

COLLECTION "PHILOSOPHIE DU DROIT" (13)

THÉORIE DE L'ÉTAT ET DU DROIT

PAR

RADOMIR LUKIC

Professeur à la Faculté de Droit
de Belgrade

Traduction française de

MARC GJIDARA

Maître-Assistant à l'Université de Droit,
d'Economie et de Sciences sociales de Paris

*Ouvrage publié avec le concours
du Centre Français de Droit Comparé*

DALLOZ

1974

COLLECTION "PHILOSOPHIE" DU DROIT (13)

THÉORIE DE L'ÉTAT ET DU DROIT

PAR

RADOMIR LUKIC

Professeur à la Faculté de Droit
de Belgrade



DALLOZ

PARIS

1974

AVANT-PROPOS

C'est grâce aux généreux efforts du Centre français de droit comparé, que paraît en français cette édition abrégée de ma « Théorie de l'Etat et du Droit » publiée en deux tomes pour la première fois en 1951 à Belgrade et en langue serbe. Mon premier devoir, combien agréable d'ailleurs, est de remercier le Centre français de droit comparé et le traducteur, qui se sont engagés à mener à son terme ce travail.

Je me suis efforcé de condenser cet ouvrage, sans pour autant le défigurer. Malgré les défauts qui pourraient lui être reprochés, j'espère qu'il permettra de faire connaître les essais de développement de la Théorie de l'Etat et du Droit en Yougoslavie, qui peuvent eux-mêmes présenter un intérêt pour la science étrangère. Cela serait, à n'en pas douter, une contribution au rapprochement entre les peuples, qui n'est jamais vraiment parfait aussi longtemps que demeurent ignorés leurs travaux scientifiques respectifs.

Les critiques, même les plus sévères, qui pourront être adressées à cet ouvrage, seront sans conteste bénéfiques pour les progrès ultérieurs de ma recherche sur la Théorie de l'Etat et du Droit ; je remercie par avance ceux qui les formuleront.

L'AUTEUR.

INTRODUCTION

LA NOTION DE THÉORIE DE L'ÉTAT ET DU DROIT

1. L'évolution de la Théorie de l'Etat et du Droit. —

Si l'on considère l'évolution de la Théorie de l'Etat et du Droit, il apparaît dès l'abord que, ce que l'on entend aujourd'hui par là n'a pas toujours constitué une seule et même chose (actuellement encore, certains contestent que la Théorie de l'Etat et du Droit constitue une seule et même science). Historiquement, les études sur l'Etat et le Droit ont évolué séparément ; leur fusion en une seule discipline, toute récente, ne date que de la fin du XIX^e siècle.

De ces deux sciences, celle de l'Etat est la plus ancienne. Faisant partie intégrante de la philosophie générale elle apparût avant la science du Droit. En vérité, au sein de la philosophie générale, la théorie du Droit se manifesta à l'état embryonnaire au moment où se développait la théorie de l'Etat, celle-ci bénéficiant d'une certaine faveur.

Mais, en tant que matières juridiques, c'est la science du Droit qui apparut d'abord, bien avant la science de l'Etat qui pendant très longtemps ne releva que de la philosophie générale, avant de devenir à l'époque moderne l'objet d'études juridiques. Même actuellement, dans l'étude de l'Etat, il y a plus d'éléments « extrajuridiques » que dans celle du droit.

On l'a dit, la science de l'Etat a commencé à se développer dans le cadre de la philosophie générale de la nature et de la société. Dès que l'on parvint avec le développement de la société de classes à un Etat et à un Droit relativement stabilisés et élaborés, immédiatement l'homme commença à situer ces phénomènes dans le cadre de son interprétation de la nature et de la société. Ce faisant, on s'attachait plus à l'Etat, vraisemblablement parce que c'est un phénomène plus malléable que le droit, plus apparent aussi, avec ses moyens de coercition, dominant tout le reste. Cet appareil n'existait pas dans la société préétatique et sa naissance devait fatalement retenir

l'attention. En revanche, le droit retenait beaucoup moins l'attention, car même avant son apparition il existait des règles déterminées concernant la vie des hommes en société, comme par exemple la morale et la coutume, et l'on pouvait estimer plus ou moins que le droit était quelque chose d'identique ou du même ordre que cela, alors que l'Etat ne connut aucun phénomène similaire.

Ainsi chez les premiers Grecs il existe déjà des doctrines de l'Etat, intégrées à leurs systèmes philosophiques généraux. Les deux plus grandes figures de la philosophie grecque antique — Platon et Aristote — nous ont laissé sur l'Etat quelques travaux très importants, qui pendant très longtemps ont été la source des essais de réflexion sur ce sujet. D'autres penseurs antiques ont aussi laissé de remarquables écrits dans ce domaine.

La principale particularité de ces études, est leur caractère philosophico-spéculatif. Bien que ces travaux philosophiques fournissent d'importants éléments d'analyse et des essais de synthèse sur l'Etat tel qu'il existait à cette époque (cela vaut surtout pour Aristote), ils n'en contiennent pas moins une majeure partie de spéculation sur l'Etat idéal et sur la façon la meilleure et la plus parfaite de l'organiser. On étudie très peu l'Etat du point de vue de sa légalité sociale, mais on y voit d'abord une institution politico-morale, résultant de la volonté de l'homme et de sa raison libre et abstraite.

Dans le cadre de la philosophie générale, et à côté des travaux sur l'Etat, nous avons vu que l'étude du droit commençait aussi à se développer, bien que beaucoup plus lentement. Ce fut la première philosophie du droit. Il est remarquable de constater, que déjà dans cette étude du droit, se trouvent posés certains problèmes essentiels de philosophie juridique, notamment celui du fondement et de la justification du droit, c'est-à-dire du lien existant entre le droit, la politique et la société en général d'une part, et l'Etat d'autre part. Dès cette époque apparut l'idée de « droit naturel », c'est-à-dire l'idée que le droit n'est pas une création de la volonté humaine pure, et que son contenu ne dépend pas de la volonté des hommes, mais qu'il est une création de la « nature » même, inscrite par avance dans la nature des choses, et que c'est ce contenu du droit mis à la disposition des hommes que la raison (et non la volonté) a seulement à découvrir et non à créer. Cette idée se développera puissamment par la suite. Comme on le voit, cette réflexion sur le droit est proprement philosophique et ne concerne ni l'étude du droit positif et la formation des concepts juridiques, ni les conditions sociales essentielles de la formation du droit. Seul le droit romain contribuera sérieusement à faire avancer l'étude du droit positif. Cependant, il ne faut pas sous-estimer l'apport de la pensée grecque à l'étude du droit. En s'attachant au droit naturel, cette pensée a posé la première pierre de toutes les

théories idéalistes du droit postérieures, et par là même également, elle a permis la réflexion matérialiste en ce domaine.

On ne recherchera pas ici l'origine du caractère idéaliste de cette pensée grecque, qui fait l'objet de l'histoire générale des idées. Il faut seulement mettre en évidence le fait que, malgré cette « idéologisation » naissante, dont on reparlera plus tard, il est d'ordinaire difficile pour la classe dirigeante d'appréhender l'essence véritable de son Etat et de mettre sur pied une théorie matérialiste de celui-ci.

La pensée juridique romaine, l'une des plus remarquables dans l'histoire du droit, s'est beaucoup plus intéressée — chose curieuse — à l'étude du droit, qu'à celle de l'Etat. C'est ainsi que l'on trouve à Rome le germe de ce qui plus tard deviendra la théorie générale du droit, alors qu'il n'y a pas de théorie générale de l'Etat. Même ce qui de la matière a été légué par la philosophie grecque classique, ne sera pas repris par les Romains, dont les penseurs n'ont rien produit de semblable aux travaux de Platon et d'Aristote sur l'Etat. La raison de cet état de choses reste à éclaircir. L'un des motifs est qu'à Rome les systèmes philosophiques généraux, qui auraient fatalement conduit à poser le problème de l'Etat, n'étaient pas aussi élaborés qu'en Grèce. Les Romains sont avant tout des praticiens du droit, intéressés par la tâche pratique de développement et de renforcement de l'autorité de l'Etat au moyen du droit. C'est pourquoi ils ont laissé des travaux juridiques remarquables au point de vue technique et professionnel, mais non en tant que science philosophique traitant d'un phénomène social, alors qu'ils n'ont laissé aucune doctrine de l'Etat. Et l'on aboutit à ce résultat paradoxal, que les fondateurs du plus grand Etat de la période antique, ont complètement négligé la théorie de l'Etat alors que les créateurs des minuscules Etats-cités grecs, ont élaboré de grandioses théories de l'Etat. Ce qu'elle n'a pas pu faire sur le plan de la réalité, la société grecque l'a fait sur le plan de la philosophie et de la pensée (comme plus tard l'Allemagne et sa révolution bourgeoise).

Les Romains ont commencé les premiers à s'occuper du droit positif, c'est-à-dire à étudier les règles juridiques réellement existantes et appliquées, en vigueur à Rome, au lieu de philosopher sur le droit, sur ce qu'il doit être vraiment et son essence véritable. Ils ont étudié le droit positif pour des raisons pratiques, afin d'en faciliter l'application. Ainsi s'est formée pour la première fois une science juridique positive, la science du droit positif, à l'intérieur de laquelle se manifeste l'amorce d'une étude générale du droit, d'une théorie générale du droit.

L'extrême importance que l'ordre juridique romain, perfectionné et solide, a eu pour le maintien de l'immense Etat romain, est attestée par la formation d'une science extraordinairement développée, du droit existant et en vigueur. Ce système est

encore aujourd'hui classique et demeure l'un des systèmes juridiques les plus parfaits qu'étudiaient encore des générations de juristes modernes. Les juristes romains ont édifié une série d'institutions et de concepts juridiques, qui représentent aujourd'hui encore un fondement technique indispensable à l'étude du droit. Une société de classes évoluée et très diversifiée, un régime de la propriété privée atteignant un degré de perfection enviable, une production en partie basée sur l'esclavage, et un appareil étatique développé, ont permis l'élaboration de cette science du droit, qui créa des institutions et des notions applicables à toute société de classes.

Précisément parce qu'ils ont privilégié, dans leurs études, le droit positif de leur propre Etat, au détriment de l'étude philosophique du droit, les juristes romains ont également pu poser les éléments de base d'une science générale du droit, mais comprise non pas d'un point de vue philosophico-spéculatif, ni historico-sociologique, mais d'abord positiviste et dogmatique. Comment est-on parvenu à une telle science générale?

Le droit romain a d'abord été étudié comme un tout, sans aucune distinction entre les branches particulières du droit et chacune de ses disciplines. Cela correspondait à un ordre social et un système juridique relativement peu développé. Mais au fur et à mesure de l'évolution de la société elle-même, et parallèlement à elle, les droits et les études juridiques ont progressivement commencé à constituer des groupes particuliers de normes juridiques semblables, qui concernaient un même secteur des rapports sociaux. Ces ensembles de règles ont constitué les branches particulières d'un système juridique. Pour l'étude de chacun de ces domaines, se constituait une discipline scientifique juridique tout à fait spéciale, une science du droit particulière, et les juristes commençaient à se spécialiser dans chacun de ces secteurs du droit.

Toutefois, le développement de ces disciplines juridiques était très lent. Tout d'abord la branche qui a commencé à se constituer à part et à se développer le plus, a été le droit civil, qui aussi longtemps qu'a duré le droit romain, est resté la science juridique la plus importante, celle qui réglait les rapports de propriété. Les autres secteurs ou branches du droit, ne se sont finalement imposés qu'à la fin de l'époque romaine.

Seul le droit civil, en tant que partie du système de droit positif, et son étude en tant que science juridique particulière, se sont développés au cours des temps à un point tel qu'il devint très difficile d'enfermer tout le droit civil dans un seul ouvrage scientifique systématique. C'est pourquoi il était nécessaire, pour qui voulait étudier le droit civil, de connaître d'abord les institutions ou les notions élémentaires et les plus générales de ce droit, pour mieux entrer dans son étude détaillée. A partir d'une masse de règles et de concepts juridiques, la pensée ro-

maine, a, par un lent travail d'abstraction, abouti à certaines notions très générales qui, ainsi dégagées des règles et concepts concrets, sont apparus comme des notions élémentaires pour tout le reste du droit. Ces notions élémentaires et générales, ont commencé à être exposées dans des ouvrages spéciaux, servant d'introduction à l'étude du droit civil général. Et, puisque le droit civil était la principale discipline juridique, ces introductions au droit civil ont servi en même temps d'introduction au droit en général, et par conséquent, les notions de droit civil plus ou moins modifiées (ou pas du tout) ont été étendues aux autres branches du droit.

Rome connut donc une discipline juridique spéciale, servant d'introduction à l'étude du droit en général, et exposant principalement des notions de droit civil ; ce seront les « *Institutes* ». Il existe un ouvrage portant ce titre, datant du 11^e siècle avant notre ère, du célèbre juriste romain Gaius. En outre, dans le *Corpus Juris Civilis* de l'Empereur Justinien, du 5^e siècle de notre ère, on trouve aussi une introduction théorique à la codification générale, intitulée « *Institutes* » ; là sont exposés les concepts juridiques essentiels, communs à toutes les autres parties du *Corpus*.

Cette discipline dans la science juridique romaine, représente donc la simple ébauche d'une science générale du droit, devant servir d'introduction à toutes les études juridiques particulières. Cependant, bien que cette discipline soit encore très loin de comprendre ce qu'aujourd'hui l'on entend par la Théorie de l'Etat et du Droit (ou seulement par la Théorie du Droit), cette science du droit à Rome, tant dans le cadre de cette discipline particulière que dans le cadre des autres disciplines juridiques, a déjà développé et posé une série de notions juridiques générales et fondamentales qui, comme nous l'avons dit, ont aussi été utilisées plus tard et encore maintenant, par une science du droit plus perfectionnée. Ces concepts juridiques sont — au contraire de la pensée juridique grecque — créés à partir de l'analyse et grâce au développement du droit positif, c'est-à-dire du droit en vigueur à Rome, et non à partir de prémisses juridiques abstraites, de spéculations philosophiques générales. Les juristes romains ont généralisé le matériau juridique concret et dégagé des concepts, pour parvenir à certaines définitions de notions juridiques, qui se distinguent des normes juridiques dont elles ont été extraites. C'est le cas par exemple de certains concepts, tels que celui de loi, de droit subjectif, de sujet, d'acte juridique, de délit, de dommage, etc... Ces concepts fournis par la science juridique romaine au moyen de l'abstraction et à partir du droit positif, constituent les premiers fondements de la science qu'aujourd'hui l'on nomme théorie générale du Droit.

A vrai dire, ces concepts ont été élaborés à partir du droit

positif romain et par là-même ils sont limités. Ils ne rendent pas compte de tout ce qu'avaient de valable les droits positifs ultérieurs, c'est pourquoi beaucoup d'entre eux doivent être modifiés, élargis, complétés, et même rejetés. Cependant, en forgeant de tels concepts, les juristes romains ont montré la façon de parvenir à des notions générales et par là même la manière de s'en servir, pour bâtir une science générale du droit. C'est pourquoi l'on peut encore dire que, d'une certaine manière, la doctrine juridique romaine présente une certaine importance pour la Théorie du Droit.

Cependant, l'idée de droit naturel dégagée par la philosophie juridique grecque, commence à être interprétée tout à fait différemment à Rome. Le droit naturel est entendu dans le sens de droit positif — comme l'ensemble des règles de droit, communes à tous les peuples (*Jus gentium*) — et non plus dans un sens philosophico-spéculatif comme en Grèce. Ainsi, on arrive à certains concepts juridiques, fondés sur des règles communes, c'est-à-dire sur des principes généraux, qui constituent le premier pas vers une véritable théorie du droit. En conséquence, la science romaine du droit ne construit pas ses concepts juridiques seulement à partir du droit romain, mais à bien des égards, à partir des autres droits, ce qui constitue un fondement plus large et plus solide ; et c'est la première fois que l'on recourt, bien qu'imparfaitement, à la méthode comparative, qui sera perfectionnée plus tard par la théorie du droit.

L'époque de la pensée juridique qui coïncide avec l'esclavage, nous fournit donc, d'une part les premières théories de l'Etat et les premières théories du Droit, dans le cadre de la philosophie générale du droit, et d'autre part l'esquisse d'une théorie générale du Droit, dans le cadre de la science du droit plus ou moins détachée des méthodes et des systèmes philosophiques, et envisagée comme une science absolument autonome. Ainsi sont jetées les bases de toute science du droit en général, et en particulier de toute étude générale du droit, de toute théorie du droit. En même temps sont tracées les deux voies principales dans lesquelles plus tard, et surtout à l'époque moderne, se développera la Théorie de l'Etat et du Droit, c'est-à-dire la ligne purement juridique, positivo-juridique ou dogmatique, et la direction philosophico-sociologique, qui outre le côté juridique, s'attache aussi aux autres aspects et éléments des divers phénomènes étudiés.

Avec la période féodale, on assiste à une espèce de rupture de la continuité par rapport à l'époque de l'esclavage, rupture de la continuité culturelle en général et juridique en particulier. L'idéologie religieuse, pour des raisons sociales particulières et surtout à cause de l'insuffisance relative du développement de la société, devient monopoliste dans la société féodale et dans toute l'activité intellectuelle de l'époque, et même l'étude de

l'Etat et du Droit prend des formes purement religieuses, se situe dans un cadre théologique et prend l'aspect d'une vision théologique du monde, d'une vision religieuse officielle. Toute science et même celle du droit et de l'Etat, repose sur l'autorité religieuse. Ainsi, c'est au sein de l'enseignement religieux général, de la philosophie au service de la théologie, que sont discutés aussi les problèmes concernant l'Etat et le droit et que se placent les études correspondantes. Celles-ci ont un caractère purement spéculatif et scolastique ; et surtout elles n'ont aucun rapport avec le droit positif. De la pensée antique, on utilise surtout les héritages de la philosophie grecque sur l'Etat et le Droit, surtout Aristote, quant à la science romaine, science du droit positif, elle est complètement abandonnée.

Mais le progrès général, et surtout le développement économique et la diversification de la société féodale dans les villes de l'Italie du Nord, favorisent dès le XIII^e siècle une espèce de renouveau juridique, et la réapparition des études juridiques. Il n'est plus question de philosopher sur le droit dans le cadre de la scolastique (qui demeure cependant) ; les nécessités des échanges économiques sont à l'origine de l'essor du droit positif, droit qui s'impose obligatoirement aux individus au sein d'une société concrète donnée. Ainsi se développe l'école dite des glossateurs (et plus tard des post-glossateurs), qui tient ce nom du fait que son action est de commenter (gloser) les dispositions du droit en vigueur (principalement du droit romain. Cette école n'utilise pas la philosophie grecque, comme la scolastique, mais la science romaine du droit positif. Toutefois il n'y a pas chez elle de système juridique d'ensemble, elle fournit des concepts juridiques généraux.

Mais la société et le droit se développent à un point tel, que commence à s'imposer déjà la nécessité de donner un aperçu systématique et certain du droit tout entier, d'élaborer une discipline exacte donnant une vue globale du droit. En effet, à côté du droit civil romain traditionnel, se développent en particulier le droit canonique de l'Eglise, ainsi qu'un droit féodal spécial, ignoré de Rome, car il règle les rapports issus de la propriété féodale, qui se distingue fondamentalement de la propriété romaine classique fondée sur le système de l'esclavage. C'est ainsi que se développent ces trois branches principales du droit. Mais à côté d'elles, se manifeste progressivement aussi une espèce de droit international, il s'agit d'un droit international privé, que l'on appelle aussi « *la Théorie statutaire* ». Parallèlement, un droit pénal est également ébauché.

Un ordre juridique aussi perfectionné, appelle également une science du droit correspondante, qui exposerait l'ensemble de ces disciplines pour en tirer les concepts juridiques fondamentaux communs. Bien entendu, en raison de ses faiblesses la science des glossateurs ne pouvait pas satisfaire cette exigence.

Quoi qu'il en soit, dès le XIII^e siècle, certains ouvrages s'y essaient. La science n'avait pas encore, à vrai dire, élaboré de principes généraux du droit, ni créé un système général de droit ; car les conditions n'étaient pas réunies qui auraient rendu possible un tel système. Mais l'essentiel est que cela ait été amorcé.

La première tentative de ce genre est due en 1275 à Guillaume Durantis, dans son ouvrage *Speculum judicale seu juris* (le miroir de Justice). Il portait sur certains principes juridiques les plus généraux, concernant les sujets, les actes et les procédures juridiques. L'ouvrage n'était pas systématisé et devait servir d'introduction à l'étude du droit. Mais son importance tient dans le fait qu'il est le premier à essayer de donner un aperçu des principaux concepts juridiques propres aux diverses branches du droit.

Plus tard, au cours de la période féodale et jusqu'au XIII^e siècle, paraissent des ouvrages présentant un aperçu de chacune des branches du droit, mais d'une façon autre que celle du Durantis. En effet, ils n'exposent plus le droit positif, c'est-à-dire le contenu de chaque règle, mais mentionnent seulement les branches du droit existantes, et rapportent les règles juridiques en vigueur dans chacun des domaines, les études dont ils font l'objet, et les répertoires où se trouvent ces textes ainsi que leurs commentaires. Simultanément, ces auteurs donnent certaines indications sur la façon d'interpréter et d'appliquer les règles de droit. Donc, ces ouvrages ne fournissent pas un système de normes juridiques, mais seulement des observations techniques qui y sont relatives et une description des méthodes d'étude et d'application du droit. Les titres des ouvrages reflètent leur contenu : *methodus*, *ratio docendi discendique juris*, *juris ars et scientia*, *prolegomena juris* etc...

Par rapport aux ouvrages antérieurs, ceux-ci constituent un recul, du fait qu'ils ne mentionnent plus comme avant les prescriptions du droit positif, mais on y voit un progrès dans la mesure où l'on commence à exposer une méthode d'étude et d'application du droit, car jusqu'alors il n'était absolument jamais question de méthode. Ainsi ont été jetées les bases des discussions méthodologiques postérieures concernant la science du droit ; ce qui aujourd'hui constitue l'un des buts les plus importants de la théorie générale du droit.

Pendant ce temps, le droit continuait à se développer. Avec l'évolution du mode de production bourgeois, les Etats nationaux se substituent définitivement au morcellement féodal antérieur et à l'empire romain germanique universel. Alors, à la place d'un droit plus ou moins homogène hérité du droit romain, on commence déjà à découvrir les droits nationaux des Etats, qui se sont renforcés dans la phase de la monarchie absolue et l'on commence à jeter les bases d'une nouvelle branche du droit, réglant les rapports entre Etats nationaux souverains — le

droit international public. Les Etats absolutistes nouvellement formés, fournissent la matière de cette branche particulière du droit qui règle l'ordre étatique — c'est-à-dire le droit de l'Etat ou constitutionnel. En outre, on assiste aussi à la naissance de l'histoire du droit.

Sur ce plan, le xvi^e siècle verra de nouvelles tentatives de la part d'auteurs qui essaieront d'exposer de façon concise dans un ouvrage, les problèmes les plus importants dans les principales branches du droit. Retenons-en surtout les suivants : *Methodica juris utriusque traditio* en 1543 par Magus, et *Synagma juris universi* en 1582 par Georgius Tolosanno. Mais, ces ouvrages n'ont pas eu plus de succès que celui de Durantis, ni poussé quiconque à imiter leurs auteurs pour tenter de faire mieux.

C'est seulement au xvii^e siècle, que paraît un ouvrage portant le titre d'encyclopédie, terme qui plus tard sera largement utilisé : *l'encyclopedia juris universi* de Hunius en 1638. C'est le premier ouvrage ainsi intitulé et il constitue un essai sérieux d'exposé abrégé de l'ensemble du droit positif, et non seulement une nomenclature des textes ou des répertoires juridiques, et de la méthode. C'est la première forme de littérature juridique encyclopédique, qui plus tard s'enrichira, et sur laquelle s'est construite l'actuelle théorie générale du droit. Le contenu de cet ouvrage est le même que pour les autres encyclopédies — il donne un résumé des dispositions du droit positif des principaux secteurs du droit, sans en tirer des concepts généraux, qui seraient communs à tous les domaines du droit.

Cet exposé du droit dans le cadre d'une encyclopédie, exprime réellement la nécessité de classer de la façon la plus systématique et la plus exhaustive, des notions juridiques déjà très élaborées. L'encyclopédie donne un aperçu général des diverses branches du droit ; c'est pourquoi elle est très utile au débutant qui entreprend ce genre d'études. Elle lui fournit un éventail de toutes les connaissances juridiques, à partir desquelles il est ensuite possible de tirer certaines conclusions concernant le droit en général. Mais une encyclopédie du droit en tant qu'approche introductive à cette discipline, comporte certains défauts. Son principal inconvénient est d'obliger le débutant à tirer la plupart du temps seul, des conclusions générales intéressant le contenu du droit, sa conception, ainsi que d'autres problèmes juridiques de première importance. L'encyclopédie seule n'a pu y pourvoir. L'aperçu qu'elle donne de chaque discipline, porte sur l'ensemble des branches du droit que l'on a rassemblées par commodité et qui font seulement l'objet de très brèves explications. Il n'y a pas entre elles de lien intime, mais seulement une juxtaposition pure et simple. Cet inventaire ne souligne pas ce qui est commun à toutes ces disciplines, ou l'existence éventuelle d'un fondement identique.

Ces défauts, la littérature juridique encyclopédique s'est attachée à les corriger plus tard. Mais il y a toujours chez elle une certaine tendance à l'explication mécaniciste ; il s'ensuit qu'elle ne conçoit pas la théorie du droit (ou de l'Etat), comme une science indépendante, mais plutôt comme un ensemble de connaissances pouvant être acquises par l'étude des disciplines juridiques particulières, et qui y sont contenues. C'est seulement à une date assez tardive, que se manifeste l'attitude contraire, rejetant la conception encyclopédique de la théorie du droit — en effet, on commença à voir, dans la théorie du droit comme dans celle de l'Etat, une science autonome, ayant un objet propre et permettant d'arriver à des résultats qu'aucune autre science de l'Etat et du Droit n'est susceptible de fournir.

Après cette première encyclopédie du droit, il y en eut une série d'autres ; l'encyclopédie servit d'introduction à l'étude du droit. L'essentiel du contenu de toutes ces encyclopédies, consiste en un bref aperçu de toutes les branches du droit et comprend aussi une partie méthodologique, à l'image de certains ouvrages antérieurs, qui portaient seulement sur l'étude de la méthode. Ainsi, l'encyclopédie du droit représente la fusion des deux façons de concevoir l'introduction au droit, existant jusque là. Le meilleur ouvrage de cette littérature encyclopédique sur l'étude des droits positifs, est « l'Essai d'encyclopédie juridique » (*Entwurf einer juristischen Encyclopädie*, Göttingen, 1757) de Johann Stephan Pütter.

Quant à la Théorie de l'Etat, son développement fut plus modeste. Le droit de l'Etat retient beaucoup moins l'attention, même s'il constitue une branche particulière du droit. Cela est dû au fait que l'Etat a encore relativement peu évolué. Ce n'est qu'à partir du xvi^e siècle, avec l'essor des monarchies absolues, que commence à apparaître toute une littérature traitant de ce sujet, d'où sortira plus tard la théorie de l'Etat. Outre les œuvres de Machiavel, l'ouvrage le plus important qui amorce cette étude est *La République* (Les six livres de la République) de Jean Bodin, en 1577. Il est le premier à étudier l'Etat d'abord du point de vue positif, et non plus purement philosophique, en tant qu'organisation juridique et en tant que force sociale réelle, abandonnant ce qui jusqu'alors était l'objet principal de l'étude de l'Etat, c'est-à-dire la réflexion philosophique générale sur le but et les fonctions de l'Etat.

Par ailleurs, en raison du lien indéfectible existant entre l'Etat et le Droit, toutes les encyclopédies juridiques contenaient aussi des considérations générales plus ou moins fouillées sur l'Etat.

Mais, avec le développement de l'appareil étatique et avec la multiplication des activités de l'Etat, son importance dans la vie pratique quotidienne des individus vivant en société allait croissant. Les divers aspects de l'Etat et de son action,

et surtout ses activités concrètes, policières et économiques, commencent à faire l'objet d'études minutieuses, surtout en ce qui concerne la formation des cadres techniques de l'appareil étatique. Ainsi, apparaissent progressivement de nouvelles disciplines scientifiques, qui portent sur ces nouvelles activités de l'Etat. Elles ont un caractère concret, économique, politique, administratif, et c'est pourquoi elles sont loin des réflexions générales et de la théorie. Mais elles ont l'avantage d'être pratiques, parce qu'elles étudient la vie réelle de l'Etat et ne se bornent pas seulement à la spéculation purement philosophique. De même qu'auparavant on étudiait le droit en tant que réalité sociale, il en va de même maintenant en ce qui concerne l'Etat. On aboutit donc en ce domaine à certains résultats, qui plus tard, ont également contribué à l'élaboration d'une théorie de l'Etat.

Les connaissances en ce domaine devenant de plus en plus nombreuses et variées, dès la fin du XVIII^e siècle commencent à apparaître des encyclopédies portant spécialement sur les sciences de l'Etat, semblables aux encyclopédies juridiques. Tel est par exemple le livre de Schlotzer, *Droit général et droit constitutionnel de l'Etat* (Allgemeines Staatsrecht und Staatsverfassungsrecht) paru à Leipzig en 1797.

Au cours des XVII^e et XVIII^e siècles, en même temps que se multiplient les ouvrages encyclopédiques, un grand bouleversement s'opère dans la science de l'Etat et du droit. Cette mutation est due et se déroule parallèlement à la grande révolution sociale qui s'accomplissait à cette époque : le développement du capitalisme et la conquête du pouvoir par la bourgeoisie. L'optique laïque se substitue à la vision théologique du monde ; des citoyens libres et non plus des gens d'église élaborent une nouvelle science. Ce changement de perspective se répercute aussi sur les études de l'Etat et du droit. Au lieu d'une science purement technique, comme celle qui existait jusque là, qui répondait à des exigences pratiques et qui a donné naissance à la littérature encyclopédique que l'on vient de mentionner, apparaît à nouveau une science philosophique qui tente de pénétrer l'essence du droit et de l'Etat. Simultanément, elle doit fournir une justification théorique du nouvel Etat bourgeois qui se substitue par la révolution à l'ancien Etat féodal. Cette science donne naissance à une encyclopédie du droit et de l'Etat, tout à fait neuve et différente.

La nouvelle science de l'Etat et du droit se fonde sur l'ancienne doctrine du droit naturel qui, on l'a vu, date déjà de l'Antiquité. La nouvelle classe révolutionnaire, la bourgeoisie, reprend cette doctrine, la remanie, pour en faire une école du droit naturel qui compte de nombreux partisans en Hollande, en Angleterre, en France, en Allemagne, en Italie, et en Espagne. Cette école estime que, au-dessus du droit positif produit

du pouvoir étatique, on a le droit naturel qui est issu de la nature des choses et que découvre la toute puissante raison humaine, droit intangible et absolu, transcendant le droit positif. Le but de la science juridique n'est pas d'expliquer le droit positif, mais de construire un système de droit naturel et de vérifier la conformité du droit positif au droit naturel. De même, l'Etat est également entendu comme une organisation soumise au droit naturel, appelé à le réaliser au moyen de son droit positif. L'Etat se soumet au droit et en découle. De même que l'on assigne à la science du droit la mission de construire un système jusnaturaliste idéal et dérivant de la « nature » de l'homme, sans égard pour la réalité (même si, bien entendu, il reflète une réalité donnée, sans que les créateurs de ces systèmes en soient même conscients), de même à cette époque on estime aussi que le but de la science de l'Etat est de construire un type idéal auquel les Etats existant réellement doivent se conformer.

Ainsi la vieille philosophie du droit et de l'Etat, ignorée par l'antiquité grecque et la philosophie religieuse de la féodalité, connaît un nouvel essor, désormais renouvelée dans sa forme et son contenu. A partir de là se constitue une nouvelle sorte d'encyclopédie du droit, jusnaturaliste. Elle présente brièvement un système de droit naturel rationnel (non positif), tel qu'il est imaginé par chaque auteur, ainsi que, en rapport avec cela, une certaine conception de l'Etat. En même temps on utilise les ouvrages philosophiques fondamentaux de l'époque, relatifs à l'Etat et au Droit, tels ceux de Grotius, Hobbes, Spinoza, Locke, Rousseau.

Au début du xix^e siècle, la situation de la science de l'Etat et du Droit est la suivante ; il existe deux tendances — l'une philosophique et spéculative et l'autre positive et juridique. L'une et l'autre s'occupent de leurs problèmes respectifs et concernant l'Etat et le Droit. A cause de ce démembrement, on voit apparaître tant dans l'étude de l'Etat que dans celle du Droit, des disciplines spéciales, des encyclopédies de l'Etat ou du Droit, qui souvent fusionnent en une seule encyclopédie commune. La méthode suivie dans ces encyclopédies est encore insuffisamment systématisée — on y décrit brièvement les disciplines scientifiques particulières qui constituent la science correspondante sans exposer les concepts généraux, ou en faisant un exposé sommaire des notions les plus générales, qui ne sont pas très élaborées. Les encyclopédies servent d'introduction à l'étude de la science du droit et de l'Etat. Elles répondent à l'idée d'encyclopédie en général, qui donne un aperçu très bref de toutes les disciplines scientifiques, mais cela n'implique pas un objet d'étude autonome et ne constitue pas une science particulière.

Le xix^e siècle contribua notablement au progrès de la science générale du droit et de l'Etat en tant que discipline scienti-

fique autonome, envisagée non plus d'un point de vue encyclopédique, mais d'une façon neuve, globale. L'étude de l'Etat et du Droit fut très florissante et fournit toute une littérature, très abondante. Cela est dû en particulier, au développement extraordinaire et à la complexité du nouvel Etat bourgeois et de son droit. Dans l'appareil étatique se crée une série de nouveaux organes très perfectionnés, consacrés aux différentes activités étatiques, et dans le droit une série de nouvelles branches, englobant chacun des domaines de la vie sociale. Le droit est de plus en plus systématisé et codifié, et l'œuvre d'abstraction a beaucoup progressé : à partir du droit positif, on élabore des concepts et des principes juridiques généraux, ce qui constitue le matériau essentiel et la condition préalable permettant de créer une discipline scientifique autonome, remplaçant l'ancienne conception d'une discipline introductive à l'étude des sciences du droit et de l'Etat, qui fut celle de l'encyclopédie du droit. Ainsi on a une tendance générale dans l'étude de l'Etat et du Droit, qui aboutit à la création d'une nouvelle science autonome.

Mais cela trouve aussi son origine dans un processus contemporain qui a pour cadre la société. Lors de l'apparition de l'Etat bourgeois, on voit celui-ci se détacher tellement de la société, que même dans la science il se produit une séparation entre la notion de société (comme dit Hegel « la société civile ») en tant qu'organisation autonome, et la notion d'Etat en tant qu'organisation coercitive — cette distinction n'existait ni dans l'Antiquité, ni au Moyen Age. L'Etat se présente maintenant comme une force autonome et relativement indépendante de la société et ne se confond plus avec elle. Cela fut aussi pris en considération, dans l'étude des relations entre l'Etat et la société et de leur influence réciproque. Cette opération d'isolation de l'Etat servit de prétexte à la distinction entre l'étude de l'Etat et celle du droit.

Au cours des *xix^e* et *xx^e* siècles, la littérature dans le domaine de la théorie générale de l'Etat et du Droit, est très riche et variée. Les divers ouvrages se distinguent par leur conception philosophique générale et la méthode utilisée. Cette influence de la philosophie générale et de la méthodologie, a joué un rôle important dans la création de cette nouvelle discipline scientifique.

La philosophie qui a servi de base à cette discipline autonome au sein de la science juridique bourgeoise était, d'une part celle de Schelling et Hegel, et d'autre part celle de Comte, toutes les deux se sont développées surtout dans le premier tiers du *xix^e* siècle. Schelling fut le premier à l'époque moderne à émettre l'idée que le monde constitue un ensemble organique, dans lequel toutes les actions sont reliées entre elles et interdépendantes, et il a appliqué cela à la science. La base de cette