

Marx, justice et jurisprudence : une lecture des 'Vols de bois'

Mikhaïl Xifaras

► **To cite this version:**

Mikhaïl Xifaras. Marx, justice et jurisprudence : une lecture des 'Vols de bois'. Revue Française d'Histoire des Idées Politiques, L'Harmattan, 2002, pp.63-112. hal-01017859

HAL Id: hal-01017859

<https://hal-sciencespo.archives-ouvertes.fr/hal-01017859>

Submitted on 3 Jul 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

MARX, JUSTICE ET JURISPRUDENCE UNE LECTURE DES « VOLS DE BOIS »

Mikhaïl Xifaras

Editions Picard | *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*

2002/1 - N° 15
pages 63 à 63

ISSN 1266-7862

Article disponible en ligne à l'adresse:

<http://www.cairn.info/revue-francaise-d-histoire-des-idees-politiques-2002-1-page-63.htm>

Pour citer cet article :

Xifaras Mikhaïl, « Marx, justice et jurisprudence une lecture des « vols de bois » », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2002/1 N° 15, p. 63-63. DOI : 10.3917/rfhip.015.0063

Distribution électronique Cairn.info pour Editions Picard.

© Editions Picard. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

MARX, JUSTICE ET JURISPRUDENCE UNE LECTURE DES « VOLS DE BOIS »

par Mikhaïl XIFARAS*

INTRODUCTION

1) *Le très jeune Marx et la jurisprudence*

Quoique l'unanimité ne soit pas le fort des études marxiennes, à ma connaissance, les commentateurs des textes du très jeune Marx (l'expression désigne les écrits antérieurs aux *Manuscrits parisiens* dits de 1844) soulignent sans exception le réel intérêt de ces travaux non seulement du point de vue de la genèse de la pensée de leur auteur, mais aussi pour la portée philosophique intrinsèque des thèses qui y sont développées, et plus précisément pour leur apport à la philosophie du droit, qui ne sera plus traitée aussi systématiquement dans l'œuvre ultérieure¹. C'est dire que la lecture de ces textes n'intéresse pas seulement les spécialistes de l'œuvre de Marx, mais plus généralement ceux que concerne la science du droit.

On a longtemps abordé les textes du très jeune Marx à la lumière de son

* Mikhaïl Xifaras, docteur en philosophie, est ATER de droit public à l'Université de Paris II.
1. À la suite d'Althusser, on a pu affirmer au contraire que les textes antérieurs à la « coupure épistémologique » de 1845 ne sont d'aucun secours pour l'intelligence de l'œuvre de la maturité, voire même sont étrangers à la « théorie marxiste ». Ainsi, pour ce qui concerne le droit, Nicos Poulantzas écrit : « les œuvres de jeunesse de Marx sont celles où il s'occupe systématiquement des problèmes touchant à la sphère juridique. Et pourtant, on ne peut rien en tirer concernant un fondement scientifique de la théorie marxiste du droit » in « À propos de la théorie marxiste du droit », in *Archives de philosophie du droit*, Paris (Sirey) 1967, n° 12, p. 147.

hégélianisme supposé, comme une propédeutique à la rupture avec le Maître, qui consacrerait l'entrée dans la maturité². À ce point de vue, on a pu en ajouter un autre : entre 1839 et 1843, Marx n'est pas seulement en contact avec le milieu des jeunes hégéliens, il est, comme étudiant en droit à l'Université de Berlin, témoin de l'affrontement que se livrent l'école historique et l'école philosophique³ – aux premières loges même puisqu'il suit la même année les cours de deux protagonistes majeurs de la querelle⁴, à savoir Friedrich Carl von Savigny (le fondateur et chef de file de l'École historique⁵) et Eduard Gans (le représentant fidèle de l'hégélianisme à la

2. C'est par exemple la perspective adoptée par Sydney Hook, *From Hegel to Marx, Studies in the Intellectual Development of Karl Marx*, New York (Humanities Press) 1950 ou, en langue française, par Françoise Bellue, « Sittlichkeit et démocratie dans les articles du jeune Marx (février 1842-février 1843) » Procès (PUL) 1986, p. 45-67 ou encore par Solange Mercier-Josa dans *Entre Hegel et Marx, Points cruciaux de la philosophie hégélienne du droit*, Paris (L'Harmattan) 1999.

3. Pour une présentation de cet affrontement, on se reportera à la description qu'en ont fait deux contemporains soucieux de faire connaître la science allemande au public français : Eugène Lerminier, *Introduction générale à l'histoire du droit*, Paris, 1829 et Édouard Laboulaye, *Essai sur la vie et les doctrines de M. de Savigny*, Paris 1842. Cette querelle trouve son origine dans le manifeste de l'École historique écrit par Savigny en 1814 *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* en réponse au *Über die Notwendigkeit einer allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* publié en 1810 par A.F.J. Thibaut, récemment réédités dans *Thibaut und Savigny, Ihre programmatischen Schriften*, München (Verlag Vahlen), 1973. Sur la querelle, en langue française, on consultera Z. Krystufek, « La querelle entre Savigny et Thibaut et son influence sur la pensée juridique européenne », *Revue historique de droit français et étranger*, Paris (Sirey) janv-mars 1966, vol. 1, p. 59-76.

4. Marx a suivi « avec assiduité » les cours de Pandectes de Savigny durant le semestre d'hiver 1836-1837 à l'Université de Berlin et « avec beaucoup de zèle » le cours de droit criminel d'Eduard Gans. Auguste Cornu, *Karl Marx et Friedrich Engels, leur vie et leur œuvre* Paris (PUF) 1955, Tome I, p. 81 à 90.

5. Les études savigniennes en langue française ne sont pas assez nombreuses pour faire honneur à la réputation et à l'influence immense de celui qu'on a pu considérer comme le plus grand juriconsulte du siècle, on consultera les nombreux articles que lui a consacré Alfred Dufour, dont certains ont été réédités dans *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, Paris (PUF) 1991 ; l'ouvrage d'Olivier Motte, *Savigny et la France*, Berne (Édition p. Lang), 1983 et l'article d'Olivier Beaud « Savigny et le droit public », in Jean-François Kervégan et Heinz Mohnhaupt (dir.) *Le droit entre nature et histoire*, Frankfurt / Main (Vittorio Klostermann) 1997 p. 169-223 ; sans négliger de se reporter aux écrits de ceux qui eurent la tâche d'introduire les premiers les travaux du maître en France, particulièrement Eugène Lerminier et Édouard Laboulaye, précités. Par ailleurs, on peut pointer dans une vaste littérature non francophone les travaux de Hermann Kantorowicz, "Savigny and the historical school of law", in *Law Quarterly Review* 53 (1937), G. Marini *Friedrich Carl von Savigny*, Napoli (Guida) 1978, Joachim Rückert, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Ebelsbach (Cremer) 1984 ainsi que le numéro double *Savigny y la Ciencia jurídica del Siglo XIX, Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, Granada (Universidad de Granada) n° 18/19, 1978-79.

La première (et la seule ?) étude en langue française consacrée aux rapports entre Savigny et Marx est celle de Hasso Jaëger, « Savigny et Marx », in *Archives de philosophie du droit*, Paris (Sirey) 1967, n° 12, p. 65-89. Sur ces rapports, il faut citer Donald Kelley, « The Metaphysics of Law : an essay on the Very young Marx », in *The American Historical Review*,

Faculté de droit de Berlin⁶). C'est dire que Hegel et l'hégélianisme ne sont pas nécessairement la seule source à laquelle s'abreuve la pensée de Marx et qu'il convient en particulier de réévaluer la place qu'y occupe à l'époque la *jurisprudence* – l'expression désignant ici la *jurisprudencia* du droit romain, c'est-à-dire la science du droit. Loin d'être une discipline ennuyeuse, imposée par l'autorité paternelle et vite délaissée pour l'étude de la philosophie, la jurisprudence se confond, comme le souligne l'historien Donald Kelley, dans l'esprit de Marx étudiant – comme sans doute dans celui de la majorité de ses condisciples – avec la « *vera philosophia* », la vraie philosophie⁷.

Cette formule, qu'on trouve au Digeste et qu'on doit à Ulpian, est un lieu commun de la pensée juridique jusqu'au XVIII^e siècle⁸, qui a encore largement cours dans les Facultés de droit en Allemagne au début du XIX^e siècle. Elle éclaire la conception de la justice défendue par l'École historique sous le magister intellectuel de Savigny, et c'est sans doute en lui accordant crédit que ce dernier fera le choix en apparence paradoxal

Washington, vol 83, n° 2, April 1978. On pourra aussi se reporter à Paul Wolf, « Marx versus Savigny » in *Savigny y la Ciencia... op. cit.*, p. 243 sq.

6. Eduard Gans est parmi les plus proches disciples de Hegel, c'est à lui que ce dernier délègue la tâche de professer son cours de Droit naturel et science de l'État, de 1825/26 à 1830/31. Sur ce point, cf. l'introduction de J.-F. Kervégan, à G.W.F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, Paris (PUF) 1998. Son œuvre majeure, *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung. Eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte*, Berlin (1824) est partiellement accessible en français, in *Histoire du droit de succession en France, au Moyen Âge*, traduite en français par L. de Lomélie, précédée d'une notice sur la vie et les ouvrages de M. Gans, par Saint Marc de Girardin, Paris (Moquet) 1845 ainsi que les chroniques de ses séjours parisiens, E. Gans, *Chroniques françaises, un hégélien juif à Paris, 1825-1830-1835*, éd. N. Waszek, Paris (Édition du Cerf) 1993. On peut aussi consulter de N. Waszek, « L'histoire du droit selon E. Gans. Une critique hégélienne de F. C. Savigny », in J.-F. Kervégan et H. Mohnhaupt, *Le droit entre nature et histoire, op. cit.*, p. 257 à 280.

D'après Donald Kelley (*The metaphysics... art. cit.*), Marx aurait suivi le cours de « *privatum ius Pandectarum* » de neuf à onze heures tous les matins avec Savigny et celui de Eduard Gans consacré au *Ius criminale universale* de midi à une heure tous les après-midi, sauf le mercredi.

7. « What is essential to understand [...] is that Marx did not distinguish at all sharply between those two disciplines, for the identification of law and philosophy was among the first lessons learned by law students ». Jurisprudence is the true philosophy is a formula taken from the very first sentence of the Pandects, that seminal collection of classical jurisprudence which Marx had not only studied (with Savigny) [...] but had even begun to translate into German » Donald Kelley, *The metaphysics ...*, art. cit. p. 352 et 353.

8. « The identification of law and philosophy was one of the few doctrines that gained almost universal assent in a profession that has never been known for agreement. It was defended by jurists of all sorts – by ancients and moderns, by glossators and post-glossators, by ultramontanes and citramontanes, by civilians and feudists, by scholastics and humanists. It was based upon impeccable, indeed inviolable authority, appearing as it did in the very first title of the Digest, taken from the work of that most classical of jurists, Ulpian. It was glossed and re-glossed hundreds of times, elaborated in terms of Platonic, Aristotelian, and Ciceronian thought, and confirmed by the hardly less celebrate formula that defined law as « the knowledge of things divine and human », that is, *sapientia*, wisdom itself. Finally, in more recent

d'accomplir sa vocation philosophique, nourrie de son admiration pour Kant, en embrassant une carrière de juriste⁹.

C'est pourtant vraisemblablement à Kant lui-même qu'on doit de ne plus vraiment pouvoir comprendre aujourd'hui l'entière portée d'un tel énoncé, qui fait fi de la scission que le philosophe de Königsberg institue entre droit positif et droit philosophique¹⁰, aussi bien que de la séparation épistémologique qui en découle entre la jurisprudence (ou science du droit), considérée comme la science empirique du phénomène juridique – le droit positif ou historique¹¹ – et la philosophie du droit, considérée comme une branche de la métaphysique, celle qui traite métaphysiquement des mœurs¹² et plus

time, it was given new life by incorporation in more than one system of thought from Baldus to Giambattista Vico, although again few figures in histories of philosophy » Donald Kelley, « Vera philosophia : the philosophical significance of Renaissance jurisprudence » *Journal of the history of philosophy*, Claremont, California, Jan 1976, vol. XIV, n° 1 p. 267. La citation du Digeste est la suivante : « Civilis scientia vera est philosophia et alliis omnibus propter eius finem praeferenda » (I, 1, 1).

9. Savigny a longtemps hésité entre le droit et la philosophie. Il semble bien qu'il n'ait en fait pas tant choisi le droit au détriment de la philosophie, mais qu'il ait plutôt considéré la science juridique comme la meilleure manière de *faire* de la philosophie, avec l'ambition devenir le « Kant de la jurisprudence », cf. lettre de V. Leonhardi à Leonhard Creuzer du 19 mars 1799, citée par Alfred Dufour, « L'histoire du droit dans la pensée de Savigny » in *Archives de philosophie du droit*, Paris (Sirey) 1984, n° 29, p. 249.

10. « L'ensemble conceptuel des lois pour lesquels une législation extérieure est possible s'appelle doctrine du droit (*jus*). Si une telle législation est réelle, elle correspond à la doctrine du droit positif, et celui qui s'y connaît en matière de droit positif ou qui est savant en droit (*jurisconsultus*) se nomme expert en droit (*jurisperitus*), s'il connaît les lois extérieures aussi d'une manière extérieure, c'est-à-dire dans leur application aux cas se présentant dans l'expérience : cette doctrine peut sans doute aussi devenir jurisprudence (*jurisprudencia*), mais sans la réunion des lois et de l'expérience, elle reste pure science du droit (*jurisscientia*). La dernière dénomination est celle qui revient à la connaissance systématique de la doctrine du droit naturel (*jus naturae*), bien que le jurisconsulte doive abandonner à celle-ci les principes immuables nécessaires à toute législation positive ». Emmanuel Kant, *Introduction à la Doctrine du droit* in *Métaphysique des mœurs* II Paris (GF Flammarion), trad. fr. Alain Renaut, 1994, § A, p. 15.

11. Sous la plume de Savigny, historique signifie à la fois empirique ou *a posteriori*, et manifesté par des documents écrits. Le droit historique s'oppose ainsi au droit primitif qui ne se manifeste pas à travers de tels documents susceptibles d'un examen scientifique critique, et au droit naturel ou philosophique qui est selon cet auteur soit une construction arbitraire de l'esprit, soit un nombre limité de préceptes moraux qui se confondent avec les grandes lignes de la morale chrétienne et restent extérieurs au droit. Sur ce point, Alfred Dufour, « Histoire naturelle ou nature historique du droit dans l'École du Droit historique » in Jean-François Kervégan et Heinz Mohnhaupt (dir.) *Le droit entre nature et histoire*, op. cit., p. 124-168.

12. « C'est uniquement dans la mesure où elles [les lois morales] peuvent être considérées comme fondées a priori et comme nécessaires qu'elles ont valeur de lois. Mieux : les concepts et les jugements qui portent sur nous-mêmes et sur nos conduites n'ont aucune signification morale si leur contenu se réduit à ce qu'il est possible d'apprendre de l'expérience » Introduction § II in *Métaphysique des mœurs* I op. cit., p. 164.

particulièrement des usages extérieurs de la liberté¹³, c'est-à-dire la doctrine transcendante du droit – ou système du droit rationnel¹⁴.

La lettre que le jeune Marx envoie à son père le 10 novembre 1837 en témoigne, c'est en approfondissant sa connaissance du droit que Marx éprouve le besoin d'en venir à la philosophie, et l'une et l'autre disciplines ne sont en rien séparées dans son esprit : il les combine, les confond et ne cesse d'aller de l'une à l'autre :

« il me fallait étudier le droit, mais je ressentais avant tout le désir de me mesurer avec la philosophie. Combinant les deux, je travaillais tantôt Henecius, Thibaut et les sources, sans le moindre esprit critique, en collégien, traduisant par exemple les deux premiers livres des Pandectes, tantôt je cherchais à faire passer une philosophie du droit à travers le domaine du droit. En guise d'introduction, je plaçais quelques propositions métaphysiques et menais ce malheureux opus jusqu'au droit public, travail de près de 300 feuilles d'impressions »¹⁵.

On aborde ordinairement le parcours philosophique du jeune Marx dans la perspective d'un rejet de la métaphysique du droit qui l'aurait conduit de la philosophie spéculative hégélienne (comme dépassement de l'approche transcendante kantienne) à une critique d'inspiration feueurbachienne mais déjà très originale de cette philosophie. La réinscription de ce parcours dans le contexte de ses études juridiques permet de compliquer ce schéma un peu trop simple : le rejet de la métaphysique transcendante¹⁶ ne s'adosse pas seulement à l'œuvre Hegel, mais encore à celle de l'École historique, particulièrement de Savigny qui prétend elle aussi s'écarter d'une approche métaphysique du droit, en donnant une vigueur et une signification nouvelle à l'expression « *jurisprudencia vera philosophia est* ».

On peut s'autoriser de ce constat pour chercher à interpréter la pensée du très jeune Marx comme inscrite dans une tension extrême entre ces deux pôles de la critique de l'idéalisme transcendantal que sont la philosophie

13. « on ne peut exiger que ce principe [universel du droit] de toutes les maximes soit lui-même, à son tour, ma maxime, c'est-à-dire que j'en fasse la maxime de mon action ; car tout homme peut être libre, quand bien même sa liberté me serait totalement indifférente ou quand bien même je serais en mon cœur volontiers enclin à y porter atteinte, dès lors simplement que je ne lui fais pas tort par mon action extérieure [...] le droit en général n'a pour objet que ce qui est extérieur dans les actions [...] Le droit strict, autrement dit celui auquel nulle dimension éthique ne se trouve mêlée, est celui qui n'exige pas d'autre principe de détermination de l'arbitre que simplement les principes extérieurs. En ce sens, on ne peut appeler droit strict [étroit] que le droit qui est complètement extérieur » in Introduction à la Doctrine du Droit, § C et § E, in *Métaphysiques des mœurs* II *op. cit.*, p. 18 et 19.

14. Sur la distinction du droit naturel et du droit rationnel, cf. la présentation de la traduction de la *Métaphysique des Mœurs* I, par Alain Renault, *op. cit.*, p. 37 sq.

15. Lettre du 10 novembre 1837 à son père, appendice aux *Œuvres (philosophie)*, trad. M. Rubel, Paris (Gallimard) 1982, tome III, p. 1372.

16. L'expression serait un oxymore aux yeux de Kant ; elle traduit cependant l'opinion de Marx pour qui le dualisme kantien du droit positif et du droit rationnel est métaphysique parce que dualiste.

spéculative du droit qui trouve sa forme achevée dans les *Grundlinien der Philosophie des Rechts* de Hegel, l'ouvrage de référence de l'École philosophique, particulièrement de Eduard Gans, et le renouveau de la science du droit historique qu'incarne l'œuvre de Savigny. Plus précisément, je voudrais montrer dans cet article que les travaux du très jeune Marx sont une tentative sérieuse (et une des seules, dans les deux siècles qui nous précèdent) pour donner un avenir à l'antique sentence : *jurisprudentia vera philosophia est*, en conférant au mot philosophie son sens moderne, c'est-à-dire critique, d'une théorie de la justice – par quoi il convient d'entendre à la fois la fondation et les principes du jugement en légitimité du droit empirique –, ce que Hegel appelle une justification véritable¹⁷.

2) *Jurisprudentia vera philosophia est*

Avant d'évaluer la réussite de l'entreprise, il n'est pas inutile de revenir sur la signification que revêt l'expression *jurisprudentia vera philosophia est* dans la première moitié du XIX^e siècle, en s'appuyant sur l'analyse qu'en propose Donald Kelley : « The justification for this identification had been two-fold : first, that law constituted a true “science” (*civilis scientia*), since it was universal and viewed the world in terms of cause and effect, and second, that unlike natural science it proposed as its principal object the *common good* of society »¹⁸.

Considérer la science du droit comme la « vraie philosophie », c'est donc lui accorder le privilège d'être le discours de vérité adéquat aux choses non naturelles, celles qui ne relèvent pas de la science physique, les choses humaines et divines, ou encore les choses humaines considérées non seulement telles qu'elles sont, mais encore telles qu'elles devraient être. La science du droit est alors une science normative et générale des affaires humaines¹⁹. On retiendra que si la science du droit est à la Renaissance la véritable sagesse, elle est encore au XIX^e siècle, pour les juristes allemands de l'École

17. G.W.F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, op. cit. § 3, remarque, p. 94.

18. Donald Kelley, *The metaphysics*, art. cit., p. 353. Kelley ajoute : « From the thirteenth century to Marx's own time, the theme *jurisprudentia vera philosophia est* was pursued by jurists, commentators, and systematizers of law, including contributors to the French civil Code of 1804. Whatever the relations between mature Marxism and classical « civil science » the young Marx, at least the very young Marx, started in the old tradition. » (*ibid*). À ma connaissance, cet article est le seul à établir un lien entre les écrits du très jeune Marx et ce thème.

19. On a souvent présenté la pensée de Marx comme écartelée entre la description objective des rapports sociaux et la condamnation de leur nature capitaliste, faisant appel à des principes normatifs aporétiques. Dans la pensée de la maturité, ces deux aspects sont certainement séparés ; pour Marx jeune (ou plus exactement très jeune), la science du droit est le lieu théorique de leur articulation.

historique, un discours de vérité qui combine, ou plus exactement qui identifie la description scientifique des faits sur le modèle des sciences modernes de la nature et la prise en charge normative du devoir-être qui règle l'agir humain²⁰. Encore une fois, il faut tendre l'oreille pour percevoir aujourd'hui la portée d'une thèse qui fait du discours juridique à la fois la science globale des sociétés humaines et le savoir relatif à ce qui est juste, qui produit dans un même mouvement la connaissance objective des rapports entre les hommes et l'élaboration systématique des critères de légitimité auxquels se doivent de satisfaire les règles de droit existantes. Sans doute ces difficultés d'audition ont-elles à voir avec la postérité de l'œuvre de Kant, dont on sait qu'il distingue – peut être le premier avec autant de rigueur – la description de ce qui est (les phénomènes juridiques, ramenés aux règles du droit positif en vigueur) et la construction du devoir-être (les principes de la doctrine du droit – le droit naturel au sens de rationnel, ou encore le droit philosophique – qui sont les règles des jugements auquel la raison soumet légitimement le droit). Dès 1837, l'ambition du très jeune Marx est de surmonter cette division des règles et des principes de justice, de la réalité du droit et de son idéal métaphysique. Il n'y a au demeurant là rien de très nouveau : ce thème est un *leitmotiv* de l'idéalisme allemand post-kantien, qui est le décor sur fond duquel se joue la querelle des Écoles historique et philosophique. Chercher la vraie philosophie dans la science du droit, inventer une science du droit qui sera véritablement philosophique, ce n'est pour Marx que formuler dans les termes d'un étudiant en droit le projet philosophique d'une théorie de la justice qui soit immanente au phénomène juridique lui-même²¹, et qui puisse par conséquent réaliser la critique interne du droit²². Son originalité, et sa

20. Depuis leur fondation moderne au XVII^e siècle, les sciences de la nature, physique et biologie, ont pu et peuvent encore prétendre assumer cette prise en charge. Aussi bien l'idéalisme allemand que l'École historique réfutent, de différente manière, une application directe des lois de la nature dans le monde de l'homme et constituent dans ce refus le champ épistémologique de la science du droit comme science des phénomènes causés par un agent libre, ou science des actes humains. Sur cette question, on peut consulter, pour ce qui est de l'idéalisme allemand, Otfried Höffe, *Introduction à la philosophie pratique de Kant*, trad. fr. F. Ruegg et S. Gillioz, Paris (Vrin) 1993 et Alain Renault *Kant aujourd'hui*, Paris (Aubier) 1997 et Alfred Dufour pour ce qui est de l'École du droit naturel et du droit historique, particulièrement « L'influence de la méthodologie des sciences physiques et mathématiques sur les Fondateurs de l'École du Droit naturel moderne (Grotius, Hobbes, Pufendorf) », in *Droit de l'homme... op. cit.*, p. 94 à 110 et « La théorie des sources du droit dans l'École du Droit historique », in *Les droits de l'homme, op. cit.*, p. 221 à 258.

21. Cette unité du droit et de la justice, de la norme et des valeurs qui la légitiment, ou encore la critique des conceptions transcendantes de la justice est le point de départ de la démarche de Nicos Poulantzas – qui se réclame explicitement de Marx. Cf. *La nature des choses et le droit*, Paris (LGDJ) 1965. Dans cette thèse l'auteur cherche à penser dans leur unité génétique et structurelle concepts et normes du droit, et fait appel au concept de leur totalisation organique.

22. Sur la notion de critique interne chez Marx, on consultera Emmanuel Renault, *Marx et l'idée de critique*, Paris (PUF) 1995.

grandeur, tiennent moins à cette identification considérée en elle-même qu'à l'effort pour la penser en des termes qui honorent les prétentions critiques de la philosophie. Ou encore : que serait une science du droit qui serait authentiquement science du droit réel (et non pas idéal au sens extérieur et formel du terme) sans être moins authentiquement philosophique, c'est-à-dire critique ? En tant que telle, cette tentative apparaît comme rien moins qu'une alternative à la définition inaugurale de la philosophie moderne du droit proposée par Kant. Au demeurant, parce que le traitement réservé aux questions juridiques dans les travaux entrepris entre 1837 et 1843 est systématique et non anecdotique, on peut légitimement considérer ces travaux du point de vue de leur apport à la science juridique. Cette lecture est en outre à même d'éclairer le débat sur la justice chez Marx, dont on sait qu'il est extrêmement vif en terres anglo-saxonnes. C'est sans doute en quoi réside l'intérêt de ces textes, et ce qui peut aujourd'hui motiver leur lecture au delà du cercle des études marxistes.

3) *La question de la propriété*

On ne s'étonnera pas que le lieu théorique de cette dispute soit la question de la propriété. Depuis Kant encore, c'est en effet le nœud qui lie le droit philosophique et le droit positif, dès lors que la possession juridique (le mien et le tien externe, ou encore la possibilité d'avoir des droits) est définie comme extériorisation de la liberté (ou autonomie de la volonté), le seul droit véritablement inné²³. C'est dire que toutes les extériorisations de la liberté qui sont nécessaires à l'existence même de la personne sont des droits naturels, ou encore que la possession juridique se confond avec la notion de droit subjectif. Dans cette perspective, le droit de propriété considéré *stricto sensu* comme droit subjectif et absolu ayant pour objet une chose non libre est la pierre angulaire du droit civil²⁴. Savigny adopte des définitions similaires dans son *Traité du droit romain actuel*²⁵ et, toutes choses très largement

23. Cf. Introduction à la doctrine du droit, *Métaphysique des mœurs* II, *op. cit.* p. 25 sq.

24. Kant n'est pas le seul à conférer à la propriété le statut de paradigme de tous les droits civils. Ainsi Portalis, dont on sait qu'il est à la fois l'auteur de la formule faisant de la propriété « l'âme universelle de la législation » (Exposé des motifs du titre de la propriété) et d'un ouvrage entièrement dirigé contre les « faiseurs de systèmes » et plus précisément contre Kant, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII^e siècle*, Paris (1820). L'exposé des motifs et de larges extraits du *De l'usage...* ont été publiés dans Jean Etienne Marie Portalis, *Écrits et discours juridiques et politiques*, Aix-Marseille (Publications des Presses Universitaires d'Aix-Marseille) 1988. Sur la centralité épistémologique du droit de propriété au début du XIX^e siècle, on consultera de Donald Kelley et Bonnie Smith, « What was property ?, Legal dimension of the Social Question in France (1789-1848) », in *Proceedings of the American Philosophical Society*, Philadelphia vol 128, n° 3, 1984, p. 200-230.

25. Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Daarmstadt (Scientia

incomparables par ailleurs, Hegel accorde lui-aussi que la propriété est une institution fondamentale du droit abstrait (équivalent spéculatif de ce que la romanistique appelle le droit civil), la sphère externe de la liberté de la personne²⁶. Les Écoles historique et philosophique s'accordent ainsi à reconnaître l'importance heuristique capitale de la question de la propriété dans la définition de la science du droit. On ne s'étonnera pas dans ces conditions que la série d'articles publiés à l'automne 1842 dans la *Rheinische Zeitung*, relatifs à l'adoption d'une loi sur les vols de bois par la Diète de Rhénanie²⁷, soit tout à fait décisive pour la question qui nous occupe, et mérite qu'on concentre l'analyse sur eux.

Dans ces articles, d'allure plus polémique que scientifique, Marx procède à l'analyse d'une loi récemment adoptée par la Diète de Rhénanie, qualifiant de vol le ramassage de brindilles jusqu'alors considéré comme un droit d'usage²⁸. Cette nouvelle qualification consacre une conception moderne de la propriété, celle que Savigny désigne comme l'essence de l'institution, à savoir la propriété et la jouissance privée et exclusive d'un bien²⁹. La

Verlag Aalen) 1981 (Berlin, 1840). J'utilise la traduction française, *Traité de droit romain*, trad. Guenoux, Paris (Firmid Didot Frères) 1840, (1^{re} édition française). Cet ouvrage sera noté FCS TDR par la suite.

26. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin (Nicolai) 1821. J'utilise la traduction française, *Principes de la philosophie du droit*, trad. J.-F. Kervégan, Paris (PUF) 1998. Cet ouvrage sera noté PPD par la suite. La section relative à la propriété couvre les § 41 à 41, p. 131 à 158. Sur ce point, Joachim Ritter, « Personne et propriété selon Hegel », in *Hegel et la Révolution Française* Paris (Beauchesne), 1970, p. 65-87.

27. Ces articles ont fait l'objet d'une excellente édition critique en langue française qui propose, outre une traduction nouvelle, un dossier relatif au contexte dans lequel ils s'inscrivent, par Pierre Lascoumes et Harwig Zander, *Marx, du « vol de bois » à la critique du droit*, Paris (PUF) 1982. Par la suite, cette édition sera notée PL HZ VB pour l'introduction et KM VB pour les articles de Marx.

28. Procès Verbal de la dixième session de la VI^e Diète Rhénane, cité in PL HZ VB., p. 175.

29. « Pour opérer ce partage [qui attribue à chacun le sien] il existe trois moyens non exclusifs les uns des autres, mais qui peuvent se combiner et s'employer simultanément. On peut les caractériser de la manière suivante :

1. Propriété commune (*Gemeingut*) et jouissance commune (*Gemeinguß*). Tel est le caractère que présentent les revenus de l'État, soit qu'ils consistent en impôts, en droit régaliens et en produit de domaines, car tous les citoyens participent plus ou moins également à la jouissance des établissements publics que ces revenus entretiennent.

2. Propriété publique (*Gemeingut*) et jouissance privée (*Privatgenuß*). Ce mode de partage, le plus rare de tous, se rencontre dans l'ancien *ager publicus* des Romains, et dans les corporations modernes pour les biens dont la ville a la propriété et les citoyens la jouissance.

3. Propriété privée (*Privatgut*) et jouissance privée (*Privatgenuß*), subordonnée aux actes libres reconnus par le droit privé et aux lois de la nature extérieure. Cette forme, que nous voyons universellement reproduite, est la seule dont s'occupe le droit privé. Telle est la propriété considérée dans son essence : son principe absolu n'admet aucune limite de richesse ou de pauvreté.

En dehors de la propriété on ne saurait concevoir la domination de l'individu libre sur la nature non libre ; mais dans le cercle de la propriété on peut concevoir une foule d'espèces de dominations plus restreintes et circonscrites par le droit positif, formant autant de *jura in re*, d'institutions particulières ». FCS TDR I, p. 363.

difficulté politique que rencontre Marx est la suivante : comment critiquer une loi qui de toute évidence est faite dans le seul intérêt des riches propriétaires de forêt en privant les pauvres d'une ressource qui leur est essentielle, sans apparaître comme le défenseur d'une conception féodale de la propriété ?

C'est avec la réponse à cette question que s'esquissent les linéaments d'une critique philosophique du droit qui lui soit immanente. Dans ces articles sur les vols de bois Marx cherche à constituer une science philosophique (critique) du droit historique, en se démarquant aussi bien de l'École philosophique que de l'École historique, démarcation qui s'opère à coup d'emprunts à l'un et l'autre camps, dirigés contre l'un et l'autre, ce qui rend particulièrement délicate et embrouillée la reconstitution des lignes argumentatives qui structurent ces quelques pages pleines de feu.

4) *La loi sur les « vols de bois »*

La loi relative aux méfaits forestiers, adoptée le 17 juin 1821 par la Diète de Rhénanie, dispose en l'article premier de sa première section que « Les règlements promulgués par cette loi quant au vol de bois simple s'appliquent aux dérobements suivants :

1. A tout bois de forêt n'étant pas encore abattu
2. A tout bois vert, hors des forêts, destiné à l'exploitation
3. A tout bois, cassé accidentellement ou renversé en troncs entiers dont l'ajustage n'a pas encore commencé
4. Aux copeaux de bois d'œuvre, se trouvant dans la forêt ou aux dépôts de bois non encore aménagés. »

Le Procès Verbal de la discussion à la Diète de cet article le 15 juin 1842 mentionne l'opposition du député libéral Brust : « le terme "vol" lui paraît très inapproprié quant à son application au dérobement de bois. Un fossé immense existe encore entre un malfaiteur forestier et un voleur. Qu'on n'oblitére pas l'infamie attachée au terme vol [...] Il demande donc de substituer au terme "vol", dérobement de bois ou méfait. La désignation de vol paraît tout à fait erronée quant aux dérobements de bois des forêts communales par les propres membres de la commune qui seraient des "ayant droits" ou des "copropriétaires", il ne s'agit que d'un abus de droit de propriété ou de droit à l'usufruit ». D'après ce Procès Verbal, « Monsieur le Comte von Trips riposta que c'est justement parce qu'on ne retient pas comme vol le fait de dérober du bois que cela arrive si souvent [...] L'exemple de Monsieur le député Brust, quant aux forêts communales ne convenait pas car, dans ce cas aussi, quelqu'un enlevant du bois sans y être autorisé prendrait quelque

chose ne lui appartenant pas et volerait par conséquent les autres ayant droits »³⁰. Marx commente la discussion et le vote des députés en ces termes :

« Ramassage de ramilles et vol de bois avec préméditation ! Deux actes qui se laissent définir de la même façon : l'appropriation de bois étranger. Il y a donc vol dans les deux cas. Voilà à quoi se résume la logique souveraine qui vient de légiférer.

C'est pourquoi nous soulignerons d'abord la différence et, si l'on doit admettre que le fait est différent de par sa nature, on ne peut pratiquement pas prétendre qu'il soit le même sur le plan légal.

Pour s'approprier du bois vert, il faut l'arracher avec violence de son support organique. Cet attentat manifeste contre l'arbre, et à travers l'arbre, est aussi un attentat manifeste contre le propriétaire de l'arbre.

De plus, si du bois coupé est dérobé à un tiers, ce bois est un produit du propriétaire. Le bois coupé est donc déjà du bois façonné. Le lien artificiel remplace le lien naturel de propriété. Donc qui dérobe du bois coupé dérobe de la propriété.

Par contre, s'il s'agit de ramilles, rien n'est soustrait à la propriété. On sépare de la propriété ce qui est déjà séparé. [...] Le ramasseur de ramilles se contente d'exécuter un jugement, celui que la nature même de la propriété a rendu : vous ne possédez que l'arbre, mais l'arbre ne possède plus les branchages en question »³¹.

Le problème est celui de la qualification juridique du ramassage de brindilles, dont dépend la licéité des actes qu'elle recouvre. Trois propositions sont avancées : celle de vol par le Comte von Trips, celle d'abus de droit (de copropriété ou d'usufruit) par le député Brust³², et la position défendue par Marx selon qui le ramassage de brindille n'est pas un délit, mais s'exerce au contraire de plein droit. Pour lui, le droit des paysans à ramasser des brindilles est lésé par la loi nouvelle qui est par conséquent injuste : nous sommes bien devant un problème de justification du droit positif, et les arguments de Marx peuvent être lus comme la recherche du point de vue à partir duquel il est légitime de fonder les droits (en l'occurrence ceux des paysans) et de juger la loi. Ce point de vue Marx l'identifie avec celui de la rationalité du droit, et le considère par conséquent comme philosophique.

30. Procès Verbal de la dixième session de la VI^e Diète Rhénane, cité in PL HZ VB. p. 179-180.

31. Article du 25 octobre 1842, *Rheinische Zeitung* n° 298, cité in PL HZ VB., p. 135 et 136.

32. Le député Brust ne fait que suivre, d'une part un rescrit du ministère des Finances en date du 31 mars 1806, d'autre part une décision du Tribunal de Düsseldorf qui, saisi d'une requête des habitants de la commune de Straberg, les reconnaît subjectivement comme usufruitiers d'un droit d'usage, s'appuyant notamment sur une ordonnance forestière de 1669. Sur le contexte juridique de l'adoption de la loi sur les vols de bois, PL HZ VB., p. 68 sq et 99 sq.

I. LA LOI ET SON CONCEPT, LA PHILOSOPHIE SPÉCULATIVE COMME CRITIQUE DU DROIT

1) *Droit réel et concept de droit selon Hegel*

Hegel n'accorderait pas que la science du droit puisse être la vraie philosophie, si par l'expression de science du droit on entendait la science que pratiquent les juristes, mais il pourrait sans doute accorder que la science *spéculative* du droit, en tant qu'elle expose les moments de l'effectuation de l'esprit du monde, est la manifestation ultime (c'est-à-dire dans sa vérité) de l'esprit objectif³³. Aussi, la vraie science du droit n'est-elle pas la science empirique du droit positif, mais la science philosophique du concept de droit. Selon Hegel en effet, et Marx accorderait volontiers ce point, le tort de la philosophie kantienne est bien de penser séparément l'être et le devoir-être, ou plus précisément de ne pas penser leur unité spéculative qui est dans l'auto-déploiement du concept de Droit. De ce point de vue, le droit positif – en l'occurrence la loi adoptée par la Diète Rhénane – est un moment de la réalisation du concept rationnel de l'État, en regard duquel doit être considérée sa légitimité, puisque ce concept est le développement, ou l'effectuation, de ce que la loi contient de rationnel. Si Hegel, à la différence de Kant et de Fichte, n'assigne donc pas à la philosophie la tâche de dire ce que le droit devrait être, l'idéal du droit, il n'en reste pas moins que le droit rationnel (ou spéculatif) est l'aune à partir de laquelle on peut séparer ce qui est rationnel et ce qui ne l'est pas dans le droit positif. Lorsque ces deux moments du concept de droit se contredisent, il faut alors parler de combat, comme l'illustre la proclamation par la Révolution Française du « droit éternel de la raison »³⁴. En termes techniques, la distinction cruciale est ici celle du droit simplement réel et du droit effectif, comme positivité adéquate à son concept, ou droit rationnel³⁵. Ainsi s'éclaire le sens de la formule célèbre « ce qui est rationnel est effectif et ce qui est effectif est rationnel »³⁶ : ce qui est rationnel

33. Sur ce point, Kervégan, présentation PPD p. 61. Je me suis en outre inspiré de Kervégan, « Le droit entre nature et histoire », in J.-F. Kervégan et H. Mohnhaupt, *Le droit entre nature et histoire*, op. cit., p. 223 à 256.

34. Selon Hegel, « Il faut considérer le commencement de la Révolution française comme le combat que le droit public rationnel a engagé avec la masse du droit positif et des privilèges par laquelle il était opprimé » in G.W.F. Hegel, « Actes de l'assemblée des états du royaume de Wurtemberg », *Écrits politiques*, trad. M. Jacob et P. Quillet, Paris (Champs libre) 1977, p. 256, cité par Jean-François Kervégan, PPD p. 8.

35. Jean François Kervégan souligne que l'effectif « n'est pas le réel, mais ce qui, du réel, peut être pensé comme rendant raison de soi » Présentation, PPD p. 15.

36. G.W.F. Hegel, Préface, PPD, p. 84.

dans le réel est ce qui effectue dans la réalité un concept rationnel, c'est l'effectué qui est rationnel, pas le réel considéré en lui-même.

Aussi, selon Hegel, la critique du droit est une critique philosophique de l'irrationalité du droit qui, pour être positif n'est pas pour autant adéquat à son concept, que la philosophie a pour tâche de connaître et d'exposer³⁷. Dès lors, le « combat » qui oppose le droit réel et le droit effectif passe à l'intérieur du droit positif entre les règles de droit fondées sur des principes rationnels et les règles de droit dont l'existence ne se justifie plus à l'époque moderne.

2) Critique spéculative du droit selon Marx

Indéniablement, tout au long de la série des cinq articles qu'il consacre au sujet, Marx ne se prive pas de souligner l'irrationalité de la loi adoptée par la Diète Rhénane, en affirmant pourtant, de manière très hégélienne, que son but « n'est pas de contester la vision de l'intérêt particulier, mais de la contraindre à être conséquente »³⁸.

Pour le jeune polémiste, la loi adoptée par la Diète Rhénane ignore outrageusement les intérêts légitimes des paysans pauvres qui vivent de la vente du bois de chauffe qu'ils ont coutume de ramasser, pour ne faire droit qu'aux intérêts des propriétaires de forêts. Ceux-ci, dès lors que se développe le marché du bois de chauffe, désirent exploiter les brindilles de bois mort pour leur propre compte, et écarter les paysans qui jusqu'à présent les utilisaient librement³⁹. Or, le concept même de la loi contenant son universalité, ou encore l'égalité des citoyens en tant que membres de l'État, le concept d'une loi *pour les propriétaires* est irrationnel. Le texte adopté par la Diète Rhénane ne parvient donc pas à se hisser au niveau du concept de loi.

La critique porte sur les aspects aussi bien matériels que formels du droit. Ainsi, à propos de l'examen de l'article 4 qui charge le garde forestier d'évaluer la valeur du bois dérobé, alors qu'en France le garde ne fait que constater le méfait, l'évaluation relevant d'une instance indépendante. Il y a là selon Marx une preuve de la partialité de ces dispositions : alors qu'« en sa qualité de gardien du bois, le garde forestier doit protéger l'intérêt du propriétaire privé, mais en sa qualité de taxateur, il doit protéger tout autant

37. Comme l'écrit J.-F. Kervégan, le projet spéculatif hégélien est de « conceptualiser l'État non pas tel qu'il doit être, mais tel qu'il doit être connu [...] Il ne consiste ni à conseiller le prince, ni à commenter ses pratiques en jargon philosophique, mais à produire les concepts qui permettent de penser dans leur effectivité les sphères du droit de la moralité et de la Sittlichkeit, de penser l'État réel dans son idéalité immanente » présentation PPD, p. 21. Et il ajoute : « le droit rationnel n'est pas l'autre du droit positif, mais la raison qui est présente en lui, et qui se révèle et s'accomplit historiquement » présentation PPD, p. 31.

38. KM VB, p. 149.

39. Sur le contexte économique de l'adoption de la loi, cf. PL HZ VB, p. 90 à 113.

l'intérêt du malfaiteur forestier contre les exigences extravagantes du propriétaire privé »⁴⁰, la Diète Rhénane, en instituant le garde à la fois comme juge et partie, transforme cet agent de l'État en auxiliaire de l'intérêt privé : « l'intérêt privé est suffisamment rusé pour pousser cette conséquence jusqu'à limiter et réglementer lui-même l'action de l'État jusqu'à sa forme la plus limitée et la plus mesquine »⁴¹. Il faut donc conclure que « l'intérêt privé abaisse l'État au niveau des moyens de l'intérêt privé »⁴², là où l'État devrait cependant « agir d'une manière qui soit conforme à la fois à sa raison, à son universalité et à sa dignité et à la fois au droit, à la vie et à la propriété du citoyen incriminé »⁴³. Cette soumission de l'État aux intérêts privés conduit la Diète à piétiner les principes formels élémentaires du droit, dont l'intérêt privé ne se réclame que quand il y trouve avantage, mais qui constitue en règle générale, par sa rationalité immanente, un obstacle au déploiement sans frein du principe de sa particularité : « [...] l'intérêt personnel apeuré épie, calcule, combine avec le plus grand soin comment l'adversaire peut exploiter pour lui le terrain juridique, mal nécessaire, [...] l'intérêt du droit à la parole tant qu'il est le droit de l'intérêt, mais il doit se taire dès qu'il est en conflit avec ce saint »⁴⁴.

De même, pour Marx, le texte adopté remet en question le principe de la publicité de la peine qui seul permet de distinguer le droit de la vengeance privée, en faisant obligation pour les voleurs de rembourser aux propriétaires le montant de la valeur dérobée, en plus des amendes dont ils ont à s'acquitter : « Les peuples barbares exigent que soit payée à la victime d'un crime déterminé une composition déterminée. La notion de la peine publique se fit jour uniquement en opposition à cette idée qui ne voit dans le crime qu'une atteinte à l'individu, mais il reste encore à inventer le peuple et la théorie qui auraient la complaisance de revendiquer pour l'individu la peine privée et publique. »⁴⁵ Aussi peut-on dire que si la loi se présente sous la forme d'une loi, cette forme est vidée de toute substance, puisqu'elle ne se soumet pas aux principes du formalisme juridique. Ou encore qu'une forme légale particulière nie la substance même du formalisme légal. En outre, cette loi ne saurait être considérée matériellement comme une loi :

« Le droit matériel a sa procédure nécessaire innée, et autant le bâton est nécessaire dans le droit chinois, autant la torture est inhérente en tant que procédure au contenu de l'ordre de la cour criminelle du XVI^e siècle, autant un contenu public par sa nature et dicté par la liberté et non l'intérêt privé appartient tout aussi nécessairement au procès public et libre [...] Si l'on introduit matériellement dans notre droit l'intérêt privé qui ne supporte

40. KM VB, p. 146.

41. KM VB, p. 148.

42. *Ibid.*

43. *Ibid.*

44. KM VB, p. 166.

45. KM VB, p. 158.

pas la lumière de la publicité, qu'on lui donne une forme appropriée, la procédure secrète [...] La forme est sans valeur si elle n'est pas la forme du contenu. [C'est un] masque vide. »⁴⁶

Au sens strict donc, le texte adopté par la Diète Rhénane est certes réel, mais il n'effectue cependant pas le concept de loi, faute d'en avoir l'universalité. Ce défaut d'objectivité trouve son origine dans la soumission, proprement irrationnelle au regard des déterminations du concept de droit, de la sphère de l'État – ultime moment de la réalisation de l'esprit objectif – à celle de la société civile, que Hegel appelle le système des besoins, où règne l'intérêt égoïste des individus particuliers. Là où la coalition des intérêts privés des propriétaires devrait être tout au plus une médiation entre l'individu isolé et l'État⁴⁷, la Diète Rhénane en fait le principe même du droit positif et, ce faisant, se contredit en tant que législateur, mieux s'avère incapable de légiférer, au sens substantiel du terme.

3) *Critique politique de la philosophie spéculative – la populace (Pöbel)*

De facture hégélienne, cet argument est pourtant gros d'un retournement contre l'auteur des *Principes de la Philosophie du droit*, retournement que Marx réalisera pleinement l'année suivante avec la rédaction de la *Critique du droit politique hégélien*. Déjà à l'automne 1842, le constat que « la propriété n'a pas les moyens de s'élever au point de vue de l'État » et que par conséquent « l'État a l'obligation de s'abaisser aux moyens de la propriété privée contraire à la raison et au droit »⁴⁸, trouve selon Marx sa cause non pas dans la contingence de l'incurie de législateurs incompetents, mais dans la nature même de la composition de la Diète Rhénane, instance représentative des états sociaux – à laquelle ne siègent précisément que des propriétaires, en conformité avec la doctrine de Hegel⁴⁹.

46. KM VB, p. 166 et 167.

47. C'est dans les paragraphes qu'il consacre aux corporations que Hegel développe la nécessité d'une telle médiation : « la corporation [...] réunit de manière intérieure ces moments qui, dans la société civile, sont tout d'abord scindés entre la particularité réfléchie au dedans de soi du besoin et de la jouissance et l'universalité juridique abstraite, de sorte que dans cette réunion, le bien-être particulier est présent en tant que droit et effectué ». Il ajoute à propos de la destination politique des corporations en tant qu'états privés : « La détermination conceptuelle que les états ont en propre est à chercher dans le fait qu'en eux le moment subjectif de la liberté universelle, le discernement propre et la volonté propre de la sphère qui a été nommée dans cet exposé société civile vient à l'existence en relation avec l'État. Que ce moment soit une détermination de l'idée développée en totalité, cette nécessité interne, qui n'est pas à confondre avec les nécessités et les utilités externes, découle, comme partout, du point de vue philosophique ». G.W.F. Hegel, PPD § 255, p. 311 et § 301, p. 380.

48. KM VB, p. 148.

49. Pour Hegel cependant, le pouvoir législatif ne représente pas des individus, fussent-ils

Si le mode de raisonnement reste largement emprunté à l'auteur des *Principes*, c'est contre lui que Marx peut écrire que la Diète :

« a parfaitement rempli sa mission : conformément à sa vocation, elle a représenté un intérêt particulier déterminé et l'a traité comme son but final. Qu'elle ait en ceci piétiné le droit n'est qu'une conséquence de son devoir car l'intérêt est par sa nature un instinct aveugle, sans limites, partial, en un mot hors la loi. Et ce qui est hors la loi peut-il donner des lois ? On a beau placer l'intérêt privé sur le trône du législateur, il n'en est pas moins incapable de légiférer, tout comme un muet auquel on donne un porte-voix d'une taille immense ne retrouve pas pour autant la parole »⁵⁰.

Pour Hegel, la destination des états sociaux est de hisser l'intérêt privé « à sa signification et efficence politique » en l'associant à l'État universel, médiatisant ainsi les intérêts purement privés des individus et les composant organiquement de sorte que le peuple ne soit pas une multitude informe (*cf.* note précédente), voire même une populace ayant perdu le sens du droit et de l'appartenance à l'État⁵¹ ; mais d'après Marx, confier le pouvoir législatif

propriétaires, mais des états : « En tant qu'organe médiatisant, les états se tiennent entre le gouvernement en général et le peuple dissous en sphères particulières et en individus d'autre part. Leur destination exige de leur part tout aussi bien le sens et la disposition d'esprit de l'État et du gouvernement, que ceux des intérêts des sphères particulières et des individus-singuliers. En même temps cette position a la signification d'une médiation exercée en commun avec le pouvoir gouvernemental organisé, afin que le pouvoir princier ne soit pas isolé en tant qu'extrême et n'apparaisse pas par là comme un pur pouvoir de dominant et comme un arbitraire, et que les intérêts particuliers des communes, des corporations et des individus ne s'isolent pas, ou plus encore, afin que les individus singuliers n'en viennent pas à offrir l'aspect d'une multitude, et d'un amas, et n'en viennent pas de ce fait à une opinion et à un vouloir inorganiques et à une pure et simple violence de masse à l'encontre de l'État organique [...] L'État est, par essence, une organisation de maillons tels qu'ils sont pour soi des cercles, et en lui, aucun moment ne doit se montrer comme une multitude inorganique. Le grand nombre, en tant que [somme d'] individus-singuliers [qui est] ce qu'on entend volontiers par peuple, est bien un être ensemble, mais seulement en tant que multitude – une masse informe, dont le mouvement et l'ouvrage ne seraient par là même qu'élémentaires, irrationnels, sauvages et épouvantables. » G.W.F. Hegel, PPD § 302 et 303, p. 381 à 383. C'est au demeurant le mode de désignation des députés à la Diète Rhénane, où les représentants siègent non pas directement en tant qu'individus-propriétaires, mais en tant que membres d'un État, qui présuppose la propriété. Il faut souligner qu'elle peut se retourner en critique du suffrage censitaire en vigueur en France par exemple ; ainsi, d'après Domenico Losurdo, Hegel considère, contre les libéraux, que la propriété n'est pas le seul fondement de l'État et qu'il convient d'ouvrir la représentation de la première chambre à l'état universel des fonctionnaires. Sur ce point, *cf.* Domenico Losurdo, *Hegel et les libéraux, Liberté, Égalité, État*, Paris (PUF) 1992, p. 207 et 208.

50. KM VB, p.167.

51. « Lorsque la société civile ne se trouve pas empêchée dans son efficace, sa population et son industrie connaissent, en son propre sein, une progression – D'un côté du fait de l'universalisation de la connexion des hommes par leurs besoins et de celle des modes d'élaboration et de transport des moyens destinés à les satisfaire, l'accumulation des fortunes s'accroît – car de cette double universalité, on tire le plus grand profit –, tout comme s'accroissent, de l'autre côté, l'isolement et le caractère borné du travail particulier, et partant, la dépendance et la détresse de la classe attachée à ce travail, à quoi se rattache l'incapacité à éprouver le

aux états sociaux ne fait que revêtir l'intérêt privé de la forme non substantielle de l'État, et contribue au contraire, en niant le droit des paysans pauvres et en les rejetant dans la misère, à les exclure du droit et de l'État, à les transformer en populace. C'est pourquoi le sage législateur devrait « ne pas se contenter de supprimer aux membres d'une classe l'impossibilité d'appartenir à une sphère légitime supérieure, mais [il] élèvera leur propre classe à une possibilité *réelle* de droits »⁵².

Le renversement est à peu près complet : là où pour Hegel, ce sont les états sociaux qui élèvent l'intérêt particulier vers l'universel juridique, là où la populace est un épouvantable résidu d'individus incapables de se hisser à cette universalité, Marx voit dans ces états le principal obstacle à l'accession à l'élément universel du droit et, dans la populace, le lieu même où se manifeste politiquement l'humanité dont le prédicat essentiel est l'égalité des membres d'un même genre. Cette thèse, qui deviendra centrale dans les *Manuscrits parisiens*, dits de 1844, est déjà présente dans le paragraphe que Marx consacre au féodalisme à la fin du premier article de la série. Dans le régime féodal en effet, où dominent les droits de la noblesse : « l'humanité apparaît décomposée en diverses races animales dont le rapport n'est pas l'égalité, mais l'inégalité, une inégalité qui est fixée par les lois. Le monde de la non-liberté exige des droits de non-liberté, car si le droit humain est l'être-là de la liberté, ce droit animal est celui de la non liberté. Le féodalisme, dans son sens le plus large, c'est le règne animal de l'esprit »⁵³.

L'expression peut surprendre, elle est tirée de la *Phénoménologie de l'Esprit*⁵⁴ mais employée dans un sens qui ne renvoie pas vraiment à l'œuvre de Hegel, et désigne plutôt le régime de l'inégalité instituée, comme négation de l'humanité, c'est-à-dire le féodalisme. Or, selon Marx, et c'est là l'essentiel, l'effectuation de l'égalité, ou encore l'émergence d'un règne proprement humain de l'esprit sur les ruines de l'Ancien Régime, ne coïncide pas avec la proclamation de l'égalité formelle du genre humain à la manière de la Révolution française, mais avec l'égalité substantielle de ceux qui n'ont rien

sentiment à jouir des autres capacités, et en particulier des avantages spirituels, de la société civile.

La déchéance d'une grande masse d'individus au-dessous d'un certain mode de subsistance qui se règle de lui-même comme celui qui est nécessaire à un membre de la société, – et partant le fait que cette déchéance conduit à la perte du sentiment du droit, de la rectitude et de l'honneur qu'il y a à subsister par son activité propre et par son travail –, produit l'engendrement de la populace, lequel, à son tour, apporte en même temps avec soi la facilité accrue de concentrer des fortunes disproportionnées entre peu de mains. » PPD § 243 et 244, p. 302 et 303.

52. KM VB, p. 143. Je souligne.

53. KM VB, p. 139.

54. *Das geistige Thierreich*. On trouve cette expression dans un sous-titre du chapitre « L'individualité qui se sait elle-même en et pour soi » qui s'intitule « le règne animal de l'esprit et la tromperie, ou la chose même ». Jean-Pierre Lefebvre traduit : « règne animal spirituel », cf. G.W.H. Hegel, *Phénoménologie de l'Esprit*, Paris (Aubier) 1991, p. 273.

d'autre que leur travail, qui sont égaux dans le dénuement. C'est en tout cas ce qu'il me semble devoir conclure d'un paragraphe trop lyrique pour n'être pas obscur :

« La seule égalité qui émerge de la vie réelle des animaux, c'est l'égalité d'un animal vis-à-vis des autres animaux de son espèce spécifique, l'égalité de l'espèce spécifique avec elle-même et non l'égalité du genre. Le genre animal n'apparaît qu'à travers le comportement hostile des diverses espèces animales qui affirment les unes contre les autres leurs propriétés particulières et distinctives. C'est dans l'estomac de l'animal de proie que la nature a établi le lieu d'élection de l'unification, le creuset de la fusion la plus étroite, l'organe de cohésion des différentes espèces animales. De même dans le féodalisme, une race dévore l'autre jusqu'à cette race qui, tel un polype, pousse à même la glèbe, ne possède que les nombreux bras qui récoltent pour les races supérieures les fruits de la terre tandis qu'elle-même dévore la poussière ; car si, dans le règne animal de la nature, ce sont les abeilles ouvrières qui tuent les frelons, dans le règne animal de l'esprit, ce sont les frelons qui tuent les abeilles ouvrières, et ceci justement par le travail »⁵⁵.

Ce paragraphe mériterait en lui-même un commentaire linéaire exhaustif. On en retiendra le thème de la guerre des races, pensé dans l'analogie (mais aussi dans la différence) entre le règne de la nature et celui de l'esprit, articulé à celui d'une émergence historique du principe de l'humanité comme égalité réelle entre les individus d'un même genre, égalité que réalisent ceux « qui ne possèdent que leur bras »⁵⁶. Cette articulation permet à Marx de faire sienne la critique libérale du féodalisme, en la détournant de son sens au profit d'une légitimation historique de la destination libératrice de la populace : le thème de la « classe non-classe » est déjà en place⁵⁷.

Ce choix politique de la plèbe contre les états sociaux ne peut que conduire à une critique philosophique de la science spéculative du droit. En effet, ce qui est irrationnel, ce n'est pas seulement la loi adoptée par la Diète Rhénane,

55. KM VB, p. 139.

56. Sur le thème de la guerre des races et son importance dans la genèse du concept de lutte de classe, cf. Les cours du début de l'année 1976 au Collège de France de Michel Foucault, *Il faut défendre la société*, Paris (Gallimard/ Seuil) 1997.

57. Il faut voir dans cet argument une anticipation du thème de la « classe universelle », développé à partir de 1843. Marx évoque alors « une classe aux chaînes radicales [...] une classe de la société civile-bourgeoise qui n'est pas une classe de la société civile-bourgeoise [...] qui possède un caractère d'universalité par l'universalité de ses souffrances et ne revendique pas de droit particulier parce qu'on lui fait subir non une injustice particulière mais l'injustice tout court » K. Marx, Introduction à la « Contribution à la critique de la philosophie du droit de Hegel », annexe de la *Critique du droit politique hégélien*, Paris (Éditions Sociales) Trad. A. Baraquin, 1975, p. 211. Ce faisant, Marx subvertit non seulement le raisonnement de Hegel, mais encore un thème classique de la philosophie politique selon laquelle la fondation de l'État est la réponse à une possible dégénérescence du peuple en multitude. Ce thème est décliné par la tradition monarchique, mais aussi par les républicains qui, à l'instar de Rousseau par exemple, se méfient au moins autant des pauvres que des riches.

c'est la Diète Rhénane elle-même et, à travers elle, la fondation moderne du droit civil sur le principe de la propriété privée, subjective et absolue, sur le modèle du Code civil français de 1804⁵⁸, que la loi sur les vols de bois institue avec la bénédiction (supposée) de la doctrine de Hegel⁵⁹.

Apparaît ici la difficulté majeure posée par la philosophie spéculative du droit. Si le projet d'exposer la rationalité immanente du droit positif permet d'envisager le dépassement de l'opposition entre l'être et le devoir-être, la positivité et l'idéal, on voit mal comment l'exposé du droit rationnel peut échapper à l'arbitraire du philosophe, et ne pas dégénérer en une forme assez plate d'empirisme, sous une apparence de grande sophistication⁶⁰.

On sait que cette critique va conduire Marx à s'atteler au projet d'une critique interne de la philosophie hégélienne, dont la première étape est la critique de sa philosophie du droit, et qui se poursuivra jusqu'à la rédaction de *l'Idéologie allemande*⁶¹, et c'est le plus souvent sur ce prolongement proprement philosophique de la démarche de Marx qu'insistent les commentateurs. Cette critique politique a cependant un autre prolongement, sur le terrain de la science juridique elle-même, puisqu'elle conduit Marx à en proposer une conception nouvelle, qui s'appuie non pas sur une science philosophique du droit considérée comme une branche (ou un moment) de la philosophie, mais comme une science historique du droit, élevée par la

58. Sur le caractère français du droit rhénan, cf. l'introduction de P. Lascoume et H. Zander, PL HZ VB, p. 68 sq. Par ailleurs, l'admiration de Hegel pour Napoléon et son Code, qui vient pour le moins brouiller l'image d'un Hegel chantre de la réaction prussienne, est désormais connue. D'après J.-F. Kervégan : « C'est incontestablement le modèle du Code civil, plus encore que celui de l'*Allgemeines Landrecht* prussien de 1794 qu'ont en vue les développements de la Philosophie du droit sur la nécessité d'une codification du droit (*infra*, § 215-216) et d'une "constitution juridique" (§ 157) de la société civile » in présentation PPD p. 9.

59. Sur la propriété chez Hegel, cf. l'article de Joachim Ritter précité, Peter G. Stillman « Hegel's analysis of Property in the Philosophy of Right » *Cardozo Law Review*, 1989, n° 10, p. 1031-72 et Margaret Jane Radin, « Property and personhood » *Stanford Law Review* 1982 n° 34, p. 957-978 repris dans E. Mensch & A. Freeman, *Property Law*, New York (New York University Press) 1992, respectivement p. 75-117 et 53-75 ainsi que Peter G. Stillman « Property, Freedom and Individuality in Hegel's and Marx's Political Thought », in J. Pennock & J. Chapman *Property*, Nomos n° XXII, New York (New York University Press) 1980, p. 130-169.

60. Cette critique est le leitmotiv de la *Critique du droit politique hégélien* de K. Marx. Le mouvement logique dénoncé comme mystique et panthéiste, ici à propos de la médiatisation de l'État, est le suivant : « Le rapport réel est : "que l'attribution du matériel de l'État" telle qu'elle se montre "sur l'individu singulier est médiatisée par les circonstances, l'arbitraire et le propre choix de sa destination". Ce fait, ce rapport réel, la spéculation l'énonce comme apparence, comme phénomène. Ces circonstances, cet arbitraire, ce choix de la destination ; cette médiation réelle sont simplement l'apparence d'une médiation que l'Idée réelle entreprend avec soi-même et qui se passe derrière le rideau. La réalité n'est pas énoncée en tant qu'elle-même mais au contraire en tant qu'une autre réalité. L'empirie ordinaire a pour loi non son propre esprit mais un esprit étranger, en retour de quoi l'Idée réelle n'a pas pour être-là une réalité développée à partir d'elle-même mais l'empirie ordinaire ». Karl Marx, *Critique du droit politique hégélien*, op.cit., p. 39.

61. Sur ce point, cf. Emmanuel Renault, *Marx et l'idée de critique*, op. cit.

critique au rang de la vraie philosophie. On aura reconnu la formule d’Ulpien et plus directement le positionnement de l’École historique : c’est en effet dans les arguments de cette dernière (revus et corrigés, comme on va le voir) que Marx puise de quoi nourrir son opposition à la science spéculative du droit.

II. VERS UNE NOUVELLE SCIENCE DU DROIT LE RECOURS À L’HISTOIRE EMPIRIQUE

La loi promulguée par la Diète Rhénane est injuste parce qu’elle est partielle, elle ne fait droit qu’aux intérêts des propriétaires de forêts, en ignorant délibérément les droits des paysans qui subsistent en ramassant des brindilles. C’est dire qu’il existe des droits en dehors de ceux qui sont reconnus par la loi positive, le droit légal et le droit positif ne se superposent pas. C’est ici la définition même de la positivité du droit qui est en jeu, et l’explicitation de la position de Marx mérite qu’on revienne en détail sur celles de Hegel et de Savigny, dont il cherche à se démarquer en les mettant l’une et l’autre au service de sa démonstration.

1) *Le droit positif selon Hegel*

Pour Hegel, le droit est positif quant il est légal : « Ce qui en soi est droit est posé dans son être-là objectif, c’est-à-dire déterminé par la pensée pour la conscience et admis comme ce qui est le droit et ce qui a validité, la loi ; et le droit est, par cette détermination, droit positif en général »⁶².

Ce qui en soi est droit, ou encore les déterminations du concept de droit telles qu’elles sont exposées dans la première partie des *Principes*, consacrée au droit abstrait, est donc positif en tant qu’il est posé par la loi qui l’effectue, en lui donnant une forme universelle⁶³. Le droit positif est le résultat de la positivation du droit par la loi, de sorte qu’un droit qui n’est pas effectué dans la forme universelle de la loi est un contenu juridique informe qui ne saurait être considéré comme positif, le critère de la positivité étant la validité du droit, et la forme légitime de la norme valide étant, selon son concept, le

62. G.W.F. Hegel, PPD § 211, p. 280.

63. Je m’inspire pour le commentaire de ce paragraphe de celui que J.-F. Kervégan propose dans « Raison philosophique et positivisme juridique, l’exemple allemand » in *Du positivisme juridique*, Cahiers de philosophie politique et juridique, Caen, 1988, particulièrement, p. 62 sq.

droit légal. Cette thèse est polémique, elle s'inscrit dans le cadre de la célèbre querelle de la codification, qui oppose sur le plan proprement pratique les juristes des Écoles historiques et philosophiques :

« C'est seulement en devenant loi que ce qui est du droit reçoit non seulement la forme de son universalité, mais sa détermination véritable. Voilà pourquoi dans le cas de la représentation de l'acte de légiférer, il ne s'agit pas seulement d'avoir sous les yeux le premier moment, à savoir que quelque chose est énoncé comme la règle de conduite valable pour tous ; le moment essentiel interne est au contraire, avant cet autre moment, la connaissance du contenu dans son universalité déterminée. Même des droits coutumiers, puisque seuls les animaux ont leur loi en tant qu'instinct, mais que seuls les hommes l'ont en tant que coutume, contiennent le moment qui consiste à être et à être sus comme pensées. Leur différence avec des lois consiste seulement en ce qu'on en a savoir sur un mode subjectif et contingent, ils sont par conséquent plus indéterminés pour soi, et l'universalité de la pensée y est plus mélangée [;] en outre, la notion de droit selon tel et tel aspect est de manière générale une propriété contingente d'un petit nombre. C'est une illusion [de croire] que par leur forme qui est d'être en tant que coutumes, ils doivent avoir l'avantage d'être passés à la vie (du reste de nos jours, on parle précisément de vie et de passage à la vie là où l'on s'est enlégé dans la matière la plus morte et les pensées les plus mortes) puisque les lois en vigueur d'une nation ne cessent pas d'être ses coutumes du fait qu'elles sont écrites et collectées. Lorsque les droits coutumiers en viennent à être collectés et classifiés, et il faut bien que cela arrive rapidement chez un peuple qui a prospéré ne serait-ce que jusqu'à une certaine culture, cette collection est alors le code [;] bien entendu, parce qu'il est une simple collection, celui-ci se distinguera par son caractère informe, indéterminé et lacunaire. Il se distinguera principalement d'un code proprement nommé par le fait que celui-ci conçoit sur le mode de la pensée et énonce les principes du droit dans leur universalité et en cela dans leur détermination [...] Dénier à une nation cultivée ou en son sein à l'état des juristes, la capacité de faire un code – étant donné qu'il ne peut s'agir de faire un système de lois *nouvelles* quand à leur *contenu*, mais au contraire de connaître dans son universalité déterminée le contenu légal qui est présent-là, c'est-à-dire en y ajoutant l'application au particulier, de le concevoir de façon pensante – serait une des plus grandes injures que l'on puisse faire à cette nation ou à cet État »⁶⁴.

Comme on peut le lire, Hegel prend fait et cause en faveur d'une codification du droit allemand, parce que selon lui l'opportunité d'un tel Code est tributaire du niveau de culture d'une nation donnée, de sorte que refuser un Code à une nation, c'est la juger indigne d'un ordre juridique rationnel. Selon Hegel en effet, la modernité juridique, qui se confond avec un degré supérieur de civilisation, est caractérisée par le passage d'une conception coutumière du droit où le fondement des règles repose sur leur existence même et leur

64. G.W.F. Hegel, PPD § 211, p. 281 et 282.

ancienneté à une conception légale du droit, où ce fondement est à chercher dans l'universalité matérielle et formelle des normes juridiques. Moins abstraitement dit, les recueils de législation – on pense évidemment au recueil des lois justiniennes, le *Corpus Iuris Civilis* – et les collections de coutumes – le droit coutumier – sont respectivement antiques et féodales en leur principe, et par conséquent destinées à être dépassées par le droit légal moderne, fondé sur le principe de la codification rationnelle, dont l'archétype est le Code Napoléon. C'est dire que pour Hegel, le droit coutumier ou encore le droit romain, dont il est question (implicitement mais sans ambiguïté) dans la citation précédente, peuvent bien être ou avoir été le corps de lois en vigueur, ils ne sont néanmoins positifs que dans un sens vulgaire et pauvre, celui de « droit donné, existant ou ayant existé » et certainement pas dans le sens spéculatif du terme, de positivation du droit considéré en et pour soi, parce qu'ils ne sont ni l'un ni l'autre conformes au concept rationnel de positivité, de par leur caractère informe, indéterminé et lacunaire. Le droit positif au sens spéculatif s'entend donc exclusivement du droit légal, universel en son contenu comme en sa forme, c'est le droit effectué et non pas simplement réel, existant⁶⁵.

2) *Le droit positif selon Savigny*

Le reproche fait à l'École historique est politiquement pertinent, mais scientifiquement injuste. Savigny, comme la plupart de ses disciples sont certainement conservateurs, et leur conception de l'histoire n'est pas sans nourrir leur aversion pour les « tendances françaises », il n'est cependant pas question chez lui de dénier *en général* à une nation la faculté de faire des codes, mais de s'interroger sur les conditions techniques ou scientifiques d'une telle codification. Il ne s'oppose donc pas à la codification par principe, mais estime cette dernière prématurée dans le cas de l'Allemagne, pour des raisons scientifiques et politiques⁶⁶. Accordant à Hegel qu'un corps de lois

65. « Ce qui est grave, selon Hegel, c'est le positivisme matériel, attitude théorique qui fait fond sur cette historicité empirique et prétend ainsi récuser la quête d'une rationalité métapositive. Le droit positif est un legs de l'histoire ; il est toujours en deçà de la complexité du réel ; il est tributaire de l'acte singulier qui lui soumet ce réel. Mais c'est précisément pour cela que la pensée du droit ne peut s'en tenir aux seuls data historiques. Au contraire, le contenu toujours positif, c'est-à-dire contingent du droit réellement statué présuppose, comme sa norme immanente, l'idée rationnelle du droit et de la justice. Autant Hegel paraît proche du positivisme dans son analyse de la forme légale, autant il s'en écarte lorsqu'il s'agit du contenu ». J.-F. Kervégan, « Raison philosophique et positivisme juridique, l'exemple allemand » in *Du positivisme juridique, op.cit.*, p. 65.

66. Sur ce point, Édouard Laboulaye, *Essai sur la vie et les doctrines de M. de Savigny*, Paris 1842, p. 37 sq.

ne saurait être une compilation d'éléments disparates mais doit bien plutôt être une totalité organisée, il considère contre Hegel que la promulgation d'un Code nouveau doit s'appuyer sur une connaissance précise et critique de l'état du droit existant, de ses origines historiques (ses sources) et des liens systématiques qui unissent ses diverses branches parce que cette connaissance est une condition nécessaire pour saisir le droit dans son unité dynamique. Or, cette connaissance est d'après Savigny tout à fait incomplète en 1814, étant donné l'état de la science juridique au sortir d'un XVIII^e siècle fort peu fécond en la matière⁶⁷. C'est dire que la tâche des juristes est bien plutôt dans la promotion de cette connaissance historique et systématique du droit empirique que dans la promulgation de lois nouvelles. En refusant la codification « à la française » pour l'Allemagne, Savigny n'entend donc pas, sur le terrain politique, tourner le dos au droit moderne, mais bien plutôt promouvoir une modernité juridique alternative à celle qu'enfante la Révolution Française, fondée non pas sur des lois nouvelles exprimant une volonté souveraine qu'il juge arbitraire, mais plutôt sur l'actualisation scientifique du corps des lois romaines⁶⁸.

67. « Notre capacité de légiférer dépendra de la valeur de notre technique juridique et de la manière dont celle-ci aura été formée [...] ».

Mais malheureusement, en Allemagne, tout le XVIII^e siècle a été très pauvre en grands juristes [...]. Il est indispensable que les juristes possèdent tout à la fois l'esprit historique de manière à concevoir nettement les particularités de chaque époque et de chaque forme juridique, et l'esprit systématique pour voir chaque concept et chaque mouvement dans ses rapports vivants et ses interactions avec le tout, c'est-à-dire dans la seule relation qui soit vraie et naturelle. Ce double esprit scientifique se rencontre fort rarement chez les juristes du XVIII^e siècle, et surtout leur aspiration fréquente mais superficielle à la philosophie a eu des effets très préjudiciables » (traduit de l'allemand par Marie-Elisabeth Handman) F.-C. Savigny, *Vom Beruf*, *op. cit.* p. 125.

68. D'après Olivier Beaud : « la défense du droit romain chez Savigny correspond [...] à une double nécessité. D'un côté le droit romain permet la formation d'un "droit commun" allemand et donc l'invoquer revient à plaider en faveur de l'unité allemande alors en danger. Mais d'un autre côté, cette unité allemande, perçue essentiellement comme une unité juridique, ne doit pas être une uniformité juridique. Elle doit être conçue de manière souple, de façon à laisser exister la pluralité juridique des différents États-membres de l'Allemagne ». Cet auteur ajoute : « pourquoi défend-il le droit romain ? Tout simplement parce qu'il voit dans ce droit romain un équivalent du droit national, ce qu'on pourrait appeler l'ersatz d'un véritable droit national, valable dans toute l'Allemagne, qui est alors politiquement divisée et donc affaiblie par rapport aux visées impériales de Napoléon [...] Ce qui est en jeu ici, c'est l'opposition entre la continuité du droit romain (droit privé) et la discontinuité du droit public (politique) que Savigny a souligné dans sa Préface à l'Histoire du droit romain au Moyen Âge. Dès lors, faute d'un droit national, le droit romain joue le rôle d'un équivalent fonctionnel, d'un ersatz. » « Savigny et le droit public », *art. cit.* p. 179 à 181.

Sur le terrain institutionnel, cette prise de parti valorise le rôle politique des universités et plus généralement de la corporation des juristes, face à celui du législatif et de l'exécutif. Toujours selon Olivier Beaud « Savigny conçoit l'Université comme une institution d'unité nationale, un "substitut" ou un Ersatz de Parlement étatique. Elle remplit une fonction politique en tenant lieu d'unité nationale, et en permettant ainsi, l'identification des Allemands, de la nation allemande ». « Savigny et le droit public », *art. cit.* p. 182.

Surtout, si Hegel vise Savigny dans sa critique de la justification par l'histoire d'un droit qui n'est pas spéculativement positif (droit en soi posé par la loi) puisqu'il n'est que vulgairement positif (droit donné, historiquement existant), le reproche ne saurait atteindre le jurisconsulte puisque s'il est vrai que d'après ce dernier, le droit légal n'est pas le droit positif, le droit positif n'est cependant pas un simple donné arbitraire et contingent. Tout au contraire, est positif un droit empirique certes, mais néanmoins nécessaire et rationnel :

« La base du droit positif a son existence et sa réalité dans la conscience générale du peuple. Mais cette conscience, invisible de sa nature, à quoi la reconnâtrons nous ? Nous la reconnâtrons aux actes extérieurs qui la manifestent, aux usages, aux mœurs, aux coutumes. Une suite d'actes uniformes trahit une source commune, la croyance du peuple ; et rien ne ressemble moins au hasard et à l'arbitraire. Ainsi donc, la coutume n'engendre pas le droit positif, elle est le signe auquel on le reconnaît »⁶⁹.

La coutume exprime immédiatement le droit positif, qui gît de manière invisible dans la conscience générale du peuple. Mais le droit positif ne se manifeste pas sous la seule forme de coutumes, spontanément et immédiatement. En effet :

« La marche naturelle de la civilisation amenant la division du travail et des connaissances, la société se partage en différentes classes où chacune tourne son activité vers un but spécial. Ainsi le droit, qui d'abord vivait dans la conscience du peuple, par suite de nouveaux rapports que crée la vie réelle, prend un tel développement que sa connaissance cesse d'être accessible à tous les membres de la nation. Alors se forme une classe spéciale, celle des jurisconsultes, qui dans le domaine du droit représentent le peuple dont ils font partie. Ce n'est là qu'une forme nouvelle sous laquelle le droit populaire poursuit son développement, et dès lors il a une double vie. Ses principes fondamentaux subsistent toujours dans la conscience de la nation, mais leurs détermination rigoureuse et les applications de détail appartiennent aux jurisconsultes »⁷⁰.

Cette évolution qui voit la naissance et le développement du droit scientifique, c'est-à-dire de la science du droit, est concomitante d'un autre mode d'expression du droit populaire – la loi :

« Quand le droit positif aurait atteint le plus haut degré d'évidence et de certitude, on pourrait encore chercher à s'y soustraire par ignorance ou par mauvais vouloir. Il peut donc être nécessaire de lui donner un signe extérieur qui le mette au-dessus de toutes les opinions individuelles, et facilite la répression de l'injustice. Le droit positif, traduit par la langue en caractères sensibles, revêtu d'une autorité absolue, s'appelle loi, et la

69. FCS TDR, I p. 34.

70. FCS TDR I, p. 43.

confection de la loi est un des plus nobles attributs du pouvoir suprême de l'État »⁷¹.

Ainsi, le droit positif qui est essentiellement invisible, se trouve exprimé immédiatement et spontanément par les coutumes, puis, après que la division du travail a rendu la connaissance du droit impossible à tous les acteurs, par la science du droit et par la loi :

« De l'exposition qui précède, il résulte que tout droit positif est droit populaire, qu'à côté de ce droit populaire et de très bonne heure, la législation vient se placer comme complément et garantie. Si les progrès de la civilisation font naître le droit scientifique, alors le droit populaire a deux organes, qui tous deux vivent leur propre vie. Si par la suite des temps, la force créatrice du droit vient à se retirer du peuple, c'est dans ses organes qu'elle continue de subsister. Alors le droit populaire primitif disparaît, pour ainsi dire, car ses parties les plus importantes ayant passé dans la législation ou dans la science, ne sont plus visibles que sous ces formes. Comme le droit populaire peut se trouver ainsi caché par la loi et la science au sein desquelles il poursuit sa durée, sa véritable origine peut aisément être méconnue »⁷².

On voit que pour Savigny, le droit légal ne pose pas le droit en soi, il n'est pas une positivation du droit, puisque tout au contraire le droit positif précède logiquement et chronologiquement sa formulation législative, mais pour autant le droit positif n'a rien à voir avec la collection incohérente des données juridiques du passé et du présent dépourvues de toute portée spéculative, puisqu'en son essence c'est un principe spirituel, la conscience générale d'un peuple, qui se manifeste immédiatement dans les coutumes et médiatement dans la science et la loi. Par droit scientifique, il faut en effet entendre les formalisations plus ou moins élaborées que produisent les praticiens et les théoriciens du droit, le droit des juristes :

« Les formes extérieures que revêt l'activité des juristes sont à l'image de l'établissement progressif de cette classe. D'abord on les voit donner des conseils dans certains cas spéciaux, concourir à la décision d'un procès, indiquer les formes nécessaires à la solennité d'un acte et leurs premiers essais littéraires sont ordinairement des recueils de formules, et des instructions toutes pratiques sur les formalités requises pour la confection des actes solennels. Peu à peu leurs travaux prennent un caractère plus noble. La science commence à naître, à avoir sa théorie et sa pratique : sa théorie dans les doctrines exposées par les livres et les communications orales, sa pratique dans les décisions des tribunaux qui diffèrent des anciens jugements populaire par l'instruction scientifique des magistrats et les traditions qui s'établissent au sein de collèges permanents »⁷³.

71. FCS TDR, I p. 37.

72. FCS TDR I, p. 47 et 48.

73. FCS TDR, I, p. 43 et 44.

Ces formalisations ne se laissent pas diviser en droit positif et spéculatif, ou en théorie et pratique du droit. Les praticiens du droit, notaires, avocats, huissiers, mais surtout juges, à travers les actes qu'ils produisent constituent une source de formalisation, les théoriciens du droit en prenant ces actes pour objet de leur réflexion produisent un degré supérieur de formalisation, sans qu'il soit possible d'assigner aux premiers l'exclusivité de la production des normes et aux seconds celle de la production de concepts. C'est toute la sphère juridique qui est indissociablement pratique de connaissance et pratique normative, production de règles et de concepts ; entre praticiens et théoriciens, la différence n'est que de degré, en un certain sens tous les praticiens théorisent et tous les théoriciens pratiquent⁷⁴. Ainsi, les idées et les pratiques juridiques qui ne revêtent pas une forme légale ou scientifique ne sont pas nécessairement informes, la loi n'a pas le monopole de la forma(lisa)tion du droit et le droit populaire, pour être invisible n'en est pas moins pleinement positif.

La question n'est pas ici celle de la querelle de la codification – assez superficielle et annexe sur le plan philosophique malgré l'importance qu'elle a revêtu pour les contemporains –, mais celle d'un changement complet de conception de la réalité du droit qui n'est plus pensé dans les termes du réel et de l'effectué, mais du visible et de l'invisible. Il existe un droit invisible, ou inconscient aux acteurs considérés individuellement, qui pour cette raison échappe à l'arbitraire des volontés particulières, et revêt deux aspects, politique et technique. Le droit positif, dans son élément politique (dont l'organe

74. Ce n'est donc pas le couple de la théorie et de la pratique qui permet de procéder à l'analytique du droit scientifique. Pour dégager les éléments qui le composent, c'est à la théorie de l'interprétation qu'il convient d'avoir recours, dans la mesure où selon Savigny, qu'elle soit pratique ou théorique, la science du droit est par essence herméneutique.

La théorie de l'interprétation est élaborée dans le *Traité de droit romain actuel* à partir de l'interprétation législative, mais présente des traits assez abstraits pour être considérée comme une interprétation de la positivité juridique en général. Savigny écrit :

« on y distingue [dans la science de l'interprétation] quatre éléments, l'élément grammatical, logique, historique et systématique.

L'élément grammatical de l'interprétation a pour objet les mots dont se sert le législateur pour nous communiquer sa pensée, c'est-à-dire le langage des lois.

L'élément logique a pour objet la décomposition de la pensée, ou les rapports logiques unissent ses différentes parties.

L'élément historique a pour objet l'état du droit existant sur la matière, à l'époque où la loi a été rendue. Cet état détermine le mode d'action de la loi : c'est le mode d'action et le changement introduit par la loi que l'élément historique doit mettre en lumière.

Enfin l'élément systématique a pour objet le lien intime qui unit les institutions et les règles du droit au sein d'une vaste unité. Le législateur ayant devant les yeux cet ensemble aussi bien que les faits historiques, et, pour saisir sa pensée toute entière, nous devons nous expliquer clairement l'action exercée par la loi sur le système général du droit et la place qu'elle y occupe. L'étude de ces quatre éléments épuise le contenu de la loi. Ce ne sont donc pas quatre espèces d'interprétations parmi lesquelles on peut choisir selon son goût ou son caprice ; ce sont quatre opérations distinctes, dont la réunion est indispensable pour interpréter la loi. »

FCS TDR, I, p. 206-207.

est la législation) est la manifestation immédiate et spontanée des croyances et des pratiques juridiques communes aux membres d'une communauté juridique. Il arrive cependant un temps où la complexité des affaires induite par la division du travail empêche que tous les membres de la communauté puissent consciemment partager les mêmes croyances et adopter spontanément les mêmes règles de conduite. Ce temps est celui de la dégénérescence de l'élément politique, de l'affaiblissement de la force créatrice du peuple et en conséquence de l'émergence et du développement de l'élément technique du droit – ou encore de la manifestation médiante du droit populaire par la classe des jurisconsultes, dans la science du droit⁷⁵. Le principe d'intelligibilité du droit n'est plus dans son concept, mais dans une dimension ontologique souterraine de la réalité du droit qui échappe pour une large part à la claire conscience des acteurs : la raison comme principe ou comme cause de l'histoire du droit ne coïncide plus avec la raison comme exercice conscient de la faculté de penser⁷⁶. C'est dire que la loi n'est pas la forme typique de la positivité juridique ; tout au contraire, elle trouve son modèle dans une positivité plus mystérieuse : les croyances communes du peuple⁷⁷. Son expression peut être adéquate ou inadéquate : elle est nécessairement adéquate quand elle est spontanée et immédiate, comme c'est le cas dans les coutumes ou pratiques populaires du droit ; elle est plus ou moins adéquate selon l'état de la science du droit et la sagesse du législateur quand elle est médiatement exprimée dans le droit scientifique et dans la loi.

75. « Avec le progrès de la civilisation, chaque fonction dans le peuple se distingue de plus en plus des autres, et ce qui sinon serait resté propriété commune, échoit alors à des classes particulières. Les juristes apparaissent désormais comme une de ces classes distinctes. Le droit se façonne à présent dans la langue, il prend un tour scientifique et, alors qu'il vivait auparavant dans la conscience du peuple tout entier, il échoit maintenant à la conscience des seuls juristes qui, désormais, vont représenter le peuple dans cette fonction. À partir de là, l'être du droit devient plus artificiel et plus complexe en ce qu'il a une double vie, d'une côté en tant que partie de la vie du peuple comme totalité, ce qu'il ne cesse pas d'être, et de l'autre en tant que science particulière aux mains des juristes. La coopération de ces deux principes de vie explique toutes les manifestations ultérieures et l'on comprend dès lors comment chacun de ces monstrueux détails a pu naître de manière totalement organique, sans arbitraire ni préméditation proprement dits. Pour faire bref, nous appellerons dorénavant élément politique la liaison du droit avec l'ensemble de la vie du peuple, et élément technique la vie scientifique du droit détachée de cette dernière ». (traduit de l'allemand par Marie-Élisabeth Handman) F.-C. Savigny, *Vom Beruf*, op. cit. p. 134.

76. Sur l'irrationnel dans le droit selon l'École historique, Alfred Dufour, « Rationnel et irrationnel dans l'École historique du droit, in *Droit de l'homme, droit naturel et histoire*, Paris (PUF) 1991.

77. « C'est dans la commune conscience du peuple que vit le droit positif ; aussi peut-on l'appeler le droit du peuple. Néanmoins, il ne faut pas s'imaginer que les divers individus dont se composent le peuple, aient créé le droit arbitrairement ; car ces volontés individuelles auraient pu sans doute enfanter le même droit, mais il est beaucoup plus vraisemblable qu'elles eussent produit une foule de droits différents. Le droit positif sort de cet esprit général qui anime tous les membres d'une nation ; aussi l'unité du droit se révèle nécessairement à leurs consciences, et n'est plus l'effet du hasard ». FCS TDR I, p. 15.

3) La question de la justification du droit

On voit combien cette théorie bouleverse la question de la justification du droit. Il n'est plus question de comparer le droit réel (seulement réel) et le droit effectué, ou encore de juger le droit donné à l'aune de l'effectuation de son concept, mais de trouver l'expression la moins inadéquate possible du droit réel (pleinement réel), ou droit populaire, dans les nouveaux organes du droit positif que sont la jurisprudence et la loi. Il y a là une critique de la philosophie du droit (dans ses versions transcendantale ou spéculative) en tant que justification *extérieure* au droit, incapable de saisir l'essence du phénomène juridique qui réside précisément dans cette réalité du droit dont Hegel se détourne au profit du droit effectué, c'est-à-dire dans le droit historique.

La symétrie entre les deux doctrines est cependant remarquable : aussi bien Hegel que Savigny s'accordent à dire que la véritable justification du droit lui est intérieure, mais se sépare quand à la caractérisation de cette intériorité, qui est celle de son concept spéculatif pour le premier, et de son concept historique pour le second. On voit ainsi combien il est inexact de reprocher à Savigny et à l'École historique d'ignorer la dimension spirituelle du droit comme le fait Hegel, ou à l'inverse de qualifier la justification philosophique du droit d'an-historique, comme le fait Savigny⁷⁸ : la philosophie connaît l'histoire, que ce soit celle de la Raison pure chez Kant⁷⁹ ou celle, spéculative, de l'effectuation du concept de droit chez Hegel, cette

78. « Qui considère avec attention les diverses manières de voir et les méthodes qui ont été de tout temps dominantes parmi les juristes allemands trouvera qu'elles se laissent ramener à deux catégories principales, bref que les juristes eux-mêmes peuvent se ranger en deux Écoles. La première de ces Écoles est suffisamment caractérisée par la dénomination d'historique ; pour l'autre, par contre, il n'est guère possible de trouver une dénomination positive, dans la mesure dans laquelle elle ne présente d'unité que dans son opposition à la première – apparaissant pour le reste sous les formes les plus diverses et les plus contradictoires : tantôt comme École philosophique et du Droit naturel, tantôt comme École du bon sens. À défaut d'autre qualifications, nous l'appellerons par conséquent l'École anhistorique (*ungeschichtliche Schule*) » Über den Zweck dieser Zeitschrift, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, n° 1, 1815, p. 2. J'emprunte la traduction à Alfred Dufour, « Rationnel et irrationnel dans l'École historique du droit, in *Droit de l'homme, ... art. cit.* p. 180. On trouve une traduction française presque complète de cet article programmatique dans Édouard Laboulaye, *Histoire de la propriété foncière en Occident*, Paris (Durand, Remmelmann) 1839. On a souvent lu ce texte comme une condamnation de la philosophie en général, y compris celle de Hegel (cf. par exemple Lerminier, *op. cit.*). Mais il est écrit cinq ans avant la première publication des *Principes de la philosophie du droit*, et Hegel n'a pas encore été nommé à l'Université de Berlin. Il semble que le propos de Savigny ait été généralisé et appliqué à Hegel *ex post facto*. Au sens strict, l'expression « école philosophique » semble désigner dans la citation précédente les juristes kantien.

79. Sur ce point, et sur les difficultés que soulèvent l'idée même d'une histoire de la raison dans la philosophie kantienne, cf. Yirmiyahu Yovel *Kant et la philosophie de l'histoire*, Paris (Mériidiens Klincksieck) 1989.

dernière se voulant être une présentation des divers moments logiques, mais aussi chronologiques, de l'esprit du temps *présent*. De sorte que la philosophie hégélienne est deux fois historique, dans le sens où elle prend en charge le devenir du concept, et dans le sens où elle se veut fille de son temps. Il reste que cette historicité est spéculative et ne se confond pas avec la collection des choses passées telle que l'histoire empirique du droit historiquement advenu en fait le récit. C'est cette extériorité au droit tel qu'il se présente empiriquement qui disqualifie, selon Savigny, la justification philosophique du droit et qui, aux yeux de Hegel, la rend légitime parce qu'*intérieure* à la seule chose qui soit proprement essentielle dans le chaos bigarré de l'histoire des phénomènes juridiques, à savoir l'objectivation du concept de droit ; le point de vue extérieur à l'essence du droit étant celui du droit seulement réel, considéré dans ses manifestations purement empiriques. C'est cette extériorité là qui, selon Hegel, disqualifie la justification historique du droit :

« Examiner, tels qu'ils *apparaissent dans le temps*, l'émergence et le développement de déterminations juridiques – cette entreprise *purement historique* a son mérite et sa [juste] appréciation dans sa propre sphère, tout comme la connaissance de leur cohérence intelligible qui procède de leur comparaison avec les rapports de droit déjà présents-là. [; mais] elle se tient en dehors de tout rapport avec l'examen philosophique, dans la mesure en effet où le développement à partir de raisons historiographiques ne se confond pas lui-même avec le développement à partir du concept, et où l'explication et la justification historique ne s'étendent pas jusqu'à avoir la signification d'une justification *qui a une validité en et pour elle-même*. Cette différence, qui est très importante et certes à maintenir, est en même temps très éclairante ; une détermination du droit peut, à partir des *circonstances* et des institutions de droit *présentes-là*, se laisser montrer parfaitement *fondée* et *conséquente*, et être cependant en et pour elle-même contraire au droit et irrationnelle : c'était le cas d'une foule de déterminations du droit privé romain, qui découlaient de façon pleinement conséquente d'institutions telles que le pouvoir paternel, le mariage romain. Mais que les déterminations du droit soient conformes au droit et à la raison, établir ceci (ce qui ne peut avoir véritablement lieu que par le concept) est tout autre chose qu'exposer l'aspect historique de leur émergence, les circonstances, cas, besoins et données qui ont occasionné leur établissement. Un tel acte d'établir et de connaître (pragmatique) à partir des causes historiques plus ou moins proches ou lointaines, on le nomme couramment *expliquer*, ou, mieux encore, *conceptualiser*, dans l'opinion que, par cette présentation de l'aspect historique, tout ce dont il dépend seulement que l'on *conceptualise* la loi ou l'institution se produit, tout, ou plutôt l'essentiel ; alors que ce qui est vraiment essentiel, le concept de la Chose, n'a au contraire absolument pas été porté à l'expression par là. – On a ainsi coutume de parler des *concepts juridiques* romains, germaniques, des *concepts* juridiques tels qu'ils sont déterminés dans tel ou tel code, alors qu'il n'intervient à ce propos rien qui soit concept mais seulement des *déterminations juridiques* universelles, des *propositions d'entendement*, des principes, des lois etc. – En négligeant cette différence,

on aboutit à détraquer le point de vue et à déplacer la question de la justification véritable vers une justification par les circonstances, vers une concordance avec des présuppositions qui valent peut-être tout aussi peu pour elles-mêmes et [on aboutit] de façon générale, à mettre le relatif à la place de l'absolu, le phénomène extérieur à la place de la nature de la Chose. Ce qui arrive à la justification historique, lorsqu'elle confond l'engendrement extérieur et l'engendrement à partir du concept, c'est qu'elle fait alors inconsciemment le contraire de ce qu'elle intentionne. Si l'engendrement d'une institution s'est avéré, dans des circonstances déterminées qui étaient les siennes, parfaitement opportun et nécessaire, et si par là s'exécute ce qu'exige le point de vue historiographique, il s'ensuit, si cela doit valoir comme justification universelle de la Chose même, plutôt le contraire, à savoir [:] parce que de telles circonstances ne sont plus présentes-là, l'institution y a plutôt perdu son sens et son droit. Ainsi si par exemple on fait valoir en faveur du maintien des *monastères* leur mérite pour le défrichage et le peuplement des déserts, pour le maintien de l'érudition, grâce à l'enseignement et au travail de copie, etc., et si ce mérite a été considéré comme fondement et destination de leur perpétuation, il résulte plutôt dans des circonstances entièrement changées, ils sont devenus pour le moins superflus et inopportuns »⁸⁰.

On voit combien le reproche est loin d'atteindre sa cible. Savigny, n'a jamais voulu ramener le droit à des déterminations arbitraires et contingentes, et toute son œuvre tend au contraire, comme celle de Hegel au demeurant, à en saisir l'*esprit*, mais – à la différence de Hegel –, il ne juge pas nécessaire, pour exposer cet esprit dans sa vérité, de quitter le terrain de la science du droit des juristes en adoptant un point de vue extérieur à l'objet étudié, celui du concept de droit considéré en et pour soi, dès lors que cet esprit ne saurait se manifester que *dans* l'histoire même de l'objet.

Il apparaît donc que l'opposition entre Savigny et Hegel ne passe ni par le couple de la positivité du droit et de son esprit (comme l'affirme Hegel), puisque le dépassement de cette opposition superficielle est au cœur de la stratégie théorique que suivent l'un et l'autre ; ni par le couple historique / non-historique (comme l'affirme Savigny) puisque l'un et l'autre cherchent à penser l'unité et la systématité du droit dans son histoire. Le point de désaccord est bien plutôt à chercher dans deux conceptions différentes (l'une spéculative ou subjective et l'autre matérielle ou objective) du devenir historique de l'*esprit* du droit.

Aussi, contrairement à ce qu'affirme Hegel, l'École historique ne soutient pas que l'histoire du droit empirique et advenu justifie l'actualité des institutions juridiques, ou encore que le vieux droit est bon parce qu'il est vieux, mais affirme cependant que l'histoire est le lieu où se manifeste le principe d'intelligibilité des institutions actuelles, qui réside comme on l'a vu dans les croyances communes du peuple en matière de droit et de justice. Il faut

80. PPD § 3, remarque, p. 93.

donc distinguer deux plans chez Savigny : celui de la pure connaissance d'une institution qui suppose l'élucidation précise de son origine, en tant qu'elle commande la détermination de la nature et de ses caractères essentiels, et celui de son actualité qui dépend, elle, de l'esprit du temps présent et de la possibilité pour cette institution de répondre à des besoins juridiques nouveaux. Il convient donc de distinguer deux sortes de connaissances historiques du droit : celle qui porte sur les institutions qui sont toujours actuelles, et qu'on pourrait appeler histoire vivante, ou encore histoire dogmatique dans le sens où elle participe activement à l'unification dogmatique du système juridique présent, et l'histoire morte, ou antiquaire, qui porte sur les institutions qui ont perdu toute actualité, et dont la seule ambition est la connaissance des choses passées. La première sorte de connaissance est celle qui nous intéresse ici, elle apparaît comme une tâche permanente et collective d'actualisation des institutions issues passées et toujours présentes. C'est sur cette science historique du droit actuel que repose la charge de justifier le droit. La question pertinente devient donc, en matière de justification, celle de l'évaluation de l'actualité des institutions que nous lègue le passé.

4) *De la justification historique du droit au système du droit romain actuel*

Une telle évaluation n'est pas extérieure à la pratique de la science du droit elle-même, une institution de droit n'est en effet pas actuelle ou inactuelle en elle-même, mais dépend bien plutôt de son actualisation par la science du droit. Or le droit hérité du passé se confond chez Savigny avec les droits coutumiers, le droit canonique et le droit romain, ce dernier étant comme la colonne vertébrale de l'évolution du droit, en Allemagne et plus généralement en Europe⁸¹, dans la mesure où *le Corpus Iuris Civilis* a selon lui survécu à la chute de l'Empire et constitue le seul trait continu et commun de l'histoire de l'Occident, par-delà les invasions barbares du bas-empire⁸²,

81. « Le droit romain actuel défini § 1 a une grande analogie avec le droit commun allemand. Ce droit tient à la constitution politique de l'Allemagne, dont les diverses parties étaient réunies sous la domination impériale. Ainsi chaque État obéissait à un double pouvoir, sous l'influence duquel se développa un double droit positif, le droit territorial et le droit commun. Plusieurs auteurs ont prétendu qu'après la dissolution de l'Empire, le droit commun avait disparu avec l'autorité qui lui servait de base. Mais cette opinion, qui tient à des idées erronées sur la nature du droit positif, n'a pas eu la moindre influence pratique. Or ce droit commun n'est autre que le droit romain actuel, considéré dans son application particulière à l'Allemagne, avec les modifications qu'il a subies. Mais ces modifications, presque toutes contenues dans les lois de l'Empire, sont de peu d'importance, car les grandes déviations faites à l'ancien droit romain [...] n'ont rien de particulier à l'Empire d'Allemagne » FCS TDR I, p. 4.

82. « On croyait autrefois que le droit romain, entraîné dans la chute de l'Empire d'Occident, s'était après six cents années, relevé comme par hasard ; fait imaginaire que depuis longtemps

le morcellement du droit féodal⁸³ et l'avènement des nations à l'époque moderne⁸⁴. La question de la justification du droit est donc pour l'essentiel (quoique pas tout à fait exclusivement, puisque le droit romain n'est pas tout à fait la seule source du droit moderne) avec la justification de l'actualité des institutions conçues dans le langage et la syntaxe des juristes romains, et cette actualité ne se constate pas, elle se produit à travers l'élaboration d'un système rationnel des institutions du droit romain actuel. La critique du droit consiste donc pour Savigny dans l'examen scientifique de la pertinence des catégories romaines aujourd'hui :

« Le caractère critique de cet ouvrage se montre sous plusieurs faces. Je mets en première ligne les recherches dont le résultat est purement négatif ; si par exemple, je montre qu'une institution du droit romain est une institution morte et étrangère au droit actuel, ou si je signale des idées fausses ou de vaines doctrines que les auteurs modernes ont introduites dans la science par suite d'un malentendu. »⁸⁵

Ici, l'adjectif critique renvoie donc à l'adoption d'un protocole scientifique rigoureux d'examen des sources, de discussion sérieuse des opinions des pairs et de systématisation rigoureuse des résultats, mais cette critique reste interne au droit romain lui-même et ne remet pas en cause la pertinence du choix de dégager le droit moderne de l'interprétation de ce corps de loi précis. Qu'est ce qui permet au droit romain de pouvoir prétendre incarner à la fois la continuité historique et la modernité, mieux que toute autre corps de loi ?

on s'accorde à rejeter ». Friedrich Carl von Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, Heidelberg (Mohr und Zimmer) 1815-1816. J'utilise la traduction française de Charles Guenoux *Histoire du droit romain au Moyen Âge*, Paris (Alexandre Mesnier) 1830. Cet ouvrage sera noté FCS HD par la suite. Citation, préface, p. ii.

83. C'est dans la littérature juridique, ou encore dans la culture commune des juristes romainistes que réside selon Savigny le principe de l'unité juridique de l'Occident médiéval par delà l'extraordinaire diversité des droits locaux. C'est pourquoi l'histoire littéraire est une dimension constitutive de l'histoire du droit romain : « On a cru aussi que l'histoire et la littérature du droit avaient des limites absolument distinctes ; que les lois, comme principes du droit, appartenaient exclusivement à l'histoire, et que les travaux scientifiques sur cette matière donnée était l'unique objet de la littérature. Mais une étude plus profonde des véritables sources du droit prouve que cette distinction doit être rejetée ». *Ibid.*

84. C'est cet avènement qui oblige Savigny à arrêter son histoire du droit romain au Moyen Âge : « de graves motifs m'imposaient de ne pas conduire cette recherche jusqu'à nos jours, pour lui conserver un caractère d'unité. À partir du seizième siècle, l'influence de la philologie et de l'histoire, la séparation plus profonde des nations, ont déplacés les fondements de la science du droit. Dès lors le travail de l'historien change de caractère avec le théâtre des événements, la nature des sources, la manière de les mettre en œuvre. Ajoutons que l'histoire littéraire moderne ne saurait être qu'un fragment, car maintenant encore nous ne faisons que suivre la route ouverte au seizième siècle. Ainsi se trouve justifiée la division historique des temps anciens et des temps modernes, division arbitraire et qu'il faudrait rejeter si la nature du sujet demeurerait toujours la même » FCS HD, préface, p. iii.

85. FCS TDR, p. XXXII.

La réponse est, selon Savigny, dans l'inépuisable fécondité de la méthode des juristes romains, qui interdit de considérer ces derniers comme *passés* :

« Quand nous saurons manier les matériaux du droit avec l'habileté et la puissance que nous admirons chez les Romains, nous pourrons cesser de les prendre pour modèles et laisser à l'historien le soin de célébrer leur gloire. Jusque là, un orgueil mal entendu ou l'intérêt de notre commodité ne doivent pas nous faire négliger un secours auquel toute l'énergie de nos efforts pouvait difficilement suppléer. Notre position vis-à-vis de l'Antiquité n'a ici rien d'extraordinaire : elle est la même dans d'autres parties du domaine de l'intelligence »⁸⁶.

La dernière remarque pourrait s'adresser à la philosophie, et peut-être à la conception hégélienne de la philosophie comme histoire (philosophique) de la philosophie. C'est peu dire en effet, si la philosophie n'est rien d'autre que la reprise philosophique de son histoire qu'il est saugrenu, voire ridicule, de considérer les doctrines de Platon ou d'Aristote comme des antiquités appartenant à un passé révolu n'intéressant plus que les historiens antiques. L'argument savignien est puissant : pourquoi la philosophie aurait-elle le droit de considérer ses grands ancêtres comme actuellement présents, c'est-à-dire comme des *classiques*, tandis que la jurisprudence serait condamnée à une sorte de perpétuelle création continuée qui serait ignorante d'elle-même ? On ne décrète pas plus la mort des institutions juridiques que celle des concepts philosophiques, dont on ne se débarrasse qu'en les épuisant. Aussi faut-il dire qu'il est aussi ridicule de considérer le droit romain comme inactuel parce qu'il est vieux que de le considérer comme nécessairement actuel parce qu'il est romain. Pour Savigny, l'actualité d'une institution d'origine romaine repose sur la persistance des usages des règles de droit qui la composent dans le droit moderne et sur la pertinence de la conceptualisation qu'elle en propose, et l'une et l'autre se jouent dans l'œuvre collective des jurisconsultes. Tout au plus peut-on dire que la continuité historique du droit romain en Occident, ou plus exactement de la culture scientifique romaine, de la romanistique, et la force des catégories forgées par les jurisconsultes des second et troisième siècles plaide en faveur d'un examen sérieux et sans préjugé de leur actualité, une bonne raison pour écrire un traité de droit romain actuel plutôt qu'un traité de droits germaniques, ou de droit canon, dès lors qu'un seul homme, parce que mortel, doit savoir mesurer ses forces. Au demeurant, considérer le droit romain non pas seulement comme une culture, mais comme un système juridique idéal, et par là statique, serait selon Savigny réintroduire une justification extérieure :

« Prétendre, comme on le fait souvent, que la science, envisagée sous le point de vue historique, pose la forme antique du droit comme type absolu et immuable pour le présent et pour l'avenir, c'est défigurer entièrement

86. FCS HD, Préface, p. xxx.

ce point de vue. Considéré sous son véritable jour, il nous apprend, au contraire, à reconnaître le mérite et l'indépendance de chaque siècle ; surtout, il cherche à mettre en lumière le lien vivant qui rattache le présent au passé ; car si ce lien nous échappe, nous pouvons bien saisir les manifestations extérieures du droit, mais non en pénétrer l'esprit. Dans son application particulière au droit romain, cette doctrine ne lui reconnaît pas, comme souvent on se l'imagine, une autorité sans limites ; mais elle étudie l'ensemble du droit moderne, afin de découvrir et de fixer tout ce qui a une origine romaine, de peur que nous n'en soyons dominés à notre insu, puis elle décompose l'élément romain, et si quelques unes de ces parties mortes en réalité ne conservent que l'apparence de la vie, elle élimine cette superfétation, afin d'ouvrir un champs plus libre au développement et à l'action salutaire de l'élément vivant »⁸⁷.

Le droit romain apparaît donc ici non pas comme un ensemble de normes juridiques universelles, à l'instar du droit naturel, mais bien plutôt comme une méthode, ou mieux encore comme un milieu que partagent les juriscultes occidentaux, une culture scientifique. Ce qui est actuel selon Savigny, ce n'est donc pas le droit romain de Rome, c'est la romanistique, entendue comme une patiente et collective mise à jour du droit historique, dans la continuité de l'œuvre continue des juristes romanistes. La justification du droit est bien dans l'adéquation de ce dernier à son concept, mais l'exposition de celui-ci se confond avec cet effort de réactivation herméneutique des catégories fondamentales du droit romain dans lequel se confondent (ou devraient se confondre) la pratique et la théorie : *jurisprudentia vera philosophia est*.

La querelle des Écoles historique et philosophique n'est donc pas celle du passé contre la modernité, mais plutôt celle qui oppose deux modes de production de la modernité, soit par la réactivation des textes historiques en ayant recours à l'invention herméneutique, soit en donnant un caractère légal aux droits existants, par une codification qui déclare l'existence de discontinuités politiques inédites. Cette querelle n'est pas non plus celle du positivisme et de l'idéalisme, mais celle de deux dépassements possibles (et contradictoires entre eux) de cette plate opposition : dans la positivation du concept de droit chez Hegel, dans la spiritualisation de sa positivité (ou plus exactement de sa réalité) chez Savigny.

Ces deux voies conduisent l'une et l'autre à penser la « justification véritable » du droit comme immanente à son objet, mais sur deux modes opposés, qui donne compétence en cette matière décisive à des savoirs de nature différente. Alors que chez Hegel, cette justification est philosophique (spéculative) en ce qu'elle adopte le point de vue du concept (considéré non pas en lui-même, mais dans son effectuation), elle relève de la science du droit pour Savigny, dans la mesure où elle se confond avec la dimension théorique

87. FCS HD, Préface, p. xvj.

du devenir *réel* du droit, le droit scientifique. *In fine*, c'est bien sur le terrain de l'agencement conflictuel des savoirs sur le droit que s'opère la distinction : alors que Hegel revendique une séparation de la jurisprudence et de la philosophie du droit, au titre de la nécessaire différence de leurs points de vue respectifs (celui du droit existant et du concept de droit), Savigny considère que la philosophie du droit n'a tout simplement pas pour objet le droit, mais les principes moraux universels qui le déterminent téléologiquement, et non pas constitutivement :

« Nous y trouvons [dans le droit historique] deux éléments, l'un individuel et particulier à chaque peuple, l'autre général et fondé sur la nature commune de l'humanité. Ces deux éléments sont reconnus scientifiquement par l'histoire et la philosophie du droit.

Parmi les auteurs qui se sont occupés d'approfondir la nature du droit, plusieurs le considèrent comme une idée absolue, sans s'embarrasser des formes qu'il revêt dans son application réelle, et de l'influence de ces formes. Ceux même qui ont pris la réalité du droit pour objet de leur travaux, en ne reconnaissant qu'un seul de ces deux éléments, ont été conduits à des vues exclusives et incomplètes. Ainsi, les uns, regardant le contenu du droit comme chose indifférente et accidentelle, se contentent de constater les faits et les autres font planer au-dessus du droit des peuples un droit absolu et normal, que tous les peuples pourraient adopter et substituer à leur droit. Ceux-ci réduisent le droit à une abstraction sans vie, ceux là méconnaissent la dignité de sa vocation. On évite ce double écueil en assignant au droit un but général, que chaque peuple est appelé à réaliser historiquement.

[...] Le but général du droit sort de la loi morale de l'homme sous le point de vue chrétien. Car le christianisme ne se pose pas seulement en règles de nos actions ; en fait il a modifié l'humanité, et il se retrouve au fond de toutes nos idées, de celles même qui semblent lui être le plus étrangères et le plus hostiles. Reconnaître ce but général au droit n'est pas le transporter dans une sphère plus vaste et le dépouiller de son indépendance : le droit est un élément spécial qui concourt à la fin commune et règne sans partage dans l'étendue de son domaine ; le rattacher ainsi à l'universalité des choses, c'est seulement lui donner une vérité plus haute »⁸⁸.

C'est dire que pour Savigny, le droit a sa vérité en lui-même, et qu'il revient à la jurisprudence d'en exposer l'esprit, quoiqu'on puisse aussi lui assigner une vérité plus haute, hors de lui, dans la morale.

Ainsi, selon lui, il convient de distinguer deux modes de justification du droit, l'un interne et l'autre externe : la philosophie participe de cette justification, mais indirectement, en se donnant pour objet non pas le droit, mais ses finalités, les principes évangéliques. Cette justification semble ici se confondre avec la théologie rationnelle, et peut fort bien prendre le nom de

⁸⁸. FCS TDR, p. 49 sq. Que cette position ne revienne pas à confondre la philosophie et la théologie rationnelle, on n'en jurerait pas, mais Hegel accorderait volontiers que la philosophie et la religion chrétienne ont le même objet.

philosophie du droit à la condition d'abdiquer toute dimension juridiquement normative, d'être une philosophie non pas du droit mais de ses fins. Quant à la justification interne, qui est la justification du droit proprement dit, la tâche échoit à la jurisprudence, dès lors que celle-ci est historique (qu'elle a pour objet le droit dans sa réalité, le droit historique) et qu'elle est authentiquement scientifique (critique dans l'examen des sources⁸⁹, et systématique dans l'exposé des institutions de droit⁹⁰), parce qu'elle seule peut prétendre être le savoir véritable (parce que scientifique) du droit (*jus strictum*) juste. Dans ce sens, et malgré les apparences conciliatrices de la citation précédente, *jurisprudentia vera philosophia est*.

89. « D'après le plan que j'ai tracé, on voit que mon ouvrage aura surtout un caractère critique. Cela pourra déplaire aux lecteurs qui veulent des vérités positives, sans demander d'où elles viennent, sans s'inquiéter de leurs différentes faces. La vie scientifique serait commode et facile si nous pouvions nous abandonner avec pleine confiance à l'action de la vérité pure, et marcher ainsi sans encombre de découvertes en découvertes. Mais nous devons nous frayer le chemin à travers les erreurs et les vérités incomplètes ». FCS HD Préface, p. xxxj. Savigny se s'est pas trompé, et l'on trouve de tels lecteurs parmi ses plus fidèles disciples. Ainsi, Édouard de Laboulaye, l'un de ceux qui a sans doute contribué le plus activement à la diffusion de la pensée du maître en France écrit-il, à propos de *l'Histoire du droit romain au Moyen Âge* :

« Il est difficile de trouver un sujet plus intéressant par sa grandeur, plus important par son résultat historique. Montrer comment cet élément antérieur des idées romaines n'a pu être étouffé, même par la conquête barbare, parce que le droit antérieur ne peut disparaître que là où la nation est anéantie, ce droit étant une manière d'être, une portion de la nation elle-même ; observer dans ses développements l'élément nouveau du droit germanique ; peindre la lutte des deux législations parallèles jusqu'au milieu même de cette législation féodale, la plus antipathique au génie romain et que le génie romain a fini par vaincre et s'assimiler en quelque sorte ; suivre les eaux de ces deux fleuves longtemps après qu'ils se sont réunis, et jusqu'au moment où ils sont venus se perdre dans les législations modernes. Quelle admirable question. M. de Savigny a compris toute l'importance de son sujet. Le premier volume, qui traite de l'administration municipale et de l'organisation judiciaire chez les Romains, est parfait et se peut mettre aux mains de quiconque apprécie Montesquieu ; mais au lieu de continuer franchement dans une si belle voie, le second volume tourne à l'histoire littéraire, et pendant les cinq derniers il n'est plus question que des collections du droit romain au Moyen-âge, de la biographie et des travaux des glossateurs. ». Et de conclure : « il ne suffit pas pour être un grand homme et imposer des idées à son siècle d'être admirable dans de petites choses : c'est la grandeur du but qu'il faut envisager, ce n'est pas la perfection du détail » *Histoire du droit de propriété foncière en Occident, op. cit.*, p. 37 et 38.

90. « Quant à la manière dont l'intelligence saisit ces idées [les institutions de droit], il y a cette différence toute naturelle, que les institutions du droit étant perçues d'abord isolées, peuvent être combinées arbitrairement, tandis que le rapport de droit se révélant à nous par les événements de la vie réelle, nous apparaît directement et sous sa forme concrète. Mais un examen plus attentif nous montre que toutes les institutions de droit forment un vaste système, et que l'harmonie de ce système où se reproduit leur nature organique, nous en donne seule l'intelligence complète ». FCS TDR I, p. 10.

5) Histoire et positivité du droit chez Marx : les leçons de la querelle

Au premier abord, il semble que, pour des raisons politiques tout à fait claires, Marx se rallie à la critique hégélienne de l'École historique, en reproduisant les contresens de Hegel auxquels il ajoute la verve satirique, ce qui les rend certainement plaisants, mais pas plus convainquants. On connaît la formule célèbre : « L'École historique a fait de l'étude des sources son *Schibboleth* et a poussé son engouement pour les sources à son extrême : elle exige du batelier qu'il navigue non pas sur le fleuve mais sur la source »⁹¹. Aussi, l'École historique ne serait pas critique parce qu'elle serait platement positive, vulgairement empirique et par conséquent politiquement conservatrice, à l'instar de son précurseur Gustav Hugo, dont Marx dit qu'« il ignore les différences. Pour lui toute existence s'impose comme une autorité, toute autorité a valeur d'argument »⁹².

Pourtant, dans les textes relatifs à la loi sur les vols de bois, l'argumentaire marxien est autrement plus touffu qu'un simple relevé « de gauche » des théories de Hegel. Ces théories sont lourdement présentes pourtant, Marx allant jusqu'à emprunter ses exemples à l'auteur des *Principes de la philosophie du droit*. Ainsi des propriétés ecclésiastiques⁹³, qui sont cependant mobilisées pour en tirer des conclusions toutes différentes, puisque la question de la sécularisation des biens monacaux n'a plus pour fonction d'illustrer la pauvreté spéculative de la réflexion des jurisconsultes comme chez Hegel, mais la partialité et l'unilatéralité du droit légal dont le même Hegel se réclame dans le paragraphe d'où l'exemple est tiré :

« On les a sécularisé [les couvents] et ce n'était que justice, cependant aucune ressource positive n'a été proposée pour remplacer le secours accidentel que les pauvres recevaient dans les couvents. En faisant de la propriété des biens monacaux une propriété privée, et même si l'on a indemnisé les couvents, on n'a pas indemnisé pour autant les pauvres gens qui vivaient des couvents. Bien plus, on leur a imposé une nouvelle limite et on les a privés d'un droit ancien »⁹⁴.

Cet oubli s'explique de par le côté abstrait, et donc partiel, de l'entendement législatif. Sous cette expression qui puise pourtant à pleines mains dans

91. K. Marx, *Le manifeste philosophique de l'École Historique du Droit, Œuvres Complètes*, Philosophie, *op. cit.*, p. 221.

92. *Ibid.* Aussi bien Hegel que Marx ne critiquent l'École historique qu'à travers l'œuvre de Gustav Hugo, en évitant soigneusement toute confrontation directe avec Savigny lui-même. Est-ce de la prudence politique vis-à-vis d'un collègue dans un cas et un reliquat de respect pour un Professeur hors du commun dans l'autre, ou bien l'un comme l'autre n'ont-ils pas eu conscience que Savigny méritait mieux que quelques remarques acerbes ou narquoises... On peut se poser la question.

93. KM VB, p. 141 et PPD § 3, remarque, p. 94.

94. KM VB, p. 141.

la terminologie hégélienne, c'est l'identification hégélienne du droit positif et du droit légal qui est mise en cause : « l'organe auquel recouraient les législations pour saisir L'ambiguïté de tels phénomènes était l'entendement, or l'entendement n'est pas seulement partiel, mais sa tâche essentielle est de rendre le monde partiel »⁹⁵. Certes, c'est là un « grand et admirable travail puisque le caractère exclusif forme le particulier et l'arrache au caractère inorganique du tout »⁹⁶, mais dans le même temps, c'est faire preuve d'une injustice criante, puisque : « l'entendement omit cependant de prendre en considération le fait que certains objets ne peuvent, par leur nature, prendre en aucun cas le caractère de propriété privée et relèvent à travers leur nature élémentaire et leur existence fortuite du droit d'occupation »⁹⁷.

Ces droits d'occupation que la loi ne peut manifester se reconnaissent dans les coutumes. L'impossibilité de confondre (comme le fait Hegel) le droit positif et le droit légal tient à l'existence d'une positivité juridique que la loi manque à exprimer adéquatement et que manifestent les pratiques spontanées des acteurs du droit : nous sommes chez Savigny.

On voit la complexité de l'argument marxien. Dans le cadre d'une critique de la partialité de l'entendement législatif au non de la totalité des déterminations concrètes du concept, Marx réintroduit un mode savignien de justification de la loi comme expression adéquate de l'essence souterraine réelle du droit positif, telle qu'elle se manifeste dans la coutume. En l'occurrence, le principe de la propriété privée moderne, que Hegel considère comme la pierre angulaire du système du droit abstrait, échoue à exprimer les droits d'usage collectifs des paysans pauvres que la loi, comme organe du droit positif, à cependant vocation à reconnaître. Après avoir usé de Hegel contre Hegel, nous sommes clairement dans un schéma où Marx use de Savigny contre Hegel, dans un argumentaire de facture hégélienne. Il apparaît donc que Marx emprunte sa critique de la spéculation hégélienne au réalisme historique de l'École historique et plus précisément à sa conception de la positivité juridique et, partant, à son mode de justification de la loi.

III. VERS UNE CRITIQUE DE L'HISTOIRE EMPIRIQUE DU DROIT – AUTOUR DU CONCEPT DE COUTUME

Pour autant, cet emprunt ne constitue pas un retour pur et simple à la doctrine de Savigny. Le détour par la critique de la science spéculative du droit permet en effet à Marx de proposer une conception nouvelle du concept

95. KM VB, p. 141.

96. KM VB, p. 141.

97. KM VB, p. 142.

de coutume, dont la signification consiste, à ses yeux, à élever le réalisme historique de Savigny à la hauteur des exigences de la philosophie spéculative, là où les auteurs qui se réclament de l'École historique s'en tiennent d'après lui à un empirisme vulgaire que nourrit une pensée politique réactionnaire. Encore faut-il s'accorder sur la portée de cette critique et ses déterminations précises.

1) *La nature juridique des choses*

D'après Pierre Lascoumes et Harwig Zander :

« En reprenant le concept [de coutume de l'École historique] Marx va le subvertir et le reformuler sur des bases radicalement différentes. Ce sont deux conceptions antagonistes de la coutume comme source du droit qui seront alors formulées, deux conceptions qui opposent les juristes. Certains voient dans la coutume un phénomène non conflictuel, l'expression d'un consensus social et d'autre y lisent, comme tout système juridique, une formalisation d'intérêts antagonistes. On peut ainsi opposer une conception "naturaliste" de la coutume à une conception qui la considère comme un construit social contradictoire »⁹⁸.

Il est peut être un peu hâtif de faire de cette série d'articles le lieu où Marx aurait rompu avec le naturalisme de l'École historique, même si l'on ne peut que souscrire à l'idée qu'il fait sienne une conception agonistique de la coutume dont on ne trouvera pas trace chez Savigny. Si l'on entre en effet dans le détail de son argumentation, on constate que Marx fait appel au vertigineux concept de nature juridique des choses (*die Rechtliche Natur der Dinge*), pour intimer à la loi l'obligation tout savignienne de l'exprimer adéquatement :

« la loi n'est pas déliée de l'obligation générale de dire la vérité. Elle y est même doublement obligée car elle est le porte-parole général et authentique de la nature juridique des choses. La nature juridique des choses ne peut s'orienter selon la loi, au contraire, c'est la loi qui doit s'orienter selon la nature juridique des choses »⁹⁹.

Coquetterie rhétorique sans véritable fondement philosophique ? Reste non critiqué d'un naturalisme de facture savignienne ? Renouveau du très vieux concept de nature des choses (*natura rerum*), considéré désormais comme un construit et non pas comme un donné ? Le texte suivant, tiré du second article, incite à penser que Marx n'a pas vraiment rompu avec le

⁹⁸. PL HZ VB, p. 231.

⁹⁹. PL HZ VB, p. 136.

naturalisme de l'École historique, particulièrement avec l'idée d'une genèse spontanée et organique du droit, à la manière du vivant :

« On constatera que les coutumes, qui sont les coutumes de toute la classe pauvre, savent saisir, avec un instinct sûr, la propriété par son côté indéci ; on constatera non seulement que cette classe ressent d'instinct la nécessité de satisfaire un besoin naturel, mais aussi qu'elle ressent le besoin de satisfaire un instinct juridique. Les ramilles nous serviront d'exemple. Le lien organique qu'elles entretiennent avec l'arbre vivant est aussi inexistant que celui du serpent avec sa dépouille. Par l'opposition entre les branchages et les rameaux morts, abandonnés de toute vie organique, brisés, et les arbres solidement enracinés, pleins de sève, assimilant organiquement l'air, la lumière, l'eau et la terre pour alimenter leur propre forme de vie individuelle, la nature elle-même expose, en quelque sorte, l'opposition entre la richesse et la pauvreté. C'est la représentation physique de la pauvreté et de la richesse. La pauvreté humaine ressent cette parenté et déduit de ce sentiment de parenté son droit de propriété [...] Dans ce mouvement des forces élémentaires, elle ressent une force alliée, une force plus humaine que la force humaine »¹⁰⁰.

Il faut donc considérer que l'analogie entre nature physique et nature sociale réveille un instinct juridique qui constitue un sentiment, d'où peut être déduit un droit de propriété, c'est-à-dire quelque chose comme un *animus proprietarii* instinctuel qui, associé à des besoins naturels, permet de parler de nature juridique des choses. Nous sommes encore ici du côté du concept savignien de nature des choses, et de la naturalisation des mœurs considérées comme source du droit, qu'il organise : c'est parce que le droit d'occupation des paysans pauvres est plus naturel que celui des propriétaires qu'il est plus légitime¹⁰¹. Ce point de vue est explicitement anti-hégélien, le recours à la notion d'instinct venant contredire la stricte distinction que Hegel cherche à établir entre instinct et coutume (*cf. infra*, PDD § 211, p. 280, cité note n° 61). L'enjeu de cette brève (pour ne pas dire allusive) passe d'arme est bien celui du fondement de la légitimité des coutumes : selon Hegel, de même que pour

100. PL HZ VB, p. 142.

101. Il convient d'ajouter, quitte à devoir renoncer à la cohérence d'un texte qui n'y prétend pas vraiment, qu'une seconde justification – celle de l'accès à la propriété par l'activité, est avancée en soutien des revendications paysannes : « Par le ramassage, la classe élémentaire de la société humaine se confronte à la nature et la met en ordre » (PL HZ VB., p. 142), sans qu'il soit possible de déterminer s'il s'agit d'un écho de la théorie savignienne de la possession, selon laquelle la revendication des interdits possessoires supposent que soient constitués non seulement un *animus*, mais également le *corpus* (*Cf.* F. C. von Savigny, *Traité de la possession d'après les principes du droit romain*, traduit de l'allemand – sur la sixième édition, *Das Recht des Besitzes*, Giessen, G.F. Heyer, 1837 – par Jules Beving, Bruxelles, Hauman, 1840), ou bien s'il faut y voir une trace de la théorie (dans sa version hégélienne ?) du travail comme moment constitutif du droit de propriété. Pour achever d'emprunter à toutes les traditions, Marx n'hésite pas à qualifier cette appropriation des familles par le travail de « droit d'occupation », sans donner cependant à ce terme la signification technique qu'il revêt dans le droit romain (*cf.* citation précédente).

les autres sources du droit, c'est à l'aune de la raison que se mesure cette légitimité, dès lors que les coutumes comme toutes les règles de conduite humaines relèvent du domaine de l'esprit. Pour Marx au contraire, c'est dans l'immédiateté et la spontanéité d'une pratique instinctuelle que réside sa légitimité, dans la mesure où l'instinct (en tout cas celui des classes pauvres), à la différence des formalisations rationnelles des juristes, ne se trompe jamais. Le caractère instinctuel de certaines pratiques juridiques, celles de ceux qui, dans la société, sont privés de toute humanité et partagent un sort voisin de celui qu'on réserve aux bêtes, garantit la légitimité de ces pratiques, leur conformité à la nature des choses qu'aucune expression médiate et par conséquent seconde n'est venue obscurcir ou dévoyer¹⁰². Pour Marx, comme pour Savigny, le principe d'intelligibilité du droit (sa raison) n'est pas dans l'exercice conscient de la faculté de penser (la raison). De surcroît, ce recours à l'instinct est lourd de conséquences politiques puisqu'il permet d'asseoir la distinction normative des coutumes nobles et des coutumes pauvres, réalisant ainsi la politisation de l'élément technique du droit.

2) *La politisation de l'élément technique du droit*

Comme on l'a vu, chez Savigny, l'essence du droit positif est à chercher dans les croyances partagées par un même peuple, celles qui composent son esprit, ou sa conscience commune, dont le droit historique est une manifestation, au même titre que la langue. Cette manifestation est naturelle – spontanée et immédiate – dans les pratiques juridiques uniformes et régulières, les coutumes ; on parle alors d'élément politique du droit et les coutumes sont les documents qui permettent à l'historien de saisir au mieux ces pratiques. L'expression de cette manifestation devient de plus en plus formelle dès lors qu'elle s'opère par la médiation des juristes et du législateur, comme développement de l'élément technique du droit ou représentation de l'élément politique. C'est cette représentation qui donne naissance, aux côtés du droit civil, à un droit politique médiat, le droit public. Selon Savigny, est donc politique l'élément spirituel constitutif du peuple, c'est-à-dire un ensemble de croyances communes. Marx conteste ce point, en introduisant une distinction qui met à mal l'unité de la notion de peuple, entre les coutumes des nobles et celles des pauvres. Les premières sont jugées arbitraires et fustigées comme de simples « idiosyncrasies familiales »¹⁰³ qui ne peuvent par conséquent se réclamer d'aucune autre légitimité que celle que ne parvient

102. Faut-il voir dans cette thèse particulièrement suprenante un écho de la critique rousseauiste de la civilisation des Lumières et du luxe comme corruption de la faculté de désirer ? De la sauvagerie comme lieu de manifestation de l'humanité dans sa vérité...

103. « Personne ne cesse d'agir hors du droit sous prétexte que sa manière d'agir est sa

pas à leur conférer le passé ; quant aux secondes, Marx s'en réclame au titre qu'elles sont « positives et légitimes »¹⁰⁴.

Cette légitimité repose d'une part, comme on l'a vu, sur le caractère instinctuel des pratiques juridiques. Mais ce caractère, s'il suffit à garantir l'adéquation de la chose et de son expression, ne suffit pas à lui conférer la signification historique que requiert la justification spéculative, celle que Savigny appelle extérieure et qui relève selon lui de la philosophie du droit comme théologie rationnelle chrétienne. Marx s'apprête ici à pousser Savigny hors de lui-même, pour satisfaire aux exigences de la philosophie hégélienne.

Cette signification, nous la connaissons déjà : ceux qui ne possèdent que leurs bras sont le creuset où se réalise l'union des races humaines, le lieu où l'humanité apparaît en tant que genre dans l'histoire. Ainsi les coutumes des pauvres sont plus positives (ou plus réelles) que celles des nobles, parce qu'elles manifestent la conscience commune de la classe pauvre, et non pas l'arbitraire idiosyncratique des grands, mais elles sont aussi plus légitimes parce que cette classe pauvre est la manifestation de l'humanité dans l'histoire, parce qu'elle est universelle. La « justification véritable » des coutumes pauvres que propose Marx emprunte aussi bien à la critique de la science spéculative du droit de Hegel, en opposant à ces spéculations le point de vue du droit historique réel, qu'à celle de la méthode historique de Savigny, en donnant une fonction politique au concept de nature des choses, ce qui lui permet de revendiquer un droit coutumier des pauvres. Cette prise de parti donne à Marx les moyens de mettre en évidence le caractère unilatéral de la législation moderne, qui certes a le mérite de faire disparaître les droits illégitimes des seigneurs¹⁰⁵, mais qui supprime en même temps les très légitimes droits d'usage des pauvres¹⁰⁶, pour le plus grand profit des nouveaux propriétaires de forêt¹⁰⁷. Ainsi, Marx se sépare de ce qu'il suppose être la position réactionnaire de l'École historique, à savoir une défense acharnée

coutume, pas plus qu'on excuse le brigand, fils de brigand, à cause de ses idiosyncrasies familiales. Quand un homme agit intentionnellement contre le droit, qu'on punisse son intention, et s'il le fait par coutume, qu'on punisse sa coutume comme une mauvaise coutume ». PL HZ VB, p. 140.

104. KM VB, p. 142.

105. « Les droits coutumiers nobles se refusent de par leur contenu, à la forme de la loi générale. En s'opposant par leur contenu à la forme de la loi, à l'universalité et à la nécessité, ces droits coutumiers prouvent justement qu'ils sont des non-droits coutumiers qu'il importe de ne pas faire valoir contre la loi, mais d'abroger, et même, à l'occasion, de punir en tant que s'opposant à la loi ». PL HZ VB, p. 139.

106. « Ces coutumes propres à la classe pauvre sont régies ainsi par un sens instinctif du droit ; leur racine est positive et légitime, et la forme du droit coutumier est ici d'autant plus proche de la nature que l'existence même de la classe pauvre n'est, jusqu'à présent, qu'une simple coutume de la société qui n'a pas encore trouvé une position adéquate au sein de l'organisation consciente de l'État ». PL HZ VB, p. 142.

107. « Il devient clair que l'intérêt privé abaisse ici l'État au niveau des moyens de l'intérêt privé » PL HZ VB., p. 148 ; « la volonté du propriétaire de forêts réclame la liberté de pouvoir traiter le malfaiteur forestier comme cela lui convient et aux moindres frais. [...] La libre

de tous les anciens droits féodaux simplement parce qu'ils sont vieux¹⁰⁸ et peut, dans le même temps, ferrailler contre les nouveaux propriétaires, bourgeois modernes, mais pas moins lâchement indifférents à la misère paysanne que les anciens seigneurs féodaux. La justification du droit des pauvres qu'il propose se veut donc critique, non pas seulement au sens scientifique ou conceptuel, mais encore au sens politique. Ainsi, après avoir joué Hegel contre Hegel, puis Savigny contre Hegel, voici non pas exactement Hegel contre Savigny, mais la critique plébéienne de Hegel contre le concept non critiqué de coutume chez Savigny, et le concept renouvelé de coutume à la Savigny contre la conception spéculative de la positivité juridique chez Hegel. Ce texte est décidément déroutant.

3) De la critique des coutumes à celle du romanisme

Si politiquement une telle prise de position permet, en ne faisant pas coïncider les anciens et les modernes avec les bons et les méchants, de critiquer à la fois la réaction nobiliaire et les propriétaires bourgeois, à la fois le passéisme de l'École historique et la modernité mystificatrice des nouveaux codes, elle suppose que puisse être formalisée une conception de la propriété qui n'est ni celle du droit philosophique, ni celle des législations modernes, ni celle du droit romain, qui d'ailleurs, en matière de propriété, et selon Marx, sont tout à fait équivalentes¹⁰⁹. Or précisément, le droit de propriété qu'ont

volonté n'est citée qu'une fois [dans les procès verbaux], et cette seule fois, elle apparaît sous la forme d'un particulier rablé qui catapulte des blocs de bois contre l'esprit de la volonté raisonnable. Mais que pourrait d'autre cet esprit, là où la volonté se trouve enchaînée, tel un galérien, au banc de nage des intérêts les plus mesquins et les plus étriqués » PL HZ VB., p. 151 et 152. On pourrait multiplier les citations.

108. On connaît la formule célèbre, postérieure de quelques mois à peine à ce texte : « Il existe une école qui légitime l'abjection d'aujourd'hui par l'abjection d'hier, une école qui qualifie de rébellion le moindre cri du serf contre le knout dès lors que ce knout est chargé d'année, un knout de vieille souche, un knout historique ; une école à qui l'histoire ne montre, comme le Dieu d'Israël à son serviteur Moïse que son *a posteriori* : c'est l'École historique du droit ; elle aurait donc inventé l'histoire allemande si elle n'était pas elle-même une invention de l'histoire allemande. C'est Shylock, mais un Shylock valet, qui pour chaque livre de chair arrachée au cœur du peuple, fait serment sur son apparence, sur son historique apparence, sur sa germano-chrétienne apparence ». Annexe à la *Critique de la philosophie du droit de Hegel*, trad. A. Baraquin, Paris (Éditions sociales) p. 199. Il convient de préciser que, comme on l'a vu, la doctrine de Savigny n'a pas grand chose à voir avec la (réjouissante) caricature qui en est ici proposée : il ne cherche pas à justifier le droit sur son antiquité et sa conception de la propriété n'a rien de féodal.

109. Marx considère en effet, que la propriété moderne ou bourgeoise reconnue par les législations modernes est d'origine romaine. Dans la célèbre *Introduction à la critique de l'économie* dite de 1857, Marx s'interroge sur les rapports entre la production matérielle et les autres formes de production, parmi lesquelles il inclut l'art mais aussi le droit : évoquant le plan d'une future critique de l'économie politique, il se propose d'analyser « Le rapport

les paysans pauvres sur les ramilles ne trouve son expression adéquate ni dans les Codes à la française (ni par conséquent, puisque ce sont les mêmes, dans le relevé contemporain du *Corpus Iuris Civilis*) :

« Ces législations [qui abolirent les droits coutumiers] étaient partielles par nécessité, car tous les droits coutumiers des pauvres reposaient sur le fait que certains types de propriété avaient un caractère indéfini qui ne déterminait pas si, en dernière instance, cette propriété était privée ou commune ; elle alliait droit privé et droit public, tel que nous le rencontrons dans toutes les institutions médiévales. [...] Ainsi, l'entendement a supprimé les formations hybrides et incertaines de la propriété en appliquant les catégories existantes du droit privé abstrait dont le schéma se trouvait dans le droit romain. Et l'entendement législatif croyait d'autant plus être autorisé à lever les obligations de cette propriété indéfinie à l'égard de la classe des plus pauvres qu'il supprimait également ses privilèges publics. Il oublia pourtant que, d'un point de vue du droit strictement privé, il se trouvait en face d'un double droit privé : celui du possédant et celui du non-possédant, sans tenir compte du fait qu'aucune législation n'a abrogé les privilèges du droit public de la propriété, mais les a simplement

inégal entre le développement de la production matérielle et par exemple celui de la production artistique ». Pour ce faire, il convient selon lui « D'une manière générale [de] ne pas prendre le concept de progrès sous la forme abstraite habituelle. Art moderne *etc.* Cette disproportion est loin d'être aussi importante et difficile à saisir que celle qui se produit à l'intérieur des rapports de la pratique sociale. Par exemple pour la culture. Rapports des États-Unis avec l'Europe ». Vient ensuite cette phrase, qui nous intéresse directement : « Mais le point vraiment difficile en question ici est : comment les rapports de production en tant que rapports juridiques, suivent un développement inégal. Ainsi par exemple le rapport entre droit privé romain (pour le droit criminel et le droit public c'est moins le cas) et la production moderne ? » On cherchera en vain, dans l'œuvre de Marx, une réponse à cette question.

L'aporie naît de ce que Marx ne reprend (ou ne rejette...) que la moitié de la doctrine de Savigny en la manière. Il accorde à son maître l'origine moderne de la propriété moderne, mais refuse d'accorder la continuité historique de l'élément romain comme principe d'intelligibilité de l'histoire de la propriété.

Selon Savigny en effet, la propriété romaine est l'horizon conceptuel de la propriété moderne. Déjà en 1814, c'est au nom du caractère romain de l'institution que le juriste fustige les rédacteurs du Code Napoléon pour leur ignorance en la matière : « La théorie du droit des biens est intégralement celle du droit romain. Mais l'on sait que le droit romain des biens repose sur deux concepts fondamentaux, à savoir le droit des choses et celui des obligations, et chacun sait à quelle précision et rigueur les Romains étaient parvenus pour ce qui est de ces concepts. Or ces concepts fondamentaux, ici, ne sont tout simplement définis nulle part, ce que je ne saurais leur reprocher ; seulement ils ne les connaissent absolument pas au sens général, et cette méconnaissance répand sur toute l'œuvre plus d'obscurité que ce que l'on aurait pu croire ». (Traduit de l'allemand par Marie-Élisabeth Handman) F.C. von Savigny, *Vom Beruf*, *op.cit.* p. 135. Savigny est revenu ultérieurement sur ce sévère jugement, mais il n'a jamais cessé de soutenir que, même là où le droit commun d'une nation est un Code, comme en France, c'est toujours l'institution romaine de propriété qui sert d'archétype à l'interprétation du droit.

L'origine romaine de la propriété moderne est aujourd'hui largement mise en cause par les historiens du droit. Cf. sur ce point Anne-Marie Patault, *Introduction historique au droit des biens*, Paris (PUF) 1989 et Marie-France Renoux Zagame, *Les origines théologiques du concept moderne de propriété*, Genève (Droz) 1986.

dépouillés de leur caractère aléatoire et leur a conféré un caractère civil. [...] toute forme médiévale du droit, et donc la propriété, était de nature hybride, dualiste, ambivalente sous tous ses aspects. »¹¹⁰

La loi sur les vols de bois, parce qu'elle consacre l'identification du concept de propriété aux seules élaborations catégorielles issues du droit romain, rend en effet strictement incompréhensible les droits d'usage coutumiers des pauvres. Ce faisant, on peut lui reprocher d'ignorer des droits acquis légitimes, et par conséquent d'être injuste. La question de la propriété juste est ici, dans le prolongement de la conception savignienne, un problème de qualification adéquate, et l'inadéquation relevée est celle du droit romain à exprimer les propriétés coutumières, ni publiques ni privées parce que collectives et incertaines, ni absolues ni même exclusives puisque ouvertes à des maîtrises simultanées des mêmes objets et à la superpositions de droits dans une situation donnée. Il faut donc dire que la loi se doit d'exprimer adéquatement les rapports juridiques réels qui unissent les acteurs sociaux et que c'est pour avoir failli à cette obligation que la Diète Rhénane fait l'objet des sarcasmes de Marx. Ce dernier ne rompt donc pas fondamentalement avec l'ontologie juridique de son Professeur et considère encore, fin 1842, que les rapports de la vie réelle, le ramassage de brindilles, la coupe de bois, peuvent être adéquatement exprimés dans le langage du droit, mais à la condition que ce dernier ne se réduise pas à la seule langue du droit romain¹¹¹.

Ici, la question n'est plus tant celle de la forme – coutumière ou légale – et du contenu – universel ou particulier – de la positivité juridique, mais celle de l'expression adéquate d'un droit formé, c'est-à-dire du choix de la langue juridique appropriée à une situation juridique donnée. Derrière la critique de la loi et de l'entendement partiel, c'est le droit romain tout entier qui est

110. PL HZ VB, p. 142.

111. Sur le thème du droit romain comme langage et sur son rôle de modèle, Yan Thomas, « Le langage du droit romain, problèmes et méthodes » *Archives de philosophie du droit*, Paris (Sirey) 1974, n° 19, p. 89 à 103 et Pierre Legendre, « Le droit romain, modèle et langage : de la signification de l'*Utrumque Ius* », *Écrits juridiques du Moyen Age occidental*, London (Variorum Reprints) 1988, chapitre VIII. Sur le maniement de l'analogie entre droit et langue dans les travaux de l'École historique, Alfred Dufour, « Droit et langage dans l'École historique du droit » *Archives de philosophie du droit*, Paris (Sirey) 1974, n° 19, p. 151-181. Sur les rapports entre droit et langage chez Marx, aucune étude systématique n'a été, à ma connaissance, entreprise à ce jour. A défaut, voici une citation, dont on pourrait se demander si elle n'est pas de Savigny, et qui pourtant est du Marx de la maturité :

« Sa propriété [celle de l'esclave et du serf] – c'est-à-dire les conditions naturelles de sa production auxquelles il se rapporte comme aux siennes propres – est médiatisée par sa qualité de membre naturel de la communauté. Il est clair par exemple, que l'individu isolé se rapporte à sa langue comme étant la sienne uniquement en tant qu'il est membre naturel d'une communauté humaine. Une langue qui serait le produit d'un seul individu est une absurdité. On peut en dire autant de la propriété. Le langage lui-même est le produit d'une communauté, tout comme l'est, à d'autres égards, l'existence même de la communauté, le mode d'expression spontané de cette communauté » *Formes précapitalistes de la production, types de propriété*, in *Œuvres*, Économie, II, trad. fr. M. Rubel, p. 330.

visé. Comme on l'a vu, selon Savigny, l'histoire du droit en Europe est celle de la continuité du droit romain à travers le Moyen Âge, à l'étude duquel il consacre son *Histoire du droit romain au Moyen Âge* et de la différenciation plus ou moins accentuée de cette source commune, à partir du XVI^e siècle, en une pluralité de droits nationaux, assis sur autant d'esprits qu'il y a de peuples. Cette différenciation est essentiellement politique, tandis que l'élément technique est précisément ce que partagent les peuples européens, par l'intermédiaire de leurs juristes, interprètes d'un corps de loi communes, le *Corpus Iuris Civilis*. La romanistique, langage technique commun à tous les juristes, est ainsi le ciment culturel de l'unité européenne par delà la différenciation politique des peuples ; il n'y a donc pas plus chez Savigny que chez Hegel place pour la reconnaissance des droits de propriété hybrides des paysans pauvres, trop incertains pour correspondre au concept moderne de propriété, parce que décidément trop étrangers aux concepts romains. Ainsi, pour Marx, l'affaire des vols de bois ne nous met pas simplement en présence de propriétaires revendiquant chacun le même bien, c'est-à-dire en présence d'un simple conflit entre des intérêts matériels contradictoires exprimé par des revendications juridiques inconciliables, quoique évidemment, les intérêts matériels des paysans et des propriétaires de forêt soient contradictoires, mais elle étend ce conflit au mode d'expression juridique de ces intérêts : sous le conflit matériel pour la possession des brindilles, se sont deux langues juridiques irréductibles qui s'affrontent. C'est dire que pour Marx la question de la justice, dont on a vu qu'elle est pratique et non pas spéculative, ne se limite pas simplement à la détermination de ce qui revient à chacun, et ne saurait par conséquent s'inscrire dans le cadre de la science du droit telle que Savigny la conçoit, comme essentiellement confondue avec l'édification d'une théorie moderne de la propriété romaine, mais doit encore déterminer le choix du langage juridique dans lequel le mien et le tien de chacun trouvent à se dire.

À l'automne 1842, lorsqu'il rédige cette série d'articles, Marx cherche semble-t-il à exprimer adéquatement les droits collectifs ni publics ni privés des paysans dans les termes du *droit germanique* : « Il suffit d'un peu de réflexion pour se rendre compte de la partialité avec laquelle les législations éclairées ont traité et ont dû traiter les droits coutumiers de la pauvreté dont les différents droits germaniques constituent la source la plus abondante »¹¹². Si Marx s'oppose frontalement, sur le terrain politique, à l'École historique et à son chef de file¹¹³, il n'hésite pas à puiser dans le fond théorique de

112. PL HZ VB, p. 140.

113. Savigny sera, le mois suivant la publication des articles sur les vols de bois, nommé ministre de la Législation de la Prusse, c'est-à-dire à quelque jours près, au moment même de l'interdiction de la Gazette Rhénane... Sur ce dernier point, cf. PL HZ VB, p. 51 sq.

l'École, et plus précisément de sa branche germaniste¹¹⁴. Encore faut-il préciser cette affirmation sur un point essentiel.

4) Germanistique et universalisme

Dans la perspective de Savigny, il faudrait donc comprendre que le recours aux coutumes, c'est-à-dire aux usages qui échappent à l'universalité du droit romain, serait une particularisation de la question de la propriété, synonyme chez le fondateur de l'École historique de la revendication de droits nationaux, et c'est précisément cette particularisation qu'il refuse : il n'y a pas selon lui de « propriété française » distincte de la « propriété germanique » ou de la « propriété romaine » : le concept de propriété transcende les particularités nationales, il est proprement universel. La branche germaniste de l'École cherche au contraire à établir l'existence d'un type particulier de propriété germanique : ce faisant, elle rejette l'universalisme romain et accorde l'identification des droits coutumiers et de la particularité nationale. Ainsi Beseler, principal représentant de ce courant, identifie clairement dans son *Volksrecht und Juristenrecht*, publié en 1843, le droit populaire et le droit national qu'il oppose violemment au droit impérial romain¹¹⁵. Cette

114. La rupture entre romanistes et germanistes de l'École historique est largement imputée par Alfred Dufour à Georg Beseler, dans un écrit de 1835. Il est donc fort possible que Marx en ait pris connaissance à Berlin durant ses années d'études. Il a en tout cas très certainement eu accès aux travaux des germanistes (sur ce point, cf. Donald Kelley, « The metaphysics of law... » *art. cit.*, p. 356. D'après Alfred Dufour :

« Face à [l'] exaltation romaniste d'une jurisprudence de concepts (*Begriffsjurisprudenz*) par Puchta, Georges Beseler (1809-1888), héritier d'Eichhorn et de Jacob Grimm – et sans doute l'un des grands responsables de la rupture entre romanistes et germanistes au sein de l'École du droit historique –, sera le principal porte-parole de la réaction des germanistes, plus proche de la réalité du Droit populaire (*Volksrecht*). Nationaliste engagé, qui s'exilera de son Schleswig-Holstein natal plutôt que de reconnaître la souveraineté danoise en 1851, et libéral convaincu, qui prendra la défense des « sept de Göttingue », il sera de tous les congrès de germanistes et de la plupart des grands rassemblements nationaux de 1847-1848. Auteur d'une véritable « déclaration de guerre » aux romanistes par sa leçon inaugurale de l'Université de Bâle en 1835 (*Über die Stellung des römischen Rechts zu dem nationalen Recht der germanischen Völker*) » in Alfred Dufour, « Savigny et l'École du droit historique » in *Droits de l'homme, op. cit.* p. 161 et 162. Marx, qui connaissait l'opposition entre les deux conceptions, germanique ou populaire et romaine, de la propriété pourrait s'être inspiré des travaux pionniers d'Albrecht sur la saisine. Cf. Wilhelm Eduard Albrecht, *Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts*, Königsberg (Bornträger) 1828.

115. D'après Alfred Dufour, « Beseler consommera la rupture entre germanistes et romanistes au sein de l'École du Droit historique par son Droit populaire et Droit des juristes (*Volksrecht und Juristenrecht*) de 1843, dans lequel il dénonce la Réception du droit romain comme un « malheur national ». Affirmant la nécessité d'une révision fondamentale du programme de l'École par la prise au sérieux du Droit populaire sacrifié par les romanistes, il reviendra par là aux sources mêmes des thèses savigniennes sur le fondement et la genèse du Droit pour

perspective n'est pas celle de Marx, qui se réclame non pas du droit populaire, mais du droit de la populace, ce qui lui permet de revendiquer pour les pauvres non pas la particularité des droits nationaux, mais l'universalité du droit juste. C'est pour honorer la prétention philosophique à une fondation universelle du droit que Marx, après avoir choisi le droit coutumier contre la loi, opère un second geste théorique de grande importance en revendiquant non pas la coutume nationale et particulière contre le droit romain universel, mais le droit coutumier universel contre un droit romain particularisé par la partialité des intérêts qu'il défend :

« Nous autres gens, qui ne sommes pas pratiques, nous revendiquons au nom de la foule pauvre, démunie politiquement et socialement, ce que cette horde docte et docile de domestiques, ces soi-disant historiens ont inventé comme la véritable pierre philosophale pour transformer toute prétention impure en pur or juridique. Nous réclamons pour la pauvreté le droit coutumier, plus précisément un droit coutumier qui ne soit pas local, mais qui soit celui de la pauvreté de tous les pays »¹¹⁶.

La cohérence d'ensemble de l'argumentaire marxien se précise. Les droits des pauvres sont légitimes parce qu'ils sont universels, c'est-à-dire philosophiquement fondés sur la destination historique universelle de ceux qui, parce qu'ils n'ont rien, sont égaux, et constituent par conséquent le creuset d'où émerge l'humanité dans l'histoire, événement qui est le véritable acte de naissance de la modernité ; et sur l'immédiateté et la spontanéité de l'expression de leur instinct juridique qui garantit l'adéquation de cette expression à la situation réelle, à la nature juridique des choses elles-mêmes. Ces droits pourtant ne trouvent pas à se dire dans la langue des législations modernes, ou dans celle du droit romain actualisé, de sorte que cette universalité attend en vain sa reconnaissance légale. Il y a là une proposition théorique importante, un appel même à la constitution d'une science du droit qui, devant les échecs de la science spéculative et de la science historique du droit, puisse honorer la prétention critique de la philosophie en produisant une langue juridique véritablement universelle, un système des institutions de droit dans lequel les droits universels de l'humanité naissante auraient vraiment leur place que la populace pourrait opposer aussi bien au système du droit abstrait de Hegel qu'à celui du droit romain actuel de Savigny : un système des droits coutumiers universels de la pauvreté. Il faut donc dire que pour le très jeune Marx des « vols de bois », *jurisprudencia vera philosophia est* à la condition qu'elle soit une science véritablement universelle du droit, une science du droit de la populace de tous les pays.

les infléchir dans un double sens national et sociologique : ce sera l'exaltation du droit national allemand et l'appel à l'élaboration scientifique d'un Droit privé commun, fondé sur une base populaire germanique ». Alfred Dufour, « Savigny... » *art. cit.*, p. 162.

116. PL HZ VB, p. 138.

CONCLUSION

Cette proposition théorique est proprement utopique, et Marx le sait, parce qu'il a retenu la leçon de Savigny : elle est en effet plus messianique qu'historique, en ce qu'elle est absolument sans précédent et que sa réalisation exigerait que les pauvres se fassent eux-mêmes et directement interprètes de leur droit, en lieu et place de la « horde docile » des jurisconsultes. Cette proposition est donc théoriquement utopique parce qu'il n'est pas possible, dès lors qu'on reconnaît le caractère historique du droit, de prétendre inventer une langue juridique nouvelle à partir de rien. En outre, elle est pratiquement utopique, parce que le droit universel des coutumes des pauvres porte en lui la régression de l'élément technique dans l'élément politique, l'abolition de la division du travail qui conduit à l'existence d'une classe séparée de professionnels de l'interprétation du droit. C'est là une visée politique qu'on peut pointer pour l'avenir, mais qu'on ne saurait prétendre réaliser immédiatement, et Marx est en 1842 à la recherche de réponses immédiates à des questions politiques brûlantes. C'est bien pourquoi il ne caressera pas longtemps l'idée de constituer cette science nouvelle en cherchant à réactualiser le droit germanique, et à lui conférer une portée universelle, sur le modèle de la réactualisation du droit romain que réalise l'œuvre de Savigny¹¹⁷, et lui préférera la voie de l'insurrection révolutionnaire. Dès la fin de l'année 1843, il la rejette explicitement, d'un revers de la main en renvoyant les réactionnaires et les libéraux-nationaux de l'École historique du droit dos-à-dos. Après avoir fustigé l'« école qui légitime l'abjection d'hier par l'abjection d'aujourd'hui »¹¹⁸, il ajoute :

« Il est par contre des enthousiastes débonnaires, teutomanes par atavisme et libéraux par réflexion, qui vont chercher l'histoire de notre liberté dans les forêts vierges teutones. Mais en quoi l'histoire de notre liberté se distingue-t-elle de l'histoire de la liberté du sanglier, si l'on ne peut la trouver que dans les forêts ? En outre, c'est bien connu, ce qu'on crie dans la forêt en ressort comme écho. Alors, paix aux forêts vierges teutones ! Guerre à la situation de l'Allemagne ! »¹¹⁹

117. Notons au passage que dix ans avant Beseler, un juriste français, Henri Klimrath fait sien le projet de constituer une science du droit populaire qui présenterait sous une forme systématique et universelle les catégories du droit coutumier. Cf. *Essai sur l'étude historique du droit et son utilité pour l'interprétation du code civil*(1833) in *Travaux sur l'histoire du droit français*, par feu Henri Klimrath, recueillis, mis en ordre et précédés d'une préface par M. L.A. Warnkœnig, Paris (Joubert) Strasbourg (Levrault) 1843, tome I, particulièrement p. 30 sq.

118. Annexe à la *Critique de la philosophie du droit de Hegel*, op. cit., p. 199. Voir la citation complète de ce paragraphe, *supra* note 107.

119. *Ibid.*

Ajoutons que pour sauver la perspective du droit coutumier universel, il aurait fallu dissocier historiquement et conceptuellement le droit coutumier et le droit féodal, c'est-à-dire faire sienne la leçon que professe Savigny à propos du droit romain, contre ce « principe erroné que quand une puissance politique succombe, toutes les institutions qui s'étaient développées sous son influence périssent nécessairement »¹²⁰. Il eût alors été possible de distinguer le régime féodal et les institutions de droit en vigueur durant cette époque, distinction sans laquelle la modernisation des secondes après la chute du premier est impensable. Mais Marx associe la chute de l'ancien régime et la disparition des institutions germaniques, il soumet les rythmes de l'histoire du droit à ceux de l'histoire politique, et plus tard économique et sociale, à celle des modes de production.

La recherche d'une science du droit qui soit authentiquement la *vera philosophia* se solde donc par un échec, qui ne tient pas comme on le lit souvent dans les écrits marxologiques, au caractère mystificateur du droit considéré en lui-même, mais à l'absence de langue juridique moderne dans laquelle puisse être reconnus les droits de l'humanité qui s'incarnent dans ceux de la pauvreté. Un autre que Marx, aussi ambitieux mais moins remonté contre ses professeurs de droit eût peut-être cherché à constituer *ex nihilo* cette science introuvable. Marx choisira de se tourner vers la description des rapports sociaux, bientôt associés à la formation et aux développements historiques du capital. Ce choix ne peut que conduire à abandonner la prise en charge de la question normative de la justice comme critique immanente du droit, et corrélativement la prétention de faire de cette science nouvelle la vraie philosophie, celle qui non seulement dit ce que sont les choses, mais encore ce qu'elles devraient être pour le bien commun de tous.

En se détournant de la jurisprudence, Marx s'interdira désormais de penser ensemble la description du capitalisme et la fondation de sa critique. L'économie politique, sauf à se contenter d'être une application plus ou moins mathématisée du droit naturel, ne saurait en effet (en tout cas pour Marx lui-même) fournir cette fondation. Il est devenu commun parmi les commentateurs de Marx de souligner combien sa théorie de la justice est aporétique, écartelée entre une condamnation sans ambiguïté du capitalisme et l'impossibilité de trouver un fondement non idéologique (dans le sens marxien du terme) à cette condamnation¹²¹. C'est dans l'échec de sa tentative de constituer une science du droit historique qui soit en même temps critique politiquement et philosophiquement que cette aporie trouve son origine.

120. FCS TDR, p. 4, note.

121. Pour un résumé de l'abondante littérature relative au débat autour de Marx et la justice, pour une bonne introduction à ce débat, cf. Norman Geras « The controversy about Marx and justice », in *Philosophica*, Gans (Rijksuniversiteit) 1987, vol. 33, p. 33-86.