

# La renaissance du droit naturel en Allemagne après la seconde guerre mondiale

**Nicolas A. Poulantzas**

DANS **REVUE INTERDISCIPLINAIRE D'ÉTUDES JURIDIQUES** 1994/1 Volume 32 , PAGES 7 À 79  
ÉDITIONS **PRESSES DE L'UNIVERSITÉ SAINT-LOUIS**

ISSN 0770-2310

DOI 10.3917/riej.032.0007

Date de mise en ligne : 08/09/2019

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-1994-1-page-7?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...  
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



## La renaissance du droit naturel en Allemagne après la seconde guerre mondiale

par Nicolas A. POULANTZAS

Existe-t-il tâche plus délicate pour le chercheur que la tentative de systématisation et même de compréhension d'un courant philosophique en pleine gestation ? La renaissance du droit naturel en Allemagne après la seconde guerre mondiale constitue un phénomène qui commence déjà à avoir une histoire. Mais si certaines tendances paraissent s'être cristallisées ou certains schémas générateurs dominer les ramifications de ce courant de la pensée juridique contemporaine, la cohérence interne des systèmes qui le constituent est loin d'être définitivement établie. La recherche ne peut qu'en souffrir d'autant plus qu'une analyse spécifique n'a pas encore, à notre connaissance, eu lieu. Donc, c'est par l'exposé des limitations inévitables de ce mémoire que nous aurions voulu aborder la discussion.

Nous nous représentons la méthodologie de cette recherche comme application des structures épistémologiques de la sociologie de la connaissance. Elle compléterait une étude purement philosophique qui, naturellement, porterait le poids essentiel. La tentative consisterait ainsi à l'intégration du courant de la renaissance du droit dans la totalité de la pensée conceptuelle, du milieu culturel, de la réalité sociale de l'Allemagne contemporaine. Il a été souvent constaté que cette renaissance a pour origines la réaction des juristes allemands contre le positivisme extrême qui régna pendant la période du régime fasciste. Tout y reposait sur le principe "un ordre est un ordre" ("*Befehl ist Befehl*"); en l'espèce il s'agissait de l'ordre du législateur suprême personnifié par le Führer (Fechner). Cette constatation cependant ne fait qu'énoncer le problème et poser les fondements de la recherche. Quelles sont les corrélations fonctionnelles entre le fait historique de l'effondrement du national-socialisme et de ses répercussions dans le domaine juridique d'une part et des structures de la pensée philosophique de la renaissance du droit naturel d'autre part ? La recherche en fait aurait dû s'effectuer sur plusieurs niveaux étagés d'observation.

En premier lieu sur le niveau d'une critique philosophique immanente du courant de la pensée observée.

On devrait avoir constamment en vue le fait que la renaissance du droit naturel s'est effectuée dans les cadres d'une longue tradition philosophique juridique. Plus spécialement la théorie du droit naturel avait toujours été le faible de la pensée juridique allemande, éprise d'Absolu. Or, il est vrai, les réalités brutes de la seconde guerre mondiale et du régime fasciste ont provoqué une prise de conscience par les juristes des exigences auxquelles une théorie contemporaine du droit naturel devrait satisfaire : elle aboutit à ce que nous nommerons, bien schématiquement d'ailleurs, la faillite de l'idéalisme néo-kantien.

Il ne s'agissait plus en effet d'une situation comparable à celle de la défaite de la première guerre mondiale qui aurait pu en un sens être intégrée dans les valeurs déjà établies, en tant qu'un moment négatif à dépasser ou à remédier dans les schémas du même processus global, dans les cadres de la même vision du monde.

En 1945, ce fut toute une "Weltanschauung" qui sombra avec les débris du IIIe Reich. Ce furent les structures même de la culture qui craquèrent, un cas limite de l'"*Umwertung der Werten*" du renversement des valeurs selon l'expression de Nietzsche. Il parût par la panique même de la "fuite" dans le droit naturel, qu'il s'agissait d'une prise de position, d'une attitude éthique radicale contre le positivisme et les mystifications auxquelles il fut asservi.

Les conceptions classiques du droit naturel n'étaient plus en mesure de fournir des solutions aux problèmes des juristes allemands car un facteur, ancien d'apparence, mais dont la portée s'était faite jour d'une manière pressante, venait d'apparaître: une théorie moderne du droit naturel aurait dû se rapprocher davantage des "faits". Tant l'expérience historique que les progrès des sciences humaines (histoire, sociologie, anthropologie), dans la première moitié de notre siècle, tendaient vers l'affirmation d'une force des choses, d'une évolution réelle des structures sociales qui ne pouvait être réduite docilement à des schématisations conceptuelles "idéales" et à des essences "transcendantes" et absolues et qu'une théorie du droit naturel ne pourrait passer outre, pour autant qu'elle tiendrait à une explication valable du phénomène juridique. C'est précisément cette force des choses qui ne pouvait être saisie dans sa réalité intrinsèque par les catégories de la pensée idéaliste. On connaît la problématique du néo-kantisme qui, par sa formalité même, conduit à une antinomie fondamentale entre Raison et Réalité, entre Esprit et Matière, entre la Critique de la raison pure et celle de la raison pratique, antinomie transposée sur le plan de la structure de la norme juridique en une différenciation rigoureuse de son contenu et de sa forme: cette

différenciation même aboutit à une impuissance de la théorie néo-kantienne du droit naturel (rationnel dit M. Villey) à fournir des normes à contenu précis, des valeurs "matérielles" selon l'expression qui fait fortune, qui seules peuvent constituer des repères axiologiques pour un sujet engagé dans l'évolution historique effective de la "réalité" sociale. D'ailleurs n'étaient-ce pas ces insuffisances même de la théorie idéaliste traditionnelle qui provoquèrent la réaction positiviste au début du siècle ?

C'est dans le cadre de la tentative de remédiation à ces insuffisances que peuvent être comprises deux séries de tendances idéologiques de la théorie contemporaine du droit naturel. D'une part, la tentative de fonder dans les structures d'un système idéaliste des normes à contenu précis et concret, intégré à l'idéalité même des principes du droit naturel: c'est la raison de l'importance que revêt la théorie d'un monde transcendant de valeurs "matérielles" (à contenu précis) des Scheler et Hartmann (Fechner, Coing, Welzel). C'est aussi la raison - bien que les deux séries de tendances paraissent à première vue d'origines bien divergentes - de la tentative de délogement du droit naturel de sa tour d'ivoire idéaliste et de considération des phénomènes historiques et sociaux - et l'expression, on le verra, n'est pas aussi simpliste qu'elle le paraît - dans leur réalité "matérielle": il s'agit de l'essor de la théorie de la nature des choses, "*Natur der Sache*" (Maihofer, Fechner, Radbruch, Larenz, Coing etc...). M. Villey d'ailleurs expose dans ses *Leçons de Philosophie du droit* une thèse qui pourrait être considérée comme une des raisons de la faillite du néo-kantisme. C'est le fait que ce dernier évolue vers un positivisme aussitôt qu'il se rend compte que "...la prétendue raison pratique et ses maximes inconsistantes ne peuvent être la source des principes du droit. Ce choix est alors affaire de volonté irrationnelle; de foi plutôt que de connaissance ("*Bekennniss*" et pas "*Erkenntniss*"). Il est désespérément vain de discuter le contenu". Une réaction contre le positivisme ne pouvait donc que se méfier du néo-kantisme.

Cependant, comme pendant toute période de déstructuration et de restructuration des cadres de la pensée philosophique et plus généralement des modèles conceptuels de la culture, le passage d'une vision du monde à l'autre n'est effectué que par une adaptation progressive des anciens types et méthodes de pensée aux exigences nouvelles. Il en résulte un chevauchement des structures, une survivance de plusieurs éléments anciens dans les nouvelles structures, survivance qui aboutit à son tour à deux conséquences:

a) Ou bien les éléments anciens, par leur transposition dans un

climat conceptuel nouveau acquièrent, considérés dans la totalité significative des nouvelles structures, une signification nouvelle; il s'agit en ce cas d'un examen de l'évolution de la notion même de concepts classiques du droit naturel p.ex.: transcendance, nature humaine, nature des choses, choix, liberté, facticité etc...qui, on le verra, ont perdu leur signification classique pour s'adapter aux exigences des systèmes nouveaux.

b) Ou bien, la survivance ne se limite pas à des notions et concepts isolés mais concerne toute une méthodologie ou un mode de pensée qui sont ainsi d'emblée intégrés dans des structures nouvelles. Mais en ce cas, la cohérence du nouveau système ne peut être que gravement compromise. Or, nous semble-t-il, la renaissance du droit naturel en Allemagne contemporaine paraît particulièrement souffrir de cette incohérence interne. La grande majorité des auteurs semble s'être bien rendu compte, avec une perspicacité d'ailleurs étonnante, de l'exigence, pour une théorie contemporaine du droit naturel, de s'approcher des "faits". Cependant, dans le processus de la systématisation conceptuelle de leur pensée, la tradition idéaliste allemande se fit impérieusement sentir. Cela s'explique d'autant plus que, la plupart de ces auteurs ayant une pensée juridique déjà formée pendant les années de l'aventure fasciste, le problème ne consistait pas seulement dans l'intégration de "nouveau-venus" à des structures de pensée nouvelles, mais souvent à une adaptation interne des structures de la pensée personnelle même de l'auteur aux réalités brutes auxquelles il devait, de plus en plus, faire face. On remarque ainsi souvent un déchirement antinomique de la pensée de ces auteurs. Ceux d'entre eux dont la pensée se situe dans les cadres idéalistes y introduisent des méthodes ou éléments "réalistes" en leur prêtant une signification incompatible avec les exigences même de la totalité structurale de leur système (p.ex. la notion de nature des choses - *Natur der Sache* - pour Coing, et, à l'inverse, la transcendance idéale d'un monde de valeurs pour Fechner). Ils s'efforcent d'intégrer dans leur système en les reconciliant, à la fois la tendance idéaliste et la tendance réaliste, l'esprit et la matière. Il ne s'agit pas cependant d'un vrai dépassement du dualisme et d'une totalisation structurale de ces deux pôles de la pensée philosophique: ceux-ci demeurent simplement juxtaposés à l'intérieur de chaque système, retenant dans cette juxtaposition leurs "essences" respectives intrinsèques, qui comme telles, s'excluent mutuellement.

Serait-il d'ailleurs fortuit le fait que l'influence de Hegel, [le] grand théoricien allemand du monisme, paraît infinie dans le courant de

la renaissance actuelle du droit naturel ? C'était lui qui déclarait qu'une tentative de totalisation de l'idéal et du réel ne peut pas se fonder plus sur la conservation juxtaposée de ces éléments à l'intérieur du système dans leur intégrité "essentielle" intrinsèque que sur la suppression de l'un d'eux: Il s'agit de reconnaître dans leur relation dialectique un rôle transcendant à l'un et considérer l'autre sous les structures significatives du premier. Ce n'est qu'ainsi que les deux extrêmes de l'âme "faustienne" selon le mot de Spengler, peuvent être intégrés dans la totalisation structurale d'un système philosophique à cohésion interne. Toute autre tentative de leur simple juxtaposition à l'intérieur d'un système ne peut avoir comme conséquences que des antinomies dont les systèmes fondés exclusivement sur la tendance idéaliste ou réaliste sont exempts.

Ce n'est qu'à ce niveau purement philosophique que notre recherche a pu s'effectuer. Nous avons tenté de prendre constamment en considération l'influence des acteurs sociaux et historiques, synchroniques et diachroniques, dans la structuration de la pensée des auteurs. Mais, nous n'en sommes que trop conscients, la transposition de la conjoncture sociale au niveau de la conceptualisation philosophique ne peut s'effectuer d'une manière compréhensive qu'à travers l'analyse de toute une série de médiations significatives et stratifiées, partant de l'une et aboutissant à l'autre: La relation de ce courant de la culture allemande contemporaine; la structure idéologique du milieu culturel particulier de chacun de ces auteurs et de l'influence précise des événements historiques sur ce milieu (quelques Universités par ex. étant plus a-politiques que d'autres); le milieu politique et économique de ces auteurs et plus généralement la conjoncture sociale exacte de l'Allemagne contemporaine, ainsi que les répercussions réelles et les conséquences matérielles de l'échec du national-socialisme pour ce milieu; la personnalité des auteurs qui aurait pu suggérer quel niveau de structuration (économique, politique ou idéologique) a eu une influence prépondérante dans l'évolution de leur oeuvre vers le droit naturel etc... Ce ne serait qu'ainsi qu'on aurait pu obtenir un tableau complet des corrélations fonctionnelles entre le courant philosophique étudié et la réalité historique et sociale sous-jacente, tableau qui aurait dû compléter la recherche philosophique. Les limites de ce mémoire cependant, aussi bien qu'un manque de moyens et de temps pour une étude significative de la "réalité allemande" contemporaine, ont été à l'origine de notre limitation à une recherche philosophique dont la

méthode générale vient d'être exposée(5)

En vue surtout d'une unité de l'exposé, nous avons tenté un

- 5 . L'idée d'ailleurs de l'esquisse d'une "sociologie de l'idée du droit naturel" n'est pas nouvelle. Effectuée cependant à une époque où la sociologie de la connaissance n'était qu'à ses débuts, elle se contenta d'un niveau plutôt général (HUBERT, *Contribution à l'étude des origines de la notion du droit naturel*, in *A.P.D.*, 1933, par. 4 -Voir aussi TÖNNIES, *Soziologie und Rechtsphilosophie, (Soziol. Studien und Kritiken II* p.p. 169 et ss.);"(...) c'est ainsi qu'on a été amené à remarquer qu'on s'occupait surtout du problème du droit naturel aux époques de crise ou de révolution" (...) "toute rupture des cadres, tout malaise de la pensée juridique a pour symptôme l'accroissement de l'intérêt pour le droit naturel" (P. ROUBIER, *Théorie générale du droit: histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris, Sirey, 1951, 185 ss.) M. Roubier avance l'opinion que le droit naturel du XXe siècle - avant la seconde guerre mondiale -encadre les réclamations des classes laborieuses pour un ordre juridique nouveau, contribuant à créer des droits nouveaux, des branches entières du droit (droit ouvrier). Nous ne pensons cependant pas que le droit naturel en Allemagne après 1945 puisse être considéré, du point de vue de son rôle social fonctionnel immédiat sous les perspectives de l'encadrement de la *πράξις* d'une classe sociale. En premier lieu, parce que la lutte des classes en Allemagne contemporaine traverse une période de quiétude, leurs frontières économiques et idéologiques se trouvant plus rapprochées que pendant la période de l'après guerre de 1918, période de contrastes sociaux particulièrement acerbes et du succès du parti social-démocrate allemand: le phénomène de "l'estompement" de la conscience de la classe ouvrière allemande d'aujourd'hui a déjà été souvent analysé aussi bien que le rapprochement de la politique du parti social démocrate allemand de celle du parti démocrate-chrétien. En second lieu, l'expérience de la seconde guerre mondiale fut à l'origine d'un tel bouleversement des structures sociales et culturelles allemandes qu'elle se transposa sur le plan idéologique et conceptuel, sous la forme d'une force radicale de réaction contre la dictature fasciste qui semble dépasser son intégration immédiate, du point de vue toujours de son "rôle" fonctionnel pratique, dans les perspectives des revendications des classes. Cela n'exclut pas que, dans l'avenir, les thèses du droit naturel contemporain revêtiront éventuellement une signification effective dans les structures d'une opposition des classes. D'ailleurs, après l'examen d'arrêts des tribunaux qui paraissent, implicitement ou explicitement, avoir recours à la notion du droit naturel, nous avons constaté que celui-ci s'exerçait plutôt dans le sens d'une tendance favorisant les institutions juridiques favorables à une certaine classe (E. SCHMIDT, *Gesetz und Richter, Wert und Unwert des Positivismus*, Karlsruhe, 1952, 16 ss.; P. BOCKELMANN, *Richter und Gesetz, in Festgabe für Rudolf Smend*, 1952, 29 ss.).

schéma classificateur sommaire des théories actuelles du droit naturel:

## **I. THEORIES IDEALISTES**

- A. Idéalisme néo-kantien conservant la notion de "nature" dans le droit naturel comme "causalité": Kempfski, Engisch, Emge etc.....
- B. Idéalisme culturel conservant la notion de "nature" dans le droit naturel comme culture, expression d'un monde transcendant de valeurs autonomes et qui se ramifie en deux courants principaux:
  - a) Idéalisme culturel absolu: Coing, Welzel, Lehman etc...
  - b) Idéalisme culturel historique: Spranger, Mitteis.

## **II. THEORIES de la "NATURE DES CHOSES" (qui correspondent, dans le mouvement de la renaissance actuelle du droit naturel, à la tendance réaliste): Fechner, Maihofer, etc...**

On n'examinera que la pensée d'un ou des auteurs représentatifs de chaque tendance: nous avons cru que ce serait le meilleur moyen pour accéder à un certain degré d'approfondissement dans les limites de ce mémoire.

### **CHAPITRE I IDEALISME NEO-KANTIEN.**

Il a ses sources dans la philosophie kantienne. Selon lui, la notion de "nature", comme Wolf le précise, signifie le conditionnement nécessaire en tout être dans le processus de la cause à l'effet ; "elle a le sens de causalité" en tant que catégorie nécessaire de la Raison transcendante. La Raison devient législatrice suprême de la nature, tout être est naturel en tant qu'il est conforme aux catégories "naturelles" de la Raison. Les catégories constituent les conditions logiques nécessaires et a priori d'une représentation adéquate du "monde réel". Ainsi les normes du droit naturel constituent les conditions naturelles et logiques nécessaires du phénomène empirique du droit positif. Ce qui est empiriquement appréhendé comme cause et résultat correspondrait aux catégories raisonnables de cause et effet et, du point de vue téléologique, de motif et de but. En ce sens, les normes du droit naturel sont, en dernière analyse, les principes rationnels qui définissent cette structure causale et téléologique du phénomène juridique et de la réalité sociale qu'il régit: aussi bien ses conditions causales que ses possibilités téléologiques "*Natur ist das notwendig bedingende in allem*

*seiendem*" (Wolf) ("Nature est le conditionnement nécessaire en tout être"). Les traits essentiels du kantisme, on l'a déjà vu, ne peuvent se concilier avec les exigences d'une théorie moderne du droit naturel. La réaction contre le positivisme des années fascistes que fut la renaissance du droit naturel en Allemagne après 1945 ne peut se contenter d'une formalité abstraite de normes juridiques naturelles : il s'agissait d'intégrer dans le droit naturel les valeurs humaines concrètes que le national-socialisme supprima pendant son règne de terreur. Même les auteurs qui se tinrent dans les cadres de l'idéalisme se rapprochèrent de la théorie du monde transcendant des valeurs "matérielles" de Scheler et Hartmann qui - on le verra - intègre dans l'idéalité de ces valeurs leur contenu concret: pour le kantisme et le néo-kantisme (malgré leurs différences) le contenu de la norme est exclu des catégories rationnelles formelles - fondement du droit naturel - de la raison transcendante. C'est pour cette raison que le kantisme, bien qu'il fût la théorie qui, avec Stammler, avait ouvert une brèche à la barrière positiviste vers la fin du XIXe siècle, ne compte aujourd'hui que des rares adeptes dans le courant philosophique étudié.

Devrions-nous en conclure une éclipse totale de l'influence néo-kantienne ? Il ne nous semble pas. Les principes de la philosophie kantienne, la distinction du rationnel et du réel, de la norme et du fait, de la forme et du contenu, aussi bien que ses analyses concrètes des phénomènes culturels, sa méthodologie et ses présuppositions ontologiques (signification des notions p.ex. de "nature humaine", de "transcendance" etc...) ont tellement imprégné les structures de la pensée philosophique allemande que des vestiges néo-kantien - on le verra par la suite - sont retracés chez des auteurs dont la pensée paraît se situer aux antipodes de la pensée kantienne. J. von Kempfski(6) retient, à quelques mises au point près, la conception kantienne du droit. "Un acte est juste si selon sa ou ses maximes la liberté de chacun en relation avec celle de l'autre peut être conçue comme étant définie par une loi universelle". Il reconnaît cependant que le droit naturel, selon sa définition, ne peut s'incarner pleinement dans la pratique "*Das Naturrecht in dem von mir präzisierten Sinne lässt sich grundsätzlich nicht vollkommen in die Praxis übersetzen*" ("Le droit naturel dans le sens où je le précise, ne se laisse pas, fondamentalement, traduire dans la pratique"). Et en cela précisément la pensée de von Kempfski présente un intérêt particulier. Il reconnaît lui-même les inconvénients

6. J. VON KEMPSKI, *Naturrecht und Völkerrecht*, in *Schriften der Deutschen Gesellschaft für Soziologie*, 1948, 136-161.

immanents au système du droit naturel kantien. Ainsi, conclut-il, le droit naturel ne peut que tracer les conditions formelles de la vie sociale. Il s'agirait d'ailleurs, du minimum des conditions nécessaires pour une protection de la liberté des individus de l'arbitraire des Autres à l'intérieur des limites desquelles ils pourraient entreprendre "librement" des relations "contractuelles" avec leurs semblables. [Von] Kempfski précise que l'application pratique de ces principes formels ne pourrait se passer d'un lien avec un contenu concret, les "*Realien*"(7) de la règle juridique, et dont l'investigation serait le rôle des sciences sociales. Mais c'est là que réside précisément tout le problème: Comment parler d'un droit naturel "idéel" et a priori si toute manifestation concrète est soumise aux exigences de la situation empirique? Comment établir un lien nécessaire "naturel" quelconque entre une forme abstraite et un contenu concret variable ? Mayer le notait bien "*Es gibt keine Möglichkeit ein inhaltloses Prinzip in eine konkrete Entscheidung umzuformen.*" ("Il n'existe aucune possibilité de transformer un principe sans contenu en [une] décision concrète"). A part [von] Kempfski, les adeptes les plus notoires du néo-kantisme dans la philosophie actuelle du droit naturel, Engisch(8), Emge(9), s'occupent surtout des problèmes de la logique juridique qu'ils considèrent, en tant qu'axiomatique du droit et application de catégories rationnelles de la raison transcendante, comme un droit "naturel" formel. Leur pensée ne présente pas ainsi, du point de vue de la renaissance du droit naturel, de nouveauté particulière.

Avant de clôturer ce chapitre, nous voudrions mentionner un auteur autrichien bien connu en France, Kelsen, dont la doctrine - formulée d'ailleurs bien avant la seconde guerre mondiale - présente des similitudes frappantes avec le courant néo-kantien.

La "norme fondamentale" ("*Grundnorm*") de Kelsen, fonctionnant comme légitimation conceptuelle a priori du droit positif, ne présente-t-elle pas en fait les caractères d'un droit naturel "formel" ? Malgré la "positivité" de la théorie pure de Kelsen et ses objections contre le droit

- 
7. Ce terme renvoie au terme latin "*realia*", qui signifie "faits positifs" (LJW).
  8. K. ENGISCH, *Die Ide der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, Winter, 1953, 294 p.; ID., *Vom Weltbild der Juristen*, Heidelberg, Wintger, 1950, 162 p.
  9. C.A. EMGE, *Über die Problematik im Begriffe der Situation, in Ahandlungen der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, n° 15, 1943; ID., *Über das Verhältniss von "normativen Rechtsdenken" zur "Lebenswirklichkeit"*, 1956.

naturel (10), en tant même que sa doctrine néglige tout contenu matériel dans la constitution de la norme juridique, ne présuppose-t-elle pas une "nature" formelle du droit, indépendante de ce contenu ?

## CHAPITRE II

### IDEALISME CULTUREL.

Pour ce courant idéaliste de la pensée philosophique étudiée, ce ne seraient plus les catégories formelles de la raison qui constitueraient le fondement du droit naturel: ce serait un monde idéal et transcendant de valeurs objectives et matérielles - à contenu précis - dont l'esquisse fut originellement ébauchée par les philosophes phénoménologues M. Scheler et N. Hartmann. Le trait essentiel qui provoqua l'intérêt des philosophes contemporains pour cette théorie semble consister dans le fait qu'elle intègre - on le verra - le contenu spécifique de la norme dans sa transcendance idéale, remédiant ainsi aux inconvénients d'une théorie kantienne du droit naturel, dûs au décalage entre la forme et le contenu de la norme. Les théories "culturalistes" paraissent ainsi se rattacher à un courant de l'idéalisme philosophique dont les sources remontent à Platon, et qui, passant par Grotius, Pufendorf, Thomasius, trouva son plein épanouissement dans l'idéalisme allemand de Hegel, Fichte, Schelling, Feuerbach. Ce n'est d'ailleurs que par une schématisation assez générale de leurs thèses fondamentales que ces pensées, malgré leurs dissidences, peuvent être considérées sous un aspect commun. Ces penseurs reconnaissent comme vraie nature de l'être, le monde transcendant des Idées.

Le concept de "nature" se spiritualise et elle-même est considérée comme manifestation de l'Esprit éternel et absolu. La vraie nature de l'homme et du monde consiste en ce qu'ils constituent le champ d'action dans lequel la transcendance de l'Idée ou de l'Esprit se réalise et se transpose en matérialité factuelle. On remarque ainsi une relation entre cet idéalisme culturel et l'idéalisme hégélien, relation qui, tout en les rapprochant de ce point de vue, les éloigne de l'idéalisme kantien. Pour l'hégélianisme, on le verra, la matérialité factuelle, le réel, n'est que l'autre face, l'antithèse de l'Idée dans le processus historique de son évolution dialectique vers la prise de conscience de soi-même: le droit naturel - forme et contenu - constitue ainsi l'expression de l'Idée ou de l'Esprit, et l'homme ne peut y communier qu'en tant qu'il participe à la vie sociale d'une humanité "spirituelle" incarnation elle-

---

10. H. KELSEN, *Justice et droit naturel*, in *Le droit naturel*, 1959, 1-123.

même de l'Esprit éternel et absolu. Remarquons, bien que l'examen des relations entre la théorie hégélienne et celle des Scheler et Hartmann dépasse les limites de ce mémoire, que le monde transcendant et idéal des valeurs "matérielles" et objectives - dans la théorie de ces auteurs - se réalise sur le plan factuel dans le domaine de la culture: c'est en tant que l'homme y participe qu'il a accès à la transcendance des valeurs, le droit positif lui-même, phénomène de l'ordre social de l'humanité, appartenant au domaine culturel. C'est le monde des valeurs qui constitue pour ces derniers auteurs "l'Esprit", la transcendance idéale. C'est donc par rapport à ces valeurs "naturelles" que la culture, comprenant le droit positif et en tant qu'incarnation des valeurs sur le plan de la réalité factuelle, sera évaluée et jugée. On verra que ces théories, en tant même qu'elles "dématérialisent" en un sens la réalité, la considérant comme incarnation du monde de l'Esprit, évitent les antinomies de la théorie kantienne qui, malgré la reconnaissance de la primauté de la Raison, conserve cependant le caractère intrinsèque de la réalité. Remarquons en dernier lieu que, tandis que pour la théorie kantienne, les valeurs (comprenant les principes du droit naturel) sont fondées sur la Raison (l'impératif catégorique lui-même étant considéré comme la seule règle de conduite "cohérente" et exempte d'antinomie intérieure "logique" - le fameux exemple du "dépôt" -), pour la théorie de Scheler et Hartmann, les valeurs constituent elles-mêmes, comme telles, la transcendance idéale: il en résulte un recours à une hiérarchie des valeurs considérée comme caractère même de leur transcendance immédiate, sans besoin de fonder cette hiérarchie ou la déduire d'un "moyen terme", des catégories de la Raison.

Ce fait, cependant, paraît [attribuer] au monde des valeurs idéales un caractère d'arbitraire et provoqua, on le verra, de la part des auteurs diverses tentatives de remédiation.

La théorie du monde transcendant des valeurs ne fut pas en tout cas interprétée uniformément par les doctrines actuelles du droit naturel en Allemagne. On pourrait ainsi distinguer deux tendances principales. L'une dont les représentants les plus éminents sont Coing et Welzel, plus orthodoxe en tant que plus proche de la théorie originelle, considère - on le verra - ce monde des valeurs comme ayant une validité éternelle et absolue, en un sens supra-historique, quitte à tenter de fonder cette croyance. Le concept de culture ne revêt pas ainsi le rôle fonctionnel qui lui est réservé par l'autre tendance de l'idéalisme culturel, dont les représentants principaux sont des historiens: Spranger, Mitteis. Selon eux, ces valeurs n'ont de validité absolue que à l'intérieur d'un certain cycle de culture, dans les limites d'un système

axiologique à une période donnée de l'histoire humaine. Le concept de culture ne constitue plus ainsi le simple champ d'action d'une transcendance absolue, mais trace les limites même de la validité de cette transcendance, en tant qu'elle ne peut fournir des normes du droit naturel que réalisée - voire connue - en culture à une période donnée de l'histoire.

#### Première section.

#### IDEALISME CULTUREL ABSOLU.

Coing est un des représentants les plus connus de la conception idéaliste du droit naturel, selon laquelle, on l'a déjà noté, la Culture incarne la "Nature conçue comme Esprit ou Idée, et c'est en tant que l'homme participe à cette culture qu'il communie à l'Esprit et accède à l'essence du droit naturel". Il a exposé ses idées dans son ouvrage de 1947 *Die obersten Grundsätze des Rechts. Ein Versuch zur Neubegründung des Naturrechts*(11), et dans sa *Rechtsphilosophie* de 1950(12).

Selon Coing, il existe un monde transcendant, indépendant de la subjectivité humaine, de Valeurs objectives et matérielles - à contenu précis - indépendantes des ordres juridiques positifs, mais selon lesquelles, ces ordres, manifestation et incarnation des valeurs, seront jugés. Insistant sur cette relation des ordres juridiques au monde des valeurs, Coing n'accorde pas d'importance essentielle à l'originalité spécifique du fait juridique car il le considère comme une des réalisations des valeurs dans le monde réel : il accepte dès lors une affinité entre les normes fondamentales du droit naturel et les valeurs éthiques, englobées toutes deux dans la totalité du monde des valeurs. Or, de quel ordre est cette affinité et comment se manifeste-t-elle?

Coing commence par rechercher les tendances ou forces mentales et spirituelles de l'homme qui sont à la source de la formation du droit. Il aboutit au terme de l'étude de ces forces à la conclusion de l'existence de valeurs morales, vers lesquelles ces forces tendent. Ces valeurs ont leur origine ("*Ursprung*") dans ces forces essentielles et élémentaires de la nature humaine, mais possèdent un caractère absolu, elles ont une existence objective et transcendante. Elles ne constituent pas simplement des valeurs formelles dont on ne pourrait déduire que des principes régulateurs formels du droit dans le sens de Stammler, mais

11. Heidelberg, Schneider, 1947, 155 p.

12. Berlin, De Gruyter.

possèdent un contenu normatif matériel.

Dans le premier chapitre de son premier ouvrage, Coing considère comme forces élémentaires de la nature humaine donnant naissance au droit, la volonté d'ordre et de paix et la tendance vers la "Machtverfestigung", la consolidation des forces sociales existantes. Ainsi les caractères phénoménologiques essentiels du droit sont identifiés originellement, chez Coing, à des forces ou tendances essentielles de la nature humaine. C'est ainsi qu'il aboutira par la suite, en affirmant une correspondance des valeurs objectives morales et de ces forces, à la déduction de principes fondamentaux pour les ordres juridiques positifs. En tout cas, les "intérêts" vitaux, économiques, spirituels, etc... de l'homme, se manifestent dans des champs d'action différents: économie, politique, morale, religion, science, art. Chacun de ces "champs d'action" présente une spécificité immanente propre ("*Eigengesetzlichkeit*") que le droit, comme ordre social extérieur à ces champs et régulateur des conflits entre les "intérêts" qui les constituent, doit respecter: C'est la notion de la nature des choses ("*Natur der Sache*"). On remarque que cette notion n'a point chez Coing la signification que lui donne - on le verra - l'autre tendance principale du droit naturel en Allemagne après 1945, celle qui fonde le droit naturel sur cette nature même des choses (Maihofer, Fechner, etc...). Pour Coing, la spécificité des champs d'action de l'activité humaine, la nature des choses, constitue une particularité "accidentelle" que l'ordre juridique, réalisant les principes du droit naturel déduits ou fondés exclusivement sur les valeurs éthiques transcendantes et indépendantes de toute particularité factuelle, historique, locale etc... doit respecter dans la considération même de ces champs comme "relations à régler". Nature des choses ne signifie pas "nature" du droit naturel, c'est à dire fondement et source des normes régulatrices essentielles du droit, mais propriété du champ d'application de ces normes, particularité de l'objet à régler ; notons dès à présent ce point auquel nous reviendrons. Cependant cette distinction entre la norme et son objet ne coïncide pas avec la distinction bien connue entre forme et contenu. Pour Coing précisément, les principes régulateurs du droit et les valeurs dont ils sont déduits constituent des entités à contenu matériel dans le sens de Hartmann et Scheler ("*materiellen Wertinhalt*"), "*moralische Werte die das Fundament oberster inhaltlich bestimmter Rechtsgrundsätze bilden können*" ("des valeurs morales qui peuvent constituer le fondement de principes juridiques supérieurs déterminés du point de vue du contenu").

Cependant, les tendances fondamentales de la nature humaine,

tendances à l'ordre social et à la consolidation des forces sociales ne suffisent pas pour concrétiser le phénomène du droit. Ainsi Coing admet parmi ces tendances le "*Rechtsgefühl*" ("sentiment juridique") et la "*Rechtsbewusstsein*" ("conscience juridique"). La totalité de ces forces morales essentielles de la nature humaine se cristallise en valeurs parmi lesquelles on distingue la justice, la confiance, la dignité, la liberté, la sincérité, etc... On doit remarquer que Coing est obscur sur ce point et ses commentateurs sont souvent en désaccord. La justice, en effet, constitue-t-elle pour Coing une valeur morale ? Si on accepte la version de Böhmer, les tendances morales fondamentales, dont le "*Rechtsgefühl*" et la "*Rechtsbewusstsein*" constituent en elles-mêmes, pour Coing, des valeurs morales transcendantes qui, par leur réalisation dans la vie sociale, prennent la forme des valeurs juridiques de la justice<sup>13</sup>). Ainsi, "*Rechtsgefühl*" et "*Rechtsbewusstsein*" seraient des valeurs morales mais la justice, une valeur juridique déduite de celles-là. Si, par contre, on accepte la version de Engisch, les tendances morales fondamentales ne constitueraient pas en soi les valeurs transcendantes mais donneraient naissance, se cristalliseraient en valeurs correspondantes et ce serait la justice qui correspondrait aux tendances de "*Rechtsgefühl*" et de "*Rechtsbewusstsein*".

Mais on se demande en ce cas comment les tendances morales fonderaient comme telles une valeur juridique. Il paraît que quelques indications de Coing le rapprochent de la version de Böhmer. En effet, selon lui: "*Es gibt Rechtsgrundsätze, die unmittelbar aus den sittlichen Werten entspringen die allem echten Rechte zugrunde liegen*" ("Il existe des principes juridiques qui ont leur source directement dans les valeurs morales servant de fondement à tout droit authentique"). Donc, ce qui est d'ailleurs conforme à sa méthode, les valeurs ou principes "naturels" juridiques, constituent une sphère médiatrice entre les valeurs morales (se fondant sur elles mais cependant distinctes) et leur réalisation dans les droits positifs. "*Sie drücken die Forderungen aus, die die sittlichen Werte an die Gestaltung der Friedensordnung für das soziale Leben stellen*" (Ils expriment les exigences des valeurs morales pour la formation d'un ordre de paix pour la vie sociale).

C'est dans ce sens qu'on trouve la réponse au problème principal de la relation entre le droit positif et le droit naturel dans le second chapitre. Ces principes juridiques (et les valeurs juridiques sont à l'origine de principes "matériels" du droit parce que, pour Coing, elles

13. "*Diese sittlichen Grundsätze werden durch ihre erlebnismässige Verwirklichung zu rechtlichen Grundwerten.*"

possèdent dans leur transcendance absolue un certain contenu: toutes les valeurs nommées, justice etc... ont pour contenu commun le respect de la personnalité de l'autre comme sienne, le "*honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*" des Anciens) constituent des limites du domaine du droit positif, dont la violation prive ce droit de tout fondement "moral". Ainsi le "contenu" des principes juridiques apparaît chez Coing plus négatif que positif, il s'agit pour lui plutôt de tracer les frontières au delà desquelles commence le domaine de l'injustice que de déterminer les normes concrètes du droit positif en deçà de ces frontières. On ne doit s'attendre qu'à ce que "*die leitenden Wertmassstäbe der positiven Rechtsordnung, approximativ auf die absoluten Bestimmungen einer materialen Rechtsidee tendieren*" ("les critères axiologiques conducteurs des ordres juridiques [positifs] tendent approximativement vers les règles absolues d'une idée matérielle du droit"), comme dit Wieacker se référant à Coing. On constate donc avec une certaine surprise que Coing se rapproche ainsi de la position de Stammler<sup>14</sup> qui professait, par l'affirmation d'un "*Naturrecht mit wechselnden Inhalt*" ("droit naturel à contenu variable"), l'existence de principes formels du droit naturel qui délimiteraient un contenu en évolution du droit positif. C'est, en effet, à ce formalisme que Coing cherche à remédier en essayant de fonder des valeurs à contenu "matériel" absolues et transcendantes pour en déduire des "*oberste inhaltlich bestimmte Rechtsgrundsätze*" [(*"les principes juridiques fondamentaux ayant un contenu juridique"*)], et d'intégrer le contenu de la norme juridique à la notion du droit naturel. Est-ce trop osé que d'essayer de rapporter les origines de cette antinomie de la pensée de Coing à la signification que la notion "*Natur der Sache*" revêt chez lui ?

La position de Coing implique, en effet, une distinction entre le contenu d'une norme juridique et l'objet de cette norme. La Nature des choses ne constitue pas pour lui le contenu de cette norme, ce n'est pas elle qui concrétise en un cas la "forme" universellement valable du droit. Ce contenu, on a assez insisté sur ce point, est intégré à la structure même des valeurs transcendantes -principes du droit naturel. Mais en ce cas précisément, le contenu de la norme juridique doit être "universellement" et "éternellement" valable au même titre que la forme juridique et indépendamment de toute spécification "factuelle" apporté par une nature de choses. Si les valeurs absolues ont un contenu commun, si ce contenu commun absolu est le *suum cuique*, le respect

---

14. R. STAMMLER, *Die Lehre vom richtigen Recht*, 1902.

de la personnalité d'autrui, il ne reste plus de champ d'action légitime pour une relativisation de ce contenu par la nature de choses.

Ainsi, si, selon le formalisme juridique, les normes juridiques sont historiquement relatives, c'est que leur contenu n'appartient en tout cas pas au domaine de la transcendance.

Coing, et il s'agit là d'une caractéristique générale de toute la tendance idéaliste contemporaine du droit naturel, ne peut ignorer les progrès des sciences humaines au cours de XXe siècle (Biologie, Psychologie, Sociologie) qui insistent de plus en plus sur l'importance de l'entourage, des circonstances, de la "matérialité" dans le choix des normes par l'homme. Ainsi il essaie de réserver dans son système un rôle à la "nature des choses" qui délimiterait les particularités des différents champs d'action de la réglementation juridique. Mais, cette particularité ne coïncide-t-elle pas en réalité précisément avec la "spécificité" du contenu de la norme juridique. ? Si ce contenu est intégré à la transcendance, comment peut-il varier sous l'aspect de nature des choses ? Coing répondrait probablement, comme d'ailleurs Hartmann et Scheler, que les valeurs - forme et contenu - ne se dévoilent au sujet axiologique humain que graduellement à travers l'Histoire: Ce serait la nature des choses qui conditionnerait ce long processus du dévoilement des valeurs. Mais, en ce cas, elle ne pourrait plus constituer, transposée sur le plan normatif, un facteur que le droit positif devrait respecter, mais une barrière entre l'homme et la transcendance et dont la tâche du droit positif devrait être de l'abolir le plus vite possible. Elle ne serait pas ainsi valorisée positivement, pouvant servir de fondement éventuel au droit naturel, mais négativement, comme obstacle à la découverte des normes de ce droit naturel.

Les origines cependant de cette distinction entre contenu et champ d'action de la norme juridique, le premier étant intégré à la transcendance, les particularités du second étant régies par la nature des choses, peuvent être retracées chez Hartmann et Scheler. Selon Scheler(15) et surtout Hartmann(16), toute valeur se rapporte toujours à un "objet" réel qui constitue la "matière" normative, la "*Wertmaterie*", et qui serait cependant distincte du contenu de cette valeur. Ce dernier prend comme exemple la "confiance". Cette valeur a un contenu concret

---

15. M. SCHELER, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 306 ss.

16. N. HARTMANN, *Ethik*, Berlin, De Gruyter, 1962 (éd. conforme à la première), 128.

et transcendant. Cependant elle peut se rapporter à des sujets humains différents, on peut faire confiance (conçue comme ayant un contenu déterminé) à une personne A ou B ou C. On distingue ainsi les origines de la distinction de Coing entre contenu et champ d'application ou objet de la norme. Cependant la question reste ouverte, une pareille distinction est-elle vraiment essentielle ou bien se ramène-t-elle à une abstraction extrême et même arbitraire ? Le doute ne subsiste que plus fort après l'étude des conclusions que Hartmann tire de cette distinction. "La valeur morale de la confiance n'est pas la confiance elle-même. La confiance est la matière - une certaine relation entre individus à caractère tout à fait général. Le caractère normatif de la confiance n'est pas cette relation - non seulement n'est-il pas la relation réelle entre deux individus mais même pas l'idée d'une telle relation. Comme matière seule est ici précisément considérée l'idée de la confiance. Cette idée, isolée, n'est pas un être normatif mais un être purement ontologique (...)." (17).

Coing essaie précisément dans le troisième chapitre de résoudre le problème de la relativité historique des valeurs. Comment une validité éternelle et absolue de valeurs matérielles peut se concilier avec les variations des données historiques, ethnologiques...etc...influençant apparemment tout jugement éthique ? Coing ne nie pas l'influence de ces facteurs (qu'il désigne d'ailleurs, on l'a vu, sous le nom de Nature des choses) mais il croit que ces données, structurées en situations sociales typiques, réapparaissent constamment dans un mouvement cyclique. Cette répétition des situations-types est fondée par Coing sur "*eine gewisse Konstanz der menschlichen Natur in ihren Grundtrieben und Verhaltensweisen*" ("une constance fondamentale de la nature humaine [dans ses tendances fondamentales et ses comportements"]). Les tendances fondamentales de l'homme qui, on l'a vu, au début de l'exposé de ses théories, sont à la source des valeurs absolues seraient ainsi des propriétés et caractères de la nature humaine. Donc, cette constance de la nature humaine et des structures sociales, est à l'origine même d'une constance juridique éternelle et universelle.

Ainsi Coing aboutit, croyons-nous, à ce qu'on pourrait désigner comme un dualisme du fondement du droit naturel. En effet, comme Wolf - qui d'ailleurs n'analyse nullement Coing - le démontre dans son étude, toute théorie du droit naturel prête un sens défini à la notion de "Nature". Cette nature est tantôt découverte dans la création divine, tantôt dans l'Idéalité (nature spirituelle), tantôt dans la Vitalité (nature

---

17. *Ethik*, 131.

biologique) et ainsi de suite. Coing cependant a recours à deux notions distinctes du terme "Nature": d'une part, ce terme signifie l'existence d'un monde distinct des valeurs matérielles transcendantes et absolues - comme les Idées de Platon -, d'autre part, la constance de certaines tendances fondamentales de la "nature" humaine. Mais on pourrait se demander simplement pourquoi, si Coing croit à une "nature humaine" constante, ne pas chercher les fondements du droit naturel dans la constance même de cette nature et affirmer l'existence d'un monde indémontrable - c'est le moins que l'on puisse dire - de valeurs transcendantes. Si, par ailleurs, il croit à l'existence d'un monde transcendant de valeurs "matérielles", ce monde, cette "nature", aurait dû pouvoir fonder la validité du droit naturel sans recours à d'autres facteurs absolus. Ce dualisme de Coing est dû on le verra, à ce qu'il maintient une position fortement idéaliste (intégrant forme et contenu de la norme dans la transcendance idéale des valeurs) et cependant ne peut se soustraire à l'évidence du rôle de la "nature des choses", des facteurs réels concrets dans la règle du droit. Mais, en ce cas, le contenu de la norme juridique peut-il être défini à la fois par une Nature-valeurs transcendantes et par une Nature-constance des tendances humaines ? On reviendra sur ce problème.

Dans son second livre, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Coing systématise sa conception du droit naturel. Les critiques de Spranger - voir par la suite - et la réponse de Coing avaient déjà paru dès 1948, et Coing était de plus en plus conscient du fait qu'une conception moderne du droit naturel doit pouvoir rendre compte du relativisme des valeurs dans l'histoire. Continuant cependant à adopter les thèses de Scheler et Hartmann selon lesquelles le contenu "matériel" des valeurs appartient à leur existence transcendante, ses tentatives de prêter un rôle plus important à la Nature des choses n'aboutirent pas à un changement de la fonction de cette notion dans son système, mais à une simple différence de ton. En effet, les valeurs "matérielles" ont pour Coing une existence transcendante et absolue, indépendante de la réalité empirique. L'existence de ces valeurs correspond à des tendances morales fondamentales de l'individu. Ces tendances communes à tous les êtres humains sont à la base d'une typologie des structures sociales fondamentales et de leur retour cyclique dans l'histoire. Ainsi le droit naturel fondé sur les valeurs éternelles, ne perd pas son caractère absolu dans l'évolution historique, car ces valeurs correspondent à des tendances humaines fondamentales qui conditionnent une uniformité historique du milieu social. Mais, le fondement du droit naturel n'est pas, pour Coing, ces tendances humaines, la nature humaine, c'est le

monde transcendant des valeurs. Ces valeurs transcendantes et absolues correspondent à des tendances morales humaines fondamentales, mais ne se fondent pas en elles, leur validité ne dépend pas d'elles. C'est précisément en ce sens qu'elles sont transcendantes et indépendantes de la réalité empirique.

Ainsi, le concept de "nature" dans la conception du droit naturel de Coing ne peut désigner que la nature des valeurs et non la Nature humaine. Cependant, Coing a compris qu'il devrait recourir à une "correspondance" entre ces valeurs et les tendances-nature humaine qui permettrait de rendre effectivement compte de l'absolu des valeurs dans l'histoire: ce n'est pas simplement, nous dit Coing, parce que ces valeurs sont arbitrairement ex principio absolues et transcendantes, mais parce que la réalité historique elle-même (retour des structures sociales fondamentales) correspond à ces valeurs. Ce concept cependant de "tendances humaines fondamentales" est d'une grande ambiguïté: la croyance, en effet, à ces tendances et à une typologie de structures sociales implique une croyance à une "nature humaine". D'où la dualité foncière de Coing concernant la notion du terme nature, nature humaine ou nature des valeurs. Une "nature humaine" conçue comme "idéalité" pourrait fonder les normes du droit naturel sans recours à un monde transcendant de valeurs indépendantes d'elle. La "transcendance" des valeurs d'autre part, pourrait fonder ces normes sans recours à une nature humaine. Une théorie comme celle de Coing, qui accepte à la fois les tendances morales fondamentales d'une nature humaine et une transcendance des valeurs affirmant leur correspondance réciproque, doit primordialement justifier et fonder cette "correspondance". Est-elle purement fortuite ? Dans la négative, quel est le lien essentiel et générique entre nature humaine et transcendance des valeurs, lien qui rendrait compte de cette correspondance ? Autant de questions fondamentales que Coing devrait élucider.

C'est toute cette construction que Fechner ne prend pas en considération dans la critique qu'il adresse à Coing, dans le compte rendu de la *"Rechtsphilosophie"* de ce dernier(18). Selon lui, un concept de la nature des choses aurait dû englober la nature humaine. *"Wenn die 'Natur der Sache' auch die 'Natur der Menschen' umfasst, was für die Zusammenhänge des Rechts nicht geleugnet werden kann, ohne den Begriff wertlos zu machen (...)"* ("Si la nature des choses comprend aussi la nature humaine, ce qui ne peut être mis en doute en

---

18. FECHNER, A.R.S.P., 1950, 403 ss.

ce qui concerne le droit sans [priver] la notion de sa valeur (...)). Mais, pour Coing, la nature des choses, on l'a vu, ne revêt que la forme d'une matière première suggérant tout au plus certaines possibilités objectives à l'application des valeurs pour la structuration même des champs d'action qu'elle régit. La nature humaine, par contre, constitue le moteur générique et essentiellement "constant" de l'histoire, dont la correspondance avec le monde transcendant des valeurs, explique leur caractère absolu supra-historique.

La nature n'est ainsi point considérée comme le simple champ d'action de la transcendance - ce qui constitue pour Coing la nature des choses - mais, en tant que "nature humaine", c'est-à-dire tendances morales fondamentales, elle est élevée à un niveau ambigu de correspondance à la transcendance des valeurs que la nature des choses ne présente pas.

Sur ce point, un bref recours à la philosophie même de Scheler et Hartmann, dont Coing s'affirme le disciple et dont l'influence a été décisive dans le courant de la renaissance du droit naturel en Allemagne, après la seconde guerre mondiale, présenterait un grand intérêt.

Ces auteurs ont conçu, en effet, l'existence transcendante des Valeurs comme indépendante de toute relation, correspondance, ou, raison de plus, fondement sur des tendances fondamentales d'une nature humaine. M. Scheler dans son ouvrage *Der Formalismus in der Ethik und die ämateriale Wertethik* (p. 14 et 255 ss.) insiste textuellement sur le fait que les valeurs sont absolument indépendantes de toute situation humaine mentale, désir, sentiment, etc..., constituant des "*Echte Gegenstände*" ("des objets purs"). On peut, selon lui, parler sans doute d'un caractère a priori des valeurs, mais cette notion d'a priori n'aurait pas le sens kantien et commun du mot (p.47) : Il ne s'agirait pas de la notion d'une idée ou valeur donnée en dehors de l'expérience empirique des sens et constituant comme telle un produit de la Raison, un principe logique inné à l'homme. Il s'agirait d'une notion désignant un être indépendant de toute expérience empirique mais non pour autant inné à l'homme: les valeurs matérielles transcendantes sont des entités (*Wesenheiten*) idéales et pour cela non appréhendables par l'expérience empirique, mais indépendantes et autonomes, en dehors de la "nature", disons, humaine. Elle ne peuvent donc comme telles qu'être appréhendées par un mode d'expérience: cette expérience serait a priori, et se distinguerait de celle a posteriori simplement parce qu'elle appartiendrait au mode de l'intuition, d'une expérience phénoménologique fondamentale, dévoilant l'essence même

des valeurs extérieurs à l'homme et autonomes ("*Wesensschau*"). Pour N. Hartmann (*Ethik*, 137), les valeurs constituant "des objets idéaux" de connaissance aussi indépendants du sujet cognitif que les objets réels, possèdent une autonomie idéale ("*idealisches Ansichsein*"). Elles ont un caractère ontologique analogue à celui des notions mathématiques (cercle, triangle). Les limites de ce mémoire ne permettent pas une analyse plus longue, mais nous croyons que ce que nous avons déjà dit suffit à montrer la différence qualitative entre les théories originelles de Scheler et Hartmann et la position de Coing, parlant de Valeurs correspondant - on aurait même pu croire: fondées - à des tendances fondamentales de la nature humaine. C'est, on l'a vu, que Coing veut fonder un dépassement de la relativité historique de valeurs: si elles correspondent à des tendances d'une nature humaine constante se perpétuant donc historiquement à travers des structures sociales et situations typiques, leur caractère absolu et supra-historique est parfaitement compréhensible et explicable. Il sent l'insuffisance de l'explication que Scheler et Hartmann offrent: selon eux, les valeurs sont transcendantes et absolues, donc historiquement immuables (quitte à se référer par la suite à un "dévoilement" historique graduel de ces valeurs éternelles pour expliquer leur apparence de relativité historique). Cette proposition, en effet, constitue une *petitio principii* indémontrable: c'est parce qu'elles sont *ex principio* posées comme transcendantes que l'on déduit leur caractère absolu. Coing veut avancer plus loin.

Il ne se réfère pas à leur transcendance pour en déduire leur caractère absolu mais renverse le processus: comment pourrait-il être autrement, comment l'histoire pourrait-elle rendre relatives les valeurs puisqu'elle n'est elle-même que répétition de situations typiques fondées sur les tendances fondamentales de la nature humaine auxquelles correspondent précisément les valeurs ? Ce que Coing ne paraît pas avoir discerné c'est que la position de Hartmann et Scheler, bien qu'indémontrable, est la seule cohérente pour des raisons déjà vues: les valeurs transcendantes autonomes et indépendantes ne peuvent entrer en relation essentielle et structurelle avec une Nature humaine, sous la forme d'une correspondance, gratuite et fortuite, avec les tendances de cette nature.

Cette "correspondance" chez Coing du monde transcendant de valeurs et des tendances fondamentales de la nature humaine (notamment, on l'a vu, le "*Rechtsgefühl*" et le "*Rechtsbewusstsein*"), si ambiguë et injustifiable dans son système inspiré par la philosophie phénoménologique des Scheler et Hartmann, est à l'origine même d'un

malentendu dans la critique de Coing par un juriste autrichien éminent, Kelsen (19). Dans toute sa critique de Coing, Kelsen considère comme un fait que le fondement des normes, des valeurs chez Coing, consiste dans les tendances fondamentales de la nature humaine et il intitule ainsi son chapitre de critique: "Le sentiment du droit comme source du droit naturel". Ses critiques se résument en ce qu'un sentiment du droit ne peut être le fondement d'un droit naturel. Car ce sentiment du droit est très différent et contradictoire selon les individus. D'ailleurs, nous dit-il, en conclusion, les tendances fondamentales de la nature humaine, parmi lesquelles le sentiment du droit, sont des faits naturels: d'un fait naturel ne peut découler une norme de devoir et cela constitue, on le sait, l'argument fondamental de Kelsen contre la théorie du droit naturel. Ce qui nous intéresse cependant, c'est que pour Coing, les tendances de la nature humaine ne constituent pas, et ne peuvent pas constituer le fondement du droit naturel. C'est la "transcendance" autonome et absolue des valeurs qui constitue ce fondement. On vient d'ailleurs de constater que pour Hartmann et Scheler, la notion même d'une transcendance des valeurs exclut tout fondement ou relation de cette transcendance avec la réalité humaine "matérielle", tendance, raison, etc... Mais la "correspondance" que Coing présuppose entre la transcendance des valeurs et les tendances humaines, on l'a vu, est à l'origine du malentendu, de la croyance de Kelsen que ces tendances constituent le fondement du droit naturel. Partant de cette thèse, Kelsen reste perplexe devant la notion de la transcendance des valeurs de Coing: "(Coing) (...) affirme que les valeurs qui servent de critères (...) existent indépendamment des hommes qui attribuent [la] valeur, qu'elles ne sont pas créées par les hommes, mais seulement trouvées, 'découvertes'. (...) Comment cela est-il possible si les valeurs, comme Coing l'affirme, sont données dans le sentiment de l'homme? Car l'homme (...) est bien celui-là même qui attribue la valeur"(20). En fait, si pour Coing, le sentiment du droit constitue son fondement, la transcendance des normes du droit naturel paraît incompréhensible et indéfendable; si, comme nous croyons que c'est le cas, c'est la transcendance du monde des valeurs "autonomes" qui fonde ces normes, tout recours aux tendances fondamentales de la nature humaine le paraît aussi. Une "correspondance" entre une transcendance-fondatrice des normes et les tendances humaines fondamentales qui constitue, selon nous, la présupposition des thèses de Coing, présente

19. H. KELSEN, *Le droit naturel*, op. cit., 97-103.

20. ID., *ibid.*, 105.

le caractère antinomique d'un double et parallèle fondement du droit à la fois sur la transcendance et les tendances humaines et reste gratuite et injustifiable tant qu'elle n'a pas reçu un fondement explicite en accord avec la structure de tout le système philosophique de Coing.

En tout cas, l'oeuvre de Coing, bien qu'elle fût très appréciée, souleva des discussions et des critiques. La critique principale ne porte pas sur les problèmes intérieurs de cohérence de son système, mais sur le fait du relativisme temporel et local des valeurs. On lui reproche qu'il est vraiment impossible de tracer dans le temps et l'espace humains une constance absolue de valeurs matérielles, ne s'agirait-il que de tendances générales. Coing, dit Eduard Spranger, ne dessine dans sa description des tendances fondamentales de l'homme et des valeurs transcendantes que la carte de la conscience des valeurs contemporaines occidentales, marquées par la religion chrétienne. Malgré le matériel ethnologique et historique exposé par Coing, on lui reproche qu'il n'est pas arrivé à établir une identité de "situations sociales" universelles et supratemporelle, qui prouverait une constance essentielle de la nature humaine. Remarquons d'ailleurs que la tentative de Coing rappelle celle de M.E. Mayer<sup>(21)</sup> qui se plia cependant à la nécessité d'une reconnaissance de la relativité historique des valeurs. Mayer accepte l'existence de valeurs objectives matérielles et transcendantes auxquelles le droit positif doit se conformer. Mais ces valeurs ne possèdent pas une validité universelle et éternelle: comme expression des différents niveaux de "culture" à une certaine époque et lieu, elles sont soumises aux variations de ce niveau même et ne sont donc en ce sens que relatives. A l'intérieur pourtant de ces limites géographiques et historiques, elles possèdent une validité absolue et l'ordre juridique positif qui leur est contraire est objectivement injuste. Il semble, en effet, qu'un système de droit naturel idéaliste fondé sur un monde objectif de valeurs matérielles transcendantes, comme celui de Coing, forcé par la relativité historique des valeurs ne peut qu'aboutir à une position comme celle de Mayer. Mais on se demande alors, si on peut continuer de parler de valeurs objectives et transcendantes qui fonderaient un droit "naturel". Cette transcendance objective est-elle compatible avec leur relativité "culturelle"?

---

21. *Rechtsphilosophie*, 1926.

## Deuxième section

### DEALISME CULTUREL HISTORIQUE.

On a déjà vu que la conception idéaliste du droit - Nature comme Idéauté - reconnaissant comme vraie "nature" de l'Être les "Idées", aboutit à la conception d'un monde des "Valeurs" objectives qui constituerait le fondement du droit naturel. Le droit positif, comme incarnation de ces valeurs, est considéré comme sphère "culturelle", la Culture elle-même représentant l'incarnation de ces valeurs dans la réalité sociale. Ce concept de Culture ne fut pas approfondi et exploité par le premier courant idéaliste (Coing), pour qui les valeurs sont douées d'une existencetranscendante et objective et d'une validité universelle et éternelle : l'analyse des relations du droit et des autres phénomènes culturels - relation nécessaire, on l'a vu, pour un système de droit naturel fondé sur une philosophie des valeurs - ne ferait qu'augmenter leurs difficultés, l'ensemble de la culture étant soumis incontestablement à des variations historiques plus accusées que celles des systèmes juridiques. Le concept de "Culture" fut analysé par l'autre courant de la pensée idéaliste, qui cherche à fonder le droit naturel sur des valeurs objectives mais historiquement et sociologiquement relatives, dont les différentes Cultures seraient l'expression. C'est la position d'historiens surtout, comme Eduard Spranger, Heinrich Mitteis, Georg Dahm.

### S P R A N G E R

Spranger(22), professeur de philosophie de la Culture à Tübingen, jouissant d'une grande renommée en Allemagne, porta sa critique contre les tentatives, de Coing entre autres, de fonder une détermination concrète du contenu des normes juridiques sur des principes du droit naturel. Selon Spranger, toutes les valeurs à première vue fondamentales et absolues du droit sont soumises, plus ou moins, à des variations historiques. Il rejette ainsi la thèse de la "*materielle Wertlehre*" ("théorie des valeurs matérielles") de Hartmann et Scheler que l'on vient d'exposer au paragraphe concernant Coing. Ces valeurs ne sont en réalité que l'expression d'une culture limitée dans le temps et l'espace. Cela signifierait-il, pour Spranger, l'impossibilité de

---

22. E. SPRANGER, [*Zur Frage der Erneuerung des Naturrechts*], *Universitas*, 1948, 405-420. Dans le typoscript, Poulantzas cite comme titre de cet article *Um die Erneuerung des Naturrechts*, *Universitas*, 1048. Cet article n'est pas de la main de Spranger mais de Coing (*Univertas*, 1948, 1173-1179).

fondement d'un droit naturel? Il n'en est rien. Il reconnaît la thèse de Coing concernant la répétition de certaines situations sociales et parle de "*eine Typik menschlicher Lebensstrukturen*" ("une typologie de structures vitales humaines"). Mais cette permanence ou répétition des structures ne coïncide pas, comme pour Coing, avec des valeurs transcendantes matérielles dont on pourrait déduire des principes juridiques concrets: elle ne peut tout au plus fonder qu'un droit naturel formel [qui est] "*historisch-elastisch*" ("historiquement élastique"). On revient ainsi à la distinction kantienne de la forme et du contenu variable, mais aussi à tous les inconvénients qu'une telle position entraîne. Ainsi apparaît l'impasse du courant idéaliste du droit naturel: si, en effet, la notion de "Nature" est conçue comme idéalité, sous la forme de principes et valeurs a priori, donc universelles, transcendantes et indépendantes de la matérialité empirique, de la concrétisation, du droit positif, on ne peut aboutir qu'à deux conclusions:

- 1) ou bien ces valeurs-Idees ont un contenu matériel (Coing) et, en ce cas, on ne peut rendre compte [de façon] satisfaisante de leur relativité historique;
- 2) ou bien elles n'ont qu'une structure formelle, et, en ce cas, le contenu concret de la règle juridique est originellement et définitivement séparé du droit naturel.

La notion de Culture ne peut, comme Spranger lui-même le reconnaît implicitement, écarter le problème et établir une médiation entre le formalisme "naturel" du droit et son contenu accidentel, en intégrant ce dernier à la "nature" des valeurs: c'était, comme on l'a vu, précisément la thèse de Mayer et à laquelle Coing ne pourrait qu'aboutir s'il tirait les conséquences dernières de son système et tenait compte de la relativité historique indéniable des valeurs. Selon cette thèse, le contenu matériel des valeurs, variant d'une culture à l'autre, serait intégré à la "nature" des valeurs, car elles-même n'auraient de validité "naturelle" qu'à l'intérieur des limites de cette Culture. Ce ne serait pas ainsi le contenu des valeurs qui serait soumis à des variations historiques, séparé de la transcendance immuable de la forme de ces valeurs, mais cette transcendance même, conçue comme une totalité de forme et de contenu, aurait une validité relative à l'intérieur d'une certaine culture. Mais, comment peut-on en ce cas parler de transcendance? N'est-ce pas une contradiction dans les termes que de parler d'un droit naturel matériel et relatif? La notion même d'un droit naturel ne possédant aucun élément immuable et éternel ne serait-elle pas discutable?

Notons en tout cas une différence intéressante entre Spranger et le

néo-kantisme. Pour Spranger, semble-t-il, la forme "naturelle" des normes du droit naturel qu'il admet, serait fondée sur la conceptualisation et la schématisation de la typologie constante des structures sociales, due aux tendances morales fondamentales et constantes de la nature humaine. Pour le kantisme, cette forme est a priori déduite des catégories nécessaires de la Raison. Tandis que Spranger opère par une méthode inductive et a posteriori, par l'étude des données sociales, le néo-kantisme suit le chemin opposé. Ce serait d'ailleurs aller trop loin que d'examiner comment, en conséquence même de la transcendance absolue de la Raison, le kantisme aboutit à une conception d'une "nature" humaine sociale "raisonnable" qui ne diffère pas trop de celle de Spranger ou de Coing. La nature humaine cependant de Coing et de Spranger, en raison de la transcendance des valeurs qu'ils admettent, serait une nature "morale", tandis que pour le kantisme elle serait une nature "raisonnable".

Ainsi, selon Spranger, l'homme moderne, pénétré de doute en ce qui concerne les critères absolus de la conduite morale, ne peut s'adresser qu'à sa seule conscience. Jusqu'ici la philosophie du droit essaya, selon lui, d'établir une relation dialectique entre le "nécessaire" absolu de la norme juridique et l'historiquement "accidentel". Au fur et à mesure cependant que la relativité essentielle des valeurs se fait claire, le penseur comprend que cette philosophie dialectique du droit doit céder la place à une philosophie existentielle du droit, dont Kierkegaard serait le précurseur. C'est la conscience individuelle qui choisit le contenu de la norme juridique. Mais la conscience-source de la valeur n'est pas, pour Spranger comme pour les existentialistes athées, le fondement même de la valeur choisie par elle. Elle n'est - et par là Spranger se rallie à l'existentialisme chrétien ou transcendantal - que source apocalyptique de la transcendance métaphysique, "*metaphysische Offenbarungsquelle*". L'homme qui agit selon sa conscience est lié à une "*heilige Macht*" ("force sainte") dont la justice constitue le symbole convaincant. On pourrait ainsi fonder des critères normatifs matériels absolus en l'essence divine, avec la différence toujours que ces valeurs ne sont "données" en aucune façon, mais sont dévoilées par la conscience humaine à chaque cas individuel concret. Sur ce point, la discussion ne peut avancer plus loin en ce sens qu'elle ne peut ni affirmer ni rejeter le fondement métaphysique des valeurs du droit naturel de Spranger. C'est pour cela d'ailleurs que j'ai omis la pensée chrétienne-catholique et protestante dans cet exposé de la renaissance du droit naturel en Allemagne, bien qu'elle occupe une place importante dans les discussions. Car ne s'agit-il pas toujours, dans ce cas, en

dernier lieu, d'une "foi" religieuse? Si on l'accepte, toute la problématique est transposée d'emblée en un tout autre mode ne pouvant plus être soumise à une méthodologie "scientifique" au sens commun du terme (pour autant qu'il s'oppose au "théologique") et dont la discussion - voire la compréhension - partielle présuppose de la part du chercheur une "attitude" religieuse. Si, par contre, on la rejette, la pierre de touche du droit naturel apparaît: comment pouvoir réconcilier la relativité historique des valeurs avec leur essence divine ?

Coing répondit à Spranger, en reprenant sa thèse du retour cyclique des structures sociales et de la constance des tendances fondamentales humaines, que ce dernier avait caractérisée comme apte tout au plus à fonder une forme universelle du droit. Il remarque que ce que Spranger caractérise comme cas de conscience individuels pouvant seuls fournir un "contenu" à la norme juridique, ne sont en vérité que les cas dont se compose la structure sociale totale, les cas à travers lesquels se manifeste la moyenne générale constituant cette structure sociale. Ainsi, le contenu même des décisions concrètes de la conscience morale individuelle constituerait la constance des structures sociales et serait intégré au droit naturel, fondé, pour Coing, précisément sur des valeurs matérielles et absolues correspondant à cette constance due elle-même, en dernière analyse, à la constance des tendances humaines fondamentales. Il objecta donc en fait que Spranger considère les choix des consciences dans leur individualité tandis que lui dans leur moyenne collective qui constitue la structure sociale constante. Cet argument de Coing ne fut pas accueilli favorablement par la critique. On rétorqua (Würtemberger) que, même si le contenu de l'acte moral individuel constitue, considéré parmi les autres, la constance des structures sociales, il existe toujours des situations spécifiques limites que ne peuvent s'incorporer à la moyenne et auxquelles les normes matérielles du droit naturel (thèse de Coing) se seraient avérées incapables de fournir un contenu adéquat. Il n'y aurait dans ces cas là que la conscience individuelle (Spranger) qui aurait pu fournir un indice axiologique. En fait, croyons-nous, le problème est tout autre. Ou bien on accepte la possibilité de considérer des actes et situations humains dans une certaine généralité due à leurs caractères social et historique, à leurs conditions ou finalités communes, etc.... (comme le font les théories sociologiques): dans ce cas, les situations individuelles-limites dont [part] Würtemberger, peuvent toujours en principe être intégrées dans des totalités structurelles plus vastes, sinon comme telles, du moins à travers des médiations significatives. Ou bien cette "moyenne" sociale est rejetée, toute situation individuelle étant

considérée comme spécificité irréductible, et c'est la position de l'existentialisme qui ne permet de conclure à aucune sorte de "nature" ou d'"essence" des structures sociales. Spranger cependant, on l'a vu, admet bien lui-même une typologie structurelle constante des situations sociales. Or, dans ce cas, cette typologie ne peut être constituée qu'à travers et par la multiplicité des cas individuels qu'il admet parallèlement, considérés dans leurs schématisation "sociale": mais précisément si on fonde le droit naturel sur une décision de la conscience individuelle, sur le "choix humain", participant ou découvrant par sa décision même la transcendance, il est bien difficile de structurer par la suite ces choix en une uniformité planifiée qui permettrait de parler de structures sociales typiques. Naturellement, toute recherche du droit naturel réside en dernier lieu dans la décision humaine. Mais pour que cette décision puisse entrer en une relation structurelle uniforme avec la multiplicité des autres décisions, elle doit présenter des caractères communs pouvant être considérés sous un angle général. Le choix de Coing, choix qui découvre une transcendance au sens classique d'un Monde de valeurs matérielles autonomes de ce choix peut présenter ces caractères. Le choix existentialiste de Spranger, participation mystique à une transcendance existentialiste "cachée", dont les valeurs ne peuvent être que vécues par l'individu dans l'irréductibilité spécifique de chaque expérience concrète, ressemble à celui de Kierkegaard ou de Jaspers: la transcendance n'existe que pour et par chaque sujet axiologique.

Peut-on considérer ces choix existentiels concrets dans une schématisation généralisée et en conclure une constance des situations sociales typiques, comme le fait Spranger ou, ce qui revient au même, peut-on parler de choix "existential" et de "nature" ou "essence" humaine? Nous reviendrons sur ces problèmes dans la discussion de l'oeuvre de Fechner; rappelons en tout cas que si la constance des situations sociales typiques connaît une telle popularité, c'est parce qu'elle peut rendre compte d'une constance du droit naturel dans le cours de l'histoire : cette typologie des structures sociales est-elle possible pour les choix existentiels de Spranger, et si elle est possible pour Coing, est-elle compatible avec une transcendance absolue des valeurs matérielles qu'il accepte sans rendre compte de leur "correspondance" ?

### MITTEIS

Mitteis(23) se rattache (comme Spranger) au second courant idéaliste du droit naturel - à tendance historique - qui cherche par un approfondissement du concept de la *culture*, un compromis entre le caractère universel et absolu des valeurs et le relativisme de leurs expressions et réalisations dans le monde des cultures. Mitteis veut ainsi examiner le droit naturel comme à la fois "*zeitlose ewige Idee*" ("idée éternelle intemporelle") et "*Konkrete Gestalt der geschichtlichen Rechtskultur*" ("forme concrète de la culture juridique historique"). Aussi, le problème central de sa pensée est la relation "dialectique" comme il la caractérise, du droit naturel et du droit positif. Il distingue les termes idée du droit - "*Rechtsidee*" - et concept du droit - "*Rechtsbegriff*". Le concept du droit est pour Mitteis un concept formel transcendant, dans le sens kantien. Les catégories de la connaissance du fait juridique sont prescrites et délimitées précisément par ce concept juridique. Le phénomène juridique ne peut être appréhendé comme tel que lorsqu'il présente les caractères requis par le concept du droit: il constitue un ordre social téléologique et raisonnable ("*Sinn- und Zweckvolle soziale Ordnung*"). C'est en ce sens que le concept du droit exige la "conséquence" et "l'absence de contradiction" du droit positif. Pour que le phénomène juridique soit considéré comme tel, il doit donc être conforme au concept transcendant du droit, dont les origines remontent à la Raison kantienne, et qui, comme ordre social raisonnable et téléologique, exige en conséquence les deux caractéristiques mentionnées. C'est cette "conséquence" et ce "manque de contradictions" du droit, qui offrent la "*Rechtssicherheit*" ("sécurité juridique aux sujets du droit"). Celle-ci est donc liée au concept du droit: c'est même cette "conséquence" juridique qui est la caractéristique principale de la forme d'une Justice à contenu variable appartenant ainsi elle-même par cette forme au concept du droit. "*Die Konsequenz ist das Generalprinzip des menschlichen Gemeinschaftslebens und zugleich ein Urphänomen der Gerechtigkeit*". ("La conséquence est le principe général de la vie humaine collective et en même temps un phénomène originel de la Justice"). Le devoir juridique des hommes consisterait à adopter une conduite conséquente. On voit donc comment le concept juridique englobe la sécurité juridique et la justice, étant donné leurs caractères essentiels communs, la "conséquence" et la "non-contradiction". Nous voudrions seulement remarquer que ces notions présentent

---

23. H. MITTEIS, *Über das Naturrecht*, Berlin, Akademie-Verlag, 1948, 47 p.; ID., *Von Lebenswert der Rechtsgeschichte*, Weimar, Bohlau, 1947, 134 p.

un caractère purement formel, la réalisation dans un phénomène juridique concret de la sécurité juridique et de la justice du lieu sur un plan formel. Tout phénomène juridique qui ne présente pas ces caractères ne peut pas constituer du droit, ne peut être appréhendé comme tel. Cette position paraît en premier lieu présenter un caractère cohérent et fini: on y reconnaît d'ailleurs les principes mêmes de la théorie kantienne du droit. Mais Mitteis ne s'arrête pas là. Il cherche à donner un contenu matériel à la norme juridique naturelle. Le formalisme -et il se rattache sur ce point à la tendance générale de la renaissance actuelle du droit positif en Allemagne - ne lui suffit plus. C'est ainsi qu'il accepte la notion de la "*Rechtsidee*", de l'idée du droit, dont la fonction consiste précisément à fournir un contenu transcendant à la norme juridique. Cette idée du droit, transcendante elle-même au concept du droit, est dirigée vers des valeurs dernières. On remarque ainsi deux plans de transcendance: le plan du concept du droit et celui de l'idée du droit, transcendant au premier, son contenu. Le concept et l'idée du droit, la forme et le contenu de la norme juridique sont, selon Mitteis, en relation dialectique. C'est cette relation même qui forme, dans sa relation et son évolution dans l'histoire, les cercles de culture, à l'intérieur desquels les normes du droit naturel ont une validité absolue.

Pourtant Mitteis retient comme point de convergence du concept et de l'idée du droit, comme élément commun à la forme de normes du droit et à leur contenu "*die Konsequenz*" ("la conséquence") qui constituerait ainsi à la fois la forme immuable du phénomène juridique et la valeur suprême - contenu vers lequel les droits positifs doivent tendre. Mais, remarquons que cette "conséquence", bien qu'elle soit considérée à la fois comme forme et comme contenu de la règle juridique, ne constitue - et la critique allemande l'a bien remarqué - qu'un principe "formel" du droit. La conséquence peut être en effet appliquée à n'importe quel système de valeurs du droit positif et peut ainsi conduire à des excès auxquels la renaissance du droit naturel en Allemagne d'après guerre a précisément tenté de remédier.

La tendance la plus importante de la renaissance du droit naturel en Allemagne contemporaine est celle de la nature des choses ("*Natur der Sache*"). On a déjà vu les raisons qui furent à l'origine de cette tendance: le souci d'une théorie actuelle du droit naturel de rendre compte de la réalité factuelle, de l'expérience historique, des circonstances de temps et de lieu. Cette tendance cependant présente de telles différenciations d'un auteur à l'autre d'une part, traverse encore une période de gestation d'autre part, qu'il serait prétentieux de tenter une classification analogue à celle de l'idéalisme, pour laquelle se

prêtaient des schémas déjà, plus ou moins, fermement constitués. Retenons simplement le substratum commun de ces théories qui paraît être leur caractère réaliste. Pour la théorie de la nature des choses dont l'origine remonte à Aristote (Villey), le juste résulte, selon le mot de saint Thomas d'Aquin, ex *ipsa natura rei* (Batiffol). C'est par une analyse de l'expérience, par une observation empirique et une méthode inductive que l'on recherche les structures de la réalité factuelle, qui, en tant que nature de cette réalité, des choses, fondent les normes du droit naturel. On s'adresse ainsi aux "Sachverhalten" (données "objectives") de l'activité juridique. Ce souci réaliste, pour simpliste qu'il puisse paraître en tant que critère d'une tendance philosophique, suffit cependant, croyons-nous, pour grouper provisoirement les théories de la nature des choses sous une caractéristique commune.

### CHAPITRE III

#### MAIHOFFER.

L'un des représentants les plus connus et les plus éminents de la tendance du droit naturel connue sous le nom de "Nature des choses", est W. Maihofer(24).

Maihofer commence par définir et préciser la notion des "choses" dans une théorie qui fonderait les normes dernières du droit naturel sur leur Nature. Le "*Rechtssachverhalt*" ("contenu réel de la norme du droit") ne consiste pas, nous dit-il, comme plusieurs de ses prédécesseurs l'ont affirmé en des concepts fondamentaux(25), spécialement juridiques, que l'on pourrait comparer à des concepts mathématiques ou géométriques. Le contenu des normes juridiques - "propriété" par exemple - consiste en dernier lieu toujours en une situation matérielle dans le monde. Ainsi, lorsqu'on se réfère à une nature des "choses" comme source du droit naturel, il s'agit bien du *substratum*, disons matériel, des normes dans le monde des relations humaines, de la situation vitale réelle qu'elles représentent, et non de concepts juridiques cristallisés et considérés en soi comme "choses": nature des choses signifie nature des situations réelles régies par le droit et non nature "mathématique" ou "logique" des concepts juridiques "chosifiés". ("*Rechtssachverhalte sind nicht Rechtsgebilde sondern Lebenssachverhalte*") ("Le contenu réel de la norme ne relève pas de la

---

24. W. MAIHOFFER, *Die Natur der Sache*, A.R.S.P., 1958, 145-174 ; ID., *Recht und Sein. Prolegomena zu einer Rechtsontologie*, Francfort, 1954.

25. Notamment REINACH, *Zur Phänomenologie des Rechts*, 1953

construction juridique, mais des états de choses vécus"). Les notions proprement juridiques, vente, vol, fraude etc...., sont l'expression de conduites humaines dans le monde. Elles incarnent la tentative d'appréhension et de classification, par les moyens de la pensée conceptuelle, des relations vivantes entre la subjectivité (l'homme) et l'objectivité (le Monde). Ainsi, en dernière analyse, la notion de "choses" dans l'expression "Nature des choses" comprend des conduites de l'être-dans-le-monde.

On pourra maintenant passer à l'examen de la notion de "nature" des choses selon Maihofer. Ces choses -conduites humaines présentent un certain caractère "naturel". Pufendorf reconnaissait déjà les deux aspects de leur nature, *entia physica* et *entia moralia*. D'une part, ils présentent une dimension physiologique: ils sont des "*Naturtatsachen die sich nach bestimmten Naturgesetlichkeiten vollziehen*", ("des faits naturels soumis à des lois naturelles"), par ex. la relation physiologique entre l'un des époux et les parents de l'autre; cependant ces faits naturels "purs" ne peuvent être transposés comme tels dans le domaine de la norme juridique comme fondement de normes dernières naturelles. En effet, ils ne ressortissent qu'au domaine de la facticité, ils ne présentent pas sous cet aspect une dimension ontologique qui pourrait constituer la base de principes normatifs, (le "*Wertvollsein*", selon l'expression de Maihofer - dont le rôle sera étudié par la suite). Les conduites humaines dans le monde, outre leur aspect physiologique de "données", de "*realia*" de la législation, présentent précisément un autre aspect qui permet leur intégration dans le domaine de la Culture. Les conduites, constituant le contenu de la règle juridique, les "*Lebenssachverhalte*" sont à la fois [des] "*Natursachverhalte*" ("faits naturels"), *entia physica*, et [des] "*Kultursachverhalte*" ("phénomènes culturels"), *entia moralia*. Quelle est cette dimension qui confère aux conduites humaines leur caractère de faits culturels, et comment ce caractère peut-il constituer un fondement des normes de droit naturel, fonction dont ces conduites sous leur aspect naturel sont dépourvues? Il est vrai que la pensée de Maihofer est très obscure et très difficile à étudier. Il y manque d'esprit de synthèse et de clarté, aussi sommes-nous obligés dans l'exposé de sa théorie de ne pas suivre fidèlement le cours de sa pensée mais d'introduire un ordre logique différent qui facilitera sa compréhension.

Ce caractère consiste précisément en l'aspect des conduites humaines considérées, en dernière analyse, comme des relations

corrélatives entre sujets humains(26), comme des modes d'existence de l'être-dans-le-monde. Maihofer utilise ainsi les notions philosophiques de l'existentialisme et de la phénoménologie selon lesquelles, l'existence de l'être humain (*ex-sistere*) consiste en son objectivation dans le monde extérieur à la conscience, en ses relations avec l'Autre ("*Mitsein-Miteinandersein*") ("être-avec être-avec-l'Autre") et son rôle pour lui. On rencontre, Maihofer continue, dans le monde de la culture, des hommes en relations "existentielles" réciproques: vendeur-acheteur, créancier-débiteur, médecin-patient, professeur-élève, père-fils,... Ces hommes se présentent ainsi sous des qualités et fonctions différentes, selon la relation concrète considérée. La relation par exemple, vendeur-acheteur, est un mode précis de rencontre humaine, de coexistence dans le monde des autres humains. Ces qualités ou fonctions ne constituent pas, on l'a vu, des qualités déduites de la prétendue substance d'une "vente", hypostasiée et considérée comme "chose", mais des fonctions ou rôles de l'existence - c'est-à-dire de l'être-dans-le-monde, de l'objectivation dans le monde des relations avec les autres - humaine, dans une certaine relation à laquelle on prête, pour des raisons de classification abstraite, le nom de vente.

Si nous insistons particulièrement sur ce point de la doctrine de Maihofer, c'est parce que la considération de ces relations interhumaines, des "choses", lui fournira le fondement "naturel" du droit.

Dans ces relations humaines en effet, chaque personne engagée tend corrélativement vers une autre, le vendeur vers l'acheteur, le maître vers l'élève. Dans les cadres d'une relation précise et sous l'aspect de leur rôle respectif, ils dépendent l'un de l'autre ("*Wechselseitig aufeinander verweisen*"). De cette dépendance et tension *ontologique* - car ils sont l'expression de l'existence même de l'homme, de son être-dans-le-monde naît un certain mode de réciprocité de conduite des sujets, mode propre à la relation concrète dans laquelle les sujets se trouvent engagés. Le vendeur ne peut exister sans l'acheteur, le maître ne peut exister, n'"est" pas comme tel, sans l'élève: à cause de cette interdépendance chacun "attend" de l'autre une conduite qui appartient à son rôle dans la relation concrète. Le maître "attend" de l'élève d'exister comme élève, d'assumer sa fonction d'élève car ce n'est qu'au fur et à mesure, ("corrélativement") que l'élève s'assume comme tel qu'il existe lui-même comme maître. Ainsi se trouve fondée sur le plan ontologique - et pas encore normatif - une

26. W. MAIHOFFER, *Recht und Sein*, 101.

certaine interdépendance des deux parties engagées dans une relation. En tant que nécessaire à notre propre existence dans une relation concrète, l'Autre, le partenaire, nous anéantit s'il ne remplit pas la fonction qui lui est assignée par la nature des choses, par sa participation et son engagement à une relation concrète. C'est ainsi que naît une première notion d'intérêt naturel ayant ses origines dans cette nature des choses: on a intérêt à ce que l'autre accomplisse "*ein der Natur deiner Rolle und Lage seinerseits entsprechendes Verhalten*" ("la conduite que la nature de son rôle et de sa position en une relation concrète lui assignent").

C'est à ce point que Maihofer passe du plan ontologique au plan normatif. Il a parfaitement conscience du problème de la distance entre le fait et la norme, le *Sein* et le *Sollen*, mais prétend établir un pont entre ces deux termes. On a pu constater jusqu'à présent que Maihofer aboutit à une nature ontologique des choses, nature de relations corrélatives interhumaines, qui seraient à l'origine d'une certaine réciprocité de conduite immanente à la nature même de la relation concrète, d'une certaine attente ontologique de l'une partie que l'autre accomplisse la fonction assignée par son rôle dans la relation. C'est cette attente et fonction ontologiques - parce que immanentes à la nature même d'une relation concrète humaine existentielle, d'une conduite de l'être-dans-le-Monde - dessinées et prescrites par les faits, par la nature des choses qui constituent sur le plan normatif l'exigence ("*Forderung*") et le devoir. La Norme incarne ces exigences prescrites par la nature des choses, par l'objectivité d'une relation humaine concrète. Le devoir de l'élève consiste à se comporter selon les exigences ontologiques de son rôle d'élève. On remarque la tentative de Maihofer de fonder la norme sur le fait, qui a, croyons-nous, car son oeuvre n'a pas été analysée par des critiques de ce point de vue, le mérite d'être la seule qui ait cherché de fonder un rapport de la valeur et du fait sur une totalité structurelle, en essayant d'expliquer par quoi la structure même ontologique des faits, des relations humaines, présenterait un aspect ("attente", "exigence", "rôle", "réciprocité") analogue à la structure même du normatif (obligation, devoir): Maihofer n'approfondit pas la nature de cette structure commune. On pourrait cependant avancer l'opinion que, selon ses analyses, cette nature devrait consister en la dimension du "manque" ou "néant" comme l'a conçu la théorie existentialiste: "manque" dans "l'attente" ontologique, "manque" dans l'exigence normative.

En tout cas, pour pouvoir discerner la vraie nature de toute relation humaine, chacun doit, selon Maihofer, se placer à la place de

l'autre partie engagée dans cette relation et se demander ce qu'il aurait pu naturellement, donc justement, attendre de la part d'une personne raisonnable accomplissant son propre rôle. Ainsi on aboutit à la règle : ne fais pas à l'autrui ce que tu ne veux pas que l'on te fasse. Pour pouvoir fonder des exigences et des devoirs sur les notions d'attente et de rôle, on doit d'abord avoir éprouvé le caractère universel de ces exigences pour tous les cas concernant une personne dans la même position, dans le même rôle, dans une même relation concrète. Ce n'est qu'ainsi qu'on pourra vérifier la vraie Nature des choses de la relation concrète, et qu'on pourra y fonder des normes correspondant à cette nature. Ce principe d'universalité est en apparence analogue à celui de l'impératif catégorique de Kant : agis de façon que ta conduite puisse être érigée en loi universelle. Seulement pour Kant, ce principe même fondait la validité du droit en sa qualité "logique" de principe de la raison universelle, fondatrice suprême des normes. Pour Maihofer, ce principe d'universalité ne fonde pas en soi la validité d'une norme juridique mais n'est qu'un moyen de découvrir la vraie nature d'une relation concrète et la vraie fonction d'un rôle humain dans cette relation, en un mot la vraie nature des choses, fondement des normes du droit naturel. Il ne s'agit pas ainsi d'une validité purement formelle du droit naturel à laquelle Kant aboutit par sa reconnaissance du principe formel d'universalité de l'impératif catégorique comme fondement suprême des normes du droit naturel. Ce principe ne sert à Maihofer que pour découvrir la vraie nature des choses: cette source originelle et ultime de la norme prescrit certaines conduites précises et "matérielles", définit un contenu concret de la conduite "naturelle" à un rôle dans une relation humaine. C'est pour cela d'ailleurs que Maihofer n'aboutit pas à une universalité abstraite et formelle de la norme du droit naturel "pour tous les hommes" pour "tous les temps" et pour "tous les lieux". Il ne reconnaît qu'une universalité des normes à l'intérieur d'une même relation humaine concrète. Une norme est absolument valable, et en cela objective et universelle, pour chaque personne humaine dans le même rôle dans une même relation humaine concrète.

En fait, Maihofer ne s'arrête pas là. Il examine l'historicité de ces relations concrètes et aboutit à la conclusion, que l'on pourrait caractériser de gratuite, ses fondements étant très obscurs, d'une répétition dans le temps de ces relations concrètes. Il s'agirait d'une "*ewige Wiederkehr des Gleichen*" ("un éternel retour du même"), selon le mot de Nietzsche. Ces relations humaines constitueraient l'espace personnel et réel dans lequel s'accomplit l'existence d'un individu dans

le monde des autres.

L'être humain ne pourrait entrer en contact avec les Autres que selon un ensemble de relations ontologiques constantes: ainsi les relations père-fils, époux-épouse, médecin-patient, juge-inculpé etc... seraient supra-historiques dans le sens qu'elles caractériseraient d'une manière constante la mise en relation de l'individu avec les Autres. Le problème en tout cas, on le verra par la suite, consisterait à savoir si une telle constance supra-historique des relations humaines typiques peut aboutir à l'acceptation d'une constance supra-historique des normes juridiques qu'elles fondent.

Avant de quitter Maihofer, nous voudrions tenter d'esquisser quelques remarques concernant des points essentiels de sa doctrine. On a vu que Maihofer, bien que reconnaissant le double caractère du contenu matériel des normes juridiques, des relations humaines, comme à la fois "faits naturels" et "faits culturels", fonde la validité des normes du droit naturel exclusivement sur l'aspect "culturel" de ces relations. Nature des choses signifie pour lui nature de la réciprocité corrélative ontologique des conduites des parties engagées en une relation concrète. La nature des choses est cherchée, pour ainsi dire, dans l'espace intra-individuel, dans l'objectivation de l'Être humain dans le monde des Autres. Remarquons que de cette notion de nature des choses est exclue la "nature" humaine. En premier lieu, parce que Maihofer élimine *ex principio* de cette nature des choses tout caractère physiologique ou psychologique des relations humaines, tout caractère leur appartenant comme *entia physica*, ne retenant que leur caractère d'*entia moralia*. Comme c'est leur caractère d'*entia moralia* qui, selon lui, consiste en un mode d'existence de l'être-dans-le-monde, on conclut que leur aspect d'*entia physica* consiste précisément en un mode d'existence "en soi", en dehors du monde et de leur objectivation dans celui-ci: c'est la notion même de l'essence, de la "nature" humaine comme ensemble donné de propriétés fondamentalement constantes que Maihofer paraît ainsi rejeter. Ce n'est point par exemple le caractère "essentiel" physiologique et psychologique de la libido sexuelle considérée en soi comme origine du mariage qui l'intéresse, c'est le mariage considéré comme relation corrélative entre individus: ce n'est pas la nature ou essence humaine qui fonde les normes du droit naturel, c'est "l'existence" humaine - dans le sens de la pensée existentialiste à laquelle il se réfère d'ailleurs très souvent -, l'objectivation de l'être humain dans ses relations avec le monde des autres. En tant que cherchant à fonder les normes du droit naturel, et c'est la seconde raison du rejet d'une notion de la "nature" humaine, sur les "relations

entre" les individus, considérée en soi comme choses, mises - en langage phénoménologique - entre parenthèses, et non sur des sentiments, élans vitaux, tendances etc... d'une nature humaine, "incluse dans" chaque individu, il accepte l'existence et non l'essence humaine.

Remarquons que les fondements de la théorie de Maihofer paraissent être à la fois la philosophie existentialiste et la philosophie phénoménologique. Ces deux courants philosophiques présentent des parentés importantes et la pensée phénoménologique de Husserl eut une grande influence sur les auteurs existentialistes. Le point commun de ces théories réside dans la parenté entre le concept d'"intentionnalité" de la théorie phénoménologique et celui d'objectivation et d'existence de la théorie existentialiste. Selon les phénoménologues, on ne peut parler de conscience en soi, présentant certains caractères ou qualités indépendamment de son objet: "Il n'y a que conscience de quelque chose". La conscience ne peut être appréhendée et définie qu'en relation avec son propre objet, elle n'"est" qu'en tant qu'elle est dirigée vers l'extérieur, qu'en tant qu'elle tend vers un objet autre qu'elle-même: la conscience humaine est une "intentionnalité" vers l'extérieur. Ce mode, disons, d'intentionnalité caractérise toute la subjectivité humaine. Les phénomènes psychologiques, sentiments, imagination, tendances, instincts, sont imprégnés de ce mode ontologique fondamental d'intentionnalité, ils présentent une dimension vers l'autre que soi-même et ne peuvent être définis, ne "sont" qu'en fonction de cet autre. On distingue déjà d'influence de cette théorie sur Maihofer. Chaque subjectivité humaine est définie dans une relation en fonction corrélatrice avec l'autre partie, vers laquelle son "intentionnalité" est dirigée. Cette relation d'intentionnalités réciproques et corrélatives, présente en un sens un caractère de circuit fermé, peut être mise "entre parenthèses", comme le fait Maihofer, pour fonder une nature des choses qui serait à l'origine des normes du droit naturel. Cependant, c'est précisément cette mise en parenthèses de la réalité que l'existentialisme reproche à la phénoménologie. Pour lui aussi, la subjectivité humaine est "tendue" vers l'extérieur, elle se trouve en distance perpétuelle avec elle-même, elle ne peut qu'exister ("*ex-sistere*"). Les deux théories se rencontrent ainsi et ont leurs sources communes dans l'idée hégélienne d'objectivation. Pour l'existentialisme aussi la subjectivité humaine et les phénomènes psychologiques sont imprégnés du mode ontologique du "néant" qui se substitue au terme phénoménologique d'intentionnalité. Cependant, affirment les philosophes existentialistes, les relations humaines ne

peuvent être considérées en soi, dans une schématisation abstraite, comme le fait Maihofer. Si elles sont en relation corrélatrice mutuelle, il ne faut point négliger le fait qu'elles sont l'expression même d'un choix humain qui est intimement lié à la subjectivité de la partie engagée. Les relations humaines ne peuvent être "hypostasiées", "fétichées" dirait-on, considérées indépendamment de la subjectivité concrète qui est à leur origine. Ce qui revient, pour poser dès à présent le problème normatif de Maihofer que l'on approfondira par la suite, à dire que c'est la subjectivité concrète de la partie engagée qui donne à chaque relation sa signification propre, c'est son choix et ses projets qui constituent le caractère irréductible et spécifique de toute relation humaine, même la plus commune : père-fils. Ce n'est qu'à travers et selon ce choix que la relation "ontologique" peut fonder des attentes et des exigences, et ainsi passer sur le plan normatif des devoirs et obligations. Ces attentes et exigences ne sont point des qualités immanentes à la relation humaine mise entre parenthèses (Maihofer) mais des expressions du choix humain des subjectivités engagées. Si la théorie de Maihofer présente ainsi un caractère phénoménologique, elle présente un caractère existentialiste en tant qu'elle rejette la notion d'une nature humaine. On ne pourrait, dans les limites de ce mémoire, examiner la position phénoménologique en ce qui concerne la notion de nature humaine. Contentons-nous de noter que cette position est, sur ce point, moins absolue et plus nuancée que celle de l'existentialisme.

Bien entendu, même si l'on considère des individus munis, disons, d'une "nature" humaine, on constate des relations entre eux. Mais précisément, ces relations ne constituent dans ce cas que l'expression et la manifestation d'une nature ou essence humaine préalable, puisant leur validité de leur conformité à cette nature: elles ne fondent plus elles-mêmes les normes juridiques, ne constituent plus la source autonome et ultime de ces normes, mais se réfèrent au signifiant axiologique, la "nature humaine". Par contre, si cette notion de nature ou essence humaine est rejetée au nom de l'existence (ex-sistere) de l'être-dans-le-monde, les relations humaines avec les autres constituent la seule et première réalité humaine: elles ne renvoient plus à une nature humaine, mais constituent elles-même la seule réalité humaine dans laquelle se trouverait fondée une nature des choses, fondant à son tour les normes du droit naturel. Si nous insistons tellement sur un point que Maihofer lui-même ne paraît qu'admettre implicitement - quitte, on le verra, à se contredire - mais qui constitue la présupposition nécessaire de son système, c'est dans le cadre d'une tentative de clarification du rôle de la notion de "nature" humaine dans la notion de

nature des choses. On voit qu'on peut concevoir la notion de nature des choses sans présupposer une "nature" humaine. Cela cependant pourrait paraître insolite pour une théorie qui affirme fonder les normes du droit naturel sur la nature des choses. A première vue, en effet, qu'y a-t-il de plus immédiatement évident dans la nature des choses que la nature humaine ? On pourrait même avancer une remarque de portée plus profonde: si on rejette la notion même de "nature" sur le plan de la réalité humaine individuelle, peut-on la retenir sur le plan de la réalité sociale ? Si on rejette la notion d'une "nature" humaine, peut-on encore parler d'une "nature" des choses, des relations sociales. Quelle est la base de cette différenciation ?(27)

En effet, toute affirmation d'une nature des relations sociales - des "choses" dans le sens de Maihofer - ne peut en dernière analyse avoir comme fondement qu'une nature humaine. S'il est vrai que l'individuel transposé sur le plan social est intégré dans des structures qualitativement différenciées de celles du plan individuel, il n'est pas moins vrai qu'il existe toujours un certain rapport entre ces deux plans qui exige de les considérer en totalité cohérente. On ne peut rejeter la notion même de "nature" ou d'essence comme ensemble de qualités et de caractères constants d'un être sur le plan individuel, et la reprendre sous la forme de propriétés constantes des relations sociales, sur le plan social: c'est la même réalité, la réalité humaine, qui constitue, tout compte fait, le contenu de ces deux plans. Si la caractéristique ontologique de cette réalité est d'être toujours en dehors d'elle-même en train de se faire, par un libre choix devant chaque situation concrète, si l'existence en d'autres termes, remplace l'essence, comme il arrive pour l'existentialisme et Maihofer, cette existence individuelle transposée sur le plan social présente bien une structuration différente, mais ne peut échapper pour cela au caractère ontologique fondamental de réalité humaine: pas plus que l'existence individuelle, les relations sociales ne peuvent être figées en schémas abstraits et hypostasiés. C'est bien là le problème d'une position existentialiste dans le domaine de la sociologie, que les juristes-philosophes allemands actuels, épris de la théorie existentialiste, ne paraissent pas avoir aperçu. Même si on surmonte la méfiance de l'existentialisme à l'égard de la vie "sociale" qu'il considère, pour nombre de raisons, comme inauthentique, les

---

27. Notons simplement dès maintenant que Fechner, l'autre représentant important de cette branche du droit naturel contemporain, accepte l'intégration de la nature humaine dans la notion de nature des choses. Quant à Coing, on a déjà examiné sa position sur ce point.

difficultés ne font que commencer. Les cadres de la sociologie contemporaine suffisent-ils pour la transposition d'une réalité humaine individuelle "existentialiste" sur le plan social? Quels seront les schémas proposés par la sociologie existentialiste? Cela paraît être le problème fondamental pour un philosophe du droit, phénomène social par excellence.

Remarquons simplement que même la sociologie phénoménologique, telle qu'elle a été exposée par M. Scheler, et que Fechner, acceptant cependant des thèses existentialistes, se pose comme tâche d'appliquer dans le domaine juridique, se place par la mise entre parenthèses, qu'on a étudiée, des relations sociales, dans le cadre de la sociologie classique. Devrait-on conclure qu'une sociologie existentialiste, rejetant la notion de nature humaine, ne peut utiliser la notion de "nature" sur le plan social sous la forme d'une nature des choses, des relations sociales?

Nous ne pourrions naturellement, dans les limites de ce mémoire, approfondir une question que nous nous proposons de traiter dans notre thèse. Notons tout de même que la réponse dépend non du contenu, mais du sens même que l'on prête à la notion de "nature". Si par nature des choses "sociales", on désigne une constance de propriétés à contenu précis des relations sociales, comme le fait Maihofer, on ne saurait retenir la notion. Si, par contre, on désigne sous le terme de "nature", la "structure nécessaire" de la réalité sociale, on pourrait retenir la notion, quitte à fonder une "structure" de la société telle qu'elle puisse être compatible avec le rejet de la notion de nature humaine(28)

- 
28. Le problème de la relation entre "nature des choses" et nature humaine est analysé dans la *Philosophie du droit*, Paris, P.U.F., 1960 de M.H. Batiffol (p.67 ss.). Le noeud du problème, dit M. Batiffol, est la possibilité pour l'intelligence de dégager des natures. Cette possibilité admise, il accepte parallèlement la notion d'une nature humaine et d'une nature des choses : "Pour beaucoup d'esprits cette nature des choses ou des situations, ne saurait cependant être rapprochée de la nature de l'homme quant à la notion d'un droit naturel.... Les partisans d'un droit naturel tenant son nom de l'observation de la nature des choses autant que de celle de l'homme estiment cependant que si cette qualité exclut sans doute une construction intégralement déductive à laquelle ils ne tiennent d'ailleurs pas, elle n'empêche aucunement une unité de méthode et une stabilité de certains éléments..." Remarquons que pour M. Batiffol, qui ne paraît pas avoir recours à des notions "existentielles" pour fonder la nature des choses, notions existentielles qui précisément ne peuvent qu'exclure la notion d'une nature ou essence humaine - comme c'est le cas

On arrive maintenant au point crucial de la théorie de Maihofer. Il s'agit du passage d'une structure ontologique "naturelle" des relations humaines à la structure normative, du passage du fait à la norme. On vient de voir que, selon Maihofer, la réciprocité corrélatrice des conduites dans une relation déterminée est la source d'"attentes" et de "rôles" à contenu précis qui, après avoir été reconnus comme appartenant effectivement à la relation en cause par le principe d'universalité - conduites valables pour tout homme dans le même rôle d'une même relation -sont érigés en devoirs et exigences, en valeurs. Mais, nous croyons qu'il s'agit ici d'un malentendu. Malentendu, disons-nous, car nous ne voulons nullement contester les constatations ontologiques de Maihofer mais la signification axiologique qu'il leur attribue. Ce fondement de la structure de la norme, en effet, sur la structure du fait ne comble en rien la distance qualitative qui les sépare. Il est vrai que dans les cadres d'une relation concrète (ajoutons: intégrée dans une structure sociale déterminée) on peut découvrir des conduites immanentes aux rôles corrélatifs des parties engagées dans celle-ci : en effet, cette relation même n'existe qu'en tant que ces parties remplissent leurs rôles. Mais ces conduites appartenant aux rôles au sein d'une relation, ne peuvent être érigées en normes, en *Sollen*, que par une acceptation par le sujet de la valeur de ces conduites ontologiques. Le passage du fait à la norme ne peut point être effectué automatiquement, structurellement disons, mais par un "saut" que constitue l'acceptation

---

pour Maihofer et, on le verra, pour Fechner -, l'acceptation parallèle d'une nature des choses et d'une nature humaine est parfaitement cohérente. M. Batiffol accepte d'ailleurs (p. 71 ss.) une constance des situations humaines "typiques", selon le terme de Coing, à travers l'histoire, cette "typicité", tenant "d'ailleurs manifestement à des tendances permanentes de l'être humain". Mais, et il s'agit là, croyons-nous, d'un point de divergence avec Coing, cette typicité ne se structure pas pour M. Batiffol exclusivement par la nature humaine mais, "se conjugue avec des constances extérieures à l'homme: l'usage des eaux courantes ne peut être réparti selon les mêmes méthodes que celui des terres, il a toujours existé des dommages dont l'homme a été la cause, instrumentale involontaire. Gény ne sépare pas la nature des choses et la nature de l'homme". C'est cette relation dialectique intime entre nature humaine et nature des choses qui rend à la thèse de M. Batiffol une souplesse que celle de Coing ne présente pas, car pour elle -on vient de le voir-, la nature humaine, correspondant au monde transcendant des valeurs, et la nature des choses, constituant le champ d'action de cette transcendance, structurent deux domaines plus ou moins hermétiques entre eux.

par le sujet de la valeur de son rôle. Prenons l'exemple fameux - choisi en d'autres circonstances - de Hegel, du maître et de l'esclave, ou bien du conquérant vainqueur et du conquis vaincu. La relation même consiste à ce que l'esclave et le vaincu soient exploités et obéissent au maître et au vainqueur. Ces conduites qui sont attendues d'eux ne peuvent être érigées cependant en valeurs, en normes, en devoirs qu'en tant que les sujets (l'esclave, le vaincu) acceptent la relation et leur rôle dans celle-ci, plus même, en tant qu'ils reconnaissent cette relation comme "bonne", comme "juste". Peut-on affirmer qu'il est injuste qu'un esclave n'obéisse pas à son maître parce que précisément son rôle d'esclave consiste dans l'obéissance. La conduite ontologique immanente à une relation humaine concrète ne peut être érigée en valeur que par la médiation - de la volonté ou liberté - de la partie engagée. La conduite d'esclave n'est un devoir que si l'esclave même le reconnaît comme tel: si le maître le lui impose, il s'agit de droit positif mais en aucun cas d'un droit naturel fondé sur une prétendue nature "normative" des faits correspondant à leur structure ontologique (attentes, rôles). Sinon, on aboutirait précisément à un *amor fati*, à une idolâtrie des faits: toute relation humaine concrète présenterait une certaine nature ontologique, des conduites immanentes aux rôles corrélatifs et respectifs des parties, qui constitueraient "sans autre" des normes: il n'existerait donc pas de relation "injuste" en soi, toute relation, pourvu qu'elle fût établie, imposée ou choisie, donnerait naissance à des normes: on voit facilement les abus auxquels une telle conception conduit. Le principe d'universalité, selon lequel on devrait se placer à la place de l'autre pour découvrir ce que, remplissant notre propre rôle, servant à découvrir la vraie nature de la relation, ne peut en rien amoindrir les conséquences de cette position. Un esclave ou un opprimé peut bien par exemple, admettre que, se trouvant à la place du maître ou de l'oppresser, il aurait exigé de l'esclave ou de l'opprimé les mêmes conduites que ceux-là exigent de lui. Cela ne veut point dire, étant donné le rôle concret d'esclave et d'opprimé qu'il occupe dans la relation concrète, qu'il accepte la relation l'érigeant en valeur. Maihofer répondrait-il que ce n'est qu'en tant que l'esclave accepte son rôle que la relation même existe, qu'elle ne prend naissance qu'en tant que les deux parties entrent en quelque sorte dans les conduites respectives qui fondent cette relation. On lui objecterait dans ce cas que l'esclave est effectivement engagé par la contrainte dans une relation, qu'il peut ne pas accepter comme valeur: dirait-on que dans ce cas la relation maître-esclave n'existe pas?

On atteint ainsi le point culminant du problème. La théorie de la

nature des choses fonde, on vient de le voir, la norme juridique non sur des entités transcendantes - Dieu, raison ou monde des valeurs - mais sur [...] (29) la réalité factuelle. Même lorsqu'elle comprend dans la notion de nature des choses la notion de nature humaine donc, entre autres, les tendances spirituelles de l'homme, elle conçoit cette spiritualité sous son aspect factuel, physiologique ou psychologique, sous son aspect de "facticité", disons, pour employer une terminologie philosophique: il ne s'agit pas de l'Esprit ou de la Raison "transcendante" à l'homme, fondements autonomes de valeurs absolues. On remarque donc les liens étroits, dans cette théorie, de la valeur et du fait: la valeur même est fondée sur les faits, sur la vraie "nature" des faits. Mais le lapsus apparaît: en effet, les faits ne comportent pas en soi la fonction normative, la qualité de critère axiologique que présentent l'Esprit, la Raison, Dieu ou le Monde des valeurs. Les faits, c'est une distinction bien vieille et bien établie, se différencient de la norme : donc, même si la norme se fonde sur les faits, un facteur normatif remplissant la fonction d'un opérateur axiologique qui jugera que "c'est juste", que la norme se fonde sur les faits est indispensable. Le fondement de la norme sur les faits n'élimine point la distinction structurelle du fait et de la valeur, il présuppose par contre une source axiologique qui accepte comme "juste" ou "bon", etc.... ce fondement de la valeur sur les faits. Mais, le problème se pose: qui tiendra ce rôle de facteur normatif ? On a vu qu'en acceptant de fonder la valeur sur le fait, on a éliminé les sources normatives transcendantes qui, comme telles, remplissaient une double fonction: celle de fonder les normes du droit naturel et celle de décider que ces normes du droit naturel devaient être fondées sur ces principes. Le problème du dédoublement posé par le fondement de la valeur sur les faits n'existait pas. Ces sources normatives transcendantes éliminées, qui pourra les remplacer ? Il n'existe, après cette élimination, que la subjectivité humaine qui puisse décider de la validité du fondement des valeurs sur les faits. Les faits en soi ne peuvent être érigés en valeur, comme essaie de le faire Maihofer, que si la conscience humaine accepte de fonder cette valeur sur les faits.

Mais, sur ce point, un autre problème intervient: pour que la subjectivité humaine accepte de fonder la norme sur les faits, ces faits doivent présenter certains caractères qui permettent d'être valorisés comme tels. La décision axiologique d'un fondement de la valeur sur

---

29. Ce passage est illisible dans le typoscript original. Nous pensons néanmoins que le texte garde son sens sans les deux termes qui manquent.

les faits, sur les "choses", ne peut être motivée que si les faits eux-mêmes sont primordialement jugés "bons" ou "moraux": s'ils présentent par exemple une finalité immanente telle qui puisse les rendre "idéaux" ou "désirables". Prenons le cas, banal mais significatif, d'une théorie qui accepte le règne dans les faits du droit du plus fort ou bien que la vraie "nature" ontologique des relations humaines est le "*homo homini lupus*". Cette théorie accepterait-elle de fonder les normes sur la "nature des choses" ou affirmerait-elle plutôt que le rôle des normes juridiques consiste précisément à remédier à l'ordre naturel inhumain et cruel ? Même si cette constatation "naturelle" donnait lieu à une décision fondant la norme sur les faits, elle ne pourrait le faire que par une acceptation préalable de la valeur positive du principe même du droit du plus fort par une considération primordiale de ce principe comme "valable" et "désirable".

Résumons donc les termes du problème: si l'idée de la transcendance est éliminée et la valeur est fondée sur les faits, on ne peut se passer de la notion d'un choix de la subjectivité humaine qui décidera si les valeurs doivent être fondées sur les faits remplissant la fonction d'un médiateur normatif entre les faits et la valeur: ce choix humain ne peut être effectué que si les faits eux-mêmes sont préalablement et comme tels jugés "bons" ou "justes". On arrive ainsi à un problème épistémologique fondamental de la sociologie actuelle qui n'a pas été cependant traité par les philosophes juristes de la nature des choses, d'une théorie qui tente de fonder les normes sur les faits. Une connaissance vraiment objective des faits sociaux est-elle possible ? Si, pour que les valeurs soient fondées sur les faits, ceux-ci doivent être valorisés eux-mêmes au préalable, cette valorisation des faits ne pouvant provenir que du seul facteur axiologique, après l'élimination de la transcendance, du sujet humain, l'observation et la connaissance des faits ne sont-elles pas soumises aux schémas axiologiques du sujet ? Les valeurs ne sont-elles pas ainsi introduites dans la structuration même de l'objet sociologique ? Comment fonder les normes juridiques sur la nature des choses si cette "nature" n'est-elle-même conçue comme telle qu'en tant qu'elle représente l'incarnation de ces normes projetées sur l'objet ? Le sujet d'ailleurs, intégré à la réalité sociale qu'il étudie, peut-il se mettre à distance de celle-ci et interrompre, en un certain sens toujours, cette coïncidence du sujet et de l'objet, afin de rendre possible une connaissance "scientifique" donc objective, de la réalité sociale, dont il fait part ?

Autant de problèmes sociologiques, qu'une théorie de la "nature des choses" aurait dû bien élucider et approfondir, ce qui n'a pas

encore - à notre connaissance du moins et chez les auteurs principaux et représentatifs que nous examinons - eu lieu. Serait-ce parce que les juristes allemands paraissent ne pas avoir suivi la problématique de la sociologie actuelle, retenant encore comme modèle principal de pensée sociologique l'école de M. Weber, penseur éminent certes, mais qui n'était encore qu'à moitié conscient de ces problèmes ? Revenons néanmoins à notre problème et rappelons que, même si on accepte la possibilité épistémologique d'une connaissance objective de la nature des choses, ce n'est que le sujet humain qui peut, comme médiateur axiologique indispensable, opérer le passage du fait à la norme, laquelle consiste dans la décision même de fonder les normes sur les faits.

Devrait-on, dans ces conditions, abandonner l'idée d'un rapport fonctionnel entre fait et valeur sur le plan social, d'une totalisation structurelle de ces deux pôles de la pensée philosophique ? Existerait-il une communauté de structure générique entre les faits, la nature des choses, et les valeurs qui causerait et justifierait à la fois le fondement des "normes" sur les "faits" ? Et de quelle nature serait-elle ? Si une telle structure existe, quel serait le nouveau rôle fonctionnel réservé à la subjectivité-liberté ou volonté - humaine dans le rapport du fait et de la valeur ? Ce rapport justifierait-il la conception d'une nouvelle relation entre sociologie et philosophie du droit ?

Ainsi se pose, nous semble-t-il, le problème fondamental d'une théorie du droit naturel conçu comme nature des choses.

On passe ainsi au dernier sujet de discussion de la théorie de Maihofer qui concerne sa croyance en une répétition diachronique fondamentale - malgré les particularités sociales et historiques - de la morphologie des relations humaines, donc en une permanence de certaines structures ontologiques de ces relations qui aboutit à une existence des normes du droit naturel [qui sont] "*geschichtlich unbedingt*" ("non-conditionnées historiquement"). S'il est vrai qu'on peut concevoir une morphologie de relations constantes et typiques de l'être-dans-le-monde avec les autres, (les relations par exemple parents-enfants, époux-épouse, juge-jugé, instituteur-élève, etc...) peut-on conclure que les conduites "naturelles" immanentes à ces relations demeurent identiques et constantes ? Les conduites ontologiques corrélatives elles-mêmes entre parents-enfants, par exemple, évoluent dans le cadre typiquement formel de cette relation schématique. Pour pouvoir conclure à une constance de contenu, matérielle, de ces relations - qui seule d'ailleurs, on l'a vu, intéresse Maihofer qui veut fonder sur les faits des normes du droit naturel de contenu, des valeurs matérielles - on doit bien présupposer à la base de ces relations une

"nature" ou "essence" humaine constante dont elles constitueraient l'expression dans le monde des autres. Mais, on vient de le voir, c'est cette notion de nature ou essence humaine que rejettent les fondements mêmes de la pensée de Maihofer. C'est pour cela peut-être que Maihofer essaie d'atténuer la portée de l'universalité absolue qu'il paraît admettre. Il soutient que les normes naturelles du droit n'ont de valeur absolue que pour tout homme dans le même rôle, la même position, dans une même relation. Etant donnée cependant la répétition fondamentale des relations qu'il admet, la "*ewige Wiederkunft des Gleichen*" ("retour éternel du même"), le problème n'est pas élucidé et revient au même. Mais, on a déjà posé le problème, peut-on parler d'un non-conditionnement historique des normes naturelles, d'une validité supra-historique de celles-ci ?

On constate ainsi la difficulté fondamentale, le contre-sens même, pourrait-on dire, de la théorie d'un droit naturel fondé sur la nature des choses. La notion de nature des choses, on l'a vu, revêt, en dernière analyse, les sens de structure de la réalité factuelle, des relations sociales, elle signifie, comme le remarque Wolf, le contenu des lois ("*Gesetzmässigkeiten*")<sup>(30)</sup> sociales découvertes par la pratique et l'observation. Mais tant la philosophie de l'histoire depuis Hegel et la théorie sociologique actuelle que la réalité même historique du premier demi-siècle tendent à prouver une évolution constante des "données" historiques et sociales. C'est un autre problème de savoir si cette évolution se réalise selon un schéma de structures génériques "logiques" immanentes à la réalité sociale ou si elle est soumise à l'arbitraire de la liberté humaine "absolue" et aux caprices du hasard. Le point de convergence de la plupart des historiens et sociologues contemporains est qu'en tout cas, on ne pourrait affirmer le retour "cyclique" constant de certaines données sociales fondamentales telles qu'elles puissent être à l'origine d'une constance du "contenu", d'une morphologie de relations sociales "typiques". Même si cette nature des choses consiste en une évolution soumise à un processus schématique et générique logique (la dialectique de l'histoire selon Hegel, par exemple), ce processus, par sa formalité même schématique, ne peut en soi fonder une constance "matérielle" du contenu des relations sociales concrètes formant la matière du droit. Mais, en ce cas, si la nature des choses consiste en une évolution perpétuelle, comment y fonder les normes d'un droit "naturel" ? La notion même de droit naturel ne

30. Poulantzas traduit le terme allemand "*Gesetzmässigkeiten*" par "le contenu des lois". Nous préférons plutôt le terme "régularités".

présuppose-t-elle pas une certaine constance universelle de ses normes ?

C'est ainsi que la théorie de la nature des choses dans la philosophie juridique allemande actuelle est arrivée à une impasse. Ou bien essaie-t-elle, comme Maihofer - et Coing, bien qu'appartenant à un courant philosophique différent - de fonder une morphologie constante du "contenu" de certaines situations sociales typiques, qui seule pourrait fonder sur la nature des choses des normes à validité universelle et constante, ou bien accepte-t-elle la notion d'un "*werdendes Naturrecht*" ("droit naturel en perpétuel devenir"), comme le fait Fechner, mais place ce devenir dans l'arbitraire du choix d'une subjectivité humaine en communion avec une transcendance cachée: c'est le choix humain qui à un moment précis de l'histoire entre en communion démiurgique avec la transcendance des valeurs en participant à sa création. On conçoit ainsi la notion d'un droit naturel en perpétuel devenir mais on a aussitôt recours à la notion d'une transcendance qui précisément pourrait offrir une garantie contre un fondement de la valeur sur l'évolution des faits, évolution alarmante et mystérieuse si une transcendance, cachée mais bienveillante, n'y préside. Mais, dans ce cas, on l'a vu, par l'introduction même d'une transcendance "distincte" de la réalité sociale, la notion de nature des choses perd sa valeur principale, le souci réaliste d'une approche aussi objective que possible des "choses". Nul auteur allemand contemporain, et on entrevoit peut-être une solution, n'a encore essayé de fonder un droit naturel, conçu comme nature des choses, sur l'évolution perpétuelle de la réalité sociale et historique elle-même.

Un tel fondement du droit naturel présupposerait, en effet, toute une construction théorique. On vient d'établir, dans l'exposé de la théorie de Maihofer, qu'une évolution de la réalité historique ne pourrait fonder des normes que si elle présentait en elle-même un sens jugé désirable ou juste. Le premier pas d'un fondement des normes du droit naturel sur l'évolution historique conçue comme "nature des choses" serait donc l'acceptation d'une finalité immanente de l'histoire, qui aurait pu être primordialement et positivement valorisée: on devrait démontrer que le sens de l'histoire conduit vers un avenir "idéal" et "humain", que toute réalisation historique concrète est intégrée dans une structure téléologique vers une conquête progressive de valeurs humaines. Cette structure même logique et "idéale" ou "juste" de l'histoire des faits sociaux n'étant due qu'à la *πρᾶξις* des hommes, requiert à tout moment des actes humains concrets qui puissent

actualiser ses possibilités dans le sens "idéal" et vers l'avenir-valeur de l'histoire. En ce sens, tout acte social humain pourrait être jugé en un moment précis de l'histoire comme conforme ou non à la structure schématisée de son évolution. Or, cette structure, la nature des choses, esquisserait dans chaque situation historique concrète l'acte conforme au sens de l'histoire et nécessaire à son évolution. Cet acte serait "bon" ou "juste" car l'évolution même de l'histoire et sa finalité immanente, auxquelles il est conforme, auraient été au préalable valorisées positivement. Les normes d'un droit naturel fondé sur une telle nature des choses seraient, pour chaque situation, l'expression d'un impératif moral universel et formel : "Fais ce qui est conforme à l'évolution de l'histoire", étant donné l'acceptation de cette évolution comme "désirable". Cependant, vu l'évolution même de l'histoire, un tel impératif formel "universel" correspondrait à un : fais à toute situation historique l'acte "particulier" qui convient à la spécificité même de cette situation. On voit donc que si on peut parler encore d'un droit naturel, dans le sens de certaines normes fondées sur la nature des choses qui seraient à l'origine des actes nécessaires à l'évolution à la fois désirable et immanente de l'histoire, on ne pourrait fonder "l'universalité" de ces normes. Il s'agirait, en effet, d'un "*werdendes Naturrecht*" ("droit naturel en devenir") mais fondé sur une "nature des choses" et non sur une transcendance arbitraire et indémontrable, prêtant le flanc aux arguments parfaitement valables des adversaires du droit naturel. Il s'agirait cependant de normes "matérielles" à un contenu précis, car les actes esquissés et exigés par le sens de l'histoire auraient effectivement un caractère précis et concret.

Si nous venons d'exposer notre pensée sans référence à une multitude d'auteurs, c'est dans notre tentative de formuler le plus simplement et clairement possible ce qui nous semble la problématique fondamentale d'une théorie du droit naturel conçue comme nature des choses. Cette position du problème a effectivement ses sources dans la pensée dialectique hégélienne et son adaptation par les théories phénoménologique et existentialiste. Nous croyons que l'on devrait retenir que ce qui peut paraître arbitraire et discutable dans cette théorie, la structure logique de la réalité historique, l'acceptation d'une finalité "juste" et "bonne" de l'histoire, est précisément présupposée et implicitement affirmée par toute autre théorie de la nature des choses, parallèlement aux antinomies introduites par la juxtaposition d'une transcendance -Fechner, Coing - ou par l'acceptation d'une constance de situations ou relations sociales "typiques" - Coing, Spranger, Maihofer - qui, selon notre opinion, ne peut être démontrée et en tout

cas ne peut fonder des normes universelles à contenu précis.

Notons en dernier lieu que, même dans l'exposé proposé ci-dessus, la dualité entre fait et norme ne paraît pas encore dépassée. Pour que les normes soient fondées sur les "choses", sur la réalité sociale, son évolution historique doit être primordialement considérée comme "juste". Le choix humain décide, jouant le rôle de médiateur normatif que nous avons vu, si les faits sont "bons" et si la norme doit être fondée sur eux. Remarquons cependant -comme on l'a déjà noté ailleurs - que c'est l'homme qui constitue la réalité sociale et historique. L'homme est à la fois sujet et objet de l'histoire et de la société; il la constitue et il l'étudie. En ce sens, si l'évolution historique présente une finalité immanente, c'est que les hommes, constituant l'histoire, ont précisément voulu et décidé d'agir vers certaines fins. La finalité de l'histoire n'est constituée en dernière analyse que par la totalité des projets téléologiques des hommes qui la constituent, et les hommes ont choisi certains fins à leurs actions parce qu'ils jugeaient ces fins comme "bonnes" ou "justes". Les faits sociaux et historiques, les "choses" ne sont ainsi structurées que par l'incarnation pratique des valeurs choisies par l'homme; leur évolution, leur "nature", sont les valeurs du choix humain réalisées en actes historiques. La distinction du fait et de la valeur n'est-elle pas remplacée ainsi par une totalité structurelle de ces deux pôles de la pensée philosophique? Lorsque, par nature des choses, on entend nature de la réalité historique et sociale, lorsque la notion de "choses" indique l'objet des sciences "humaines", la réalité humaine, le fait lui-même ne présente-t-il pas une structure analogue à celle de la valeur, ne constitue-t-il pas la norme réalisée en acte humain? Problème fondamental de la sociologie actuelle et étroitement lié à celui de la possibilité épistémologique d'une science sociologique objective qu'on a indiqué ailleurs. Si donc une thèse de la "nature des choses" que nous venons d'exposer est fondée sur une sociologie des "projets" humains conscients de ces problèmes, est-il possible de concevoir un rapport nouveau entre philosophie et sociologie du droit, fondé sur la totalité structurelle du fait et de la valeur? De quelle nature serait cette totalité? Autant de problèmes ouverts(31)

---

31. G. STRATENWERTH, dans son étude très perspicace, *Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache*, Tübingen, Mohr, 1957, (p. 22 ss.) insiste sur le fait qu'une théorie de la nature des choses ne pourrait se limiter à une étude objective de données purement ontiques - *rein ontische Daten* - mais devrait comprendre que leur signification, leur nature ne peut être révélée qu'à travers le point de vue sous lequel elles sont considérées. "*Denn die Relation*

## CHAPITRE IV

### RADBRUCH.

On ne pourrait omettre dans ce mémoire l'examen de la pensée d'un des auteurs dont l'influence dans le domaine de la philosophie du droit fut prépondérante en Allemagne pendant la première moitié de ce siècle.

G. RADBRUCH fut le premier à élaborer une version moderne de la théorie de la Nature des choses(32), version qui d'ailleurs trouva son expression définitive dans l'édition renouvelée de sa *Rechtsphilosophie*(33), après la seconde guerre mondiale. Nous avons choisi d'examiner d'abord Maihofer afin de poser les problèmes de la nature des choses avant d'aborder Radbruch dont la pensée présente une évolution interne complexe. Sa position est caractéristique, car il se classe parmi les néo-kantiens. La nature des choses constitue, selon sa première version, la matière première de la norme; elle consiste en une résistance, privée en soi de toute signification et sens, à l'"idée" du droit. Celle-ci se réalise en lui prêtant la forme, le contenu, le sens, la valeur; il voit en elle une "*Stoffbestimmtheit der Rechtsidee*". Il compare(34) la nature des choses à la matière de la création artistique: l'idée du droit se réalise dans la nature des choses comme l'idée artistique dans le bronze ou le marbre. On remarque qu'à ce niveau, la notion de "nature" des choses n'a pas encore un sens littéral: il s'agit de la propriété même de la "matière" qui consisterait précisément dans ses

---

*zwischen einem bestimmten Wertgesichtspunkt und der entsprechenden Sachstruktur ist unauflösbar*" (car la relation entre un certain point de vue normatif et la structure des choses correspondante est irréductible). C'est précisément une vision spécifique qui érige en être des "choses" en nature une certaine structure parmi un tas de faits fortuits et divers. C'est même en raison de cette vision normative, nous dit Stratenwerth, que l'on peut répondre aux objections contre une théorie de la nature des choses, selon lesquelles les "normes" du droit positif ne peuvent être liées à n'importe quelles structures de l'être", le *Sollen* est originellement séparé du *Sein*. Mais précisément répond Stratenwerth, le *Sein*, la nature des choses, n'est pas un *Sollen*, donc les normes doivent être liées aux "choses" qu'elles structurent.

32. G. RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, in *Festschrift für Rudolf Laun zum 65. Geburtstag*, Hamburg, 1948, 157 ss.
33. Poulantzas réfère à l'édition de 1956, sous la direction de Erik Wolf, éditée à Stuttgart, chez Köhler.
34. *Rechtsphilosophie*, 98.

caractéristiques d'amorphe et d'inertie et non d'un ordre ou structure chargés d'un certain sens ou signification.

Or, on vient de voir que la notion de "nature" sur le plan du droit naturel revêt le sens d'une structure significative, présentant comme telle les possibilités de fondement des normes juridiques, du droit "naturel". La nature des choses de Radbruch peut-elle donc, dans cette première version, conserver le nom de "nature" ?

Remarquons cependant la parenté apparente entre la pensée de Radbruch et celle de Coing: tous les deux peuvent être considérés comme idéalistes. Radbruch, néo-kantien, par l'acceptation d'une Idée raisonnable transcendante et apriorique du droit; Coing par l'acceptation d'un monde de valeurs, lui aussi transcendant et apriorique. Pour tous les deux, la nature des choses ne constitue pas la forme ou structure de la norme juridique, mais même pas le contenu: elle n'est que la matière de la norme juridique, le champ d'action de sa réalisation. Ce qui aboutit chez eux à une différenciation fonctionnelle entre contenu et matière - "realia" - de la norme juridique. Pour Coing, le contenu de cette norme est intégré à la transcendence des valeurs "matérielles" qui précisément sont munies de contenu concret; pour Radbruch, le contenu de la norme est découvert dans chaque cas concret par l'application des principes généraux aprioriques et transcendants de la Raison "pratique"; il est "inculqué" à la matière juridique, "la nature des choses", au même titre que la forme, par l'application des principes de l'Idée du droit.

Ainsi, Radbruch et Coing sont amenés, par la séquence logique de leurs positions, à un dualisme entre transcendence et "realia" - matière de la norme juridique - qu'ils cherchent cependant à éliminer, car ils ont pris conscience - et cette prise de conscience est caractéristique de l'évolution progressive de la pensée de Radbruch - qu'une théorie actuelle du droit naturel doit pouvoir fonder des normes naturelles, en rendant parallèlement compte de la réalité historique et sociologique concrète. Ainsi, chez Coing, la nature des choses perd progressivement son caractère d'inertie et se présente de plus en plus chargée de sens : d'une notion comme "*die eigenartige Sachgesetzmäßigkeit in sich, die den einzelnen Tätigkeitsbereichen der Menschen eigen ist*" ("les lois spécifiques de la matière propres à chacun des domaines de l'activité humaine") - dans *Die obersten Grundsätze des Rechts*(35), il évolue vers une notion [que l'auteur

---

35. H. COING, *Die obersten Grundsätze des Rechts. Ein Versuch zur Neubegründung des Naturrechts*, Heidelberg, Schneider, 1947, 155 p.

désigne comme] "*Vorstellung [die] einer durchgehenden Ordnung der sozialen Dinge zu erweitern scheint*" ("[une représentation qui] paraît s'élargir en une représentation d'un ordre constant des choses sociales")(36). Avant de tracer cette évolution chez Radbruch, nous voudrions encore répéter la remarque faite déjà à propos de Coing: si la nature des choses ne constitue que la matière de la norme juridique, le contenu même de celle-ci étant intégré à la transcendance, comment peut-elle revêtir une fonction fondamentale dans la détermination de la norme du droit naturel ? L'irréductibilité foncière du fait à la norme, leur distance, est conservée entière par la morphologie même structurale qu'ils prêtent à la norme juridique.

Chez Radbruch, l'évolution vers un sens immanent à la nature des choses est d'autant plus marquée qu'il commença par considérer cette nature comme une matière amorphe et inerte. Il aboutit à une reconnaissance de la nature des choses comme "*der auf eine Rechtsidee bezogene Sinn eines Lebensverhältnisses*" ("comme la signification d'une relation vitale rapportée à une idée du droit")(37). Toute relation vitale présenterait certaines caractéristiques proprement "juridiques", qui intéresseraient spécifiquement le droit. Par une réduction de ces relations vitales à leur signification juridique, on pourrait arriver à la conception type de l'institution juridique qui leur correspond "naturellement". Radbruch accepte l'existence de "types idéaux" d'institutions juridiques qui ainsi ne constitueraient pas simplement des catégories nécessaires de la Raison. La nature des choses est dotée d'un sens propre; elle ne consiste plus en une matière amorphe dont le sens lui serait attribué de l'extérieur, par la Raison. Radbruch d'ailleurs l'admet textuellement: ce sens de la nature des choses [qui] "*als Sinn der Gegebenheit, auf der Seinsseite bewegt*" ("comme sens [du] donné, se situe du côté de la réalité factuelle"). Mais cette position n'abolit-elle pas les fondements mêmes de la théorie néokantienne? Comment peut-on concevoir un "sens" immanent à la réalité, sans rejeter par là le primat absolu de la transcendance de la Raison, qui, comme telle, fonde les principes universels et éternels de l'idée d'un droit naturel ?

La position de Radbruch paraît ainsi particulièrement souffrir de l'inconséquence qui constitue la faiblesse du système kantien que Hegel lui reproche, du décalage essentiel entre Raison et Réalité. Comme le dit Maihofer, le kantisme conclut gratuitement d'un "*Notwendig-So-Denken-Müssen - und Nicht-Anders-Denken-Können*" ("devoir-

36. *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, p. 119, 122.

37. *Natur der Sache*, 162.

nécessairement-penser-ainsi et ne-pas-pouvoir-penser-autrement") à un "*Notwendig-So-Sein-Müssen und Nicht-Anders-Sein-Können*" ("devoir-nécessairement-être-ainsi et ne-pas-pouvoir-être-autrement"). Bien que le kantisme, [auquel adhère] Radbruch notamment, professe, en d'autres mots, une dualité essentielle entre raison et réalité, signification et matière, fait et norme, face à la nécessité de rendre compte d'un sens propre à la réalité, d'une "nature des choses" qu'il constate, il tente d'abolir ce dualisme et dématérialiser la réalité: elle n'est plus une matière amorphe et inerte. Il lui attribue un sens propre, sans pour autant cependant abandonner sa position principale concernant le caractère absolu et transcendant de la Raison. Mais en ce cas, ce "sens" de la nature des choses ne peut être autre que la transcendance de l'Idée, un conflit entre les deux compromettant le caractère absolu de la Raison. C'est en ce sens que Radbruch conclut à une signification immanente à la réalité, qu'il ne peut en fait déduire que des principes de la raison, du "*Notwendig-So-Denken-Müssen und Nicht-Anders-Denken-Können*", il déduit le "*Notwendig-So-Sein-Müssen und Nicht-Anders-Sein-Können*".

Si nous insistons particulièrement sur l'évolution de la pensée de Radbruch, c'est pour montrer l'influence profonde de la longue tradition idéaliste sur la pensée juridique allemande actuelle et pour noter les difficultés contre lesquelles se heurte une théorie de la nature des choses, même chez Radbruch, qui cependant fut un des premiers fondateurs de sa version moderne.

En effet, on l'a souvent indiqué, la renaissance actuelle du droit en Allemagne est caractérisée par un souci réaliste, par une tentative d'incorporation de la réalité historique et sociale aux facteurs déterminant les normes du droit naturel, afin d'éviter les inconvénients du droit naturel idéaliste, origine de la réaction positiviste pendant le premier demi-siècle. Le rôle cependant de la tradition idéaliste fut si profond jusque dans la structuration même de la notion de la norme juridique (forme-contenu-matière-dualité de la transcendance et de la réalité factuelle) que la notion d'une "nature des choses", d'une structure de la réalité factuelle possédant un sens immanent et choisi, comme telle, pour constituer le fondement du droit naturel ne peut s'imposer que graduellement, sans que les régressions et les concessions à une nostalgie d'un droit naturel Absolu, Universel et Eternel puissent être éliminées. L'étude de la pensée de Radbruch est d'autant plus frappante que les antinomies entre une position néo-kantienne et l'acceptation d'une théorie de la nature des choses y sont particulièrement explicites, en raison même de l'évolution de ses

thèses. Remarquons cependant que les origines de la pensée de Radbruch, bien que kantienne, furent positivistes et c'est l'expérience historique qui orienta sa pensée de plus en plus vers la notion d'un droit naturel. D'ailleurs, la conception kantienne du droit peut bien donner naissance à un positivisme juridique. Si la forme conceptuelle de la norme juridique constitue son élément essentiel, si tout contenu matériel est accidentel, toute norme juridique investie de la forme nécessaire du phénomène juridique est valable: l'intégration formelle d'une norme dans un système conceptuel de droit positif étant souvent considérée suffisante pour que cette norme soit investie d'une "forme" juridique, on conclut à une validité apriorique de tout système de droit positif: c'est la position de la *Begriffsjurisprudenz* et, dans un certain sens, la thèse de la "positivité" de la théorie pure de droit de Kelsen.

Par son évolution vers le droit naturel, Radbruch, on l'a vu, tenta de concilier de façon pas toujours heureuse, un droit naturel d'inspiration kantienne et la notion d'un droit naturel fondé sur la nature des choses.

## CHAPITRE V

### FECHNER

FECHNER est l'un des principaux représentants de l'école du droit naturel de la "nature des choses". Les principes de sa philosophie sont exposés dans sa *Rechtsphilosophie*, qui a comme sous-titre : *Soziologie und Metaphysik des Rechts*(38)

Dans l'exposé de la théorie de Fechner, nous suivrons l'originalité du cours de sa pensée, dans l'ordre même qu'il adopte dans son livre. Selon Fechner, les facteurs qui contribuent à la formation du phénomène juridique sont de double nature: on y distingue les "*Realfaktoren*" ("facteurs réels") et les "*Idealfaktoren*" ("facteurs idéaux"). Les facteurs réels sont les facteurs biologiques, économiques et politiques. Le contenu de ces notions ne présentant chez Fechner aucune particularité spéciale, on peut passer immédiatement à l'examen de leur rôle fonctionnel dans le droit. Ces facteurs réels sont les domaines les plus indépendants de l'initiative humaine. Ils présentent par ordre de classement une autonomie progressive au regard de cette initiative: le facteur politique, économique et en dernier lieu le facteur biologique.

Ces facteurs possèdent en fait, selon Fechner, une structure

---

38. Tübingen, Mohr, 1956, 303 p.

propre. Bien que nettement distincts des facteurs idéaux, qu'on examinera par la suite, ils ne présentent pas un caractère chaotique et de simple matière amorphe. Leur évolution, ou plutôt, leurs mutations, -car Fechner ne pose pas les problèmes scabreux d'une évolution de la "matière" ou "nature" en tant que distincte de l'initiative humaine et munie d'un mouvement propre - ont lieu selon des règles et des lois déterminées. [Il écrit que] "*Die Realverhältnisse strukturiert sind und ihre Veränderungen sich nach Regeln und Gesetzen vollziehen*" (Les relations réelles sont structurées et leurs variations ont lieu selon des règles et des lois). Ainsi, on rencontre chez Fechner sur le plan des facteurs réels un premier niveau de structuration.

Quelle est la nature de cette structuration qui devra être rapprochée de celle des facteurs idéaux ? Fechner ne traite pas la question spécifiquement mais on détecte des indications éparses: cette structure est celle du principe de causalité; elle résulte d'un conflit mécanique de forces qui ne peuvent être appréhendées par l'homme - notons-le dès à présent - par la liberté humaine, que par l'extérieur. Ce qui est cependant important, c'est que pour Fechner cette réglementation structurelle du réel ne constitue pas, comme pour Kant et le courant idéaliste, une catégorie logique de la pensée de l'homme, un principe ordonnateur de la Raison. Elle est inhérente aux facteurs réels du droit et distincte cependant, en tant que Fechner professe le dualisme de l'idéal et du réel, de la structure des facteurs idéaux, de la "*Vernunft*" ("raison"), le "*Wertfaktor*" ("des valeurs") et du "*religiöses Faktor*" ("sentiment religieux").

On aboutit ainsi à la notion de nature des choses qui diffère chez Fechner de celle des facteurs réels du droit. Ces facteurs réels et leur structure propre, sont pour lui des éléments que tout ordre juridique "doit" respecter afin de pouvoir atteindre à des normes adéquates. Il reprend à son compte le mot de Bacon: *natura non imperatur nisi parendo*. Cependant, cette nécessité imposée à l'homme par la facticité des facteurs réels ne suffit pas à elle seule à constituer un fondement du droit naturel sous l'aspect de la nature des choses. Les facteurs réels, en fait, ne font qu'esquisser certaines solutions, ne font que tracer les limites de la liberté humaine: elle peut choisir entre un certain nombre de possibilités objectives latentes que le domaine "réel" du droit offre à l'initiative de l'homme. L'homme ne fait que prolonger les forces inhérentes à la réalité - nous n'utilisons pas le terme "matière" à cause de l'ambiguïté de la nature des facteurs réels de Fechner -. On remarque que Fechner est le premier philosophe parmi ceux dont la pensée a été examinée jusqu'à présent qui met le ton aussi fermement sur un sens

inhérent à la facticité réelle des normes du droit. Il paraît rompre dans un sens avec la tradition idéaliste allemande qui considère, avec Kant, le sens de la réalité objective comme structuration de celle-ci par les catégories raisonnables humaines ou bien, avec Hegel, le sens comme inhérent à cette réalité, mais en tant qu'elle s'intègre à l'évolution de l'idée logique constituant son objectivation antithétique dans sa marche vers la prise de conscience de soi-même, c'est-à-dire en tant qu'elle est dépouillée de son caractère "matériel" et considérée comme une incarnation de l'Idée. Cependant, nous dit Fechner, la notion de nature des choses diffère de celle des facteurs réels du droit. "*Die Realfaktoren betreffen die Faktizität, die nackte Gegebenheit des Realen und der aus ihnen herauswirkenden naturhaften Kräfte*" ("Les facteurs réels ressortissent du domaine de la facticité, des données nues du réel et des forces naturelles qui s'y développent"). La nature des choses est, selon Fechner, une notion plus complexe. Elle a de commun avec les facteurs réels qu'elle a pour objet le domaine même de ces facteurs, la réalité objective. C'est sur cette réalité - les *realia* déjà rencontrés - constituant l'infrastructure des normes juridiques, que l'homme agit par les facteurs idéaux (raison, valeurs, sentiment religieux), les "*geistige Grundvermögen des Menschen*" ("les capacités spirituelles de l'homme"), pour la formation de la règle juridique. La nature des choses constitue précisément le point de rencontre - on le verra - des facteurs réels et des facteurs idéaux, de la facticité et de l'initiative humaine: "*den sinnhaften Gehalt der Sache, eine auf Klarheit gerichtete Zielstrebigkeit, die 'geistig' bestimmt ist und gerade nicht die erdverhaftete Gebundenheit der Realfaktoren*" ("le contenu significatif des choses, une finalité tendue vers la clarté et 'spirituellement' définie et non la servitude 'liée à la terre' des facteurs réels").

On atteint ainsi un second niveau de structure supérieure où il ne s'agirait plus d'une explication des phénomènes réels extérieurs mais d'une compréhension du domaine de la réalité à travers les projets et les buts de l'action humaine qui se soumet aux exigences de forces naturelles pour pouvoir actualiser les possibilités objectives de celles-ci dans ses perspectives téléologiques propres. La nature des choses paraît naître donc, au premier abord, de la confrontation de l'initiative de l'homme - facteurs idéaux - avec les structures du réel - facteurs réels. Il en résulte un niveau supérieur de structuration, dépassement et prolongement des structures réelles par l'activité significative proprement humaine, l'entéléchie ou téléologie: l'ordonnance de cette activité vers la dimension de l'avenir, vers les buts à atteindre. Mais dans cette confrontation avec les facteurs réels, quels éléments de

l'homme entrent en jeu ? Il s'agit précisément des facteurs idéaux, manifestations de la spiritualité humaine: la raison, les valeurs, le sentiment religieux. Ainsi, si le droit naturel est fondé sur la nature des choses, il doit rechercher ses normes aussi bien dans les facteurs réels que dans les facteurs idéaux, ou plutôt dans la relation qui oppose l'initiative humaine - les facteurs idéaux - à la réalité objective extérieure - aux facteurs réels. Nous devons examiner plus analytiquement les facteurs idéaux de Fechner, qui ont le rôle prépondérant dans la notion de nature des choses et ensuite éclaircir en quel sens cette relation peut constituer la source des normes du droit naturel.

Le premier de ces facteurs idéaux est, selon Fechner, la raison. Il constate que la règle juridique de tous les temps présente une structure logique. Il considère comme fonction du facteur logique la fonction "déterminante" (*feststellende*) qui consiste à concevoir conceptuellement les données d'une manière aussi adéquate que possible au réel, en excluant les considérations subjectives magiques - n'appartenant pas aux "choses" -; la fonction "ordonnatrice" qui consiste à rechercher la réalisation des buts par les moyens les plus efficaces dont l'usage est fondé sur l'examen des possibilités objectives; la fonction "cristallisante" qui consiste en une schématisation de certaines institutions juridiques et leur constance à travers l'évolution historique (Droit romain). C'est d'ailleurs le facteur logique qui est pour Fechner la source du "*Gegenseitigkeitsprinzip*" ("principe de la réciprocité"), du "*do ut des*", du "à chacun ce qui lui est dû" des Romains, c'est de ce principe rationnel qu'est déduit le *pacta sunt servanda*. Mais Fechner est moins clair lorsqu'il s'agit de définir précisément la nature et les origines de cet élément logique de la règle juridique. On réservera les remarques pour la discussion qui suivra l'exposé des thèses de Fechner, mais on peut dès maintenant essayer de fixer les idées. On vient de voir que pour Fechner, le réel présente un premier niveau de structure inhérente. Lorsqu'il affirme par la suite que le facteur de structuration logique ne se présente que comme élément de la spiritualité humaine dans la confrontation de l'homme avec le réel, on peut se demander comment la structure de ce réel peut-elle présenter une rationalité immanente indépendante des facteurs idéaux et préalable à sa confrontation avec ceux-ci. Fechner paraît éluder le problème; "*Wir können die Frage, die sich dabei aufdrängt, wie weit nämlich 'das Sein' selbst 'vernünftig' ist, hier nicht entscheiden. Sicher ist dass dem rationalen Prinzip im Recht nicht nur methodische Bedeutung zukommt. Dass die Vernunft eines der Baugesetze des Seienden darstellt, halten wir allerdings für wahrscheinlich*" (On ne peut résoudre

ici la question qui se pose sur ce point, dans quelle mesure 'l'être' même est 'logique'. Ce qui est sûr c'est que le principe rationnel ne revêt pas dans le droit [qu'](39) une simple signification méthodologique. Nous tenons pour probable que la raison constitue une des lois fondamentales de l'être). Si, par "*Sein*" on désigne l'homme aussi bien que le monde "réel" extérieur, la totalité de l'Être dans le sens existentiel que Fechner emprunte, on ne voit pas pourquoi le facteur idéal de la raison n'apparaît qu'avec l'homme: si cela était, la raison ne pourrait en fait avoir qu'une fonction méthodologique. C'est le cas de Kant selon qui elle ne constituerait pas une loi immanente au réel mais une projection des catégories de la raison. On doit revenir sur ce problème, mais retenons que pour Fechner, la raison constitue un facteur idéal, "propriété spirituelle" de l'initiative humaine entrant en jeu dans la confrontation de la liberté de l'homme avec la facticité du monde des facteurs réels. Cette raison n'a point d'origine et de signification transcendante; elle n'apparaît que par l'homme et avec lui.

Cependant, le facteur logique ne peut fonder dans sa relation avec le réel, selon Fechner, que des règles formelles et privées de tout contenu matériel: "*Ihr Wirkbereich ist beschränkt auf eine überwiegend kritisch prüfende oder formal systematisierende Funktion*" ("son domaine d'action est limité à une fonction [principale] d'examen critique ou de systématisation formelle"): c'est le cas par ex. du principe de la réciprocité, du "*do ut des*". Dans la recherche des normes matérielles du droit positif dans la nature des choses, dans la confrontation, selon Fechner, de la spiritualité de l'homme et du réel, on s'adresse ainsi au second facteur idéal de cette spiritualité, au facteur des valeurs.

En raison même de sa formalité (76-77) le concept juridique logique ne prescrit pas une certaine solution d'un cas concret, mais cède, dans les limites qu'il prescrit, le privilège de la résolution dernière à une considération axiologique, fondée sur un acte émotionnel dont l'origine remonte au-delà de la raison, dans les "tréfonds de l'âme". Fechner, aussi bien dans sa *Rechtsphilosophie* que dans la critique de la *Rechtsphilosophie* de Coing(40) et extrêmement intéressante pour le rapprochement des pensées et méthodes de ces deux philosophes du droit, se réclame disciple de la théorie des valeurs de Hartmann et Scheler. Etant donné l'analyse de cette théorie, on n'insistera que sur quelques particularités que celle-ci présente chez Fechner.

39. Nous ajoutons ce mot pour traduire les termes allemands "*nicht nur*".

40. A.R.S.P., 1950, 403.

Les valeurs constituent pour lui, comme pour Scheler et Coing, un monde transcendant, objectif et apriorique dont la validité est absolue. Il admet les arguments contre cette conception des valeurs, mais renonce à leur reconnaître une importance décisive. La relativité historique des valeurs, leur pluralité dans le temps ne démontre nullement, dit-il, leur relativité essentielle: elle peut aussi bien être attribuée à la relativité des visions normatives des sujets axiologiques. Le monde des valeurs n'est "révélé" - et l'on se rappelle ici de la théorie de la vérité de Heidegger, aux oeuvres duquel Fechner se réfère constamment, comme "ouverture" progressive de l'être aux yeux du sujet cognitif - que par une apocalypse graduelle de la "pyramide" objective des valeurs aux consciences valorisantes des humains. Tout compte fait, nous dit implicitement Fechner, les arguments rationnels "pour" cette thèse valent les arguments "contre". On ne peut vraiment prouver par une méthode apodictique objective l'une ou l'autre. Ainsi fonde-t-il sa croyance à ce monde des valeurs sur le sentiment profond de l'absolu de celles-ci: elles paraissent se révéler: "*aus einer tieferen Quelle der Gewissenheit*" ("d'une source [plus] profonde de la conscience").

Fechner parvient ainsi à cristalliser deux facteurs idéaux, propriétés spirituelles de l'homme, la raison et les valeurs. Entre ces deux facteurs, on remarque une différence qualitative. Tandis que tous deux se trouvent en relation oppositionnelle à travers l'initiative "spirituelle" humaine avec le monde de la facticité des facteurs réels, les valeurs constituent un monde transcendant: la raison est privée de ce caractère de transcendance. Elle est immanente à l'homme - on a déjà constaté le problème qui se pose: n'est-elle pas, en plus, immanente à la facticité "structurée" du réel de Fechner ? Tous les deux présentent (155-162) un caractère objectif: l'objectivité "en soi", indépendamment des visions axiologiques des sujets, des valeurs est déduite de leur transcendance même; l'objectivité des principes logiques immanents à l'homme est "constatée" par Fechner par l'analyse de plusieurs exemples concrets (par l'analyse de plusieurs phénomènes ou institutions juridiques dont la structure "logique" fut acceptée universellement, en dépit des variations temporelles et locales du "milieu juridique". On se trouve ainsi en face de deux ordres signifiants d'une validité objective: la raison (76-78) trace les limites formelles des valeurs tout en exerçant un contrôle continu, évitant ainsi les erreurs et les conflits de la conscience axiologique. L'harmonie cependant entre ces deux ordres objectifs d'une part, la relation entre celles-ci en tant que spiritualité humaine et la facticité des facteurs réels d'autre part,

suffisent-elles à constituer une structure significative totalisant la nécessité de la structure causale de cette facticité - facteurs réels - acceptée et prolongée dans les perspectives de la structure théologique de la spiritualité humaine - facteurs idéaux ? Suffisent-elles, en d'autres termes, à former une nature des choses dans le sens de Fechner, qui pourrait fonder des principes du droit naturel ?(41)

Cette relation aurait pu en effet constituer la notion d'une "nature des choses", si le monde transcendant des valeurs était transparent à la conscience axiologique de l'homme. Celui-ci pourrait en ce cas connaître la valeur, contrôlée par la raison, applicable à chaque cas concret, et la réaliser dans les faits tout en respectant leur nécessité propre. Mais la transcendance des valeurs est, pour Fechner, disons un Dieu caché.

Elle n'est révélée à l'homme que par une relation "existentielle" avec cette transcendance à travers laquelle il découvre, par son choix même, dans la liberté de son engagement, la valeur. "*Ich muss wollen, weil ich nicht weiss, Nichtwissen ist der Ursprung des Wollen-Müssen*" ("je dois vouloir parce que je ne sais(42) pas, le non-savoir est l'origine du devoir-vouloir") nous dit Fechner, reprenant pour son compte les formules de Jaspers. La décision, le choix existentiel, ne se fait pas ainsi dans l'obscurité totale, sans aucun repère axiologique, comme le pense Sartre - au début du moins de son oeuvre. Ce choix existentiel est pour Fechner un choix devant la "transcendance cachée". Par ce choix, l'homme ne crée pas les valeurs du néant mais les découvre en participant par cette découverte même à la création totale de l'Être dont il constitue une partie organique. L'Être n'est ainsi ni la transcendance que l'homme découvre, ni la découverte même en tant qu'action humaine: c'est la relation entre ces deux pôles. La transcendance oriente le choix humain par une conviction profonde de l'homme qui, par son choix, ne découvre pas simplement cette transcendance, mais participe à sa création considérée comme création

- 
41. Fechner reconnaît aussi comme facteur idéal du droit le sentiment religieux. Cependant, dit-il, bien que ce facteur ait toujours eu une influence décisive dans la formation des règles juridiques, il ne présente pas de caractère objectif qui permette de l'ériger en source du droit naturel. Fechner opère une distinction entre le domaine de la philosophie et de la loi religieuse. Le croyant peut naturellement fonder des principes concernant le droit sur sa croyance, mais il dépasse par là même le domaine de la philosophie renonçant à la prétention d'une validité objective de sa "foi".
42. Nous préférons néanmoins le terme "sais", puisqu'il traduit mieux le terme "*wissen*". Poulantzas d'ailleurs l'utilise dans le reste de la phrase dans ce sens.

totalisante de l'Être, c'est-à-dire de l'homme et de la transcendance des valeurs, dans leur relation existentielle (252-262). "*Wahrheit ist dadurch, dass ich sie werde*" (La vérité est parce que je la deviens) dit encore Jaspers. Ce serait inutile de continuer l'exposé dans ce jargon, si l'expression nous est permise, existentiel. Ce qui est intéressant de noter pour la compréhension de la thèse de Fechner sur le droit naturel et la notion de nature des choses est précisément la conception d'une relation existentielle entre le choix humain et une transcendance d'un monde de valeurs caché, choix qui non seulement découvre cette transcendance, mais la crée dans un processus créateur total de l'Être. Fechner conclut ainsi qu'on ne peut affirmer l'existence de normes éternelles et universelles du droit naturel. "*Wir können nur feststellen, dass ein solches Naturrecht unbeweisbar ist*" ("Nous pouvons seulement affirmer qu'un [tel] droit naturel est indémontrable"). Le droit naturel ne peut fonder ses normes que sur une "nature des choses"; cette "nature" paraît consister précisément dans le choix démiurgique de la spiritualité humaine qui en un cas concret découvre en la créant la transcendance - facteurs idéaux - dont les normes actualiseront les possibilités objectives prescrites par la structure de la réalité factuelle - facteurs réels - "*Mit jeder schöpferischen Entscheidung, die Neues entbringt und damit Verpflichtendes schafft, wird ein Stück Naturrecht.... Es handelt sich dabei weder um ein Naturrecht, dessen Inhalt gegeben ist, noch um ein Naturrecht mit wechselndem Inhalt, sondern um ein Naturrecht mit werdendem Inhalt, an dem der Mensch entscheidenden Anteil hat (...)*". ("Avec tout choix créateur qui fait exister du nouveau et crée par là du devoir, devient un morceau de droit naturel (...). Il ne s'agit dans ce cas ni d'un droit naturel dont le contenu est donné, ni d'un droit naturel à contenu variable mais d'un droit naturel à contenu 'qui devient' à la création duquel l'homme prend une part décisive"). On remarque ainsi la différence de la notion de la nature des choses chez Coing et Fechner. Pour Coing, cette nature des choses constitue la structure propre des champs de réalisation dans le monde des valeurs transcendantes et absolues, elle correspond à la structure inhérente à la facticité des facteurs réels de Fechner. Pour Coing également, dans son second ouvrage philosophique, la *Rechtsphilosophie*, le choix existentiel découvre au sujet axiologique le monde des valeurs: la transcendance cependant de ces valeurs, ainsi que le choix humain, par lequel elles sont "connues", ne sont pas intégrées à cette nature des choses. Ainsi, ce n'est pas la nature des choses qui fonde pour lui les principes du droit naturel, mais la transcendance même du monde des valeurs. Le

choix humain n'a pas le rôle "créateur" de participation à la transcendance qu'il présente chez Fechner, très réservé en ce qui concerne l'existence "en soi" d'un monde des valeurs qu'on ne peut appréhender que par ce choix, mais un rôle "cognitif" d'un ordre transcendant "en soi" dont l'essence "autonome" au choix humain ne peut être mise en doute: ce choix n'est pas, on l'a vu, intégré à la nature des choses, structure selon Coing de la réalité factuelle, ni à la création de la transcendance "en soi" et autonome du monde des valeurs. Pour Fechner, par contre, on peut dire que la nature des choses, c'est la totalité de l'Être. Les "moments" différenciés de la pensée de Coing: structure de la réalité - champ de réalisation des normes (nature des choses), monde transcendant des valeurs, choix humain, sont considérés par Fechner dans leur totalisation fonctionnelle, sous le nom de nature des choses. Le choix de la spiritualité humaine "créé" la transcendance des valeurs en la révélant et actualise par l'application de ses normes les possibilités objectives prescrites par la structure du réel. C'est ce choix de la spiritualité humaine - médiatrice entre la transcendance et la structure du réel - qui constitue la nature des choses. Est naturel ce qui est conforme à l'Être qui consiste lui-même précisément en la totalité intégrante et harmonique de la transcendance des valeurs, de la structure spirituelle du choix humain et de la structure de la réalité factuelle. C'est ainsi que, pour Fechner, la nature des choses fonde les principes du droit naturel. Lorsque Fechner remarque dans la critique de la *Rechtsphilosophie* de Coing(43) que Coing aurait dû intégrer le choix humain dans la notion de la nature des choses, il néglige les fondements même du système de Coing. Pour ce dernier, on l'a vu, l'absolu super-historique des valeurs peut être compréhensible non seulement en fonction de leur transcendance, mais en plus à cause de leur correspondance à des tendances profondes de la "nature humaine" qui sont à la base de situations sociales typiques et constantes. Il existe bien une relation entre le monde de la transcendance et le choix du sujet humain, mais ce choix ne constitue pas le seul lien entre la subjectivité humaine et cette transcendance, lien créateur de cette transcendance en tant - pourrait-on dire en essayant de dégager d'une façon très personnelle peut-être les présuppositions nécessaires de ces deux pensées juridiques - qu'il fonde originellement la relation de la subjectivité et de cette transcendance, comme chez Fechner. La relation entre subjectivité et transcendance préexiste à ce choix, les tendances de la "nature humaine" correspondent - quitte, on

---

43. A.R.S.P., 1950.

l'a vu, à se questionner sur la validité de cette mystérieuse correspondance - aux valeurs transcendantes. Il ne peut s'agir, à vrai dire, chez Coing, comme il le voudrait, d'un choix "existentiel", car ce choix ne peut être pour lui que la connaissance de la transcendance des valeurs de la correspondance présumée entre celles-ci et la "nature humaine". Le moment subjectif consiste pour lui en une "essence" ou "nature" humaine et en un choix non pas création originelle mais "connaissance" ou manifestation de cette essence pré-existante correspondant à la transcendance. La philosophie de Coing est profondément "essentialiste" et non "existentialiste". Cette tendance "essentialiste" de sa pensée est manifeste dans sa notion même de transcendance. La transcendance des valeurs de Fechner est une transcendance au sens existentialiste du mot, fondée sur la participation même du libre choix humain à sa création. La transcendance des valeurs de Coing est la transcendance classique des philosophes essentialistes, autonome et absolue. La subjectivité humaine ne présentant que la fonction de "champ d'action" de celle-là. Ce qui a pour conséquence l'impossibilité d'intégration, pour Coing, de ce choix humain à la transcendance du monde des valeurs d'une part, la radicalisation de la transcendance et sa distinction irréductible des "choses", de la réalité factuelle d'autre part, qui ne peut d'ailleurs non plus, comme telle, intégrer ce choix humain. Les trois entités de la philosophie de Coing: transcendance, nature humaine (comprenant le choix "cognitif" humain), nature des choses, ne peuvent être totalisées en l'Être, comme chez Fechner, car il y manque précisément une notion "existentielle" de la subjectivité humaine, médiatrice en tant que choix libre et originel entre la transcendance et la réalité factuelle, transcendance qu'il crée par l'actualisation même des possibilités objectives de la réalité factuelle. On remarque ainsi que malgré leurs similitudes apparentes, il existe des différences profondes, qui n'ont d'ailleurs pas encore été analysées par la critique, entre la pensée de Fechner et celle de Coing, portant sur le sens même des notions qu'ils utilisent: transcendance, nature des choses, choix humain, et que Fechner néglige lorsqu'il reproche à Coing de ne point intégrer le choix humain dans sa notion de nature des choses.

Avant de quitter Fechner, nous voudrions faire quelques remarques sur des points qui nous paraissent prêter à discussion : on a vu que pour Fechner la réalité factuelle qui constitue les facteurs réels du droit (biologique, économique, politique) présente un premier niveau de structuration immanente. Il va même jusqu'à affirmer que, régis par des lois de causalité, ils revêtent la forme d'un "*Strom der*

*Geschichte* ("un courant de l'Histoire") (p. 163). Cependant la raison apparaît pour lui, en tant que propriété exclusive de la spiritualité humaine, parmi les facteurs idéaux qui, en relation oppositionnelle avec les facteurs réels et par le choix humain vers la transcendance des valeurs, s'ordonnent en nature des choses, "*den Sinnhaften Gehalt der Sachen... der geistig bestimmt ist*" ("le contenu essentiel des choses qui est déterminé spirituellement"). On remarque la dualité foncière de Fechner. En effet, si la réalité présente une structure inhérente "logique", comment peut-on affirmer que la raison, le "sens" n'apparaît qu'avec la spiritualité humaine ? Si la structure logique, le mode "raisonnable", est immanent à la réalité factuelle, il ne peut constituer "originellement" un facteur idéal, domaine propre de l'esprit de l'humain, en tant qu'opposé à la "*erdverhaftete Gebundenheit der Realfaktoren*" ("l'ancrage à la terre des facteurs réels"). Par contre, les facteurs idéaux auraient dû être expliqués et conçus comme dérivés, en un certain sens, de la réalité factuelle.

Examinons les systèmes philosophiques modernes de ce point de vue. L'hégélianisme, on l'a déjà vu, reconnaît un sens "logique" immanent à la réalité factuelle, mais en tant qu'elle est intégrée à l'Idée logique, comme objectivation antithétique de celle-ci, le "réel est logique" pour Hegel parce qu'il est Idée. La structure significative du réel est pour Hegel du même ordre que la structure significative de l'Esprit; elle est la structure significative même de l'Esprit en un certain moment historique de son évolution vers la conscience de soi-même. Pour Fechner, ces deux structures sont d'ordre différent, quitte à se demander pourquoi la raison est considérée comme caractéristique propre et exclusive de la structure spirituelle. Pour le Marxisme, la pensée de Hegel se renverse. La raison est immanente à la réalité factuelle sous la forme de "dialectique de la nature" et les structures significatives propres à l'homme ne sont conçues qu'en tant que manifestation en un moment historique précis de l'évolution de cette dialectique naturelle, comme une forme particulière qu'elle revêt dans l'homme considéré lui-même comme être naturel. Le dualisme est réduit, mais du côté de la réalité factuelle cette fois. Remarquons cependant que le dualisme de Fechner ne se confond pas exactement avec le dualisme proprement dit, professant une irréductibilité essentielle entre Esprit et Matière, que L'Hégélianisme et le Marxisme ont chacun dépassé dans des sens opposés. Ce dualisme, prenons comme exemple Kant, établit cette irréductibilité entre les deux pôles cités, mais ne cherche point à loger dans la Matière des propriétés "raisonnables" de l'Esprit. Fechner, tout en conservant la

différenciation essentielle entre Esprit et Matière, entre facteurs idéaux et facteurs réels, tente à prêter à la réalité factuelle des propriétés qui, en raison même de cette différenciation, ne peuvent appartenir qu'à la structure spirituelle. La distinction de Fechner, entre une structure "causale" de la réalité factuelle et une structure téléologique de la spiritualité humaine ne suffit pas en elle-même, étant donné les fondements de son système, à considérer la structure "causale" comme immanente aux choses et la structure "téléologique" comme propriété du domaine spirituel. Sartre - pour se référer encore à un philosophe existentialiste dont la pensée présente des similitudes avec celle de Fechner -, dans sa *Critique de la raison dialectique*, fait aussi une distinction entre la "facticité" de la réalité factuelle, de la Matière, et l'activité signifiante de l'Homme : la réalité factuelle ne peut être "expliquée" que par un enregistrement des faits inertes et successifs qu'il s'agit de relier de l'extérieur par des lois de "causalité" donnant une forme mathématique plus ou moins élaborée à leurs consécutives empiriques et à leurs rapports en général. Par contre, l'activité humaine ne peut être "comprise" que fonctionnellement, par l'intérieur, à travers un schéma téléologique: l'organisation des moyens en vue d'une fin, la détermination des possibilités présentes en fonction de cette fin. Sartre accepte donc, comme Fechner, une épistémologie dualiste, avec deux "raisons" qu'il distingue clairement: une "raison positiviste", pour les sciences de la nature, une "raison dialectique" pour la connaissance de l'activité humaine. Mais bien que cette dualité même rapproche Sartre de Fechner, ils diffèrent en ce que Sartre ne l'interprète pas comme Fechner, comme indice de l'immanence de la "raison positiviste" dans la réalité factuelle et l'appartenance exclusive de la "raison dialectique" à la spiritualité humaine. Ces deux formes d'ordonnance "logique" ne sont données pour Sartre qu'avec le facteur de la conscience humaine. La raison causale "positiviste" n'est pour lui qu'un mode d'assimilation raisonnable projeté par la spiritualité humaine sur la réalité factuelle et non une forme de raison immanente à la matière.

Si nous insistons sur ce point de la théorie de Fechner c'est bien en raison des conséquences importantes qui en découlent. On vient de voir que pour Fechner le droit naturel "se fait" en un moment donné par le choix humain vers la transcendance des valeurs qui actualise une des possibilités objectives de la réalité factuelle. C'est en ce sens que le choix constitue pour Fechner le prolongement d'une évolution esquissée dans les "faits" même. Le droit naturel est en une situation précise le point de convergence harmonique d'une valeur avec une possibilité objective esquissée par la réalité factuelle, point de

convergence dont la découverte constitue la fonction propre du choix humain. Mais précisément, et cette question est croyons-nous d'une extrême importance, ce point de vue présuppose la possibilité, la nécessité même dirions-nous, d'une convergence harmonique de la réalité factuelle et de ses possibilités objectives d'une part, et des valeurs transcendantes d'autre part. Or, étant donné que Fechner admet implicitement deux "raisons" d'origine et de fonction distinctes, l'une, causale, immanente à la réalité factuelle, l'autre, téléologique, propriété de la spiritualité humaine, comment peut-il fonder une harmonie "préétablie" entre les deux ? Prenons un exemple pour fixer les idées. Il a été démontré par Darwin que la "rationalité" du facteur "réel" selon Fechner - biologique - consiste dans la "raison du plus fort". Cette conclusion peut-elle s'harmoniser avec une transcendance des valeurs si les valeurs elles-mêmes sont logées au centre de la spiritualité humaine, autant qu'elle [se] distingue essentiellement de la réalité factuelle, comme chez Fechner ? On aboutit ainsi encore au problème de la distinction du fait et de la norme. Une harmonie "possible" entre la réalité factuelle et la norme juridique ne peut être présupposée que par une théorie qui réduit la dualité Esprit-Matière ou bien en ramenant la matière à l'esprit (Hegel) ou bien l'esprit à la matière (Marxisme). Il ne s'agit nullement d'ailleurs de formuler par là un reproche au dualisme, mais de constater que ce n'est que lorsque les faits sont considérés comme l'incarnation même de la norme ou lorsque la norme est considérée comme la conceptualisation téléologique des faits que l'harmonie entre les deux peut être considérée comme "donnée".

Dans le cas contraire du dualisme, la norme doit être "établie": en ce cas, ou bien on considère qu'elle "doit" consentir aux faits, et alors l'harmonie est créée par ce jugement même; ou bien on considère qu'elle "doit" s'opposer à eux, et en ce cas le conflit entre la force des choses et le devoir apparaît. D'ailleurs, remarquons que le problème des rapports entre fait et norme, considéré sous cet angle, n'est point traité du point de vue de la distinction structurelle et fonctionnelle de l'être et du devoir être, mais du point de vue du contenu: qu'est-ce que le "devoir-être" doit vouloir ? Les faits eux-mêmes ou autre chose ?

Ainsi Fechner, acceptant la dualité foncière entre facteurs réels et spirituels, se heurte à ces difficultés du "contenu" du fait et de la norme. Ces difficultés se présentent même accrues chez lui à cause de la différenciation de la raison en un mode immanent à la réalité factuelle et l'autre à la spiritualité humaine. Ainsi, la matière peut être pliée bien plus difficilement à la signification de la transcendance et de la spiritualité humaine, car il ne s'agit plus de la matière inerte et apathique

du dualisme; elle présente une structure propre dont la convergence avec celle de la spiritualité, étant donné leurs origines et fonctions essentiellement distinctes, ne peut être fondée. Fechner répondrait peut-être que cette convergence s'explique parce que les dualismes, réalité factuelle - spiritualité humaine, raison positive - raison téléologique, sont levés par leur totalisation commune dans l'"Etre". Mais précisément, ce recours métaphysique à un "Etre-qui-englobe-tout" doit être plus qu'un *deus ex machina*. Et nous citons encore Hegel qui affirmait que toute tentative de monisme, de totalisation de l'esprit et de la matière, ne peut consister qu'en la transcendance d'un de ces deux "termes", qu'en la primauté de l'un ou de l'autre. En ce sens l'Etre engloberait bien la matière et l'esprit mais il serait lui-même ou bien essentiellement "spirituel" ou bien essentiellement "matériel". L'Etre moyen-terme de Fechner offre-t-il vraiment une solution ?

On remarque ainsi que Fechner, bien qu'il ait été un des premiers auteurs allemands à attribuer une importance décisive au facteur de la nature des choses, comme fondement du droit naturel, n'a pu se libérer complètement de la tradition idéaliste allemande qu'il a tenté de conserver sous une forme métaphysique de "spiritualité humaine" et de "transcendance", tout en rendant aux facteurs réels un sens, une structure propre. Dans sa tentative de lever les antinomies que cette position comporte, il prête, on l'a vu, à la notion de la "nature des choses" un sens complexe et global qui l'éloigne de celui que les mots même paraissent indiquer : la signification juridique de la "réalité", comme le disait Maihofer, du monde des données, quel que soit le contenu de ce terme. Il s'agit d'ailleurs d'une caractéristique typique de la renaissance du droit naturel en Allemagne contemporaine; les auteurs ont bien compris le besoin pour une théorie moderne du droit naturel de s'approcher de la réalité factuelle et de pouvoir fonder des normes qui à la fois en rendent compte et permettent à l'activité humaine d'agir en accord avec elle: ce que les événements politiques du siècle et les deux guerres ont peut-être fait définitivement admettre, c'est qu'il existe une force de la réalité qui ne peut être soumise docilement à des considérations transcendantales *ex cathedra*. Cependant, le moment de la réaction au positivisme juridique étant venu, la tentation fut trop forte pour la pensée allemande: toute une tradition idéaliste pesait sur elle. C'est ainsi que les auteurs allemands (à l'exception de Maihofer) ne purent, paraît-il, interpréter d'une manière cohérente cette "forme de la réalité", la nature des choses. Ils tentèrent des compromis dont le cas de Fechner fournit un exemple. Nous ne voudrions pas trop nous étendre dans ce mémoire sur des points de vue personnels, mais nous croyons

que les possibilités offertes par l'étude approfondie de la nature des choses auraient pu rendre compte de plusieurs phénomènes juridiques - norme, signification, forme, contenu, etc. - sans avoir recours à des vestiges de l'idéalisme classique qui détruisent la cohérence méthodologique de cette tendance philosophique.

Insistons encore, avant de quitter Fechner, sur quelques points qui nous paraissent intéressants: on vient de voir que Fechner considère comme facteurs réels qui se distinguent des facteurs idéaux les facteurs biologique, économique et politique. Mais si le facteur biologique relève en effet du domaine de la "facticité", peut-on affirmer la même chose pour les facteurs politique et économique ? Ces activités constituent en effet des manifestations de l'activité spirituelle humaine au même titre que toute autre activité. On peut en effet établir un dualisme entre la réalité factuelle et la spiritualité humaine, l'activité téléologique de l'homme, mais en ce cas toute manifestation de cette activité - dont l'activité politique et économique - est exclue *ex principio* du domaine de la réalité factuelle et est admise dans le domaine de la spiritualité. La constatation de Fechner, que les facteurs politique et économique ne dépendent pas de la liberté humaine qu'ils limitent, ne suffit pas en elle-même à éliminer leur caractère d'activité humaine. Toute activité humaine, même la plus individuelle, considérée de l'extérieur et comme "passé", comme donnée, constitue des limites de cette liberté. Le passé d'un homme le lie, en un sens, sans que cela signifie que ce passé, en tant qu'acte vécu, ne relève de la liberté humaine. Le caractère social des domaines politique et économique qui leur confère une contrainte et un caractère de situation imposée, doit être considéré de ce point de vue comme la différence quantitative et accidentelle de l'activité individuelle et de l'activité sociale, à l'intérieur des limites cependant du domaine de l'activité humaine, de la spiritualité de l'homme. La facticité d'ailleurs, dans le sens existentialiste, est bien le contraire de liberté, mais ne correspond pas, en ce sens, comme Fechner l'admet implicitement, à la réalité factuelle. Tout ce qui limite la liberté humaine est considéré comme facticité, mais n'appartient pas nécessairement au domaine de la matière, de la réalité factuelle: il peut bien appartenir au domaine de la spiritualité humaine. En ce sens, le choix d'une norme ou un acte moral sont des expressions de la liberté humaine en tant que tels, mais sont considérés comme facticité en tant que, cristallisés en passé, tracent des limites ou peuvent influencer un choix ou un acte futur. Ce serait aller trop loin que de continuer cette discussion, mais retenons que les facteurs politique et économique, expressions de l'activité humaine, ne peuvent

être rejetés dans le domaine de la réalité factuelle car Fechner accepte comme critère de la distinction, le caractère signifiant et téléologique de l'activité humaine et le caractère de structure causale de cette réalité. Or les activités politique et économique constituent bien des activités signifiantes et téléologiques.

La dernière remarque que nous aurions voulu adresser à l'oeuvre de Fechner concerne les facteurs idéaux. Fechner se considère comme un disciple de M. Scheler et de N. Hartmann, fondateurs, on l'a déjà vu, de la théorie d'un monde des valeurs matérielles, transcendantes et autonomes de la subjectivité humaine. On vient d'examiner cependant que la transcendance des valeurs de Fechner est bien plus une transcendance dans le sens existentialiste du terme que dans le sens classique: l'homme ne découvre pas simplement les valeurs transcendantes et absolues, comme chez Scheler ou Hartman, mais prend un rôle de participation démiurgique à leur création. En raison de leur caractère transcendant, les valeurs créées par le choix humain en chaque cas précis ont une validité absolue dans les limites de la situation donnée: elles constituent ainsi le droit naturel. Mais cette conception de la transcendance des valeurs peut-elle être conciliée avec la thèse de Scheler et Hartmann, d'une transcendance autonome et absolue des valeurs matérielles à contenu précis ?

Cette dernière conception ne reconnaît qu'un rôle "cognitif" à la subjectivité humaine et élimine tout rôle démiurgique du choix humain. Mais en ce sens, elle gagne sur le plan de l'objectivité absolue de la valeur transcendante "connue" tandis que la théorie existentialiste ne peut accéder qu'à une certitude et validité subjective de la transcendance "créée" par le choix humain; c'est d'ailleurs la conclusion des philosophes existentialistes de la "transcendance", de Jaspers et de Kierkegaard. Bien que pour Jaspers (autrement Kierkegaard), la vérité de la transcendance dépasse les particularités individuelles des relations avec elle, constituant un domaine d'absolu que nous ne pouvons vraiment atteindre et capter et dans lequel s'unissent tous les projets, toutes les différences, tous les uniques que nous sommes, cette affirmation paraît d'ordre théologique et du mode de la foi métaphysique, que Fechner lui-même a précisément critiqué dans la discussion du facteur idéal religieux. Cependant, Fechner en ce qu'il accepte une transcendance non simplement mouvement de "transcender" de la conscience humaine vers l'Autre que soi-même, le monde, l'autrui, l'avenir (comme le font Heidegger et Sartre) mais comme existence d'un "au-delà" métaphysique, se rallie à Jaspers et aux philosophes existentialistes métaphysiques. Bien qu'il ait cherché

lui-même souvent à concilier les deux tendances - la transcendance de Scheler et Hartman et la transcendance existentialiste -, sa problématique, croyons-nous, doit être considérée dans le contexte d'une philosophie existentialiste métaphysique, avec tous les problèmes et les discussions que celle-ci peut soulever. On peut affirmer d'ailleurs que la théorie existentialiste n'a pas encore connu un grand succès dans le domaine de la philosophie juridique. La raison principale est peut-être la méfiance traditionnelle de l'existentialisme allemand envers la société, la considération de la vie "sociale" comme un mode d'existence inauthentique. Le droit, phénomène social par excellence, fut ainsi objet de critique de la part des philosophes existentialistes allemands. Ce n'est que l'école de l'existentialisme français, avec M. Merleau Ponty, J. Wahl, J.P. Sartre, S. de Beauvoir, F. Jeanson, qui a réussi à fonder une "sociologie" existentialiste, ouvrant des perspectives nouvelles à l'application de cette philosophie dans le domaine du droit. Malheureusement, cette école est encore presque inconnue des philosophes du droit allemand. En tout cas, la philosophie existentialiste paraît avoir une influence croissante sur la philosophie actuelle du droit en Allemagne. Il est encore trop tôt pour essayer de découvrir les raisons de cette influence. On pourrait soutenir cependant que l'élément de cette philosophie qui attire les juristes, est l'importance qu'elle accorde au choix existentiel de l'homme. Pour l'existentialisme "athée", c'est ce choix libre et responsable qui fonde les valeurs suprêmes de la conduite humaine. Pour l'existentialisme "transcendant" ce n'est que par ce choix intime et personnel que l'homme peut entrer en communion avec la transcendance, par un acte vécu d'apocalypse créatrice de celle-ci. Naturellement les théories du droit naturel, cherchant précisément à fonder des normes universelles ont été bien plus influencées par l'existentialisme "transcendant" de Jaspers et de Kierkegaard que par l'existentialisme athée de Heidegger et de Sartre affirmant, sur le plan axiologique, le manque de critères et d'indices normatifs objectifs et universels et insistant sur l'irréductibilité spécifique du choix moral individuel. Il paraît naturel qu'après une ère historique pendant laquelle tout sens de responsabilité était volatilisé par une adhésion morale absolue à l'anonymat de la masse, les philosophes du droit allemand aient cherché à réhabiliter l'importance d'une décision individuelle. Cette importance attribuée au choix humain ne serait-elle pas, en outre, due à une méfiance de ces philosophes envers une affirmation d'un système de valeurs absolues ? Cette affirmation ne contient-elle pas le risque d'aboutir à un nouveau positivisme philosophique ? Toute affirmation de valeurs dernières contient en effet

une part d'arbitraire indémontrable. D'où un déchirement interne de plusieurs théories actuelles du droit naturel: Elles tâchent de fonder des valeurs transcendantes et "matérielles" absolues, considérant comme telles précisément les valeurs abolies par le fascisme, tout en essayant de retenir l'importance capitale du choix d'une responsabilité morale individuelle. "Aucune philosophie du droit ne peut prendre une décision à la place de l'homme, une décision juridique à la place du juge", dit Fechner. En effet, qu'arriverait-il si on remplaçait les valeurs absolues de ces acteurs par la hiérarchie des valeurs du national-socialisme ?

Un problème d'ailleurs se pose sur ce point. La philosophie existentialiste n'est arrivée à attribuer l'importance morale "existentielle" au choix humain que dans le cadre de l'ensemble structurel et du contexte de sa doctrine. Les philosophes allemands contemporains du droit paraissent cependant vouloir concilier les conclusions axiologiques de l'existentialisme avec des principes, des systèmes et des méthodologies "essentialistes". On remarque ainsi des notions comme "essence" ou "nature humaine" côte-à-côte avec la notion de choix "existential", dont la distinction fondamentale est à l'origine du terme même d'existentialisme.

En dernier lieu, les rapports même entre les facteurs idéaux ne sont pas très clairs. Les valeurs, insiste Fechner, doivent [toujours être] contrôlées par la raison. En quel sens conçoit-il ce contrôle ? Les valeurs ne sont pas fondées pour lui sur la raison, comme chez Kant. Pour le système de Scheler et de Hartman, la question d'une intervention de la raison dans "la connaissance" ou "la création" des valeurs ne se pose même pas. Les valeurs sont dévoilées dans leur contenu intrinsèque et dans leur hiérarchie stricte, caractéristiques même de leur transcendance. Le facteur axiologique est ainsi pour eux isolé, pour ainsi dire, dans sa transcendance. Remarquons en plus que pour Fechner, tandis que, parmi les facteurs, idéaux l'axiologique présente un caractère transcendant, la raison revêt bien les caractéristiques d'objectivité mais n'est point promue au niveau de cette transcendance: elle paraît être immanente à la spiritualité humaine. La relation de l'homme à la transcendance est une relation du choix humain au Monde des Valeurs et non à la raison Universelle. Dans le schéma Homme-Transcendance, la raison est intégrée dans la première entité. De quel "droit" la raison peut-elle ainsi remplir le rôle d'arbitre suprême des valeurs ? On ne pourrait esquisser une discussion approfondie du problème dans les limites de ce mémoire. Remarquons simplement que ce problème est bien plus général et concerne la question de l'origine,

de la nature et de la fonction de la raison dans les théories existentialiste et phénoménologique qu'une application de ces théories au domaine juridique doit élucider. Les philosophes existentialistes (Jaspers, Heidegger, Sartre), acceptant un rôle de la raison dans l'"apocalypse" de la vérité dans certains domaines de l'Être (domaine empirique, domaine scientifique), le rejettent cependant en ce qui concerne le domaine des valeurs dont le seul repère sur le plan subjectif serait précisément une conviction profonde et "irrationnelle".

### INDICATIONS BIBLIOGRAPHIQUES SOMMAIRES

La bibliographie allemande actuelle est extrêmement étendue en ce qui concerne le domaine de la renaissance du droit naturel. Cependant, si nombre d'auteurs ont exprimé leurs vues sur le fond du problème, nul n'a encore esquissé un exposé historique et critique de ce mouvement philosophique après 1945 en une étude spécifique. On ne peut avoir recours qu'aux courts exposés contenus dans des ouvrages généraux de la philosophie du droit (Villey, Fechner, Coing etc...). Les ouvrages qui, par leur nature, traitent plus longuement de la théorie actuelle du droit naturel sont surtout :

WOLF, E., *Das Problem der Naturrechtslehre - Versuch einer Orientierung*, 1955.

WELZEL, H., *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1955.

WIEACKER, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1952.

Il n'y a, à ma connaissance, que T. Würtenberger qui esquissa par des articles *Wege zum Naturrecht in Deutschland*(44) et *Neue Stimmen zum Naturrecht in Deutschland*(45) un inventaire sommaire des théories actuelles du droit naturel.

Nous aurions voulu signaler aussi les comptes rendus des philosophies du droit de Fechner et de Coing par Mr. Villey, contenus dans son ouvrage *Leçons de philosophie du droit* ainsi que les références à Coing dans l'ouvrage de M. Battifol *Philosophie du droit*.

Nous avons indiqué dans le texte de notre étude les ouvrages des auteurs dont la pensée a été analysée et dont nous avons pu prendre connaissance. Quant à l'imposante littérature actuelle sur le problème

44. A.R.S.P., 1949-50, 98-138.

45. A.R.S.P., 1952-53, 576-597.

du droit naturel, représentée par d'autres auteurs que ceux dont il est question dans notre étude, nous renvoyons le lecteur aux indications d'un des ouvrages indiqués ci-dessus.

Nombre d'ouvrages juridiques et autres, ont été consultés en ce qui concerne les problèmes spécifiques traités dans ce mémoire : kantisme, hégélianisme, existentialisme, phénoménologie, sociologie, histoire, etc... Mais nous croyons utile de dispenser le lecteur de leur long inventaire, étant donné qu'ils ne présentent pas de relation immédiate avec le sujet de ce mémoire. Nous renvoyons aux indications de l'ouvrage de M. Villey *Leçons de philosophie du droit*.