

Marx et la loi sur les vols de bois Les leçons du droit coutumier

par
Jacques MICHEL

Il y a quelques années encore il était convenu de dire que les textes de Marx issus de sa collaboration à la *Gazette rhénane* étaient des œuvres de jeunesse, de portée essentiellement philosophique et grevés d'un idéalisme de tonalité hégélienne, encore à bonne distance de ce qui sera plus tard la dialectique matérialiste. Dans cette optique le Marx des années 1842-1843 était réputé ne guère se démarquer du mouvement libéral de son époque combattant pour la modernisation politique de son pays. Et cela en dépit du fait que Marx, attentif aux mouvements sociaux de son temps, demandait à ses collaborateurs de cette même *Gazette rhénane* de s'attacher à l'analyse des questions pratiques et de « développer la véritable théorie sans sortir d'une situation concrète et d'un état de choses donné »¹. Telle devait être pour lui la vocation de la presse libre : prendre la mesure de la réalité politique par l'étude des manifestations de l'opposition des intérêts matériels.

C'est dans cette perspective que s'inscrit le commentaire de la loi sur les vols de bois débattue par la Diète de Rhénanie en 1842 où il s'agit de comprendre le sens fondamental d'un débat politico-juridique qui signale la logique d'une propriété qui cherche les conditions les meilleures à son expansion. Et il n'est donc pas sans pertinence de considérer ce travail de Marx comme l'un de ses premiers contacts avec les problèmes économiques anticipant certaines conclusions terminales de son œuvre s'agissant du rôle

¹ Lettre à Dagobert Oppenheim du 25-8-1842, in *Correspondance Marx/ Engels*, Paris, Ed. Sociales, 1971, T. 1, p. 267.

de l'Etat dans la gestion et la pacification des contradictions sociales². Car il est vrai que la réalité socio-économique, pour être saisie, dans ce texte, « sub specie juris », apparaît au mieux selon ses conditions culturelles de production, le commentaire de la loi rhénane désignant déjà les raisons du détour scientifique dans l'économie qui constituera par la suite l'armature de l'œuvre de Marx.

C'est selon cette même posture que nous voudrions revenir ici sur ce texte, en l'appréciant comme une rupture avec un matérialisme mécaniste ou économiste coupant l'économie elle-même de l'ensemble des relations humaines qui la rendent possible, comme un travail inaugural d'une enquête sur la propriété saisie en tant que foyer politico-juridique qui, comme tel, témoigne du travail des hommes sur les circonstances qui les mettent en rapport³. Pour ce faire nous rappellerons d'abord quel fut le contexte historique et philosophico-juridique de cette intervention de Marx dans *La Gazette rhénane* pour examiner ensuite d'une part le statut du droit coutumier dans ses rapports avec un droit légiféré, d'autre part la place accordée à l'Etat eu égard à une procédure législative qui se voudrait l'authentique transcription de l'unité organique d'un peuple.

*

* *

Du point de vue de leur objet les débats de la Diète rhénane analysés par Marx apparaissent relativement banals. Pour cette instance législative il s'agit de régler le problème d'un droit de propriété qui cherche à se défaire des limitations traditionnellement organisées par des usages, spécialement celui permettant aux populations pauvres de ramasser le bois mort afin de se chauffer. Comme on l'a souvent noté, un tel conflit ne caractérise pas la situation rhénane à l'époque et nombreuses furent les régions où le ramassage du bois mort s'opposa à titre de droit coutumier à la progression d'une propriété moderne personnelle et exclusive. Mais ce que la Rhénanie permettait davantage que d'autres lieux c'était de voir, à partir des prétentions hégémoniques d'un grand Etat, la Prusse, la mobilisation de questions de type philosophique se concentrant et se réalisant de manière pratique sur le terrain parlementaire à partir de divergences d'intérêts. Comme s'il fallait lire la philosophie en la décodant à partir du social dans le moment où ce dernier tente une dernière négation de lui-même dans le langage du droit. Ainsi, par delà la vive et urgente polémique

² Cf. le récent travail de P. Lascoumes et H. Zander : *Marx, du vol de bois à la critique du droit*, Paris, P.U.F., 1984, pp. 90-91; l'ouvrage constitue un dossier critique des articles rédigés par Marx en 1842-43 pour la Gazette rhénane.

³ Notre position est que le droit n'occupe pas chez Marx une place marginale mais que, bien au contraire, il se trouve situé selon toute son importance. Le texte de 1842 signale cela et les travaux postérieurs de Marx sont un détour obligé pour fonder scientifiquement la part du juridique. Cf. notre ouvrage : *Marx et la société juridique*, Paris, Publisud, 1983.

engagée par La Gazette rhénane contre le pouvoir prussien, se dégage chez Marx une importante réflexion sur la question du droit où il semble se défaire de ses dernières illusions libérales. Pour Marx la situation exceptionnelle de la Rhénanie constitue une occasion unique de clarifier les débats philosophiques de son temps en passant, enfin, à partir des querelles juridiques, du niveau théorique au plan de la pratique. D'où pour nous la nécessité de rappeler quelle était cette situation rhénane tant du point de vue politique que sur le plan philosophique.

Les caractères de la Rhénanie des années 1815 à 1848 ont été parfaitement analysés par Jacques Droz dans sa thèse sur le libéralisme rhénan⁴. L'auteur y montre que le trait marquant de ce pays est dû à son encore proche appartenance à la France impériale qui a favorisé le développement d'une bourgeoisie moderne désormais acquise au principe de l'égalité civile⁵ tandis que se manifeste dans l'élite sociale un mouvement qui s'attache à l'approfondissement de son passé germanique, le romantisme de Schlegel orientant l'exaltation du moyen-âge allemand⁶.

C'est ce mélange des deux tendances, au fond contradictoires, qui caractérise le libéralisme rhénan ; et Jacques Droz distingue deux périodes : la première allant de 1815 à 1840 où les rhénans défendent les institutions françaises contre la politique réactionnaire prussienne s'opposant à la seconde où, de 1840 à 1848, le libéralisme rhénan s'efforce de tirer parti de son annexion à un grand Etat tout en tentant de conserver l'égalité civile, le droit pénal français et un statut uniforme pour les communes. Et 1848 apparaît là comme une date charnière marquée par un changement de monarchie, l'espérance en un souverain moderne étant vite ruinée par la pratique d'un Frédéric-Guillaume IV s'arc-boutant à une conception absolutiste de la monarchie où la représentation nationale ne peut trouver sa place que comme caution servile du souverain et se voit refuser son statut moderne de limite active du pouvoir exécutif.

Dans ces circonstances Marx, avec de nombreux intellectuels, attend beaucoup de cet esprit rhénan préalablement défini et qui devrait quand même inspirer la Diète en dépit de son composition inégalitaire et à tendance corporatiste. On peut même penser que Marx, à l'instar d'un Thibaut, envisageait alors en Rhénanie la possibilité de réalisations politiques et juridiques qui auraient été un dépassement progressiste des acquis de l'occupation française. En ce sens, comme nous le verrons, l'indignation de Marx va être à la mesure de son optimisme initial et de son idéalisation de l'esprit rhénan.

Sur le terrain de la philosophie politique et de la théorie juridique les choses s'avèrent plus complexes, même si la situation rhénane semble, selon sa double

⁴ Cf. Jacques Droz : *Le libéralisme rhénan* (1815-1848), Paris, Sorlot, 1940.

⁵ Idem, p.29 s.

⁶ idem, p. 27.

détermination allemande et française, donner l'exemple d'un débat fort classique où encore une fois s'opposent rationalisme et empirisme.

Le rationalisme, on le sait, postule une définition de l'homme à la fois agent juridique qui énonce le droit et sujet juridique qui le subit. Selon cette double situation l'homme se trouve posé comme personne consciente et volontaire qui règle son autonomie selon une légalité universelle. Dans cette optique l'être du droit est déduit de l'être lui-même et face à cette conception qui, de toute évidence, frôle l'arbitraire métaphysique, les philosophies empiristes ou positives opposent l'expérience en donnant au droit pour fondement ses origines historiques. Pour cette dernière thèse le droit ne peut qu'être l'expression d'une force et il suppose pour exister une puissance capable de l'imposer, l'agent juridique se différenciant du sujet juridique, étant celui qui est capable de forcer un autre à lui obéir. Et l'on doit reconnaître que la position positiviste, fondée sur le passé, a pour elle bien des avantages à commencer par celui qui consiste à se permettre de nombreuses variations puisque le principe de l'ordre juridique peut aussi bien se situer dans la puissance matérielle d'un individu ou d'un groupe que dans une force spirituelle postulée initiale et retrouvée à l'œuvre dans l'esprit d'un peuple. Et la plasticité de la thèse peut autoriser soit l'accentuation d'une orientation historique, soit le développement d'un pôle sociologisant, soit encore une adhésion à une sorte de mythologie juridique. C'est dire les exigences méthodologiques requises lorsqu'il s'agit de déduire ou de produire l'être du droit à partir de sa genèse car le risque existe de favoriser un droit traditionnel au prétexte qu'il assure la cohésion/conservation du corps social. Et cette posture s'affirme conservatrice lorsque, conformément au rôle conservateur par lequel elle défile le droit, elle suppose que l'autorité ne peut qu'être, par définition, en rupture et extérieure au corps social lui-même.

A l'époque de Marx, cette position quasi académique du débat sur la nature du droit prend la forme d'une vive opposition entre deux figures majeures de la théorie du droit en Allemagne : Edouard Gans d'une part, Savigny d'autre part. Et Marx, qui connut les enseignements des deux professeurs, s'il fut sensible à l'érudition historique de Savigny le fut encore bien plus à la puissance mobilisatrice et novatrice de Gans ainsi que l'a noté Charles Andler⁷. Mais ce qu'il convient de remarquer également c'est que dans ses analyses il ne se réfère ni à Gans ni à Savigny et que dans son intérêt pour les débats de la Diète rhénane il se démarque des deux auteurs, se déplaçant par rapport aux deux écoles.

Deux écoles remarquablement différenciées dans leurs définitions du juridique et à bonne distance l'une de l'autre s'agissant de leur inscription philosophique. Pour l'essentiel elles reprennent, mais de manière très précise, la querelle du rationalisme et de l'empirisme.

⁷ Cf. Charles Andler : *Les origines du socialisme d'Etat en Allemagne*, Paris, Alcan, 1897.

Pour Gans, ainsi que l'a remarquablement analysé Charles Andler dans son étude sur les origines du socialisme d'Etat en Allemagne, « les hommes quoique libres (au sens de leur libre- arbitre) travaillent à réaliser le rationnel... (car) ce que nous pensons tous est indépendant de notre individualité. Il faut donc, pour vivre rationnellement, éliminer par degré du vouloir et de la pensée l'individuel et le contingent ». Et, disciple de Hegel, Gans pouvait écrire : « (les) nuances locales et corporatives du droit, le rationalisme hégélien les savait provisoires... il faut donc que le droit se rationalise et de particulier devienne social. Une socialisation progressive des privilèges (est) l'essence cachée de la doctrine juridique hégélienne »⁸.

Cette doctrine, nous dit Charles Andler est en fait optimiste : « tout rationalisme est optimiste nécessairement si le déterminisme s'y adjoint. Car il ne se peut qu'il soit déplorable que la raison se réalise. Et si elle se réalise avec nécessité, nous avons lieu d'espérer en l'avenir »⁹. Chez Gans la référence explicite est bien Hegel, interprété dans le sens le plus progressiste ; et en manipulant la fameuse double formule *le rationnel est réel et le réel rationnel*, le panlogicisme hégélien se trouve transformé d'une part en exigence d'une procédure démocratique législative apte à promouvoir de manière conséquente une vraie législation, d'autre part en programme pour cette même législation.

Du côté de Savigny le problème se présente vraiment sous un jour différent. Alors que pour Gans l'Etat rationnel est le vecteur du droit, pour Savigny le droit n'est pas déduit par les hommes d'un commun accord et, rejetant les doctrines du contrat social il peut écrire que « (représenter) la création de l'Etat comme un acte des volontés individuelles, comme l'effet d'un contrat, (est) un système dont les conséquences sont aussi pernicieuses que fausses »,... « l'Etat ne se compose pas de tous les individus pris par tête, mais de certaines catégories que crée la constitution... ce n'est jamais la totalité des individus qui veut et qui agit, et si l'on en retranche nécessairement le plus grand nombre, les femmes et les mineurs, on est réduit à la vaine fiction de la représentation »¹⁰. Ainsi pour l'auteur la doctrine du contrat social est dangereuse en raison même de son caractère hypothétique et du volontarisme qui s'en trouve déduit.

D'ailleurs ce qu'écrivit Savigny dans Son *Traité de droit romain* en 1839 ne fait que confirmer les thèses déjà exprimées dans son fameux opuscule de 1814 sur *La vocation de notre temps pour la législation et la jurisprudence*, mais ses idées y sont précisées s'agissant tant de la nature du droit que du rôle de l'Etat en matière de législation. Pour lui la base du droit positif a son existence et sa réalité dans la conscience générale du peuple » que l'on peut reconnaître « aux actes extérieurs qui la manifestent, aux usages, aux mœurs, aux

⁸ Idem, p. 50.

⁹ Idem, p. 51.

¹⁰ Savigny : *Traité de droit romain* (1839), Paris, Firmin Didot, 1855, trad. Ch. Guenoux, pp. 28-30.

coutumes... rien ne ressemble moins au hasard et à l'arbitraire » ; ce qui permet à Savigny de préciser de manière très intéressante sa position: « la coutume n'engendre pas le droit positif, elle est le signe auquel on le reconnaît »¹¹. Et selon cette configuration, ainsi que l'a noté Charles Andler, formuler le droit c'est « lire dans l'âme du peuple ce qu'inconsciemment la nation voulait déjà. L'activité du législateur est réflexion claire sur ce qui confusément préexistait. Et tout essai d'ingérence directe et d'intervention législative est d'avance impuissant »¹². Ainsi pour Savigny il semble que ce soit la coutume qui signale, voire signifie, ce qui mérite d'être retenu, par le législateur, au titre du droit positif. Ce qui permet à l'auteur tout à la fois de reconnaître et même d'absolutiser le rôle du pouvoir d'Etat et de lui donner une légitimité sociale et organique qui peut le faire passer pour entièrement dépendant et soumis à « la force cachée, qui travaille sans relâche à la formation du droit »¹³. De là certaines interprétations qui, comme le signalera Georges Gurvitch, ont pu voir en Savigny un anarchiste, ou, au moins, un partisan des droits de la Société contre l'Etat¹⁴.

En réalité ce que Savigny développe ainsi c'est certes une légitimité sociétale du pouvoir mais une légitimité médiatisée par la tradition, elle-même exprimée par le corps des juristes et non pas par le peuple, un corps des juristes seul apte à découvrir ce qui, dans l'histoire, mérite d'être retenu et qu'il revient à l'Etat de sanctionner de manière légale. Car, nous dit l'auteur, « dans l'origine, tout droit positif est droit populaire,... à côté de ce droit populaire, et souvent de très bonne heure, la législation vient se placer, comme complément et garantie. Si les progrès de la civilisation font naître le droit scientifique, alors le droit populaire a deux organes, qui tous deux vivent de leur propre vie. Si, par la suite des temps, la force créatrice du droit vient à se retirer du peuple, c'est dans ces organes qu'elle continue de subsister ». D'où la nécessité « que le législateur et les jurisconsultes aient des idées saines sur l'origine du droit positif et sur le rapport des diverses forces qui le constituent »¹⁵. Et c'est bien à l'Etat, issu comme le droit et à sa suite « d'une nécessité supérieure, d'une force interne qui veut s'épancher au dehors »¹⁶, à l'Etat donc en tant qu'il est la puissance par laquelle se conserve la force juridique initiale que revient le devoir de légiférer. Ce qui permet de penser à la fois et c'est là

¹¹ *Idem*, p. 34.

¹² Andler, *o.c.*, p. 44.

¹³ Savigny, *o.c.*, p. 40.

¹⁴ D'après Gurvitch, Savigny fut taxé d'anarchisme par certains hégéliens. Farouchement hostile à Hegel, Gurvitch en vient à valoriser Savigny en retenant d'une part l'idée d'un droit engendré hors de l'Etat, d'autre part la réhabilitation de la Coutume. Cependant Gurvitch perçoit le traditionalisme de Savigny et l'élément novateur de sa théorie se muer en élément conservateur. Par ailleurs il remarque la sympathie de Savigny pour le droit romain et y voit un net penchant pour l'individualisme, étant près de remarquer les ambiguïtés de la doctrine savignienne. Cf. *L'idée de droit social*, Paris, Sirey, 1931, pp. 471-481.

¹⁵ Savigny, *o.c.*, pp. 47-48.

¹⁶ *Idem*, p. 21.

un point essentiel de la doctrine savignienne et la fin d'un temps de création juridique sociale ou populaire et l'ouverture d'une ère de législation politique.

On sait que Hegel lui-même prit la peine d'intervenir contre les thèses de Savigny alors que, ainsi que le remarque Ernst Bloch, « il n'était nullement assoiffé de lois nouvelles »¹⁷. Mais Hegel se voulait partisan d'une vraie codification « exprimant les principes du droit par la pensée » et était opposé à toute entreprise de collection, rassemblant et classant les coutumes¹⁸. Par ailleurs il ne pouvait envisager que le droit fût connu seulement de certains, en l'occurrence la caste des juristes. C'est par ce dernier point que Gans pouvait en appeler à Hegel quitte à déborder le système du philosophe tandis que Savigny dont on pourrait croire a priori que les positions politiques étaient proches de celles de Hegel ne pouvait, dans son exposé historiciste sur la nature du droit qu'entrer en contradiction flagrante avec l'idée hégélienne que seule la rationalité est juge du degré de réalité du monde positif. Et ce débat, dans le droit, entre le courant rationaliste et l'école historique trouve alors sa correspondance philosophique dans l'opposition de Schelling à Hegel. opposition qui ira, on le sait, s'approfondissant en même temps que Schelling devenait et cela n'a rien d'anecdotique l'ami de Savigny.

En effet, si les premiers écrits de Schelling sont, ainsi que l'a écrit Ernst Bloch, « pleins de spontanéité juridique a priori »¹⁹, déjà son *Système de l'idéalisme transcendantal* de 1800 cherche dans des éléments que l'on dira au moins non-rationnels, les origines d'une créativité juridique : « le droit, nous est-il dit, est un pur ordre de la nature sur lequel la liberté a aussi peu de pouvoir que sur l'ordre de la nature sensible. Il ne faut donc pas s'étonner si toutes les interventions pour le transformer en un ordre moral (i.e. relevant du droit rationnel) se présentent d'elles-mêmes comme condamnables, par leur propre perversion et par le despotisme sous sa forme la plus atroce qui en est la conséquence la plus immédiate »²⁰. Il s'agissait là pour Schelling de dénoncer l'entreprise même de la Révolution française et la suite de ses œuvres ne fera que développer, en s'opposant au panlogicisme de Hegel, une recherche d'un « non-pas-seulement-logique... mythologisé de manière aventureuse »²¹, ce qui ne fera, en dépit de son questionnement juste quant à la pertinence d'une identification du réel au rationnel, que le ranger du côté du conservatisme en donnant à l'école du droit historique sa caution philosophique²². Et Ernst Bloch pourra dire à juste titre que Schelling « a rafraîchi la mémoire de l'école historique elle-même sur des faits bien antérieurs au droit

¹⁷ Ernst Bloch : *Droit naturel et dignité humaine*, Paris, Payot, 1976, trad. Authier et Lacoste, p. 95.

¹⁸ Cf. Hegel : *Principes de la philosophie du droit* (1821), Paris, Vrin, 1975, trad. Derathé et Frick, § 211, p. 231.

¹⁹ E. Bloch, *o.c.*, p. 99. Le texte visé par Bloch est la *Nouvelle déduction du droit naturel* de 1795, trad française par S. Bonnet et L. Ferry, in *Cahiers de philosophie politique*, 1983-1, Bruxelles, Ed. Ousia, pp. 96-127.

²⁰ Schelling : *Système de l'idéalisme transcendantal*, cité par Ernst Bloch. *o.c.*, p. 99.

²¹ E. Bloch : *Sujet/Objet. Eclaircissements sur Hegel* (1962), Paris, Gallimard, 1977, trad. M. de Gandillac. p. 372.

romain »²³. Ainsi grâce à Savigny, le juriste, et avec l'aide de Schelling, le philosophe, la recherche historique sur le droit peut aboutir à une postulation très incertaine du pré, ou du méta-juridique ; ce ne sont plus les coutumes qui méritent d'être étudiées mais le fait qu'il y ait des coutumes qui doit être interrogé. C'est la coutume en tant que mythe qui surgit avec son corrélat : le peuple comme sujet mais certainement pas comme agent. Et l'on comprend dès lors les railleries de Marx à l'encontre de cette doctrine qui dit-il dans un texte contemporain de sa critique des débats de la *Diète rhénane* « a poussé sa passion des sources à tel point qu'elle demande au navigateur de voguer non pas sur le fleuve mais sur la source du fleuve »²⁴.

Ainsi il y a bien correspondance entre la philosophie politique et la théorie juridique, car quels que soient les écarts qui demeurent entre d'une part Hegel et Gans, d'autre part Schelling et Savigny, c'est bien sur le rationalisme hégélien que Gans entend fonder son exposé et sur le romantisme de Schelling que Savigny prétend étayer sa doctrine. Dans ces circonstances et dans cette ambiance la situation de Marx peut apparaître paradoxale a priori puisque l'on voit le commentaire de la loi sur les vols de bois en appeler d'une part au droit coutumier, d'autre part à la sagesse de l'Etat. Stratégie surprenante en regard des thèses développées par les parties adverses et que nous avons rappelées, stratégie qui demande donc examen précis et qui, peut-être, témoigne chez Marx de sa conscience que les misères de la situation rhénane sont le seul lieu à partir duquel puisse être entreprise une compréhension du phénomène juridique lui-même.

*
* *

Situé directement dans son contexte politique, le débat sur le droit coutumier est apprécié par Marx selon les intérêts des protagonistes, intérêts qui se privatisent et de ce fait s'affrontent sur le terrain du droit. La valeur que Marx va accorder aux coutumes est double : d'une part, de manière négative, elles contraignent le mouvement juridique à manifester son vrai caractère, d'autre part, et cette fois de manière positive, elles peuvent, par delà les débats de la Diète rhénane, permettre d'énoncer les conditions d'une authentique législation et autorisent l'émission de positions que l'on peut dire éthiques.

²² On sait l'hostilité de Marx et Engels à l'égard de Schelling : Engels écrivit plusieurs articles contre lui en 1842, quant à Marx il considérait sa doctrine comme entièrement au service de l'Etat prussien : cf. la lettre de Marx à Feuerbach du 3-10-1843 où il écrit : « attaquer Schelling c'est attaquer directement l'ensemble de notre politique et notamment la politique prussienne. La philosophie de Schelling c'est la politique prussienne *sub specie philosophiae* » (*Correspondance, o.c.*, T. I, p. 302).

²³ E. Bloch : *Droit naturel et dignité humaine, o.c.*, p. 101.

²⁴ Marx : *Le manifeste philosophique de l'école de droit historique*, Paris, Costes, trad. Molitor, T. I, p. 111.

D'un côté donc un usage polémique du droit coutumier, d'un autre côté une utilisation créatrice.

La valeur première des coutumes c'est de s'opposer à la volonté de la Diète qui veut accroître la répression du ramassage du bois mort. Ainsi, ce qui était licite va devenir interdit et la transgression de cet interdit ne sera pas qualifiée de délit mineur mais de crime, les sanctions se trouvant, de ce fait, alourdies. Pour parvenir à ce résultat, à la fois civil et pénal, la Diète doit ranger du côté du seul droit privé, en définissant un droit exclusif de jouissance pour le propriétaire, ce qui traditionnellement était perçu par delà les catégories du droit public et du droit privé. D'une certaine manière, les députés de la Diète en réformant la définition de la propriété se doivent de définir le système juridique selon l'opposition moderne du droit public et du droit privé.

Au niveau même des débats la conscience théorique n'est certes guère développée, mais Marx qui connaît assez bien les termes de la dispute philosophico-juridique que nous avons rappelée, va s'efforcer, à partir de ce terrain très concret qui fait les discours parlementaires, de retrouver le sens précis des doctrines elles-mêmes. Ainsi en cherchant les présupposés théoriques qui imprègnent inconsciemment l'argumentation des intérêts privés, il va, en retournant le mouvement de l'analyse, montrer tout ce que la théorie, qui se voudrait parfaitement scientifique ou neutre, doit en fait à la domination d'une simple fraction de la population.

Revenons donc, avec Marx, au niveau des débats de la Diète. Nous voyons alors clairement exposé l'intérêt des propriétaires fonciers révélé à ces derniers par les récents développements de l'industrie et du commerce : le bois, même le bois mort, peut se vendre, devenir une source de revenus : il y a là un nouvel intérêt précis à faire protéger et reconnaître par la législation. Le problème est de savoir sur quelles bases la loi va pouvoir justifier la reconnaissance et la protection de ce droit. Sur ce point, les propriétaires fonciers vont prendre le chemin le plus court, c'est-à-dire le plus violent : il leur faut débarrasser la propriété coutumière de ses traditionnels ayants-droit qui s'interposent entre le propriétaire et ses acheteurs potentiels, ces derniers seraient-ils d'ailleurs ces mêmes ayants-droit. On comprend dès lors que pour les propriétaires le ramassage de bois mort ne puisse être perçu que comme une infraction à réprimer et doive ouvrir droit à des indemnités. Mais une telle logique, pour s'accomplir jusqu'au bout, c'est-à-dire jusqu'à la pénalité, rend nécessaire d'épurer le droit coutumier au profit du seul titulaire de la terre, en d'autres termes de passer du privilège, qui dans sa définition classique est source d'obligations y compris pour son titulaire, au droit subjectif de propriété exclusive qui ignore, lui, le milieu social dans lequel il s'inscrit.

L'intervention de Marx est sur ce point déterminée à l'évidence par la philosophie hégélienne : « notre but, écrit-il, n'est pas de contester la vision du monde de l'intérêt

particulier, mais de la contraindre à être conséquente »²⁵. Cette position est bien sûr d'ordre méthodologique et non point politique, elle pose, à sa manière, un tribunal de la Raison ou plutôt de la philosophie et s'inspire des § 211 et 212 de la *Philosophie du droit* de Hegel qui, reprenant un conflit des Facultés, posaient que « si la science positive a d'une part non seulement le droit, mais aussi le devoir rigoureux de déduire dans leurs moindres détails et à partir de données positives aussi bien les développements historiques que les applications et les complications des déterminations juridiques..., elle ne doit pas s'étonner quand, d'autre part, on lui demande si une détermination juridique est rationnelle même si elle estime qu'une telle question reste étrangère à son activité ». Et les propos du philosophe étaient alors explicitement dirigés contre les juristes de l'Ecole historique et leur conception même de l'histoire.

C'est bien cette position que Marx reprend, considérant à l'inverse des thèses de Savigny que c'est le présent qui détermine rationnellement le passé et non le passé qui conduit un présent toujours passif. En bref, ce que Marx déjà revendique c'est l'intervention active des hommes dans un présent qui se connaît par le savoir de son passé et qui n'entend pas être réduit à demeurer un simple effet de ce qui l'a précédé. Ce qui, dans la situation de la Rhénanie favorisée par sa double détermination germanique et française, signifie l'exigence pour le législateur d'épurer rationnellement le droit coutumier de ses éléments déraisonnables tout en conservant, pour les élever politiquement à l'objectivité, les intuitions de justice senties plus que connues par ce même droit coutumier. Car dans les coutumes, la raison n'est pas absente : mais les éléments raisonnables s'y trouvent saisis — c'est encore là une leçon de Hegel — de manière simplement subjective, « instinctive » dit Marx, et demeurent contrariés par une conception encore naturaliste des rapports sociaux. Aussi ce que Marx entreprend d'examiner c'est si la Diète, qui prétend parfaire les coutumes, est bien à la hauteur de sa mission historique et si, vraiment, ce sont bien la raison et la liberté qui s'exercent sans être limitées par des mobiles pathologiques²⁶.

Aussi, sans s'en prendre directement à la propriété privée, Marx va dans son commentaire se livrer à un examen des motifs et des moyens techniques utilisés comme mode de raisonnement par la Diète à la suite de la théorie juridique dominante ; et c'est sur cette question précise que se localisera l'opposition de Marx à l'inspiration savignienne. En d'autres termes, il va montrer que les moyens utilisés pour promouvoir un passage du droit dans la loi sont inadéquats et demeurent en deçà de ce que le concept rationnel de la loi est à même d'exiger.

²⁵ Marx : *La loi sur les vols de bois*, in P. Lascournes et H. Zander, *o.c.*, p. 149 (trad. L. Renouf et H. Zander).

²⁶ Cf. Hegel : *Philosophie du droit*, *o.c.*, § 211.

De fait, pour cette mise en ordre qui s'impose dans le monde du droit et à laquelle la Diète de Rhénanie est appelée à participer, ce sont les ressources classificatoires du droit romain qui sont mobilisées, un droit romain tel qu'il se trouve valorisé alors par les études juridiques. Mais si ce travail a le mérite d'ordonner ce qui préalablement demeurait « dans la viscosité inorganique du tout »²⁷, le risque est grand, si la question de la conformité à la raison est esquivée, de n'obtenir qu'un surcroît d'abstraction ou, ce qui en est la conséquence voire le but, de partialité et d'injustice. Et, pour Marx, c'est bien ce qui arrive : une injustice, produite par un triomphe de la forme sur le contenu, du moyen sur la fin, triomphe engendré par une application abstraite de l'entendement au mépris d'une reprise rationnelle de l'analyse à partir de l'objet. C'est en ce sens que les catégories du droit romain, servant simplement à préciser les notions juridiques axées sur la propriété, se voient utilisées à une fin exclusive de privatisation, c'est-à-dire pour un raisonnement qui, n'ayant plus pour centre de gravité l'objet possédé (i.e. le rapport social concrétisé) mais se focalisant sur le sujet qui possède, devient parfaitement abstrait au sens où on omet « de prendre en considération le fait que certains objets ne peuvent, de par leur nature, prendre en aucun cas, le caractère de propriété privée prédéterminée »²⁸. C'est cette propriété, sans détermination, autrement dit sans limites, ou seulement et faussement déterminée par un sujet isolé selon l'a priori de son titre, ne retrouvant jamais son objet de manière véritable, que Marx dénonce dans son texte de 1842. Et dans cette manière de faire qui se refuse le moment de la raison, Marx localise l'esprit de l'Allemagne de son temps: « le présent débat, écrit-il, nous offre d'emblée... un exemple qui fait le tour de la méthode et de l'esprit régissant tout le procédé »²⁹.

Ainsi l'esprit d'une époque, disons ici d'un peuple, se manifeste par sa méthode de raisonnement et l'on peut considérer que Marx adopte là une posture anthropologique en cherchant dans la tonalité dominant les argumentations le mode même de la domination sociale. Mais sur ce point encore la dette est vis-à-vis de Hegel qui présentait avec crainte l'universalisation d'un raisonnement économiste abstrait et son passage dans le jugement juridique, alors que, pour le philosophe, le moment du droit devait être celui de l'épreuve de l'objet c'est-à-dire celui de l'appréciation selon le rapport social concrétisé et manifesté. C'est dans sa *Philosophie du Droit* qu'avant Marx il s'était interrogé sur ce qui, « par nature », est susceptible ou non d'entrer dans les catégories juridiques³⁰. Marx, quant à lui, accentue dans son commentaire le raisonnement à partir de la totalité (visible davantage par son négatif, la pauvreté) et compte bien plus retrouver concrètement les individus à partir de la position première de la communauté sociale visualisée ici par le rapport de ses membres aux produits de la forêt, que déduire le tout des individualités

²⁷ Marx, *idem*, p. 141.

²⁸ *Idem*, p. 142. Dans un texte légèrement postérieur Marx précisera sa position quant à cette utilisation du droit romain et considèrera que le réalisme des Romains, tourné vers le statut des choses comme principe régissant la place des hommes, ne débouchait jamais sur le sujet abstrait (Cf. *Critique du droit politique hegelien*, 1843, Paris, Ed. Sociales, 1975, trad. Baraquin, p. 171.).

²⁹ Marx : *La loi sur les vols de bois*, o.c., pp. 142-143.

³⁰ Hegel : *Philosophie du droit*, o.c.. Le § 189 sur l'économie politique doit être lu en même temps que le § 65 sur la propriété.

postulées. S'ensuit alors dans le texte de Marx une réflexion sur le travail et sur les classes sociales, travail et classes sociales mis en évidence comme principes contestataires d'une vision subjectiviste et naturaliste du droit. En effet, si « la classe pauvre » semble définie par ce que la nature abandonne, les ramilles par exemple, elle ne peut être considérée pour autant comme ne devant disposer que de ce qui lui serait laissé pour ainsi dire par le non-exercice d'un droit des propriétaires. Ainsi si traditionnellement ramassage de bois mort ou de baies sauvages, glanage et autres coutumes similaires pouvaient s'exercer ce n'était point, comme le prétendent les députés de la Diète, que le possesseur du champ ou de la forêt s'abstenait d'exercer un droit, mais parce que, ainsi que le montre Marx, les objets considérés n'étaient pas ceux de son activité³¹. Et cette classe pauvre qui parfois ne fait que ramasser ou cueillir ne peut pour Marx être qualifiée, ainsi que l'avait fait Hegel, de classe « immédiate » car ces activités toutes simples sont déjà « une mise en ordre des produits de la puissance élémentaire de la nature » qui peut être saisie comme une modalité première d'un travail réfléchi. Pour Marx l'appropriation de la nature, ou de ses produits, ne trouve de légitimité que par la médiation d'une activité transformatrice.

C'est à ce titre que Marx peut prendre la défense des droits coutumiers car ce qu'ils représentent c'est bien moins un contenu (des avantages par ailleurs très ténus pour la classe pauvre) qu'un mode de raisonnement et une manière d'appréhender le réel qui mériteraient de meilleurs développements que ceux que lui a réservés jusqu'à présent une société hiérarchisée par ordres. Le droit coutumier qui, d'emblée, saisit la totalité des rapports sociaux selon les activités des hommes ne permet pas les visions partielles qui s'originent dans le simple intérêt privé. Et, en dépit des inégalités, la société du droit coutumier apparaît comme supérieure à celle que tend à installer le raisonnement nouveau. Car, pour Marx, le droit coutumier prétend explicitement posséder une dimension globalisante: et si cette dimension, politique précisément, se trouve contrariée voire niée c'est en raison de l'installation de ce droit dans une société inégalitaire. Il s'agit donc et c'est là la compréhension de Marx de la société rhénane dans toutes ses potentialités de libérer cette puissance politique de ses entraves tenant au passé.

On a pu écrire sur cette question que Marx, à cette époque, « aboutit à un hyperhégélianisme, au totalitarisme politique »³² en voulant par là suggérer que pour lui le politique devrait tout déterminer et régenter des activités privées des individus : le politique ne tolérerait rien en dehors de lui. Il semble bien clair, à lire le commentaire de 1842, que rien de tel n'est ici posé ; plus simplement, ce qui est exigé par la position critique de Marx c'est la nécessité d'une réflexion sur ce qui, en soi, est bien posé comme l'unique condition d'un progrès dans les relations sociales, l'individu. Il s'agit bien d'ailleurs de l'individu politique c'est-à-dire libéré des conditions d'ordre ou de classe qui le limitent, un individu en même temps non coupé de son « être collectif » et qui ne trouve pas dans son travail, ainsi que le préfigure la répression du ramassage de bois

³¹ Marx, *idem*, p. 142.

³² Cf. Michel Henry : « De Hegel à Marx », in *Hommage à Jean Hyppolite*, Paris, P.U.F., 1971, p. 109.

mort, le principe même de son isolement et de son aliénation³³. Et si Marx cherche la totalisation politique c'est à un autre totalitarisme qu'il s'en prend. le totalitarisme privatiste en tant qu'il s'insinue dans le raisonnement politique grâce à une utilisation facile et quasiment naïve des éléments déraisonnables du passé.

L'isolement, l'aliénation, Marx nous les montre des deux côtés de la société : tant sur le versant de la richesse que sur celui de la pauvreté, la première s'adossant à la seconde. Pour les propriétaires il s'agit de leur oblitération individuelle concrète par leur droit de propriété et de leur fausse réaffirmation sous le masque de sujet de ce même droit. Pour les pauvres il y a le dépouillement de leurs usages et leur identification à titre individuel dans les catégories de la délinquance, ce qui d'ailleurs, par delà tout raisonnement humanitaire qui cultiverait la nostalgie de quelque temps charitable, marque l'incapacité grave de la Diète rhénane à comprendre ce qu'est un droit public authentique et lui fait organiser l'ordre public avec les moyens de la justice privée.

La réactivation du droit romain qui se fait, comme il a été dit, dans l'abstraction de l'esprit de ce droit pour n'en conserver que l'armature logique, produit un rabattement du raisonnement sur le titulaire de la propriété et ne permet de concevoir l'ordre politique que par son aspect répressif. Et cette répression n'est que le corrélat d'une prétendue épuration rationnelle du droit ancien : il s'agit d'élaguer, de décomposer et de démembrer le droit coutumier selon d'une part son aspect « essentiel » qui sera considéré comme le côté strictement juridique et d'autre part son aspect « accidentel » qui sera son côté strictement coutumier, comme tel à abandonner. Pour Marx une telle procédure est à l'inverse du sens politique lui-même : l'accidentel c'est en fait le politique, rangé au rang de simple moyen à perfectionner pour autoriser l'émancipation du droit de propriété et n'accédant pas au niveau essentiel de la réconciliation. Ce programme qui se dit politique et qui de fait nie le politique ayant été énoncé, l'accidentel peut, et même doit, disparaître pour permettre au sujet d'accéder à son autonomie (précisément vis-à-vis des conditions politiques) et à la propriété de trouver sa dynamique propre. Conserver pour certains les avantages anciens, supprimer des usages pour d'autres, parler de droits acquis pour les premiers et ranger hors du droit donc de l'acquisition les coutumes des seconds, il y a là pour Marx une inconséquence au niveau logique qui signale un rapport de force s'avouant au demeurant comme tel par ses exigences de répression. La raison qui s'exerce ici n'est que celle du plus fort entendu, au sens strict, comme celui qui est capable de contraindre l'autre à accepter sa loi. Et pour Marx rien n'est plus éloquent, et en même temps plus dérisoire, que la fonction du garde forestier chargé de constater les délits, d'en poursuivre les auteurs et, davantage, de fixer le montant des dommages causés au propriétaire. Figure de la déraison, le garde forestier est le lieu où s'avère la faiblesse du raisonnement juridique de la Diète : un raisonnement qui se prétend juridique et qui se

³³ Sur le thème de « l'être collectif » de l'individu, cf. Gloses marginales à l'article « Le roi de Prusse et la réforme sociale par un Prussien » (1844), in Karl Marx : *Textes* (1842-1847), Paris, Ed. Spartacus, 1970.

conclut dans la force. Le garde forestier concentre la contradiction sociale et l'on voit l'ordre privé, en l'absence d'institutions publiques adéquates, se donner sans médiation comme ordre social imposable à tous. Le droit privé de la propriété est, pour reprendre un jeu de mots que Marx lui-même fera plus tard, privé de toute signification politique ; quant au droit public, saisi ici sous sa forme élémentaire de droit criminel, il ne trouve de support que dans les intérêts privés à protéger. Droit public fruste, sans différenciations vis-à-vis du droit privé, il est une pure sanction du fait qu'il croit à ce titre élever au droit. Le pseudo système juridique inachevé par défaut de vrai niveau politique, pur produit de l'entendement, n'est point sanctionné par l'autorité de la raison mais est seulement produit par les raisons sophistiquées de l'autorité tout court. C'est bien le droit historique, le droit d'une histoire qui reste étrangère aux hommes et qui leur impose ses lois par le biais de la propriété. Ce n'est pas le système juridique issu d'une histoire que les individus se seraient réappropriée grâce à la raison qui les caractérise et les réunit.

C'est dans cet esprit que Marx se revendique du droit coutumier en en reformulant le concept, c'est-à-dire en voulant en retenir l'esprit, la manière de raisonner et non point un contenu qui, lu de manière directe suggère qu'on puisse y voir déjà les prémices du droit subjectif. « Nous revendiquons, écrit-il, au nom de la foule pauvre, démunie politiquement et socialement, ce que cette horde docte et docile de domestiques, ces soi-disant historiens ont inventé comme la véritable pierre philosophale pour transformer toute prétention impure en pur or juridique »³⁴. C'est là que se situe l'opposition de Marx à toute entreprise qui nierait l'autonomie des époques, autonomie qui consiste à reprendre avec des outils nouveaux les données fournies par l'histoire. Marx reprendra ce thème : réaliser les idées du passé, ce qui veut dire à la fois qu'il n'y a pas de continuité du passé vers le présent et que le passage s'opère dans la fracture que constitue l'intervention de la raison partagée autrement dit de la conscience des hommes de leur propre historicité³⁵. Pour Marx toute autre position concernant l'évolution historique relève d'une alchimie secrète et réservée à quelque secte qui prétendrait dicter au peuple sa destinée.

Donc ce n'est pas Savigny et son utilisation douteuse du passé qui est retenu : le peuple est trop évacué des conditions de son histoire et les temps historiques ne sont pas respectés³⁶. Mais, semble-t-il, ce n'est pas non plus Gans car si pour ce dernier il n'y a pas à rechercher dans le passé les antiquités mais les potentialités rationnelles, ce sur quoi Marx est d'accord, la clef de lecture de l'ancien n'est pas pour lui ce qu'elle est chez Marx, ce dernier se situant délibérément du côté de la misère qui, en tant que telle, manifeste au mieux, car dans des conditions négatives, les ressources créatrices de l'humanité. C'est dans cette optique que Marx peut écrire qu'il y a « dans les coutumes de

³⁴ *La loi sur les vols de bois*, p. 138.

³⁵ Cf. Lettre de Marx à Ruge de Septembre 1843, *Correspondance*, T. 1, o.c., p. 300.

³⁶ Cf. Andler. o.c., pp. 49.50.

la classe pauvre un sens instinctif du droit »; et s'il y a pour la raison des objets susceptibles de lui donner vie c'est du côté de ces coutumes qu'elle doit les chercher puisque dans le milieu de la hiérarchie et de l'injustice c'est d'elle qu'elles ont témoigné. Ainsi pour Marx il n'y a pas vraiment de déduction a priori du droit ; l'a priori, si l'on peut dire est quelque chose de construit, il a une histoire. Il y a donc plutôt déduction à partir de ce qui dans le passé signale ce qu'Ernst Bloch nomme le « non-encore-advvenu », recherche à partir des traces que la raison a laissées d'elle-même spécialement dans les coutumes. Dès lors il s'agit d'abord de situer, ensuite de comprendre les obstacles qui ont réussi à empêcher la production du changement ; et la raison, conçue comme faculté de discernement de ce qui mérite d'être repris et potentialisé, a d'autant plus sa place dans l'examen des coutumes qu'en réalité elle ne fait par là que rechercher des anticipations d'elle-même.

Nul mieux qu'Ernst Bloch (encore lui !) n'a montré comment les utopies, ce qui a été rêvé par l'humanité dit Marx, cessent au moment où le droit naturel rationnel surgit ; nul n'a mieux montré également comment la privatisation de ce même droit a annihilé ses capacités transformatrices, rejetant les utopies postérieures à lui dans l'illusion et l'illusoire³⁷. Marx qui, en 1842, se situe à un moment où il est possible de croire en un exercice non pas collectif mais communautaire de la raison accorde au droit coutumier redéfini une authentique valeur éthique : il est une préfiguration de l'équité. Et il est alors possible de s'appuyer sur le passé pour décider de l'autonomie du temps présent, ce qui est une meilleure procédure que celle qui oppose au présent un passé globalement dévalorisé. Contre un idéalisme transcendantal qui perd tout objet et dérive vers le mythe du *je*, contre un réalisme raisonnable qui lui, est saturé de matériaux et mythologise un *nous* également parfaitement abstrait, Marx s'oriente vers une méthodologie provisoire que l'on pourrait qualifier de rationalisme appliqué si le terme n'avait pas aujourd'hui la signification qu'on lui connaît. Mais il est vrai que Marx fait de la recherche historique une science du dégagement du présent et qu'il tente dès 1842, contre l'Ecole historique, de faire le relevé des obstacles qui se sont dressés contre l'émergence d'une raison humaine enfin délivrée de toute transcendance ; et l'on peut penser, à partir du texte qui nous occupe, qu'il fait de l'étude des coutumes et de leur esprit un lieu privilégié pour la connaissance et l'action.

A ce point de l'analyse notre problème est donc de formaliser ce raisonnement de Marx qui fait des coutumes un point d'appui pour une législation rationnelle. Ce n'est qu'ensuite que nous pourrions montrer ce qui, à ses yeux, laisse le passé peser de toute son inertie sur le présent.

³⁷ Cf. Ernst Bloch : *Le principe espérance*, Paris. Gallimard. 1982, T. 2, trad. F. Wuilmart, pp. 117-120.

A l'évidence le texte de Marx est polémique ainsi que l'ont souligné de récents commentaires³⁸. Par ailleurs sa difficulté vient du fait qu'il emprunte, comme nous l'avons dit, les modes de raisonnement de l'adversaire pour les pousser jusque dans leurs contradictions. Marx pratique en fait le jeu rhétorique de son époque tout en poursuivant le sien propre; de là certaines difficultés du texte qui pourraient laisser penser qu'il subit la loi d'un idéalisme dominant. Or la procédure suivie, essentiellement paradoxale, autonomise suffisamment la pensée de Marx pour que son originalité soit incontestable : par le fait même que c'est à des éléments du passé qu'il va être accordé une puissance de nouveauté, c'est l'idéalisme ambiant qui va être converti en système critique concret.

« Nous réclamons pour les pauvres, écrit Marx, le droit coutumier, plus précisément un droit coutumier qui ne soit pas local, mais qui soit celui de la pauvreté dans tous les pays. Nous allons plus loin encore, et nous soutenons que le droit coutumier par sa nature ne peut être que le droit de cette masse du bas de l'échelle, de cette masse élémentaire qui ne possède rien »³⁹. Ce passage est d'une grande importance et il mériterait pour lui seul un commentaire ; on pourrait remplacer certains termes par d'autres: pauvres par prolétaires, nature par histoire et dire que le texte anticipe les futurs développements de la théorie marxienne. Mais il est vrai que Marx, en 1842, n'a pas les moyens de ce changement de vocabulaire et que notre lecture risquerait alors d'être essentiellement récurrente par rapport à ce que nous savons de la théorie développée. Il demeure cependant que lire l'histoire à partir de la situation des dominés restera pour Marx le principe d'une attitude historique libérée du regard faussement cultivé de l'antiquaire⁴⁰. Et c'est ce point de vue qui permet à Marx d'installer un espace critique à partir de l'usage d'un terme d'allure franchement idéaliste: le *DROIT*, comme idée, c'est-à-dire comme adéquation au moins pensable entre ce qui est et son concept. Idée du droit donc mais immédiatement concrétisée par son lieu de production : les pauvres ou plus exactement la pauvreté, ce qui exclut toute transcendance de l'esprit sur le positif et transforme le devoir-être intentionnel en ce-qui-n'a-pas-pu-être matériel. D'où une positivité valorisée et non point relativisée, une positivité qui trouve en elle le principe de son appréciation critique et accorde à l'ensemble enfin trouvé de l'humanité les moyens de sa progression rationnelle. Pourquoi en effet – et c'est là une interrogation toute révolutionnaire – aller chercher dans un ailleurs philosophique les principes du jugement quand, ici et maintenant, la réalité développe toujours l'insatisfaction, ne serait-ce que l'insatisfaction éthique. Et la fameuse réalisation de la philosophie dont parlera Marx n'aura pas d'autre sens que celui d'une exigence d'une vraie démocratisation c'est-à-dire d'une reconnaissance des qualités rationnelles d'une négativité concrète substituée à l'abstraction philosophique que représente si bien et avec une certaine condescendance l'idéalisme transcendantal.

³⁸ Cf. P. Lascoumes et H. Zander, *o.c.*, pp. 23 s.

³⁹ Marx, *idem*, p. 138.

⁴⁰ Cf. Ernst Bloch : *Sujet/Objet...*, *o.c.*, pp. 223 s.

Exigence donc d'un changement de lieu, du philosophique au politique, en conservant cependant la structure du dispositif critique construit par l'idéalisme. C'est dire que si c'est à bon droit que la philosophie s'installe en tant que lieu de jugement à bonne distance du politique, il importe encore davantage de se situer sur ce qui, dans le politique lui-même, est tenu de fait éloigné du politique. Telle est donc l'urgence, rationnelle en elle-même, philosophique pourrait-on dire, d'un abandon de la philosophie déjà entamé par Marx en 1842. Et c'est en ce sens que, pour Marx, c'est la philosophie hégélienne qui doit être réalisée, elle qui avait amorcé le processus de réduction de la distance entre le rationnel et le réel mais n'avait pu l'abolir que de manière dogmatique. Mais ce qui permet à Marx de sortir de l'abstraction c'est la pratique théorique de la situation concrète de la Rhénanie. Car en 1842 ce qui est tenu loin du politique et constitue de ce fait le lieu de sa critique c'est la pauvreté. La Diète dans sa composition avoue cette mutilation de la réalité sociale. Plus concrètement encore et selon l'objet des débats examinés par Marx c'est le rejet du droit coutumier, ou son utilisation opportuniste, qui poursuivent la même fuite de l'antithèse. Et la méthode de Marx n'est que la pratique de ce point de vue résolument mis à l'écart par les députés, ce qui ne manque pas de produire des résultats car, à y regarder de près, c'est à une interrogation sur les rapports entre la forme et le contenu, entre la procédure et la législation, qu'aboutit la confrontation entre le droit coutumier et le droit légiféré.

Dans l'esprit de Marx la loi et la coutume désignent davantage des procédures que des contenus, ce sont des modes de raisonnement et des manières de mettre au jour ce qui peut être désigné par le concept de droit, c'est-à-dire un ordre de justice qui, par delà les hiérarchies et les ordres, envisage la totalité sociale et vise l'égalité de ses membres plus qu'il ne les postule. Là, le raisonnement de Marx se montre particulièrement subtil car, refusant d'opposer naïvement la procédure formelle législative et la procédure historique coutumière, il suggère plutôt que c'est par l'observation de ce qui a été « instinctivement » perçu comme le droit dans les coutumes de la classe pauvre qu'il est possible de trouver la procédure législative à même de développer objectivement ce droit entrevu par les coutumes. Ce qui explique que Marx réclame, ainsi que nous l'avons vu, quelque chose qui peut apparaître comme éminemment paradoxal voire contradictoire : un droit coutumier qui ne soit pas local. Il faut donc trouver une procédure qui, respectant l'esprit du droit coutumier, lui donne une dimension nouvelle propre à l'universaliser. Et c'est dans cette recherche que Marx est amené à prendre l'exact contrepied de la Diète : le droit coutumier, les coutumes doivent être lues non point à partir des dominants, ce qui entraîne un droit subjectif qui contrarie l'idée même du politique, mais à partir des dominés qui eux peuvent présenter leur intérêt particulier sans que l'intérêt général en pâtisse.

Ainsi, si nous voulons résumer la position de Marx dans ce texte de 1842, il nous faut dire que pour lui il y a d'une part le droit entendu comme contenu qui s'anticipe dans la coutume en une conscience seulement instinctive de ce qui est juste et d'autre

part la loi comme forme qui également peut être aperçue dans les coutumes à condition qu'elles soient regardées selon l'universalité de la pauvreté. On reconnaît dans ces deux versants l'exigence du droit comme loi posée par Hegel aux § 210 et 211 de sa *Philosophie du Droit* et l'on peut dire que Marx *réalise* bien le programme de cette philosophie en la contraignant à être conséquente et à s'ouvrir vers des solutions démocratiques. Et, de ce fait, les conditions de réalisation de la philosophie hégélienne subvertissent cette philosophie elle-même puisque ce que Marx va poser c'est l'universalité de la non-propriété, davantage : la non-propriété comme critère de la capacité politique. En tout état de cause ce que Marx considère comme ne pouvant que contrarier une capacité politique véritable c'est la propriété conçue comme droit subjectif exclusif.

Ainsi l'attitude critique de Marx qui consiste à mesurer la rationalité du réel selon les exigences du concept de droit remet en cause une conception strictement subjectiviste du droit. Car chez lui le concept n'est pas trouvé de manière logico-abstraite mais de manière précisément historique; et par rapport au droit subjectif lui-même c'est l'histoire du non-droit que Marx cherche à retrouver. Marx a, il faut le reconnaître, suivi en partie Savigny mais pour mieux le nier : le droit est réductible au fait, mais sous la figure historique du pauvre et non point du bourgeois; il a également suivi Gans en acceptant la force rationnelle de la législation mais en cherchant, ce qui dépassait l'hégélianisme, les conditions d'une vraie législation émancipée de l'intérêt privé. En réalité nous espérons l'avoir montré le texte de Marx se démarque des grandes tendances de la doctrine juridique de son époque, seul véritablement Hegel donne l'impulsion à sa critique et fournit à Marx les outils nécessaires à une analyse sociale. Ainsi ce sont toujours les consignes du philosophe que Marx respecte lorsqu'il parle précisément de l'Etat et du législateur vrai : il cherche l'écart possible entre le concept et la réalité mais son but est nouveau. Définissant la notion même de critique il pouvait dire que sa passion fondamentale est l'indignation, son œuvre essentielle la dénonciation. Et c'est bien par l'indignation que Marx conclut son commentaire : le propriétaire a triomphé du rhénan, l'intérêt s'est imposé au droit. La Diète de Rhénanie, « assemblée des intérêts particuliers » a montré que ce qui tient à bonne distance le réel du rationnel c'est simplement cette propriété privée théorisée et légitimée par la construction d'un droit subjectif négateur de tout ce qui, dans l'histoire, s'était efforcé de maintenir certes l'apparence fausse d'une société équitable, mais avait en même temps entretenu l'espoir et même développé des usages porteurs d'une rationalité renouvelée. C'est en ce sens, nous semble-t-il, que pour Marx le droit coutumier est un vecteur positif de leçons politiques et historiques. Et nous suivons à nouveau Ernst Bloch pour considérer que chez Marx, la communauté humaine de l'avenir, qui n'a rien à voir avec la nostalgie mythique et mystique des communautés primitives ou passées est fondée sur l'intégration des acquis des périodes antérieures : ce qui veut dire non pas cumul et perfectionnement seulement de ce qui a réussi aux yeux de la raison, mais davantage combinaison réfléchie de ce qui, pourtant chargé de raison, n'a pu réussir. L'appel au droit coutumier, parfaitement compatible avec la thèse postérieure de Marx sur le dépérissement du droit, ne nous semble pas avoir d'autre sens.