla attività politica costituiscono, in ogni caso, un momento altrettanto decisivo nella formazione giuridica di Lukács. Difatti, oltre a suggerire i motivi di riflessione teorica intorno al rapporto tra processi sociali e processi istituzionali — reificazione, obiettivizzazione, alienazione — che diverranno, d'ora innanzi, sempre più ricorrenti nella sua produzione intellettuale, esse fornirono a Lukács più di una occasione per approfondire taluni problemi posti dalla immediatezza della pratica rivoluzionaria. Varga menziona qui, dapprima, scritti «minori» quali: «Il terrore come fonte del diritto»; «Ordine giuridico e violenza»; «Tattica ed etica», «Legalità e illegalità» (dai quali traspare ben una visione essenzialmente strumentale del diritto, ma anche la consapevolezza che la validità e l'efficacia del diritto stesso dipendono in larga misura anche dal grado di accettazione inconsapevole dell'uso dialettico del potere coercitivo), successivamente si sofferma sui più noti saggi «Reificazione e la coscienza 322 del proletariato» e «La distruzione della ragione», nei quali la radicalizzazione

dell'insegnamento weberiano già adombra la convergenza — beninteso su versanti opposti — tra Lukács e Schmitt su posizioni contrarie a quelle sostenute dai giuristi neo-kantiani. Ma le esperienze personali e gli eventi storici occorsi in quegli anni trasformano ulteriormente il quadro di riferimento teorico. Lo studio di Marx e di Lenin sulle questioni dello Stato e del diritto, e, soprattutto, l'affermazione pratica del cosiddetto «normativismo socialista», sollecitano Lukács a modificare talune precedenti asserzioni e a riflettere intorno alle mutate condizioni istituzionali. In breve, per il filosofo ungherese non si tratta più soltanto di dare una diversa interpretazione delle classiche opposizioni del pensiero giuridico europeo — moralità-legalità, diritto . naturale-diritto positivo — ma si fa viva l'esigenza di indicare nuovi orizzonti tematici alla stessa teoria giuridica marxista: orizzonti che, a giudizio di Varga, sono appunto rintracciabili in vari, frammentari, passi dell'Ontologia.

In effetti, sparsi in quest'ultima, incompiuta, opera di Lukács, Varga rinviene una varietà di temi e di problemi che indubbiamente risultano di grande interesse anche per la cultura giuridica non marxista. Si pensi, ad esempio, ai caratteri della fenomenologia giuridica quale complesso di mediazioni; al posto occupato dalla obiettivizzazione delle norme nell'ambito dell'ordinamento; al modo in cui la dialettica coercizione-consenso si riflette nell'uso dell'imperativo normativo; alle funzioni reificanti inscritte nelle qualità logico-formali e sistematiche delle procedure; alla manipolazione del «diritto in azione» da parte dei giuristi; al nesso norma-realtà ed alla sua relativa autonomia teorico-pratica come momento della costruzione della realtà stessa.

In merito agli argomenti sopraindicati, l'analisi di Varga si fa, per così dire, incalzante, giacché — come sottolinea egli stesso — l'Ontologia è imperniata sul concetto di totalità sociale e le singole componenti di detta totalità non possono essere analiticamente colte procedendo per glosse e commento, ma seguendo, con personale apporto di equilibrio e di intelligenza critica, lo sviluppo della loro specifica dialettica. Appare così chiaramente come, per Lukács, il diritto sia, ad un tempo, una sfera particolare interna alla totalità sociale; una categoria pratica per sua propria assenza; nonché uno strumento per quelle istituzioni che detengono il monopolio della forza legittima. Ma appare anche, altrettanto chiaramente, come questo secondo accostamento teorico-metodologico all'Ontologia lukácsiana, consenta a Varga, da un lato, di compiere una originale e rigorosa opera di ricostruzione selettiva del pensiero di un autore così poco familiare ai giuristi, pur nel rispetto della impostazione complessiva dell'opera in esame; e, dall'altro lato, di mostrare come, proprio a partire da tale accostamento, si potrebbero tracciare le coordinate — così come del resto era negli intenti dello stesso Lukács — per «eine Renaissance des Marxismus».

V. Olgiati

LA THÉORIE DE Kelsen SUR L'APPLICATION DU DROIT (DÉVELOPPEMENT, INTERPRÉTATIONS, PROBLÈMES)

L'évolution des idées de Kelsen depuis les *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911) et à travers de l'*Allgemeine Staatslehre* (1925), la *Reine Rechtslehre* (1934 et 1960) et la *General Theory of Law and State* (1946), est une série des synthèses et ouvertures théoriques. Il est en même temps une évolution théorique de la négation de l'autonomie de l'application du droit jusqu'à la reconnaissance de son rôle de démiurge du droit. Cette évolution coïncide avec une autre, notamment celle de la thèse de la déduction mécanique et logique de la norme juridique vers sa négation, plus exactement sa dissolution dans la pratique normative. Par conséquent, d'une relation normative simple, l'imputation normative (la *Zurechnung*) devient une procédure complexe et formalisée, qui ne dépend que des influences de la pratique sociale. Les problèmes examinés dans l'étude sont les suivants: la Stufenbau theorie, le caractère constitutif de l'application de droit, l'interprétation, l'approche procédurale au droit?, le dépassement de la théorie pure?, et le problème de *Quis custodet ipsos custodes?*

LA CARACTÈRE IMPUTATIF DE LA CONSTATATION JUDICIAIRE DES FAITS

Contrairement à l'hétérogénéité des formes d'activité de la vie quotidienne, le droit signifie une activité homogénéisée. Son homogénéité est celle de l'exercice d'une influence pratique (de la médiation par des objectivations normatives), ainsi en ce qui concerne ses définitions essentielles elle diffère de l'homogénéité qui caractérise la cognition théorique. Bien que les normes et l'idéologie propres au droit formel moderne inspirent l'idée de l'analogie entre le droit et la cognition, le processus de la constatation judiciaire des faits n'est pas compréhensible et ne peut pas être reconstitué sur cette base.

L'auteur examine son sujet sur la base des questions suivantes: I. Pré-suppositions. II. L'approche du fait. 1. Sa perception. 2. Sa cognition. 3. Fait brut et fait institutionnel. (Présentation en tant que processus. Progressivité. Rattachement à l'objectivation ou sui-génération. Caractère indéfini. Relativité. Historicité et le dilemme méthodologique de la cognition.) III. Le milieu procédural de la constatation judiciaire des faits. 1. Le caractère constitutif de la constatation des faits. 2. Enquête et proceduralité. (La question de la "certitude".) 3. Le rôle de la vigueur légale.

LE CARACTÈRE IMPUTATIF DE LA CONSTATATION JUDICIAIRE DES FAITS

En liaison avec les études mentionnées dans la première et dans la dernière note, études par lesquelles l'auteur a essayé de jeter des fonds théoriques et philosophiques-épistémologiques, de faire une analyse du point de vue du système juridiques se basant sur un tour d'horizon du rôle des éléments juridico-philosophiques fondée sur une conception théorique plus large, dans la présente étude — par une analyse linguistique et une explication socio-ontologique cohérente — l'auteur invoque des arguments en faveur de sa thèse fondamentale, c'est-à-dire à l'appui de ce que l'homogénéité du processus judiciaire, et ainsi la constatation des faits sont d'une nature qui diffère de celle de la connaissance scientifique et qu'elles sont déterminées d'une façon normative et pratique.

Il groupe son analyse autour des considérations suivantes: 1. La différence entre la solution des problèmes et la logique de sa justification. 2. Dissimilitude entre connaissance et appréciation. 3. Rôle sélecteur de l'rélevance. 4. Fait et cas: la transformation conceptuelle. 5. La dépendance pratique de la qualification. 6. Manque de la descriptivité dans la sphère normative (Concept et type, la question de la subsumption et de la subordination). 7. L'unité des faits et des valeurs. 8. En posant des questions juridiques, le fait et le droit sont inséparables. (La question de la "question de fait" et de la "question de droit", la question des "mots ordinaires".) 9. Le chevauchement du côté de fait et du côté normatif. 10. L'étroitesse de nos connaissances et l'imprécision de notre langue. 11. La dialectique non-cognitive du classement normatif. 12. Le caractère ascriptif du résultat.

LE CARACTÈRE NON-COGNITIF DE L'ÉTABLISSEMENT DU FAIT PAR LE JUGE

1. La différence entre la logique de la solution du problème et la justification. La logique de la solution d'un problème et celle de son contrôle sont différentes. Le deuxième acte est postérieur au premier et par ce fait postérieur à l'objet de la preuve lui-même. Dans le domaine du droit, la recherche de la solution est d'une nature particulière, étant donné que du point de vue tactique chaque pas se rapporte au précédent et repose sur celui-ci.

2. La nature dissemblable de la connaissance et de l'appréciation. Parmi les événements, le droit sélectionne des événements qu'il peut projeter a posteriori sur les événements. Il n'est pas intéressé dans les faits, mais seulement dans leur utilisation en tant que bases de référence. Par conséquent la logique des faits eux-mêmes n'est décisive du point de vue juridique que dans la mesure où ils deviennent partie de la logique de l'appréciation juridique du fait.

3. La dialectique non-cognitive de la classification normative. Ce que nous nommons subsumption dans la logique a d'une part dans le droit seulement une importance symbolique et d'autre part n'est qu'un substitut. Les éléments du processus juridique en apparence hétérogènes ne sont que des catégories de classification technique qui, en dehors du domaine du droit, n'ont aucun référence ou contenu directement interprétables.

Index

- Aarnio, Aulis 208
 Abel, Richard L. 191
 Acton, Lord 41
 Agarkov 147
 Ágh, Attila 149
 Ajdukiewicz, Kazimierz
 77/107,79/110
 Alciate, André 220
 Alexandrov, N. G. 20, 22, 23, 24,
 26, 147
 Alexeyev, S. S. 22, 147
 Alexy, Robert 208
 Allott, Anthony N. 168, 187
 Amfiteatrov 141
 André-Vincent, Ph. I. 207
 Andrioli, Virgilio 220
 Angelesco, Alexandre 217, 218,
 219
 Anouilh, Jean 155
 Antal, László 77/107, 205
 Aristote 42-43, 208
 Aron, Raymond 167
 Austin, John 223, 248/264
 Awaji, T. 180

 Barasch, Eugene A. 23
 Bartolus de Saxoferrato 223, 224
 Baumhoer, Karl 223, 224
 Beck, A. 202
 Bendix, Richard 167
 Bentham, Jeremy 223, 224, 288,
 289, 297
 Bertha, Bulcsu 155
 Bibó, István 4, 8, 41, 47

 Bierling, Ernst Rudolf 220
 Bihari, Ottó 47
 Black, Donald 183, 195
 Blackstone, William 220, 221, 223
 Blankenburg, Erhard 209
 Bobbio, Norberto 185, 217
 Bohannan, Paul 172, 187
 Bolding, Per Olof 191
 Bolgár, Vera 223, 224
 Boyer, Georges 223
 Bratous, S. N. 27, 245/258
 Bredemeier, H. C. 184
 Brimo, Albert 134
 Brusiin, Otto 63/92
 Bruteau, José Puig 62/90
 Bülow 223
 Burckhard, H. 220, 222
 Burgert, Róbert 155
 Burlacki 22
 Bystrina, Ivan 16-17

 Campbell, K. 223, 224
 Capitant, Henri 223
 Carbonnier, Jean 170, 177, 194- 195
 Cassirer, Ernst 123
 Castberg, Frede 60/89
 Chagorodsky, M. D. 24, 26, 147
 Cheindline, B. V. 21, 26
 Chiba, M. 180
 Colacino, Vincenzo 223
 Conac, Gérard 286
 Confucius 271
 Constantinesco, L.-J. 188
 Croce, Benedetto 314

- Dabin, Jean 217, 218, 220, 221, 222, 223
 David, René 191, 209
 Deák, Dániel 174
 Dekkers, René 191, 220, 223
 Demelius, Gustav 223, 224, 225
 Denissov 147
 Descartes, René 205, 296, 307
 Diamond, A. Stanley 184, 187, 209, 246/260
 Dieckmann, J. 120
 Donatuti, Guido 220
 Dongoroz 23
 Dragone, Alessandra 318-320
 Drobnitzki, O. G. 63/91
 Du Pasquier, Claude 217, 219
 Duguit, Léon 217, 218
 Durkheim, Emile 166

 Eckhoff, Torsten 189
 Ehrlich, Eugen 171, 177, 205, 217, 218
 Ehrlich, Stanislaw 60/88
 Eisler, Rudolf 223, 224
 Eliescu, Mihail 22-23
 Engels, Friedrich 44, 45, 46, 127, 131, 155, 156, 168, 169, 272, 312
 Eörsi, Gyula 135, 139, 142, 145, 146, 147, 156, 176, 200, 204, 212
 Ernout, A. 223
 Esser, Josef 223, 224
 Etzioni, Amitai 213
 Ewan, W. M. 176

 Falk-Moore, Sally 189
 Farber, I. E. 13
 Farberov 22
 Fedkine, G. I. 20, 23
 Field, David Dudley 297
 Fodor, Inna 17
 Foriers, Paul 220, 223
 François d'Assise, Saint 315
 Frank, Jerome 223, 224
 Frédéric II le Grand 118, 125, 288, 289
 Frieske, K. 189
 Fuller, Lon L. 220, 221, 223, 224, 227/251, 238/260-262, 240/262, 244, 246/260

 Gaius 224
 Galanter, Marc 190
 Galanza, P. N. 20
 Genkine 147
 Gény, François 217, 218, 219, 220, 222, 223
 Gilissen, Jean 176
 Glass, Harry 14, 20, 24
 Goldmann, Lucien 157
 Golounsky, S. A. 10, 11
 González, María del Refugio 293-294
 Gourevitch, A. Y. 125
 Goykhharg 141
 Gregorowicz, Jan 64/93
 Gromova, G. M. 14
 Grotius, Hugo 123, 124
 Grzybowski, Stefan 62/91
 Gurvitch, Georges 165, 175
 Gusfield, J. R. 185

 Hadrien 125
 Hall, Jerome 61/90
 Hammourabi 156, 268, 282
 Haney, Gerhard 11, 17, 24, 26, 65/94
 Harmathy, Attila 146
 Harris, James William 217, 218
 Hart, Herbert Lionel Adolphus 173, 226/250, 233/256, 236/259, 244/256, 245/259, 246/260, 247/263, 248/264, 249/264, 251
 Hartmann, Nicolai 199
 Hayek, Friedrich August von 184
 Hegel, G. W. Friedrich 57/84, 149, 160, 167, 198-199, 315

- Héraclite 41
 Hermann, István 159
 Heumann 220, 223
 Hobbes, Thomas 123
 Hoebel, E. Adamson 173
 Hölder, Eduard 223, 224
 Holmes, Oliver Wendell 178, 247-248/263
 Holtzendorff, Franz von 217, 218
 Hooker, M. B. 176
 Horváth, Barna 4, 5, 7-8, 177, 193
 Hug, Walter 217, 218
 Huizinga, Johan 125
 Hunt, Alan 166, 185
- Iampolskaïa, C. A. 20, 23
 Iavich, L. S. 15, 20, 24
 Ioffé, O. S. 22, 24, 26
 Ionasco, Traian 23
 Israël, Joachim 150, 160
- Jellinek, Georg 314, 319, 322
 Jhering, Rudolf von 217, 218, 223
 Jicinsky, Z. 16
 Jones, J. Walter 217, 223
 Jowitt, Earl 220
 Justinien I^{er} 118, 269, 270, 282, 288, 289, 290
- Kamenka, Eugene 189-190
 Kant, Emmanuel 3, 4, 64/92, 207, 314, 315, 323
 Kantorowicz, Hermann 77/107, 177
 Károly, Sándor 77/108
 Kaser, Max 220
 Kateb, G. 46
 Kawashima, T. 189
 Kazimirtchouk, P. V. 59/86, 63/92
 Kelsen, Hans 3-9, 67/96, 183, 206, 207, 211-212, 217, 218, 223, 244/255, 248-249/264, 314, 319, 322, 324
 Kerimov, D. A. 14, 15, 19, 20, 23, 24, 147
- Kétchékiane, S. F. 12, 14, 15, 17, 147
 Khrouchtchev, Nikita S. 270
 Klaus, Georg 57/84, 148, 197
 Klaus, Ekkehard 209
 Knapp, Viktor 57/84
 Kohler, Josef 217, 218
 Kolakowski, Leszek 167
 Korolyev 147
 Korunka, Edouard 16
 Koursky, D. I. 38, 141, 146
 Kourulev, S. V. 23
 Kowalski, Jerzy 25
 König, René 194
 Krystufek, Zdenek 60/88, 69/98, 168
 Kulcsár, Kálmán 8, 16, 18, 24, 57/85, 65/94, 167, 174, 176, 178, 183, 184, 186, 187, 191, 194, 209, 217, 218, 244/255-256, 266
 Kunicki, Aleksander 220
 Kurczewski, Jacek 189
- Lakatos, Michael 19
 Lalande, André 220, 222, 223
 Lask, Emil 314, 319, 322
 Le Herisse, A. 226
 Lebediev, M. P. 20
 Leibniz, Gottfried Wilhelm 123, 124, 307-308
 Leist, O. E. 23
 Lénine, Vladimir I. 22, 27-40, 67/96, 78/109, 141, 174, 287, 323
 Lévy-Bruhl, Henri 176
 Leymann, Julius 14, 20, 24
 Llewellyn, Karl N. 171, 177
 Locke, John 43
 Losonczy, István 8
 Löwy, Michel 313
 Luhmann, Niklas 172, 179, 185, 191
 Lukács, György [Georges] 3, 42, 44, 45, 47, 48, 121-122, 125, 126, 127-134, 139, 140, 142, 143, 145,

- 147, 148, 149-154, 155, 157, 158-159, 160-162, 167, 168, 180, 185, 192, 194, 199, 203, 210, 234/257, 244-245/255-257, 248/263, 266, 268, 281, 303, 304, 309, 311, 312, 313-324
- Lukic, Radomir D. 25-26, 59/86, 192
- Macaulay, J. 189
- Macaulay, Stewart 181
- Madison, James 43-44
- Mádl, Ferenc 8-9
- Maiakovski, Vladimir 39
- Maine, Sir Henry Sumner 146, 222, 223-224
- Majoros, Ferenc 300-302
- Malinowski, Bronislaw 171-172
- Mann, Thomas 313
- Mannheim, Karl 46
- Marx, Karl 44-45, 47, 127, 142, 143, 144, 148-150, 155, 156, 158, 159, 160, 164, 166, 167, 168, 174, 191, 192, 194, 199, 211, 272, 273, 303, 312, 313-315, 318, 320, 321, 322-323
- Maurer, Ion Gh. 26
- Mayhew, L. 180, 189
- Meillet, A. 223
- Mészáros, István 158-159
- Meurer, Dieter 223, 224, 225
- Mikolenko, I. F. 15, 65/94
- Miller, J. S. 188
- Montesquieu, Charles de Secondat 43
- Moór, Gyula [Julius] 3-9, 223, 224
- Muñoz, L. J. 188
- Nader, Laura 184
- Nagy, Endre 5
- Nagy, Imre 319
- Napoléon, Bonaparte 301, 303
- Naschitz, Anita M. 16, 17, 22, 23
- Nedbailo, P. E. 15
- Nénovsky, Néo 141
- Neusüss, A. 46
- Noll, Peter 186
- Nonet, Philippe 190, 193
- Nowak, Leszek 62/90, 206
- Occam, Guillaume d' 148
- Olivecrona, Karl 224
- Olivier, Pierre J. J. 223, 224, 225
- Opalek, Kazimierz 58-59/86-87, 181
- Ost, François 214-216
- Pachoukanis, E. B. 10, 11, 14
- Parain-Vial, Jeanne 75/106
- Parsons, Talcott 166, 184
- Paton, George Whitecross 217, 218
- Pecenik, Aleksander 57/84, 64/93, 70/99, 208
- Perelman, Chaïm 73/103, 176, 178, 205, 208, 221, 223, 224
- Peric, Berislav 19
- Peschka, Vilmos 5, 8, 14, 15, 16, 18, 19, 56-57/84-85, 65/94, 72/101, 73/103, 185, 200, 223, 224
- Péteri, Zoltán 14, 62-63/91
- Petrazycki, Leo 171
- Petrov, N. 20, 22
- Pfaff, Dieter 141
- Piontkovsky, A. A. 12, 14, 15, 17, 22
- Plósz, Sándor [Alexander] 220, 221, 222
- Podgórecki, Adam 165, 195
- Pólay, Elemér 176
- Poléjaï, P. T. 11, 17, 20, 24, 65/94
- Pollock, F. 146
- Popper, Karl Raimund 167
- Portalís, Jean 303
- Pospíšil, Leopold 172, 173, 209, 270
- Pound, Roscoe 58/85, 132, 170-171, 181, 183, 222, 223
- Pringsheim, Fritz 223
- Pugliatti, Salvatore 223

- Pulszky, Ágost 223
- Quintilien 220
- Radbruch, Gustav 314, 319, 321, 322
- Radev, Yaroslav 42
- Radin, Max 64/92
- Rawls, John 246/262
- Reich, Norbert 141
- Ritterman, Stefan 70/100
- Rivero, Jean 220
- Rodière, René 62/90
- Rodríguez, Fausto E. 289-290
- Romashkin, P. S. 14
- Ross, Alf 78/109, 224
- Rottleuthner, Hubert 206, 209
- Rousseau, Jean-Jacques 47
- Russo, François 217, 218, 220
- Sajó, András 184, 185
- Saleilles, Raymond 223, 224
- Samoshchenko, I. S. 15, 245/258
- Sauser-Hall, Georges 180
- Savigny, Carl Friedrich von 217, 218, 223
- Scarpelli, Umberto 79/110
- Schaff, Adam 152, 201
- Schiller, A. Arthur 125
- Schmidt, Conrad 131
- Schmitt, Carl 315, 323
- Schultheisz, Emil 147
- Schwartz, R. D. 188
- Seckel, E. 220, 223
- Selznick, Philip 170, 185, 190, 193
- Shapiro, M. 184
- Sík, Endre 38
- Smith, Adam 236-237/259, 245/259
- Soljenitzine, Alexandre I. K. 316
- Sólyom, László 141
- Somló, Felix (Bódog) 3, 5, 6, 195, 223, 224, 314, 322
- Spinoza, Baruch 123
- Stalhévich, A. K. 11, 12-13, 26
- Stalin, Joseph Vissarionovitch 270, 316
- Stammmler, Rudolf 3, 217, 218, 223, 224
- Stein, Peter 223
- Steiner, George 240/262-263, 247/263
- Stjernquist, Per 180
- Stone, Julius 66/95, 77/107
- Stoutchka, P. 10, 11, 14, 141
- Strauch, Walter 223
- Strogovitch, M. S. 10, 11, 14, 23
- Summers, Robert S. 182, 246/261
- Sumner, William Graham 171
- Szabó, Imre 8, 14-15, 20, 21, 22, 24, 25, 26, 57/84, 60/88, 61-62/90, 63/91, 65/94, 73/103, 119, 147, 158, 192, 205, 281
- Szájer, József 217-219, 220-222, 222-225
- Szotáczky, Mihály 5, 22, 26
- Tallon, Denis 302-303
- Tamás, György 79/110
- Tarello, Giovanni 200
- Tárkány-Szűcs, Ernő 209
- Tay, Alice Erh-Soon 189-190
- Tite-Live 157, 282, 290
- Todescan, Franco 223, 225
- Toumanov, V. A. 14
- Tourtoulon, Pierre de 220, 221
- Trendelenburg, Adolf 220, 221
- Troeltsch, Ernst 319
- Tucker, R. C. 167
- Unger, Joseph 220, 221, 223, 224
- Unger, Roberto Mangabeira 168, 190
- Vaihinger, Hans 223, 224
- Vanderlinden, Jacques 180
- Vas, Tibor 8
- Vichinsky, A. J. 10-11, 14, 21, 23

- Világhy, Miklós 142, 145
 Villey, Michel 157, 178
 Vinogradoff, Paul 220, 221
 Wagner, Ingo 11, 17, 24, 65/94
 Walde, A. 223
 Walton, P. 167
 Wasserstrom, Richard A. 191
 Watson, Alan 188, 266
 Weber, Max 119-120, 127, 154,
 157, 159, 160, 166, 167, 181, 186,
 187-188, 220, 221, 303, 304, 312,
 314, 315, 319, 322
 Whelan, Ch. 165
 Wiener, A. Imre 147
 Wiese, Alfred 14, 20, 24
 Williams, Glanville 65-66/95
 Windelband, Wilhelm 319
 Wróblewski, Jerzy 58/86, 62/91,
 69/98, 70/99, 182, 205, 220, 221
 Zaccaria, Giuseppe 187
 Ziembinski, Zygmunt 19

