

Le présent texte est protégé par le droit d'auteur.

Fichte, entre volonté générale et *Volksgeist*

par Christophe Laudou (Madrid)

La pensée maîtresse de la philosophie politique de Cornélius Castoriadis consiste à distinguer les sociétés *autonomes* et les sociétés *hétéronomes* : « j'appelle autonome une société qui non seulement sait explicitement qu'elle a créé ses lois, mais qui s'est instituée de manière à libérer son imaginaire radical et à être capable d'altérer ses institutions moyennant sa propre activité collective, réflexive et délibérative¹ ». Contrairement aux sociétés traditionnelles, qui reposent sur la transmission de normes supposées transcendantes, notamment religieuses, les sociétés démocratiques contemporaines, toutes laïques à des degrés divers, se réclament communément d'un tel idéal d'autonomie. Je souhaite m'interroger avec vous sur la consistance d'un tel idéal. L'actualité politique, en Europe et dans le reste du monde, n'incite guère à l'optimisme : il n'est pas exclu que la marche vers une société plus autonome, loin de suivre un progrès indéfini, ne puisse connaître un brutal retour en arrière². Pour au moins deux raisons, la philosophie de Fichte constitue à mes yeux un lieu privilégié pour déployer cette interrogation. 1° Même si Castoriadis se réclame surtout de la tradition politique marxiste, l'opposition entre sociétés « autonomes » et « hétéronomes » est d'origine kantienne : elle transpose à la politique une distinction qui chez Kant avait primitivement un sens moral. Avec Fichte, on est en quelque sorte assuré de revenir à la source. 2° Le *Fondement du droit naturel* (1796) se présente comme le projet, unique dans l'histoire de la philosophie politique, de déduire la totalité des principes du droit politique à partir d'un seul concept, celui de l'activité du Moi : le droit n'est pas autre chose, aux yeux de Fichte, que le système composé par les conditions de possibilité du Moi entendu comme pur *Sichselbstsetzen*. Comme la condition essentielle n'est autre que le rapport du Moi aux autres Moi, avec lesquels il entre nécessairement en communauté intersubjective, on peut à juste titre considérer que le système de Fichte entend porter à son apogée le principe d'autonomie tant individuelle que sociale.

A la vue d'un tel projet, le philosophe, surtout s'il est familier de l'idéalisme allemand, a quelque raison de se croire à son affaire. Gardons-nous pourtant de méconnaître l'ampleur des risques encourus : si « déduire le droit de principes » semblait, aux yeux d'un éminent spécialiste du droit, une « aberration monstrueuse³ », que n'aurait-il dit d'une tentative visant à le déduire d'un seul principe, et par comble, d'un principe qui soit le Moi ? Nous voici avertis ! Mais la pensée politique de Fichte ne se réduit pas, loin s'en faut, au *Fondement du droit naturel*. Un simple regard porté sur son itinéraire révèle l'extraordinaire ambivalence de Fichte : les tensions, les hésitations, les retournements, voire les contradictions qui habitent le philosophe. Je ne chercherai pas à les masquer, persuadé que c'est souvent là où Fichte est le plus près de se contredire qu'il nous découvre ce qu'il en est de la chose même. Dans le cadre d'une communication, il est naturellement impossible de rendre justice à l'ensemble du corpus : je me m'arrêterai tout particulièrement sur l'opposition du *Fondement du droit naturel* et des *Discours à la Nation allemande*, mais je me permettrai parfois de déborder en amont ou en aval.

1 « Psychanalyse et politique », in *Le Passant ordinaire* n° 34, avril/mai 2001. Voir *L'Institution imaginaire de la société*, Paris, Seuil, 1978, et *Les Carrefours du labyrinthe 2 : Domaines de l'homme*, Paris, Seuil, 1986.

2 Dans une communication au Colloque international d'Evian-les-Bains (2005), intitulée *Le discours des victimes – Une parole qui transcende les normes*, j'ai essayé de montrer que l'importance croissante accordée par l'institution judiciaire à la parole des victimes réintroduisait une dimension de transcendance au sein même du droit.

3 Michel Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, nouvelle édition, Dalloz, 1962, p. 20.

Le titre du colloque, « Fichte et la politique », est aussi ouvert que possible. Au moins trois interprétations me semblent recevables : 1° une interrogation sur le rapport de Fichte à la politique, c'est-à-dire aux événements politiques de son époque – celle de la Révolution, de l'Empire et de la Restauration. 2° Une recherche sur la façon dont Fichte, dans les responsabilités publiques, notamment académiques, qui furent les siennes, a pour son compte assumé l'exercice d'un certain pouvoir – soit, si l'on veut, Fichte *comme* politique. 3° L'étude de la philosophie politique et juridique de Fichte, autrement dit l'évolution de son système de philosophie pratique. Nous sommes naturellement portés à privilégier ce dernier point de vue ; néanmoins, si l'on veut prendre au sérieux le primat de la pratique sur la théorie revendiqué par Fichte, il serait malvenu de négliger la façon dont le plus illustre disciple de Kant a *vécu* la politique et celle dont il a *agi* en politique. Je commencerai donc par les deux premiers points, me limitant à indiquer quelques repères, le tout étant de montrer, quelle que soit la perspective adoptée, que nous retrouvons toujours chez Fichte la même ambivalence. Une quatrième interprétation serait sans doute encore possible, celle de la manière dont la politique a pu faire usage de la figure de Fichte : je ne pourrai la prendre en compte, mais il ne fait aucun doute à mes yeux⁴ qu'elle nous conduirait aux mêmes conclusions.

Fichte face à la politique

Sur le rapport de Fichte à la vie politique de son temps, contentons-nous d'un bref rappel. Deux facteurs principaux sont à relever, qui en son temps avaient déjà attiré l'attention de Xavier Léon : 1° l'oscillation presque permanente de Fichte entre une attitude ouvertement révolutionnaire et le parti de l'ordre, et 2° le lien évident qui existe entre les positions politiques de Fichte et sa propre situation personnelle. Un seul exemple peut suffire : l'attitude de Fichte à l'égard de la censure, qui va de la défense sans faille du pouvoir établi à la revendication véhémement de la liberté d'expression. Face aux deux édits du roi de Prusse de 1788, qui dénonçaient les libertés religieuses et instituaient la censure, Fichte prit la défense du roi au nom de la vraie religion contre les esprits soit-disant éclairés dont les écrits étaient alors frappés de prohibition : dans deux fragments et une préface inédits datant de la fin de 1791, il fit l'éloge du roi, se sachant « comme savant, comme théologien, comme chrétien, la sainte obligation de contribuer à maintenir intact l'honneur du christianisme, à pousser un cri d'alarme quand sa cause lui paraît en danger⁵ ». Au même moment, Fichte, qui séjournait en Prusse chez le comte Krockow, demanda aux autorités le visa pour publier sa *Critique de toute révélation*. Lorsque le visa lui fut finalement refusé (1792), Fichte fut pris d'une sainte indignation, en appela à l'arbitrage de Kant, et réagit finalement en rédigeant la *Revendication de la liberté de penser aux princes d'Europe qui jusqu'alors l'opprimaient*, sublime manifeste anonymement publié en 1793, par lequel il se faisait le héraut de la liberté d'expression et de la souveraineté du peuple. Il serait trop facile d'accuser Fichte d'opportunisme. Le jeune théologien était sincère quand il défendait la cause de la religion, et le jeune philosophe qui défendait la liberté de pensée ne l'était pas moins. Quoi d'étonnant si les circonstances forcent le penseur à se révéler – et à se rebeller ? Je trouve plus étonnant de constater que l'hésitation de Fichte se maintient tout au long de sa carrière philosophique. Lorsque Fichte, devenu professeur à Iéna après s'être engagé à mettre une sourdine à ses opinions politiques⁶,

4 Sur ce point, il faut mettre en regard l'appropriation de Fichte par le pangermanisme impérial, notamment lors de la première guerre mondiale – *Sendet Fichte in den Schützengraben !* – et celle faite par le socialisme humaniste et pacifiste de Jean Jaurès. Voir Martial Gueroult, « Fichte et la Révolution française » (1939), in *Etudes sur Fichte*, Aubier Montaigne, 1974, et Alexis Philonenko, « Autour de Jaurès et de Fichte », in *Etudes kantienne*, Vrin, 2003.

5 Xavier Léon, *Fichte et son temps*, Armand Colin, 1927, tome I, p. 126. Sur toute l'affaire, voir p. 118-129.

6 *Ibid.*, tome I, p. 294. Lire aussi la lettre de Fichte à Goethe du 24 juin 1794, p. 295-299. On sait que Goethe appuya

affirme, dans le § 9 du *Fondement du droit naturel*, que le « droit de penser et le droit de vouloir⁷ » ne comptent pas au nombre des droits originaires (c'est-à-dire des droits de l'homme), on peut sans doute fermer les yeux⁸. Mais lorsqu'il réclame et obtient, en même temps que sa nomination comme professeur ordinaire à Königsberg (20 décembre 1806), de se voir personnellement confier la censure des journaux de façon à « vivifier le courage du peuple⁹ », on a du mal à en croire ses yeux ! Même s'il s'agit alors de mener une guerre patriotique contre l'envahisseur français, la Prusse n'a rien à voir avec l'Etat républicain que Fichte appelle de ses vœux : l'auteur de la *Revendication de la liberté de penser* décide consciemment d'assumer le rôle de censeur... quand le roi lui-même ne lui en demandait pas tant.

Fichte face à ses responsabilités publiques

Sur la question de la censure, sur les incessantes oscillations de Fichte face au pouvoir, il resterait une infinité de choses à dire, mais je ne veux pas alourdir inutilement cette communication. Le dernier exemple nous conduit déjà au second point de mon programme : la question de savoir quel rôle politique a joué Fichte dans les événements de son temps, tout spécialement dans le cadre de ses responsabilités académiques. Il n'est pas difficile de mettre en relief le contraste saisissant entre l'événement que constitua la nomination de Fichte à Iéna – où l'auteur de la WL allait enfin pouvoir enseigner publiquement le système de la liberté – et la déférence dont il fit preuve envers les autorités. Les fameuses « Conférences du dimanche », à l'origine de l'affaire des Ordres étudiants, étaient vouées à l'édification morale des étudiants et dédiées au duc de Saxe. Elles furent pour les ennemis de Fichte l'occasion d'un scandale. Se substituant à l'autorité d'un recteur défaillant, Fichte fit face à l'agitation étudiante, et obtint non sans mal l'interdiction des Ordres étudiants – à l'exception des Unitistes – qui lui vouèrent désormais une haine indéfectible¹⁰. A tout moment, Fichte incarna le parti de l'ordre. Cette position est cohérente avec son propre système : le *Fondement du droit naturel* est lui-même l'institution d'un droit de contrainte prenant la forme d'un dispositif agissant avec « une nécessité mécanique¹¹ » et placé au service d'une loi dotée d'une puissance absolue. Mais il n'est pas indifférent que ce dispositif soit mis en œuvre dans l'Etat républicain ou dans un vieux régime féodal. Fichte a-t-il cru que sa seule nomination à l'université d'Iéna montrait suffisamment que le pouvoir qui l'avait nommé s'était placé sur le chemin du progrès ? Sa destitution lors de la querelle de l'athéisme lui prouva qu'il n'en était rien¹².

Je passerai sous silence le chapitre des démêlés de Fichte avec la Franc-Maçonnerie¹³ et

la nomination de Fichte et lui servit longtemps de protecteur.

7 *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science* (FDN), traduction A. Renaut, PUF, 1984, p. 127.

8 Dans son commentaire, Alain Renaut s'empresse de lui accorder son absolution : « C'est donc purement et simplement l'élaboration du statut systémique du droit [...], et nullement une révision de ses options politiques, qui impose à Fichte d'apporter cette précision relative à la liberté de penser » (*Le système du droit – Philosophie et droit dans la pensée de Fichte*, PUF, 1986, p. 374). Nous accorderons donc à Fichte le bénéfice du doute, même si les restrictions imposées par la police à la liberté de circulation, de réunion et même aux libertés académiques (p. 303) dans la troisième section (§ 21) ne nous y incitent guère.

9 Xavier Léon, *op. cit.*, tome II, 2, p. 14-15.

10 *Ibid.*, tome I, p. 316-329.

11 PDN, § 14 et 15, p. 154-163.

12 Je ne souhaite pas rouvrir ce dossier, mais il ne serait pas difficile de montrer que cette affaire présente pratiquement la même configuration que celle des Ordres étudiants. S'opposant à l'athéisme soutenu par Forberg dans le *Développement du concept de la religion*, Fichte tenta de se défendre de cette amitié compromettante et, dans l'article sur le *Fondement de notre croyance en une divine Providence*, de rendre le Dieu moral kantien acceptable aux yeux des tenants de la religion officielle. Mais les ennemis de Fichte ne laissèrent pas passer une si belle occasion, l'affaire s'envenima, Goethe lui-même lâcha son protégé et tous les efforts d'apaisement, notamment la *Justification juridique concernant l'accusation d'athéisme*, furent vains.

13 Voir Yves Radrizzani, « La Doctrine de la Science et la Franc-Maçonnerie », in *Les Cahiers de Philosophie : Fichte*,

me limiterai à quelques remarques sur l'épisode du rectorat à Berlin, puisque c'est sans doute la seule fonction directement politique – si l'on excepte son rôle de censeur à Königsberg – exercée par l'auteur de la WL. Elu recteur en juillet 1810, Fichte perdit rapidement l'appui du Sénat de l'université, de ses collègues et d'un grand nombre d'étudiants, et dut présenter sa démission en février 1812 – démission initialement rejetée, puis acceptée en avril de la même année. Dès le départ, le ver était dans le fruit : nommer recteur de l'université l'auteur du *Plan déductif d'un établissement d'enseignement supérieur à fonder à Berlin*, alors que ce rapport avait justement été, au moment d'organiser l'université, rejeté par Wilhelm von Humboldt au profit des *Pensées de circonstances* de Friedrich Schleiermacher, d'inspiration plus libérale¹⁴, n'était sans doute pas une décision des plus heureuses. Le *Plan déductif* proposait de développer une pédagogie de la liberté dans un établissement conçu comme une totalité organique soumise à l'autorité d'un maître de philosophie en possession d'un système (§ 18). La libre fréquentation des cours et des examens (§ 28) contrastait avec la rigidité des normes disciplinaires (§ 36 et 37). Par la méthode socratique, le professeur devait veiller au développement autonome de l'entendement, conçu comme « libre activité de comprendre » (§ 6). Le dialogue du maître avec l'étudiant devait être permanent, de façon telle que ce dernier « se dévoile jusqu'à la plus complète transparence » (§ 7) ! Toute l'ambiguïté de la pédagogie fichtéenne est dans cette formule. Une fois élu recteur, Fichte fit preuve selon ses détracteurs d'un autoritarisme despotique. Il s'aliéna la sympathie de ceux qui l'avaient soutenu et s'appuya sur une minorité d'étudiants, auxquels il avait inculqué « sa maudite passion d'améliorer le monde¹⁵ », pour imposer ses vues au Sénat dominé par les amis de Schleiermacher. Le témoignage de Solger, qui affirme avoir longtemps défendu Fichte contre ses adversaires, est particulièrement virulent. Il met en cause le caractère de Fichte, n'hésitant pas à employer le mot de *dementia* : « Fichte n'a de mesure de rien. Pour les moindres peccadilles, il traite les étudiants en suppôts de l'enfer, de telle façon que quiconque a le respect de l'honneur du prochain en est nécessairement révolté et exaspéré. Il ne comprend l'esprit d'aucune loi, d'aucun règlement que souvent il interprète de façon ridicule [...] Il se permet de violer de la manière la plus surprenante la lettre et l'esprit de la loi, quand il veut réaliser ses lubies... ». Placé à la tête d'une institution telle qu'une université, celui que Goethe surnommait moqueusement « le Moi absolu »¹⁶ semblait plutôt mériter le nom de Surmoi absolu. Mais le plus intéressant n'est pas là. La relation qui existe entre les positions philosophiques de Fichte et sa pratique du pouvoir n'échappe pas à la plume acérée de Solger :

Lorsque quelqu'un prétend perpétuellement s'imposer en disant : « Ce n'est pas moi comme individu qui dis et veux ceci et cela, c'est l'idée qui par moi, parle et agit », il fait une belle phrase et j'y reconnais bien volontiers l'expression d'un zèle louable. Mais quand partout, dans les plus petites choses comme dans les plus grandes, il part de l'axiome que l'Idée n'a jamais choisi qu'un seul organe et que cet organe c'est Monsieur Fichte, il me semble bien que l'individualité – le mal qui précisément doit être extirpé – retrouve passablement ses droits ou mieux qu'elle en arrive tout juste ainsi à s'ériger en dominatrice universelle.

Naturellement, il ne s'agit pas de croire sur parole Solger et sa mordante ironie. Ce qui toutefois est indéniable, c'est que cette lettre fait écho aux propres déclarations de Fichte : « C'est bien la raison qui parle dans le raisonnement, mais nous avons dû au préalable lui prêter la parole, et à nous on ne peut accorder créance. C'est la raison qui devrait immédiatement elle-même prendre la parole¹⁷ », déclare-t-il dans la WL 1804. Ou encore : « Quant à moi, votre serviteur, je veux par ce mot être considéré comme un homme devenu muet et qui a disparu, et c'est vous-mêmes qui devez

Printemps 1995, 238-252.

14 Ces textes sont traduits et présentés dans l'anthologie de Luc Ferry, J.-P. Pesron et Alain Renaut : *Philosophies de l'Université – L'idéalisme allemand et la question de l'Université*, Payot, 1979.

15 Lettre de Solger à Raumer du 22 mars 1812, traduite et citée par X. Léon, *op. cit.*, tome II, 2, p. 202.

16 X. Léon, *op. cit.*, tome I, p. 332.

17 *La Théorie de la Science, exposé de 1804*, traduction D. Julia, Aubier Montaigne, 1967, p. 257.

désormais prendre ma place¹⁸ ». L'effacement de l'individu est la marque du savoir absolu, lequel advient « en nous (= dans la WL) qui nous résolvons dans la lumière et y disparaissions par identification¹⁹ ». Dans l'exercice de la pensée, nous devenons, nous sommes la WL. C'est pourquoi il faut résister à la tentation – à laquelle cède parfois Xavier Léon – d'expliquer l'autoritarisme du recteur Fichte par son caractère, qu'il avait au demeurant fort difficile. A. Philonenko, qui du reste ne cherchait pas à dissimuler les failles de la personnalité de Fichte, avait raison de dénoncer l'erreur consistant à « lier la philosophie de Fichte à son comportement souvent peu normal²⁰ ». Mais je ne le suivrai pas quand il affirme, à propos de son itinéraire philosophique, que « la seule question admissible est celle-ci : cette démarche est-elle cohérente ? ». Les incohérences, apparentes ou réelles, de l'auteur de la WL s'éclairent si on les rapporte au singulier espace de parole que Fichte a en commun avec les grands représentants de l'idéalisme allemand. Le discours qui prétend exposer le savoir absolu du haut d'une chaire suppose la mise entre parenthèses de ce que la linguistique pragmatique dénomme le cadre énonciatif²¹. Ce n'est pas moi qui vous parle, assure le philosophe, c'est l'Absolu qui parle par ma bouche. Or le *je*, parmi les différents paramètres du cadre énonciatif, a ceci de remarquable qu'il est, selon le mot de Benveniste, le « centre de référence de l'énonciation²² ». En apparence, l'éviction du *je* a pour conséquence que le discours qui se veut savoir absolu n'est plus d'aucun temps ni d'aucun lieu et n'a pas d'autre destinataire que la totalité du genre humain. En réalité, je crois qu'aucun discours n'est autant prisonnier de sa situation que ne l'est le savoir absolu. Mis entre parenthèses, le cadre énonciatif continue de peser sur le discours, et il pèse d'autant plus que ce dernier ne semble plus centré sur le locuteur. Quand le philosophe affecte de n'occuper aucune place dans son discours, c'est le lieu d'où il parle qui détermine le sens de sa parole, et ce quelle que soit la signification des énoncés effectivement tenus par le penseur.

Cette remarque a une portée immédiatement politique. Lorsque Fichte expose sa philosophie dans une institution appartenant à l'Etat, son discours, malgré qu'il en ait, est favorable au parti de l'ordre. Hors de l'Etat, en revanche, son discours a un sens révolutionnaire²³. C'est pourquoi Charles-Auguste, alerté sur la teneur politique des écrits anonymes de Fichte, persista dans son projet de le faire venir à Iéna²⁴. Lorsque la contradiction entre les convictions du penseur et le sens de son discours devient trop forte, une crise d'une violence extrême survient, qui se termine soit par la destitution de Fichte (Iéna), soit par sa démission (Berlin). Pour mettre fin à la légende des deux Fichte, établir s'il fut révolutionnaire ou conservateur, jacobin ou libéral, athée ou religieux, francophile ou francophobe..., il suffit de savoir d'où parle l'auteur de la WL. « Pensez le mur ! », ordonnait-il à ses étudiants, desquels il exigeait, selon le témoignage de Steffens²⁵, une « obéissance absolue ». Mais lorsque s'efface le sujet du savoir, on est en droit de se demander si ce n'est pas en fait le mur qui pense pour l'étudiant, le mur de cette université d'Etat qui par le discours du philosophe parvient à l'absolue conscience de soi.

18 *Ibid.*, p. 21.

19 *Ibid.*, p. 203.

20 *La liberté humaine dans la philosophie de Fichte*, p. 16.

21 Je me permets de renvoyer à mon livre *la Mythologie de la Parole*, l'Harmattan, avril 2007, et notamment au chapitre VIII « La situation de la parole » (voir surtout le « *Post-scriptum* sur le cadre énonciatif du discours philosophique, p. 180 sq.).

22 Emile Benveniste, « De la subjectivité dans le langage » (1958), in *Problèmes de linguistique générale*, tome I, Gallimard, 1974, p. 262.

23 J'ai analysé dans le détail cette antinomie dans le chapitre trois (« Les petits prophètes appointés par l'Etat ») de mon livre *L'esprit des systèmes – L'idéalisme allemand et la question du savoir absolu*, l'Harmattan, 2003, p. 75-95.

24 « Hé bien ! Justement je suis parfaitement décidé à le faire venir ». Voir X. Léon, *op. cit.*, tome I, p. 264, et le commentaire de Philonenko dans *La liberté humaine*, *op. cit.* p. 17.

25 *Fichte im Gespräch*, 2, p. 7-8, cité par I. Radrizzani, *Vers la fondation de l'intersubjectivité chez Fichte – Des Principes à la Nova Methodo*, Vrin, 1993, p. 81-82.

Fichte et les deux théories de la nation

Surdéterminé par le lieu d'où il est tenu, le discours du savoir absolu, en lequel les énoncés et les conditions d'énonciation sont dans une tension permanente, brouille les catégories juridiques et politiques communément admises. Je voudrais montrer que ce brouillage est salutaire, qu'il nous amène à reconsidérer des antinomies trop hâtivement tenues pour définitives. Je ne manquerai pas l'occasion de revenir : 1° sur l'opposition classique de la nation ethnique (le modèle dit « allemand ») et de la nation fondée sur le vouloir-vivre collectif (le modèle dit « français »), puis 2° sur l'opposition non moins classique du jusnaturalisme et du positivisme juridique, et enfin 3° à l'intérieur du naturalisme juridique, sur celle du droit naturel antique/médiéval et du droit naturel moderne.

Nous devons à Renan l'opposition entre la théorie allemande et la théorie française de la nation : dans son célèbre discours tenu à la Sorbonne le 11 mars 1882, c'est-à-dire à l'époque du pangermanisme impérial triomphant, il réfute ceux qui prétendent fonder la nation sur la race, sur la langue, la religion, la communauté des intérêts et même la géographie, pour faire de la nation le résultat d'un « plébiscite de tous les jours ». Or, la conception ethnique combattue par Renan est historiquement associée au concept romantique de *Volksgeist*, prétendument issu de la philosophie de l'histoire de J.G. Herder et des *Discours à la nation allemande* de Fichte. Il y aurait beaucoup à dire sur Herder, qui n'emploie justement pas le terme exact de *Volksgeist*²⁶. Je m'en tiendrai à Fichte : héritier de Rousseau et fondateur du nationalisme romantique, il se situe au point précis où se croisent ces deux conceptions de la nation, qu'il assume simultanément.

Dans le § 8 de la 3° section du *Fondement du droit naturel*, au moment de fonder le droit de contrainte, Fichte se réfère explicitement à la volonté générale de Rousseau en rappelant comment elle se distingue de la volonté de tous²⁷. Le sujet de la volonté générale est, comme chez Rousseau, le peuple, qui est « en fait et en droit le pouvoir suprême qu'aucun ne dépasse, qui est la source de tout autre pouvoir et qui est responsable devant Dieu seul²⁸ ». Dans cet ouvrage, Fichte dit peuple, et non pas nation²⁹. Dans le huitième des *Discours à la nation allemande*, en revanche, le peuple est défini comme « un ensemble d'hommes vivant en société, se reproduisant sans cesse par eux-mêmes, spirituellement et naturellement, obéissant à une certaine loi particulière d'après laquelle le divin peut s'épanouir au sein de cette communauté³⁰ » : ce principe particulier, c'est « le caractère national d'un peuple ». Peuple et nation avancent désormais main dans la main. On sait que pour Fichte, la langue est, dans la constitution de ce peuple, le facteur essentiel, et c'est pourquoi le quatrième Discours a préalablement proposé une définition linguistique du peuple : « une communauté d'hommes chez qui l'appareil vocal est soumis aux mêmes influences et dont les membres développent sans cesse leur langage par des communications constantes entre eux³¹ ». Dans le développement d'une langue prévaut le principe leibnizien de continuité : l'esprit du peuple est au mieux préservé lorsque sa langue évolue par d'insensibles modifications qui font dire à Fichte qu'« elle reste toujours la même³² », et c'est cette continuité qui, dans le septième Discours, fait du peuple allemand le peuple, le peuple humain par excellence : son universalité est le couronnement d'une particularité inaltérée³³.

Le concept de peuple dans le *Fondement du droit naturel* et celui des *Discours à la*

26 Selon Jacques Droz, *Le romantisme politique en Allemagne*, Armand Colin, 1963, p. 146, le terme *Volksgeist* remonterait à l'introduction aux *Livres populaires allemands* de Joseph Görres (1807).

27 *FDN*, p. 122.

28 *Ibid.*, p. 195.

29 Quand le mot apparaît toutefois (p. 253), c'est pour renvoyer aux nations historiquement constituées.

30 *Discours à la nation allemande* (DNA), traduction S. Jankélévitch, Aubier Montaigne, 1981, p. 170-171.

31 *Ibid.*, p. 110.

32 *Ibid.*, p. 111.

33 *Ibid.*, p. 163-164. Cette universalité est le propre du premier pangermanisme. Voir l'introduction de Max Rouché, p. 29-31.

nation allemande ne sont pourtant nullement contradictoires. Le premier est un concept juridique : celui d'une « communauté entre des êtres libres comme tels³⁴ ». Il débouche sur une théorie de l'Etat conçu comme l'institution ayant le monopole du droit de contrainte. Le second est un concept historique à caractère métaphysique : il renvoie à une communauté saisie « dans la perspective d'un monde spirituel³⁵ ». Le huitième Discours subordonne clairement le premier au second, dont il est l'instrument, ce qui ne signifie nullement que Fichte ait abandonné le droit politique :

La patrie et le peuple, comme représentants et gages de l'éternité terrestre, comme ce qui, ici-bas, peut être éternel, dépassent de beaucoup la notion d'Etat au sens courant du mot, c'est-à-dire l'ordre social tel qu'il s'expriment dans la conception claire que nous en avons [...]. Cet Etat exige une certaine justice, il maintient la paix intérieure et permet à chacun, à force de travail, d'assurer son entretien et son existence terrestre aussi longtemps que Dieu le lui accorde. Mais tout cela n'est que le moyen, la condition et, pour ainsi dire, la charpente de ce que l'amour de la patrie désire réaliser en fait, c'est-à-dire l'épanouissement de l'éternel et du divin dans ce monde, toujours plus pur et plus parfait dans son progrès incessant [...]. L'Etat, en tant qu'instrument de réglementation de la vie humaine dans des circonstances normales et paisibles, n'est pas quelque chose de primitif ayant sa fin en soi, mais n'est que le moyen permettant d'atteindre un but supérieur, qu'est le *développement du pur élément humain toujours en progrès dans la nation* [je souligne].

Il ne serait d'ailleurs pas difficile de montrer que l'étroite limitation du concept de peuple dans le *Fondement du droit naturel* appelait en quelque sorte le concept de nation comme son achèvement. L'acte par lequel le peuple transfère le pouvoir exécutif – et aussi le pouvoir législatif, puisque l'auteur de la WL refuse la séparation des pouvoirs³⁶ – à des personnes déterminées, c'est-à-dire à des administrateurs ou magistrats, est nommé par Fichte « contrat de transfert³⁷ ». Cet acte dissout le peuple comme tel, que seule la convocation des éphores pourra désormais rassembler en communauté : « dès que le contrat de transfert est conclu, la soumission s'accomplit en même temps, et dès lors il n'existe plus de communauté ; *le peuple n'est nullement un peuple, un tout, c'est au contraire un simple agrégat de sujets* [je souligne] ; et alors les magistrats n'appartiennent pas non plus au peuple³⁸ ». Cette conséquence extrême tient au fait que le peuple n'est, dans le *Fondement du droit naturel*, défini que juridiquement : il suffit donc qu'il transfère la volonté générale à ses représentants pour qu'il perde toute existence juridique et *ipso facto* disparaisse. En affirmant que le peuple existe essentiellement comme nation, les *Discours à la nation allemande* permettent d'éviter ce paradoxe fort embarrassant à justifier. Et ce qui est vrai après le contrat l'est également avant le contrat. Dans le *Fondement du droit naturel*, l'existence d'un groupe d'hommes antérieur au contrat est purement contingente – une simple juxtaposition dans l'espace : « que cette personne déterminée doive limiter sa liberté précisément par l'existence de cette deuxième, de cette troisième, de cette quatrième personne déterminée, là-dessus *la loi juridique ne dit rien* [je souligne]. Que je doive m'accompagner précisément de ces hommes déterminés, cela procède de ce que c'est précisément avec eux que je vis en société [...]»³⁹. Or l'esprit du peuple parle là où la loi juridique ne dit rien : avant d'exister comme peuple, la nation existait comme un tout animé d'un principe spirituel.

Le Fichte patriote de 1806 ne trahit donc nullement Rousseau et la cause de la Révolution : je crois qu'il ne fait que révéler, en l'accentuant considérablement, une difficulté qui se

34 PDN, p. 25.

35 DNA, p. 170.

36 PDN, § 16, p. 174-175.

37 Ibid., p. 179.

38 Ibid., p. 190.

39 Ibid., introduction, p. 29.

trouvait déjà dans le *Contrat social*. Dans la mesure où selon Rousseau la souveraineté du peuple est inaliénable et que le pouvoir législatif constitue son attribut principal, le peuple, en déléguant au gouvernement le seul pouvoir exécutif⁴⁰, ne cesse évidemment pas d'exister comme peuple. Néanmoins, le simple fait de se réunir pour entrer en communauté politique suppose qu'un intérêt général, et partant un peuple, existait antérieurement au contrat. De même, si le corps politique se dissout, la société en proie au despotisme connaît un second état de nature – corrompu, comme il s'entend – mais ne cesse pas d'exister comme communauté humaine. Nation est le nom que le *Contrat social* donne à cette communauté fondée sur les habitus forgés par la vie en commun. Rousseau n'emploie pas d'autre terme dans le chapitre VIII du Livre II, intitulé « Du peuple » : « Il est pour les Nations comme pour les hommes un temps de maturité qu'il faut attendre avant de les soumettre à des lois [...] »⁴¹. Et l'on sait que Rousseau n'a jamais dédaigné la psychologie des nations la plus conventionnelle : la « barbarie anglaise », partout reconnue, dériverait d'un régime trop carné, etc⁴². Concluons que Fichte est infidèle à l'auteur du *Contrat social* – et peut-être plus proche de la Convention – lorsqu'il opte pour le système représentatif et pour l'éphorat, mais nullement quand il théorise l'esprit d'une nation. D'ailleurs, Renan lui-même, dont la position est souvent simplifiée ou caricaturée, est sûrement moins éloigné de Fichte qu'on ne l'affirme hâtivement : selon lui, la nation n'est pas une réalité instantanée, une création continuée à la manière de Descartes, comme la formule du « plébiscite de tous les jours » pourrait nous le faire croire. Elle est une « âme, un principe *spirituel* » [je souligne], qui tient à la fois au passé (« la possession en commun d'un riche legs de souvenirs ») et au présent (« le désir de vivre ensemble »). Renan accorde toutefois un privilège indéniable au présent, puisque le consentement actuel permet précisément de « résumer » le passé dans le présent. Il y a là une importante différence d'accent. Il n'en reste pas moins que le maintien d'une opposition frontale entre la nation ethnique et la nation-plébiscite semble moins relever de la lecture attentive des textes que d'une stratégie politique déterminée⁴³. L'Etat-Nation est un dispositif de pouvoir reposant sur la conscience d'une identité, à savoir l'appartenance à une communauté nationale. Comme l'avait déjà vu Max Rouché⁴⁴, l'insistance sur le moment de la volonté ou sur le moment de l'*ethos* dans la constitution d'une nation renvoie non pas à un modèle français et à un modèle allemand antagoniques, mais à des circonstances historiques particulières, qui distinguent les peuples où la nation a précédé l'Etat et ceux où l'Etat a précédé la nation. La religion, la langue et même le dangereux mythe de la race ne sont que les signes permettant à une nation qui tarde à se donner un Etat de prendre conscience de son identité. Que le temps passe et, de cette distinction canonique, il ne restera pratiquement plus rien. Nul mieux que Fichte, qui a dû faire le grand écart, ne permet de comprendre ce fait.

Fichte entre naturalisme et positivisme juridique

En rétablissant la continuité entre le *Fondement du droit naturel* et les *Discours à la nation allemande*, c'est-à-dire entre l'Etat et la nation, je suis conscient du fait que je voue à l'aporie le projet visant à fonder les principes du droit politique sur l'autonomie de la volonté, et plus encore sur l'activité du Moi. L'idéal républicain ne sort pas complètement indemne de l'opération, je le reconnais. Le concept de nation introduit une dose de transcendance dans une déduction du droit qui se voulait rigoureusement immanente. De ce point de vue, Alain Renaut a sûrement raison de

40 Rousseau, Œuvres Complètes III, Gallimard, 1969, *Du contrat social*, livre III, chapitre I, p. 396 sq.

41 *Ibid.*, p. 386.

42 Œuvres Complètes IV, *op. cit.*, *Emile ou de l'éducation*, livre II, p. 411.

43 A chaque débat sur le Code de la nationalité, on voit les mêmes vieux arguments reprendre du service. A ce sujet, l'article de Denise Modigliani : *Autour d'un malentendu : sur l'enjeu de la littérature nationale chez Herder* (1992), mis en ligne par la revue *Multitudes* (<http://multitudes.samizdat.net/article1018.html>), opère une remarquable mise au point à propos du best-seller d'Alain Finkielkraut *La Défaite de la pensée*, Gallimard, 1987.

44 *DNA*, introduction, p. 31-32.

souçonner⁴⁵ que l'apparition d'un Absolu apophatique, distinct du savoir absolu, dans la WL de 1801, constitue dans l'évolution politique de Fichte un point d'inflexion décisif. Fichte évolue, certes, mais sans rupture : la théorie de la nation de 1806 prolonge la théorie de l'Etat de 1796 et permet aussi bien de dépasser certaines de ses apories. Les contradictions de Fichte s'expliquent en grande partie par le fait que le concept de peuple a lui-même deux visages. Cette remarque a des conséquences directes sur la théorie du droit : elle nous amène à reconsidérer une autre opposition canonique, celle du naturalisme et du positivisme juridique. En tant qu'auteur du *Fondement du droit naturel*, Fichte apparaît comme le point culminant de la tradition du droit naturel moderne, qui commence avec Grotius et prend fin avec Hegel. Mais en tant qu'auteur des *Discours à la nation allemande*, il est une des sources du premier positivisme juridique, l'école romantique ou historique de Fr. K. von Savigny et de Gustav von Hugo, elle-même inspiratrice du pandectisme : selon ce courant, le droit n'a pas d'autre fondement que la coutume en tant qu'elle exprime l'esprit d'une nation. Si Fichte inspire l'école romantique du droit, n'est-ce pas que le positivisme était déjà en germe dans son *Fondement du droit naturel* ?

Dans son commentaire de l'œuvre de 1796, Alain Renaut a fermement combattu cette interprétation, dont il attribue la paternité à Michel Villey⁴⁶. Renaut a pourtant justement souligné⁴⁷ l'étonnante proximité de Fichte et Kelsen – le représentant le plus éminent du « positivisme scientifique » au XX^e siècle – à l'heure de distinguer le droit et la morale. Cette proximité peut s'expliquer en partie par la force de l'influence kantienne (ou néo-kantienne) chez Kelsen – fait qui, notons-le en passant, devrait déjà attirer notre attention. Mais elle nous oblige à relire de plus près certains passages du *Fondement du droit naturel*. A la fin du § 15 de la première section, Fichte fait, à l'occasion d'une parenthèse, cette remarque révélatrice : « Il n'y a donc, au sens où l'on a pris souvent le terme, aucun droit naturel, c'est-à-dire qu'il n'est pas de relation juridique possible entre des hommes, si ce n'est dans une communauté et sous des lois positives⁴⁸ ». L'interprétation de Renaut consiste à dire que cette remarque est dirigée contre la fiction d'un état de nature antérieur à la société civile, mais non contre le droit naturel en tant qu'idéal régulateur du droit positif : « Fichte n'écrit nullement que les lois positives des Etats existants sont le droit naturel devenu effectif, mais simplement – ce qui est tout différent et conserve au thème du droit naturel une signification profonde – que “les lois de l'Etat ne doivent (*sollen*) être rien d'autre que le droit naturel réalisé”⁴⁹ ». Le simple fait que le droit reste au yeux de Fichte justifié par la morale suffirait selon Renaut à prouver que sa théorie du droit est « préservée de tout positivisme⁵⁰ ».

Les choses ne sont toutefois pas tout à fait aussi simples. D'abord, parce que même un positiviste aussi rigoureux que Kelsen n'exclut nullement que le droit, à tous les étages de l'ordre juridique, puisse être motivé par un souci éthique⁵¹. Hans Kelsen n'est pas Carl Schmitt ! De plus, le *Fondement du droit naturel* rend presque impossible de différencier conceptuellement le droit naturel et le droit positif. Depuis Grotius, le droit a en quelque sorte deux fondements, le second s'appuyant sur le premier : le droit naturel est l'expression de la nature humaine et le droit positif est le produit de la volonté individuelle. L'auteur du *Droit de la guerre et de la paix* justifie cette

45 *Le système du droit*, op. cit., p. 458. Sur le mode du persiflage, Schopenhauer, en reliant la destitution de Fichte à Iéna et l'apparition du « bon Dieu », avait déjà exprimé une intuition analogue (*Contre la philosophie universitaire*, Payot-Rivages, 1984, p. 46-47).

46 *Le système du droit*, op. cit., p. 120, 227.

47 *Ibid.*, chap. III, « Vers une théorie pure du droit », notamment p. 224 sq.

48 *FDN*, p. 162. Un rapprochement avec le *Traité politique* de Spinoza, qui supprime la rupture entre l'état de nature et la société civile, serait sans doute éclairant. Comme c'est souvent le cas dans l'idéalisme allemand, le spinozisme fait son retour au moment précis où on l'attend le moins.

49 *Le système du droit*, op. cit., p. 238.

50 *Ibid.* p. 250.

51 Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduction Thévenaz, Cahier de philosophie n° 37, éditions de la Bâconnière, Neuchâtel, juin 1953, p. 141 : « l'organe créateur de la norme inférieure ne tient pas seulement compte de la norme supérieure, mais aussi d'autres normes non-juridiques relevant de la morale, de la justice, ou de ce que l'on appelle le bien public, l'intérêt de l'Etat, le progrès ».

construction par une métaphore généalogique : « car la mère du droit naturel est la nature humaine elle-même, qui nous porterait à rechercher le commerce de nos semblables, quand même nous n'aurions besoin de rien. Et la mère du droit civil est l'obligation que l'on s'est imposée par son propre consentement ; obligation qui tirant sa force du droit naturel, donne lieu de regarder la nature humaine comme la bisaïeule, pour ainsi dire, du droit civil⁵² ». Le *Fondement du droit naturel* anéantit cette laborieuse construction. En fondant directement le droit naturel sur la nécessaire auto-limitation de la liberté dans toute communauté humaine⁵³, c'est-à-dire sur la volonté, Fichte supprime la ligne de partage entre droit naturel et droit positif. Le résultat éclate à nos yeux : c'est ce que Hegel, dans la *Differenzschrift*, a nommé « l'exercice de la détermination à l'infini », dont il voit le principe dans l'entendement (*Verstand*), et qui « perd lui-même son but et se perd⁵⁴ ».

A l'ironie dévastatrice de la *Differenzschrift*, que je ne retracerai pas ici, Alain Renaut a opposé divers arguments dans son *Système du droit* : d'abord, il tente d'isoler le mal, en posant une différence de statut entre l'ensemble formé par la Première partie de l'œuvre de Fichte et les deux premières sections de la Deuxième partie, et celui composé par la troisième section du « Droit naturel appliqué » et les Annexes⁵⁵. Je veux bien passer sur les Annexes, encore que la « Déduction du mariage » ait conservé un charme désuet : mais exclure des principes fondamentaux du droit la troisième section, dont l'objet n'est rien de moins que la constitution, crée un paradoxe embarrassant. En consacrant les deux tiers de la section à la seule question de la police, Fichte est lui-même responsable de cet embarras. Mais Renaut découvre des métastases dans deuxième section (« De la législation civile »), comme par exemple les difficultés inhérentes au droit de propriété sur les carpes et des brochets⁵⁶. Il ne lui reste plus d'autre ressource que de s'appuyer un argument de bon sens : il lui semble « raisonnable » d'accorder à de telles considérations un autre statut, plutôt que de prêter à Fichte « le projet insensé de déduire la diversité des lois positives [...] à partir du concept d'une constitution conforme au droit⁵⁷ ». Accordons-lui qu'on peut fort bien, dans le *Fondement du droit naturel*, distinguer les principes fondamentaux des dispositions particulières, voire contingentes : ce qui, en revanche, semble impossible, c'est d'arrêter la course de la déduction. S'il n'est jusqu'au droit pour l'individu de fabriquer ses propres sabots et vêtements de toile⁵⁸ qui ne suscite l'interrogation de Fichte ! Je ne crois pas absolument indispensable, pour expliquer cette fuite en avant, de recourir à l'opposition hégélienne de l'entendement et de la raison : elle est la simple conséquence de la décision initiale de dériver la totalité du droit – naturel ou positif, peu importe – de l'autonomie de la volonté.

Fichte et le droit naturel moderne

Que le *Fondement du droit naturel* se situe au-delà du jusnaturalisme moderne nous aide à comprendre pourquoi les *Discours à la nation allemande*, qui constituent l'autre face de la même pièce, ont pu inspirer le positivisme romantique, celui de Savigny et de Hugo. Il n'y a rien de contradictoire à affirmer que le droit procède à la fois de la volonté populaire et des traditions nationales : pour s'en convaincre, il suffit de comparer les divers systèmes juridiques des sociétés démocratiques contemporaines. Le droit positif est posé par la volonté, telle est la définition du positivisme juridique. L'école romantique, en affirmant que ce droit exprime l'esprit d'une nation, effectue en quelque sorte un rappel de transcendance. Je voudrais maintenant prolonger cette

52 Hugo Grotius, *Le Droit de la guerre et de la paix*, traduction Barbeyrac, Discours préliminaire, p.12.

53 FDN, introduction, p. 24 sq.

54 Hegel, *La différence entre les systèmes philosophiques de Fichte et de Schelling*, traduction B. Gilson, Vrin, 1986, p. 160.

55 *Système du droit*, op. cit., p. 433.

56 FDN, p. 236-237.

57 *Système du droit*, p. 434.

58 FDN, p. 242.

analyse et montrer qu'elle nous conduit également à remettre sur le métier la notion même de droit naturel, et tout particulièrement l'opposition classique du naturalisme antique/médiéval et du naturalisme moderne. Quand commence le droit naturel moderne ? Cette simple question de fait est source de polémiques. Arrêtons-nous sur le cas de Grotius, qui est au cœur de la dispute. La néo-scholastique contemporaine, s'appuyant sur les juristes de la scolastique espagnole du XVI^e siècle, a nié (ou dénié) à la fois l'originalité de Grotius et le rôle de fondateur du droit naturel moderne que lui avait attribué Samuel Pufendorf⁵⁹. A première vue, les arguments de la néo-scholastique ne manquent pas de poids. Prenons l'exemple du droit subjectif. Dans ses *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*⁶⁰, Villey a consacré plusieurs pages à retracer la controverse suscitée par la nouvelle définition du droit proposée par Grotius : « qualité morale, attachée à la personne, en vertu de quoi on peut légitimement avoir ou faire certaines choses⁶¹ ». Or cette définition n'a rien de nouveau, puisque Suárez, dans le *De legibus*, a défini le droit presque dans les mêmes termes : « *suele darse este nombre con toda propiedad a cierto poder o facultad moral que cada uno tiene sobre lo que es suyo o sobre lo que se le debe*⁶² ». Mieux encore, les trois sens du mot « droit » distingués par Grotius : 1^o ce qui est juste, 2^o qualité morale, 3^o la loi au sens large de ce qui oblige, se trouvent formulés par Suárez dans des termes pratiquement identiques, ce qui donne l'impression que le *Droit de la guerre et de la paix* paraphrase le *De legibus*, pourtant non cité. Il en va de même pour la fameuse phrase « *etiamsi daremus non esse deum*⁶³ », souvent considérée comme le signe indiscutable d'une conception anthropologique du droit, et qui non seulement est présente chez Suárez (elle est discutée dans le chapitre 6 du livre II du *De legibus*), mais constitue un lieu commun de la littérature scolastique⁶⁴.

Loin d'être une simple paraphrase, le *Droit de la guerre et de la paix* prend parfois l'allure d'un curieux palimpseste écrit sur le *De legibus*. Et Pufendorf ne s'est peut-être pas trompé en distinguant l'esprit de la lettre. D'abord, il faut remarquer que chez Grotius le second sens du mot droit fonde le premier sens⁶⁵ : celui-ci n'a en effet qu'une simple valeur négative (à savoir : ce qui ne rend pas impossible ou plus difficile la vie en société), et seul le droit au sens de qualité morale lui donne un contenu (il est injuste de s'emparer de quelque chose qui appartient de droit à autrui). Ce primat du droit subjectif sur le droit objectif distingue Grotius de Suárez qui, tout en recherchant un équilibre, s'efforce de défendre l'intellectualisme thomiste contre le volontarisme scotiste⁶⁶. Javier Hervada a par ailleurs parfaitement répondu à la néo-scholastique en rappelant que, chez Grotius, toute relation analogique ou exemplaire entre raison humaine et entendement divin était rompue. En tant que créateur de la nature humaine, Dieu peut toujours être dit l'auteur des lois naturelles : mais ces dernières résultent désormais d'une simple description anthropologique des règles de la sociabilité et n'expriment plus rien de sa nature. De ce fait, l'hypothèse *etiamsi daremus* prend un sens nouveau : celui d'une erreur, voire d'une faute morale, qu'il faut réfuter et condamner, et non d'une impossibilité⁶⁷. L'écart entre Grotius et la scolastique tardive semble ainsi confirmé. Est-ce à dire que la distinction traditionnelle entre droit naturel médiéval et droit naturel moderne n'a pas à être révisée ? N'oublions pas que la grande nouveauté du *Droit de la guerre et de la paix*, c'est de

59 Sur ce point, voir Anton-Hermann Chroust, « Hugo Grotius and the scholastic natural law tradition », in *The New Scholasticism*, volume XVII, n° 2, avril 1943, repris par John Dunn et Ian Harris, *Grotius I*, « Great Political Thinkers », Elgar, Cheltenham, 1997.

60 *Op. cit.*, p. 221 sq.

61 *Droit de la guerre et de la paix*, *op. cit.*, livre I, chap. I, p. 41.

62 Francisco Suárez, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore* (1612), édition bilingue de Luciano Pereña, CSIC, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1971, volume I, p. 24.

63 Le droit naturel serait valide « quand bien même on accorderait, ce qui ne se peut sans un crime horrible, qu'il n'y a point de Dieu » (Grotius, *op. cit.*, Discours préliminaire, XI, p. 10).

64 Javier Hervada, dans « The Old and the New in the hypothesis of “*Etiamsi daremus*” of Grotius », in *Grotius II*, *op. cit.*, p. 235-237, cite Grégoire de Rimini, Vázquez, et aussi Vitorio, Soto, Molina et Medina !

65 Voir Alexandre Matheron, *Politique et Anthropologie chez Hobbes*, leçons inédites, 1981-1982.

66 *De legibus*, *op. cit.*, volume III, p. 98-100.

67 *The Old and the New*, *op. cit.*, p. 239.

faire du contrat consensuel la source unique de l'obligation juridique, le consentement étant la « mère » de tout le droit civil⁶⁸. Etonnons-nous un instant de la curieuse métaphore de Grotius. Donner à la nature humaine le rôle de la grand-mère (« bisaïeule ») du droit positif, et à Dieu celui de... l'arrière grand-père, c'est tout de même faire peu de cas de personnages aussi éminents ! Dire qu'ils n'apparaissent que pour la galerie, ce serait sûrement trop dire. Mais il semble que Grotius amorce un mouvement qui trouve son achèvement lorsque Fichte, se défaisant à la fois de Dieu et de la nature, fonde la totalité du droit naturel sur l'activité du Moi. Pour apprécier correctement l'histoire du jusnaturalisme, il faut donc éviter de forcer le parallélisme entre le droit naturel antique/médiéval et le droit naturel moderne. De ce dernier, je dirais la même chose qu'Auguste Comte du stade métaphysique qui, dans la loi des trois états, n'était que la « modification dissolvante » du stade théologique, et le prélude à l'état positif : il est surtout la modification dissolvante du droit naturel antique/médiéval et mène lui aussi à une des versions du positivisme.

Un droit naturel tel que celui de Saint-Thomas où un Dieu identifié au *Logos* impose au *kosmos*, et notamment aux créatures rationnelles, des lois exprimant des valeurs morales existant par elle-mêmes (*perseitas boni et justi*) a sûrement une consistance dont le droit naturel moderne est dépourvu. Le trait distinctif des philosophies modernes du droit – naturalistes ou positivistes – est l'idée que la source exclusive du droit est l'action humaine, notamment sous cette forme éminente que constitue l'engagement libre et volontaire. De ce point de vue, on peut dire que le droit moderne est toujours d'inspiration positiviste, même si la nécessité de justifier le droit conduit à l'appuyer sur un ordre transcendant qui, de Grotius à Rousseau, s'appelle droit naturel. Dans le *Fondement du droit naturel*, où tout est suspendu à l'activité du Moi, Fichte met fin à cette transcendance de la nature humaine ; mais cette radicalité a son prix, qui consiste à invoquer un nouveau principe transcendant – l'esprit du peuple – pour justifier la réaction nationale allemande contre Napoléon. En exaltant le *Volksgeist*, le premier positivisme, celui de l'école historique romantique, est dans la continuité des *Discours à la nation allemande*. Quant au *Fondement du droit naturel*, il trouve sa postérité non dans ce premier positivisme, qui constitue plutôt sa part d'ombre, mais dans le positivisme scientifique de Radbruch et de Kelsen. J'accepte donc la thèse de Michel Villey selon laquelle il existe un fil continu qui va du droit naturel moderne à Kelsen en passant par Kant et Fichte⁶⁹. Mais j'ajoute que le mouvement inverse existe, que le positivisme reconduit toujours, sinon à un droit naturel, du moins à un horizon de transcendance : celui de l'homme, de la nation ou de l'histoire – comme dans la philosophie de Hegel, où cette dernière s'institue en Tribunal afin de juger le droit – et même, dans les sociétés où la croyance dans les grands principes universels s'affaiblit, celui de la parole des victimes, qui représente en quelque sorte le dernier glacis. Dans ce développement, le principal mérite de Fichte est d'avoir assumé les contradictions du droit : en disciple fidèle de Rousseau, il les a prises sur lui, au lieu de les surmonter spéculativement, à la manière de Hegel ; et comme Jean-Jacques, il a pu craindre d'être – métaphoriquement ou littéralement – lapidé par la foule. En tant que ces contradictions sont encore les nôtres, Fichte qui les a incarnées est encore des nôtres.

Madrid, le 02/05/07

⁶⁸ Voir Alexandre Matheron, *op. cit.*, selon lequel Grotius intervient dans la querelle médiévale des Romanistes et des Canonistes en proposant comme une synthèse : des premiers, il retient le caractère non-moral de l'obligation juridique ; et il garde des seconds l'idée que le consentement est la source de l'obligation dans tous les pactes.

⁶⁹ Michel Villey, *op. cit.*, p. 252.

