

L'entité humaine en tant que source de la justice et de l'injustice

Dietrich Spitta

La question de l'essence et de la nature du droit, et avec elle sa source originelle, préoccupe l'humanité pensante déjà depuis l'époque des philosophes grecs antiques. Et il existe depuis ce temps une multitude de tentatives telle qu'on ne peut pas l'embrasser du regard, pour répondre à cette question.

Dietrich Spitta explore ici l'évolution des termes du problème à l'époque plus récente et les examine en profondeur sous l'implication de l'anthropologie anthroposophique dans diverses directions, ce par quoi il explore aussi la différence entre l'animal et l'être humain ainsi que le comportement de l'être humain à l'égard de la nature.¹

Lorsqu'on pose la question des origines du droit à l'époque récente, cela se produit d'une part, en considérant les phénomènes extérieurs du droit, tels qu'ils se présentent en lois et ordonnances ainsi que le droit coutumier. Ceux-ci n'acceptent, en tant qu'essence du droit, que ce qui est reconnaissable et qui est réalisé formellement et correctement sous cette forme en tant que droit. Étant donné que d'après cette conception, le droit est identique aux lois, de telles lois sont aussi considérées comme devant être suivies, par amour de la garantie du droit, même lorsqu'on les ressent comme injustes. Ainsi, par exemple Karl Bergbohm dans son ouvrage paru en 1892, *Jurisprudence et philosophie du droit*, dit que nous « devons reconnaître comme obligatoire même le droit légal le plus abject, pour autant qu'il soit correctement engendré au plan formel. »² Et à l'époque plus récente encore, Hans Ulrich Evers, dans son ouvrage paru en 1956, *Le juge et la loi immorale*, défend la conception que le juge s'adonne à une violation du droit, lorsqu'il décide à l'encontre d'une loi, même lorsqu'elle est, en effet, une loi immorale, voire corrompue.³ D'autre part, il existe de nombreuses tentatives diverses de dériver de l'essence de l'être humain, de la révélation divine, de la raison ou bien du droit extérieur se présentant, des principes généraux du droit et de placer ces derniers en tant que « droits naturels », à côté ou au-dessus du droit positif.⁴ Enfin il existe encore des conceptions intermédiaires, selon lesquelles le droit extérieur positif n'est ensuite qu'un droit et non pas un non-droit, lorsque sont réalisés en lui les principes généraux du droit comme en particulier le principe de la justice [équité, *ndt*]. Ainsi Arthur Kaufmann écrit par exemple, dans son *Philosophie du droit en mutation* : « L'équité en tant que principe de droit positif n'est en réalité qu'un droit positif, et un droit positif est seulement valide par sa participation à l'équité. »⁵

L'entité de l'être humain

C'est à peine donc si la question est posée jusqu'à présent de savoir si le droit, et avec cela aussi le non-droit, ne résultent pas directement de l'entité humaine. Arthur Kaufmann a certes affirmé, dans son ouvrage *L'être humain dans le droit*, en se référant à Gustav Radbruch, qu'il s'agissait pour celui-ci et tout au long de son cheminement « constamment du rapport d'être humain et de droit — d'être humain dans le droit et du droit de l'être humain ». ⁶ Pourtant, Radbruch ne se pose pas encore la question de savoir si l'être humain lui-même est bien une source du droit.

¹ L'article suivant est une partie d'un travail plus important, qui n'est pas encore achevé, traitant de la présentation de la société, du droit et de l'État à partir du point de vue anthroposophique.

² Karl Bergbohm : *Jurisprudence et science du droit*, Vol. 1, Leipzig 1892, p.144.

³ Hans-Ulrich Evers : *Le juge et la loi immorale*, Berlin 1956, p.142, cité d'après Arthur Kaufmann : *Philosophie du droit en transformation*, Cologne/Berlin/Bonn/Munich ²1984, pp.131 et suiv.

⁴ Voir, par exemple, la doctrine du droit naturel de Christian Wolff dans son ouvrage paru en 1740-48 : *Jus naturae methodo scientifica Pertractatum* ; Johann Gottlieb Fichte : *Fondements du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science* (1796/97) ; Immanuel Kant : *Fondements initiaux métaphysiques de la doctrine juridique* (1797 ; partie 1 : *Métaphysique des lois morales*) ; Heinrich A. Rommen : *L'éternel retour du droit naturel*, Leipzig 1936, 2^{ème} édition élargie en 1947 ; Felix Flückiger : *Histoire du droit naturel*, Zurich 1954 ; Erik Wolf : *le problème de la doctrine du droit naturel*, 3^{ème} édition, Karlsruhe 1964 ; Hans Welzel : *Droit naturel et justice matérielle*, 4^{ème} édition élargie Göttingen 1964 ; Karl Larenz : *Droit de justice. Grandes lignes d'un éthique juridique* (Munich 1979).

⁵ Arthur Kaufmann : *Philosophie en mutation*, à l'endroit cité précédemment, p.108.

⁶ Voir Arthur Kaufmann : *Philosophie du droit en mutation*, à l'endroit cité précédemment, p.30.

Pour pouvoir répondre à cette question, on doit d'abord poser la question de l'essence de l'entité humaine. Des philosophes plus récents ont exposé dans des essais ontologiques, que l'entité de l'être humain n'est pas seulement constituée de substance ou de matière, mais aussi de vie, d'âme et d'esprit.⁷ À ce sujet, Theodor Litt rétorque en s'opposant aux représentations d'une construction stratifiée de l'être humain et parle, en considération de l'association de la vie d'âme et de l'esprit d'avec le substantiel-corporel, d'une « structure sensible-suprasensible » et dit que « toutes les deux, dans la plus étroite communauté, s'entraident mutuellement en s'élevant à une détermination supérieure. »⁸ Rudolf Steiner précise quant à lui une entité *quadruplement* composée, qu'il présenta dès 1904, dans son ouvrage *Théosophie*. Il est vrai qu'il parle peu de matière, vie, d'âme et esprit, mais il désigne au contraire ces quatre composantes de l'être humain, en se rattachant à de plus anciennes désignations, en corps physique, corps d'éther ou de vie, corps astral, ou selon le cas, corps d'âme et Je. Lorsque Steiner désigne l'organisation de vie en tant que *corps* éthérique et de l'âme en tant que *corps* astral, cela peut sembler déconcertant à plus d'un. Cela dépend toutefois du fait qu'il n'a pas inféré ces composantes philosophiquement de la nature humaine, à partir de phénomènes perceptibles aux sens extérieurs, mais qu'il les a examinées, au contraire, avec une capacité cognitive suprasensible systématiquement développée et que l'organisation de vie et l'âme de l'être humain apparaît alors à cette contemplation suprasensible comme façonnée et organisée en enveloppes « *de corps* » du Je humain.⁹ L'être humain forme son corps physique comme la plante et l'animal à partir du monde extérieur substantiel et matériel. Son organisation de vie, qui se révèle particulièrement dans la croissance, la régénération et la reproduction, il la possède en commun avec le végétal et l'animal. Comme l'animal, l'être humain a aussi une âme avec des sensations, des sentiments, des pulsions et des convoitises et autres. Mais chez l'être humain seulement, se manifeste un Je, en tant qu'être spirituel individuel avec la faculté de connaître et de parler, ainsi que d'agir en liberté selon ses connaissances ou bien d'agir à l'encontre mêmes de ses connaissances.

Existent-ils des rapports de droit entre des animaux ?

Ni dans le monde des substances (minéral), ni dans celui végétal nous ne pouvons parler de rapports de droit. Dans le monde animal, par contre, se laissent découvrir des comportements qui pourraient être considérés comme relevant du droit. Ainsi des biologistes ont découvert chez divers genres d'animaux, par exemple chez les Oiseaux et Libellules, mais aussi chez les Reptile et Mammifères, ce qu'on a appelé une *possession de territoire*, défendue vis-à-vis des congénères et aussi désignée *territoire de domination*.¹⁰ D'autres phénomènes dans le règne animal, à partir desquels on pourrait conclure à l'existence de comportements juridiques et même étatiques, sont les « états » des abeilles et fourmis. Chez ces peuples d'insectes, il s'agit de sociétés d'individus consanguins, provenant tous de la même mère. Au moyen des divers soins d'élevage du couvain, les populations se différencient en êtres sexués, qui veillent à la reproduction, et d'autres aux travaux (« ouvrière(s) » et à la défense (« soldats ») de la colonie. On en arrive ainsi à la formation de « castes » chargées de tâches diverses.¹¹

Avec la « possession territoriale » défendue contre les congénères, on ne peut pas parler véritablement de « possession » et « de défense », au sens juridique, car ces manières de se

⁷ Voir entre autres, Nicolai Hartmann : *L'édification du monde réel*, Glan 1949, pp.188 et suiv. ; Günther Jakoby : *Ontologie générale*, Halle 1925/55 ; Karl Jaspers : *Philosophie*, Vol. 1, Berlin 1932, pp.165 et suiv. ; Theodor Litt : *Penser et être*, Stuttgart/Zurich 1948, pp.130 et suiv. ; 134 et suiv. ; 214 et suiv. [l'ontologie est la partie de la métaphysique qui s'applique à l'être en tant qu'être indépendamment de ses déterminations particulières, *ndt*]

⁸ Theodor Litt : *Penser et être*, à l'endroit cité précédemment, pp.134 et suiv. ; en particulier p.138.

⁹ Voir Rudolf Steiner : *Théosophie* (1904 ; **GA 9**), Dornach 2003, voir les paragraphes « corps, âme, esprit » dans le chapitre « *La nature de l'être humain* ». [La notion de corps, *Leib*, pour Rudolf Steiner n'est pas exactement celle de la chimie ou de la physique : c'est un ensemble qui apparaît à la vision spirituelle comme ayant **suffisamment de consistante** pour être « **vu** » ou « **identifié** » : de la même façon qu'une étoffe ou une bière **a du corps** (*das Bier, das Tuch hat Leib*), *ndt*]

¹⁰ Voir Adolph Portmann : *L'animal en tant qu'être social*. Francfort-sur-le-Main 1969, pp.25 et suiv.

¹¹ Voir Adolph Portmann : *L'animal en tant qu'être social*, à l'endroit cité précédemment, p.76 et suiv. [il faut se méfier de nos dénominations humaines chez ces genres d'insectes sociaux telles que « reine » pour « mère » en fait, et « soldats » pour « gardiens », et « ouvrières » pour « insectes ayant 2n chromosomes) en fait. *ndt*]

comporter sont innées et reposent sur des instincts. La même chose vaut en correspondance pour les « formations étatiques » [ou mieux des colonies, terme biologiquement plus exact quant à la manière dont ces colonies d'individus prennent naissance comme des colonies bactériennes, le terme français est plus précis et exact ! *ndt*] chez les abeilles et les fourmis [et les termites, *ndt*]. Bien sûr ces manières de se comporter sont remplies de sens, comme l'écrit Adolph Portmann : « Les faits de la vie ont des causes primordiales — mais ils ont aussi du sens. »¹²

La nature en tant que bien humain constant

Une autre question c'est de savoir si l'animal, comme l'être humain, a un droit autonome sur la vie et à l'invulnérabilité corporelle. Sur la base de la conscience environnementale qui s'est développée entre temps, il y a dans la Loi fondamentale allemande et dans les constitutions des *Länder*, ainsi que dans d'autres lois fédérales et régionales, des prescriptions pour la protection de l'environnement et aussi pour les végétaux et animaux. Ainsi dans l'article 20a de la Loi fondamentale fut stipulé ce par quoi l'État protège les fondements de vie naturelles et l'animal. Le code pénal allemand renferme des prescriptions pénales pour la protection de l'eau, du sol et de la pureté de l'air. Dans le paragraphe 1 de la loi de protection de l'animal il a été ajouté à cette fin, qu'à partir de la responsabilité de l'être humain à l'égard de l'animal, en tant que co-créature, sa vie et son bien-être doivent être protégés. Conformément à cela, cette loi renferme de nombreuses prescriptions pour la protection animale. Dans la loi de protection de la nature des *Länder* fédéraux, il y a toute une série de prescriptions qui veillent à la protection des végétaux et animaux.

Dans de telles déterminations juridiques, s'exprime une nouvelle conscience de la responsabilité de l'humanité pour la Terre et ses fondements de vie. Hans Jonas l'a nettement exprimée dans son ouvrage *Le principe de responsabilité. Essai d'une éthique de la civilisation technologique*, en écrivant : « Il n'est plus insensé, pour le moins, de se demander si l'état de la nature extra-humaine, la biosphère dans son ensemble et ses composantes, qui sont soumis à notre pouvoir à présent, sont devenues avec cela un bien humain véridique, et si cela est une sorte d'exigence morale de notre part — non seulement pour l'amour de nous, mais au contraire aussi pour l'amour d'elles-mêmes, à partir de leurs droits propres. » Si c'était le cas, cela voudrait signifier « d'étendre la reconnaissance » des « buts en soi » au-delà de la sphère de l'être humain et le souci pour cela d'entrer dans le concept du bien humain. » Jonas signale qu'aucune éthique antérieure n'a préparé les êtres humains à ce rôle de fiduciaire et que la vision régnante sur la nature nous refuse encore tout droit théorique de penser sur la nature comme quelque chose dont il faille juridiquement tenir compte. D'un autre côté, pour lui, il semble émaner des menaces multiples qui pèsent pourtant désormais sur le monde vivant, une sorte d'injonction « silencieuse » en faveur du ménagement de son intégrité. Si nous entendons cet « appel » et que nous le reconnaissons comme nous obligeant, parce qu'il sanctionne de par la nature même des choses, cela nous nécessiterait « d'étendre largement le retournement du penser mentionné à la fois au-delà de la doctrine de l'action, c'est-à-dire l'éthique, et au-delà de la doctrine de l'être, à savoir de pousser au-delà la métaphysique, dans laquelle finalement toute éthique doit se fonder nécessairement. » Malheureusement Jonas en reste ici, car il ne veut plus rien dire de cet « objet spéculatif », il conclut cependant avec l'indication importante, « que nous devrions rester ouverts à l'idée que la science de la nature ne dit pas toute la vérité sur la nature. »¹³

À cette vérité totale, Rudolf Steiner a ajouté — non pas assurément par des moyens spéculatifs, métaphysiques, mais au contraire à partir de ses investigations en science de l'esprit, qui lui permirent d'élargir ses capacités de connaître — ce qu'il pouvait concrètement dépeindre comme des êtres élémentaires et des entités spirituelles supérieures se trouvant aux fondements mêmes de

¹² Voir Adolph Portmann : *L'animal en tant qu'être social*, à l'endroit cité précédemment, p.26.

¹³ Voir Hans Jonas : *Le principe de responsabilité* Francfort-sur-le-Main 1987, pp.29 et suiv. [C'est en particulier le problème que pose l'élevage en agriculture, par exemple les vaches vivent 355 jours par ans dans leur propre diarrhée d'ensilage et 10 jours par an, pomponnées et champouinées et parfumées pour le parisien au salon, lequel, grand naïf idiot, est poussé à croire qu'elles sont respectées à la ferme. La science de la nature ne nous dit donc pas toute la vérité ! Car elle devrait s'élever contre de telles pratiques « d'élevage » *ndt*]

tous les phénomènes naturels.¹⁴ Dans son ouvrage *Science de l'occulte en esquisses* il a aussi exposé la manière dont au cours d'une évolution de la Terre extrêmement compliquée, l'évolution de l'être humain s'est concomitamment produite, de sorte qu'il en naquît la formation d'une étroite communauté de destin entre la Terre et l'être humain.¹⁵ Par dessus le marché, dans une conférence du 9 novembre 1919, il a attiré l'attention sur le fait que de l'humanité — et pas seulement par son action extérieure — émanent des énergies, d'une part destructrices et d'autre part édifiatrices, et que les êtres humains eux-mêmes, pour cette raison, ont une responsabilité morale pour ce que la Terre traverse dans les époques cosmiques. En tant que femme ou homme de la Terre, on ne se ressent ensuite correctement que « lorsqu'au sein de l'humanité, on ressent que la Terre elle-même est le corps de toute l'humanité terrestre. » Dans notre disposition d'âme, devrait donc passer le fait que nous nous sentons comme membres la Terre entière.¹⁶ En outre, Rudolf Steiner a aussi attiré l'attention sur le fait que depuis le Mystère du Golgotha, le Christ ressuscité s'est relié à la Terre et à l'humanité et qu'Il est devenu ainsi l'Esprit de la Terre.¹⁷ Dans la mesure où nous, les êtres humains, nous développons une conscience de ce fait et que la disposition d'esprit désignée est élargie, on ne considéra plus comme justifiée aucune propriété privée d'une partie de la nature, ce qu'on appelle le bien-fonds, mais au contraire, encore comme ne dépendant plus que d'un droit d'usufruit personnel ou d'une possession limitée dans le temps, de cette même partie de la nature. Malgré le lien étroit entre humanité et Terre, et la responsabilité qui en résulte pour tous les êtres humains, vis-à-vis de la nature et des êtres vivants qui en sont à sa base, on ne peut pourtant pas encore dire actuellement que ceux-ci ont des revendications autonomes de droit à l'encontre des êtres humains. Il peut en effet seulement s'agir que ces derniers, par une science de la nature élargie, incluant les dimensions spirituelles et morales, deviennent de plus en plus conscients de leur responsabilité pour l'avenir de la Terre et avec cela, en même temps aussi, pour le futur de l'humanité, ce qui contribuera à ce qu'ils se comportent en correspondance. Cela mènera aussi à ce que les prescriptions légales se multiplient aussi par des associations de droit international pour veiller à la plus vaste protection possible de l'environnement. Au sein des trois règnes naturels eux-mêmes, on ne peut ni parler de droit de rapports juridiques ni de formations d'États. Quoiqu'il s'agisse, avec la nature, d'entités spirituelles et de hautes individualités spirituelles, reposant à la base de la nature, vis-à-vis desquelles nous avons une responsabilité morale énorme, on ne peut publiquement parler de rapports juridiques, que lorsqu'il s'agit de rapports entre des êtres spirituels incarnés sur la Terre, et ce ne sont alors que des êtres humains, ainsi que de leurs comportements à l'intérieur d'organisations formées par eux-mêmes.

Atteintes au droit dans le comportement des êtres humains entre eux

L'être humain peut à présent se comporter *correctement*, comme mentionné, à l'égard du droit avec ses semblables ou alors il peut leur faire du *tort*, en violant leurs droits. Des comportements injustes dépendent du fait qu'homme et animal ont une âme, dans laquelle vivent, entre autres des instincts et convoitises et dans laquelle peuvent se faire prévaloir aussi des passions chez l'être humain. Si celles-ci ne sont pas tenues en bride par le Je humain, à partir de l'attention portée au semblable, on peut en venir à des manières de se comporter, par lesquelles on en arrive, selon diverses façons et degrés, à léser son semblable. De telles atteintes peuvent consister, par exemple, au non-respect des

¹⁴ Voir Rudolf Steiner : *Lentités spirituelles dans les corps célestes et les règnes naturels* (1912 ; GA 136), Dornach 1996. [Ce qui fait d'ailleurs que tout un pan nous échappe des causes originelles de ces phénomènes de la nature, faute de développer les **concepts** nécessaires sur le monde élémentaire, un monde frustré et souffrant, qui nous permettraient non seulement de le comprendre, mais de vivre en bonne intelligence avec. *ndt*]

¹⁵ Rudolf Steiner : *La science de l'occulte en esquisse* (1910, 1925, GA 13) Dornach 1989.

¹⁶ Voir Rudolf Steiner : *Compréhension sociale à partir de la connaissance de science de l'esprit* (1919 ; GA 191), Dornach 1989 ; Wilfrid Jaensch, lequel au moyen d'un entraînement spirituel intense parvint à élargir ces possibilités cognitives dont il a publié les résultats dans son « *Auto-entretien avec la Madone noire* », publié dans le livre du même nom, Dornach 1999, pp.65 et suiv. La Madone noire est une entité spirituelle qui s'est sacrifiée dans l'organisme terrestre, pour rendre possible la vie de l'humanité sur la Terre.

¹⁷ Voir Rudolf Steiner : *L'Évangiel de Jean en rapport aux trois autres Évangiles, en particulier avec celui de Luc* (1909 ; GA 112), Dornach 1975, p.15, 266 et suiv. ; en outre ; du même auteur : *La théosophie du Rose-Croix* (1907 ; GA 99), Dornach 1962, p.99.

contrats ou bien au non-respect de leur conformité ; elles peuvent être d'ordre psychique, du fait, par exemple, que l'on mente à autrui, qu'on le trompe ou bien qu'on l'offense, en encore du fait qu'on le vole ou le frappe ou bien qu'on le viole ou qu'on l'assassine. Dans tous ces cas de comportements moralement coupables il se produit un *tort*. Avec ces diverses formes de mauvais comportements humains se pose à présent la question de la manière dont de telles manières *injustes* de se comporter sont à juger et comment on peut veiller au *droit* vis-à-vis de ces manières. Étant donné que les citoyens veulent vivre en sécurité dans la communauté de l'État, c'est la tâche de cette communauté de décider vis-à-vis de quelles violations des droits, les citoyens doivent être protégés. Le *droit pénal* public sert à cette protection, par lequel le législateur fixe dans la loi quelles actions doivent se voir sanctionner par une peine. Mais il existe à présent aussi des violations du droit, qui ne sont pas considérées par la communauté juridique comme punissables. Ici, il s'agit de telles actions manquées, qui se réfèrent seulement aux circonstances privées des individus et doivent donc être considérées comme relevant du domaine du *droit privé*. En relèvent, par exemple, des comportements contraires au respect d'un contrat, de détériorations volontaires par incurie, d'enrichissements injustifiés et ainsi de suite. Ici, il importe alors qu'un juge, en tant qu'instance impartiale, décide au cas par cas, de ce qu'est le droit. Dans le droit privé, valent les principes de l'autonomie privée et de la liberté de contrat. Pourtant ces principes ne valent pas de manière illimitée. Il est plus précisément nécessaire que la communauté juridique, en considération du maintien de la sécurité, pose donc des limites à la liberté de contrat, aussi bien pour la sécurité des citoyens individuels que pour sa propre sécurité à elle. Ainsi, le législateur a-t-il déclaré comme nuls et non avenus entre autre des contrats, qui se heurteraient à une interdiction légale ou bien contre les bonnes mœurs. Il existe aussi, par exemple, des dispositions juridiques, par lesquelles une association poursuivant des objectifs anticonstitutionnels peut se voir interdite par le gouvernement de l'État. Avec ce genre de lois, il s'agit en fait, dans l'esprit de Rudolf Steiner, de *droit public*, parce que celles-ci ne prévalent pas pour des relations privées au droit, mais posent au contraire des limites à tous les citoyens pour leur comportement personnel et de la même façon, lors de la fondation du droit privé. Sur la distinction des trois domaines du droit par Rudolf Steiner, droit privé, droit public et droit pénal, il en sera question d'une manière plus détaillée dans un prochain article.

« Le droit, c'est ce que nous reconnaissons pour « juste » dans un cas particulier »

On peut reconnaître par ce qui vient d'être dit que l'être humain est lui-même source du droit et du non-droit. On peut aussi se rendre compte que le comportement juste est en même temps un comportement moral, de sorte que, dans cette mesure, droit et morale sont étroitement associés l'un à l'autre. En général, l'être humain se comporte de manière à ne pas violer ses semblables dans leurs droits et dans leur dignité humaine. S'il se comporte ainsi, on parle alors d'un être humain créateur du droit, c'est-à-dire, qu'un tel être humain se tient dans un rapport *juridique* avec ses semblables : il agit « conformément au droit ». Le professeur suisse de droit civil, Peter Jäggi, donne dans son ouvrage *Droit privé et État*, l'exemple d'une mère qui a donné la vie à un enfant et qu'elle sache alors qu'elle doit veiller sur lui. « Si elle le fait, en effet, alors elle se comporte conformément au droit ; si elle ne le fait pas, alors il se produit un tort. »¹⁸ Juste et injuste sont donc des propriétés inhérentes au comportement humain, indépendamment de savoir si l'on a statué en tant que devoir sur un tel comportement par un loi, ou selon le cas, si l'on a placé sous punition légale un comportement non juste correspondant. Jäggi remarque en plus : « En tant que qualité, le « droit », dans le cas particulier, doit être caractérisé par un qualificatif. Le terme principal « droit » (tout simplement) décrit cette qualité *in abstracto*, exactement comme le terme principal « beauté » décrit la qualité du « beau » *in abstracto*. Avec le terme de « droit objectif » une règle juridique est par contre toujours caractérisée. »¹⁹ Jäggi distingue donc entre la règle juridique abstraite (le droit objectif) en tant que moyen de connaissance juridique et ce qui est reconnu avec cela, le juste, tout bonnement. Pour lui, la quintessence des normes juridiques ne représente pas le droit lui-même, au contraire de la conception des positivistes du droit. Si nous libérons donc le concept du droit de la

¹⁸ Voir Peter Jäggi : *Droit privé et État*, Zurich 1976, p.7.

¹⁹ Voir Peter Jäggi : *Droit privé et État*, à l'endroit cité précédemment, p.6, remarque 10.

cuirasse de l'abstraction, dans laquelle il se trouve nécessairement, à cause de la propriété de notre penser (abstrait), alors le droit c'est « ce que nous reconnaissons réellement comme « juste » se produisant dans un cas particulier ». C'est donc un jugement de valeur que nous prononçons sur quelque chose qui a lieu (dans la vie ensemble des hommes). Plus encore : c'est une propriété, qui est inhérente à ce qui se produit sans considération de notre jugement et qu'avec l'aide de règles nous essayons de reconnaître. » Ainsi la mère, dans l'exemple cité, sait qu'elle doit veiller sur son enfant. « Elle le sait, même si aucune règles de ce genre ne fut jamais posée ni ne fut jamais fixée dans un manuel de droit. » Sa seule, unique et immédiate source du droit, c'est sa raison, que Jäggi, sous ce point de vue, appelle ici sentiment du droit. Et dans l'*ensemble des circonstances* et dans la *nature de la chose*, repose la seule et unique, mais suffisante, raison du caractère d'obligation pour le devoir qui en résulte.²⁰

Le sentiment du droit

Ici se pose la question de savoir dans quelle ampleur le sentiment du droit peut être une source cognitive du droit. Julius Hermann von Kirchmann, donne à entendre, à bon droit, qu'une particularité de l'objet de la jurisprudence consiste dans le fait que « le droit n'est pas simplement dans le savoir, mais il est encore aussi dans le sentir, à savoir que son objet n'a pas simplement son siège dans la tête, mais aussi dans la poitrine de l'être humain. » Les objets des autres sciences sont libres de ce genre d'ajout. D'eux on n'exige en effet que la vérité. Dans le droit, par contre, se mélangerait à la recherche de la vérité, l'exaspération, les passions et les partis-pris. Le sentiment ne serait donc jamais, ni nulle part, un critère de vérité ; dans le cas contraire, les investigations de la science en seraient rendus bien difficiles. Ainsi toutes les grandes questions du jour deviendraient des questions de partis-pris. Comme exemple pour cela, Kirchmann donne les questions de *droit politique*, qui n'étaient encore que contestées à son époque, comme de savoir s'il fallait introduire une constitution ou pas, si la presse devait être libre ou bien s'il devait y avoir de la censure, de savoir si la trique devait être conservée comme façon de punir, si l'on devait permettre un mariage entre Chrétiens et Juifs, et ainsi de suite.²¹

Les exemples indiqués par Kirchmann montrent qu'il s'agit de questions qui ne se réfèrent pas aux actions privées et aux rapports de droit, mais qui sont au contraire de celles qui doivent être décidées par la totalité de la communauté juridique de manière démocratique et être ensuite obligatoires en tant que droit public pour tous les citoyens de manière égale. Dans de tels cas, le sentiment individuel du droit ne peut pas être décisif, comme le dit Kirchmann à raison. Il en va pourtant autrement en considération des manières humaines et personnelles de se comporter, vis-à-vis desquelles le sentiment humain du droit, comme l'expose pertinemment Jäggi en tant que source du droit pose foncièrement question.

Nous en arrivons avec cela au résultat provisoire que la source du droit repose d'abord dans l'être humain et que celui-ci même peut reconnaître lesquelles de ses actions sont « justes » ou « injustes ». Quant à savoir comment cette connaissance prend naissance dans l'individu et si une telle connaissance du droit sourd encore d'autres sources du droit, ainsi que la manière dont le droit et la morale se tiennent ensemble, c'est ce que nous explorerons plus en détail dans un autre article.

Die Drei, 2/2014.

(Traduction Daniel Kmiecik)

Dr. en droit Dietrich Spitta, avocat de profession, cofondateur de la clinique *Filder* et du libre collègue universitaire de Stuttgart. Dans ce dernier, durant son existence, il a donné des cours d'introduction à la science juridique et à la science politique ; Des années d'étude de l'anthroposophie et de collaboration active à la Société anthroposophique à Stuttgart et à la ville de Filder, ainsi qu'au sein du département des sciences sociales du Goetheanum à Dornach. À son actif, de nombreuses publications, entre autres, *L'idée d'État chez Wilhelm von Humboldt* (2004), *Formation humaine et État. L'idéal de formation de Wilhelm von Humboldt eu égard à la critique de l'humanisme* (2006), *L'initiation de Goethe et son conte du Serpent vert et du beau Lys* (2008).

²⁰ Voir Perter Jäggi : *Droit privé et État*, à l'endroit cité précédemment, pp.6 et suiv.

²¹ Voir Julius Hermann von Kirchmann: *L'absence de valeur de la jurisprudence en tant que science*, (Berlin 1848), Heidelberg 1988, pp.21 et suiv.