

Comptes rendus

A. — Histoire de la philosophie du droit

Bernard WICHT, *L'Idée de milice et le modèle suisse dans la pensée de Machiavel*, Lausanne, L'Âge d'Homme, 1995, 243 p.

L'ouvrage de Bernard Wicht sur *L'Idée de milice et le modèle suisse dans la pensée de Machiavel*, pourra sembler d'après son titre et pour ceux qui n'en aperçoivent pas immédiatement les soubassements, ne présenter qu'un intérêt d'érudition assez marginal. Pourtant comme les spécialistes l'auront deviné et comme la lecture du texte le montre immédiatement, le rapprochement extrêmement méthodique par l'auteur des thèmes et des extraits de la pensée de Machiavel avec le contexte institutionnel suisse de l'époque est du plus grand intérêt. L'ouvrage est divisé en deux parties. La première, particulièrement précise et digne de retenir l'attention des historiens du droit en tant que telle, est consacrée à la description de l'organisation militaire des anciens suisses, en privilégiant surtout Fribourg et Genève (par ce qu'on sait que Machiavel y avait fait étape). La seconde partie de l'ouvrage, qui devait s'appuyer sur la première, concerne plus directement l'importance de l'idée de milice dans la pensée de Machiavel, selon le modèle suisse. Et c'est qu'il apparaît clairement que ce dernier est une des illustrations privilégiées des concepts clés de la pensée machiavélique. Donnons-en deux exemples. Le premier concerne un thème d'ordre général, à savoir celui de l'égalité. Ce thème anti-aristocratique, particulièrement bien analysé par l'auteur, a naturellement son correspondant dans les institutions helvétiques et dans le rôle des Suisses dans la politique européenne et la situation militaire de l'époque (cf. en particulier la très frappante citation extraite de la correspondance de Machiavel, p. 109). Sur un thème moins horizontal, mais tout à fait révélateur, comme on en peut en juger à partir de l'œuvre de Rousseau (qui, comme on sait, s'inspire beaucoup des thèmes machiavélien), celui des jeux on découvre ou redécouvre le lien entre cette problématique ludique et l'éducation civique et militaire qui font de l'organisation des jeux l'objet d'un véritable projet éducatif, à la manière, bien évidemment des cités grecques. Ainsi que l'écrit l'auteur : « Machiavel attribue donc aux jeux un but social : ils n'ont pas pour tâche première de conférer un savoir technique, mais d'intégrer l'individu dans un tout et de lui communiquer une certaine motivation. Ils doivent contribuer à ce que le noyau dur d'égaux, la masse de manœuvre, conserve son homogénéité et son élan sur le champ de bataille. La préparation au combat n'intervient qu'en second lieu ». À partir de cette analyse, l'auteur qui est un peu trop dépourvu de bases textuelles pour justifier le rapprochement avec les institutions suisses, se livre à des comparaisons historiques particulièrement attentives et convaincantes pour montrer que, entre les lignes, c'était bien ces dernières qui inspiraient en grande partie les réflexions de Machiavel.

On aura compris qu'il s'agit là d'un ouvrage extrêmement sérieux et qui intéressera sûrement le spécialiste de Machiavel, auquel il apportera des vues nouvelles mais qui peut servir en même temps par son entrée concrète dans la problématique du grand auteur florentin d'introduction à l'œuvre de ce dernier pour un plus vaste public.

René SÈVE

René Sève, *G. W. Leibniz : Le droit de la raison*, Paris, Vrin « Bibliothèque des textes philosophiques », 1994, 256 p.

Cet ouvrage est destiné à faciliter l'accès aux principaux textes de Leibniz sur le droit et la justice en en fournissant une sélection significative, souvent une première traduction en français, et une présentation détaillée situant chaque extrait dans la problématique d'ensemble de la pensée de Leibniz et des auteurs de son temps, spécialement Grotius, Hobbes, Pufendorf, etc. René Sève – après un *Leibniz et l'École moderne du droit naturel* (PUF, 1989) qui insistait plutôt sur l'aspect conséquentialiste de la pensée de Leibniz, – dresse dans l'introduction une liste fort riche de traits néoplatoniciens de la pensée leibnizienne et souligne que le modernisme propre à Leibniz consiste « à faire de la raison la véritable grâce » (R. Sève, p. 9). Le salut individuel passe ainsi par la connaissance, et le salut collectif par le recours aux savants.

L'ouvrage est divisé en trois parties, la critique de l'École du droit naturel (avec deux chapitres : l'obligation morale et l'obligation civile), la justice et le droit, (la définition de la justice, ses divisions, la remise en ordre du droit), la politique de la science. Ces six chapitres ont une structure identique : une introduction détaillée de R. Sève, suivie de textes de Leibniz classés chronologiquement.

La critique leibnizienne de l'École moderne du droit naturel consiste à refuser de dissocier les intérêts de l'agent des prescriptions de la loi morale ou civile ; celui qui agit correctement «... trouve dans l'action droite elle-même son plaisir (...) la raison abhorre que la loi ou la contrainte seule fasse le juste... » (p. 30). Leibniz n'établit donc pas de distinction entre « un principe naturel d'utilité et un principe supra-naturel de moralité » (R. Sève, p. 16). Cette position permet de résoudre plus facilement les dilemmes moraux ou politiques ; l'École moderne du droit naturel, qui s'en tient à des questions de principes, éprouve ici beaucoup plus de difficultés. La définition des critères de la souveraineté est examinée aux pp. 60-81.

La partie sur le droit et la justice est consacrée principalement à la clarification de ces notions. La justice est la bonté ou charité conforme à la sagesse (p. 85, 114, 128), le droit un calcul rationnel destiné à minimiser le mal (p. 189), aboutissant à un formalisme qui permet la remise en ordre du droit. Cette définition de la justice autorise, notamment, une « synthèse conciliatrice » entre le point de vue religieux (le domaine du droit naturel et de la justice et celui de la loi divine et de la charité n'en font qu'un) et le point de vue rationnel (ces deux domaines sont disjoints). Selon cette synthèse, la justice est plus que la poursuite des fins intra-mondaines, et la charité « un amour conceptualisable dans ses moyens et son but ; le progrès, le bonheur de l'humanité, la gloire de Dieu » (R. Sève, p. 85). La définition de l'acte droit et de la justice repose sur l'idée, classique, que tous les intérêts (privés, publics, internes, externes) convergent.

Leibniz a essayé sa vie durant de stimuler la création de sociétés savantes destinées à assurer le bonheur des hommes, par le confort matériel qu'elles créent (p. 239), par l'amour de Dieu (plus on connaît de choses, plus on aime Dieu ; plus on aime Dieu, plus on est heureux, p. 119), et par le contrôle politique. Sur ce dernier point, Leibniz voit grand : les sociétés savantes devraient diriger l'économie, le social, l'éducation et la culture, et exercer le rôle de conseillères privilégiées dans les autres domaines ! Ces sociétés sont une sorte d'équivalent fonctionnel du philosophe roi de Platon et du clergé médiéval, *i. e.* « un groupe philosophique et scientifique qui à la fois, sur le plan moral, réalise un idéal supérieur, et, sur le plan politique, oriente la vie de la cité » (R. Sève, p. 9).

Ce recueil, qui donne accès à une face parfois négligée de la pensée de Leibniz ainsi qu'à des textes significatifs traduits pour la première fois en français, s'adresse à tous ceux qui s'intéressent à Leibniz, ainsi qu'à l'histoire de la politique et du droit, en particulier à ce que l'on pourrait appeler le rationalisme appliqué au droit romain. Ils ne manqueront pas de trouver dans cet ouvrage d'un excellent niveau de quoi combler leurs attentes.

Catherine LOETSCHER

Y. Ch. ZARKA (dir.), *Raison et déraison d'État. Théoriciens et théories de la raison d'État aux XVI^e et XVII^e siècles*

Nous savions, depuis le recueil d'articles en deux volumes réunis par Ch. Lazzeri et D. Reynié, *La raison d'État : Politique et rationalité*, ainsi que *Le pouvoir de la raison d'État* (PUF, 1992), combien la notion de raison d'État à l'âge classique était ambiguë, hésitant toujours, pour le meilleur et pour le pire, entre la raison scientifique du Politique et son *ultima ratio* mystique, entre le projet technique des grandes monarchies militaro-administratives et l'imitation taciteenne de l'empire romain, entre la volonté d'accroître richesses et populations, et la peur de voir l'impuissance de tout pouvoir mise à nu.

Le recueil d'articles *Raison et déraison d'État*, dirigé par Y. Ch. Zarka, rajoute encore à l'ambiguïté. Y. Ch. Zarka note à juste titre combien la théorie de cette notion est étroitement dépendante « sinon des circonstances du moins de la situation politique ». « C'est donc, précise-t-il, plus à titre de documents historiques sur la politique et la représentation du pouvoir que comme doctrine mettant en jeu une compréhension du politique que l'importance de la raison d'État a été soulignée ». Approche foucauldienne attachée « à définir les modalités de la pratique gouvernementale », qui fait de cette notion un simple opérateur d'un dispositif politique bien plus complexe et mystérieux dans l'agencement de ses discours.

On comprend mieux dans ces conditions pourquoi les « Philosophes » – Hobbes, Leibniz ou Spinoza –, sont restés insensibles à la raison d'État, et ont proposé sous les figures de la loi, du système ou de la *potentia* une autre légitimation du pouvoir, radicalement étrangère aussi bien à l'élégante culture technique de l'État classique qu'au mysticisme de ses *arcana Imperii*.

Pierre CAYE

Florence GAUTHIER, *Triomphe et mort du droit naturel en Révolution. 1789-1795-1802*, Paris, PUF « Pratiques théoriques », 1992, 310 p.

La thèse de l'auteur, maître de conférences en histoire moderne à l'Université Paris VII, c'est que le droit naturel moderne, après une gestation que l'on fait remonter à Grotius et surtout à Locke, a vu le jour, le 26 août 1789, grâce à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, s'est maintenu, au pouvoir en quelque sorte, pendant environ quatre ans, et a sombré en même temps que disparaissait Robespierre, le 9 thermidor, pour ne réapparaître, après une éclipse tout au long du XIX^e siècle, qu'avec la Constitution française de 1946.

La tentative de démonstration se fait en trois temps. Dans une première partie, intitulée « Liberté », p. 11-41, il est fait appel aux antécédents de Paine, de Mably, de Rousseau et de Locke, pour établir que, selon le droit naturel, l'homme est non seulement libre, c'est-à-dire insusceptible d'être soumis au pouvoir de quiconque, mais encore est essentiellement liberté, en ce sens que l'homme se définit comme un pouvoir qui, surplombant tout, n'est surplombé par rien. Ce que l'auteur exprime en disant que le droit naturel est universel car attaché à la personne.

Or voilà que partis d'un si bon pas, les révolutionnaires français vont se diviser et c'est ce que raconte la deuxième partie, intitulée « Liberté, égalité », p. 53-124. On récuse l'opposition entre les Constituants qui, en 1789-1791 auraient préféré la liberté, et les Conventionnels, qui, en 1793, auraient misé sur l'égalité. Il y a, de part et d'autre, des gens pour qui la liberté étant une et indivisible, donc la même pour tous, celle des uns ne peut pas offenser celle des autres. Ainsi, la liberté des riches ne saurait offenser celle des pauvres. Ce sont les Girondins qui le disent, et toute limitation apportée au droit de propriété est évidemment contraire au pauvre, car les pauvres sont des riches en puissance ou en attente. À quoi l'on rétorquera avec les Jacobins que la liberté des pauvres ne peut être contraire à la liberté de personne, et que donc tout ce qui est bon pour eux est bon pour tous. Accapareur, suspect, contre-révolutionnaire, qui le nierait.

Par conséquent, le Gouvernement révolutionnaire n'a pas été une dictature, mais un temps fort d'enseignement obligatoire du droit naturel, et Robespierre n'a pas été un tyran, mais un professeur de droit naturel.

Restait à étendre ce droit naturel dans le temps et dans l'espace, c'est-à-dire à l'ensemble des citoyens d'une même nation, à l'ensemble des nations européennes, et à la totalité des peuples répandus à la surface de la terre.

Citoyenneté, cosmopolitisme, anticolonialisme ou anti-esclavagisme, l'auteur en traite dans sa troisième partie, sous le titre « Liberté, Égalité, Fraternité », p. 125-243.

L'ouvrage se termine sur une quatrième partie où est offerte, sous le titre « La défaite du droit naturel en France et l'indépendance d'Haïti » p. 245-306, comme l'illustration, en positif et en négatif, de la thèse générale de l'auteur. Le droit naturel, qui était né en France en 1789, a été mis à mort en France le 9 thermidor. Mais il a triomphé en Haïti avec l'indépendance.

Cette thèse, on l'a compris, est double : thèse de la continuité entre 1789 et 1793 ; et thèse de la rupture, de Thermidor d'avec 1789, jusqu'en 1946.

Elle a le mérite, du moins dans sa première branche, de la logique et de la clarté. Elle s'inscrit dans une tradition qu'avec l'auteur on dira « de gauche », et même dans une

tradition marxiste, teintée parfois d'hétérodoxie. Elle s'appuie sur quelques grands textes, connus et sur des archives, moins connues.

On félicitera l'auteur de chercher à comprendre mieux des moments aussi importants de notre histoire. Mais on ne dissimulera pas les faiblesses de l'argumentation.

Il y a d'abord le « ton grand seigneur » – *dixit* Kant – sur lequel sont traités tous les historiens qui s'écartent de la thèse de l'auteur.

Tous coupables, semble-t-elle dire d'eux, scandalisée que des textes cités par elle ne l'aient pas été par ses prédécesseurs, ou aient été interprétés dans un autre sens.

Cela commence dès la p. 10 : « les historiens de la Révolution française, curieusement n'ont pas croisé leurs travaux... » ; p. 18 « il est en effet curieux que l'historiographie néglige ce point » ; p. 19 « et ce point n'a guère été aperçu... » ; p. 51 « l'oubli, l'ignorance où le mépris de cette histoire sont tout à fait curieux... » ; p. 57 « l'historiographie de la Révolution française... a curieusement oublié... » ; p. 96 « problématique... qui... a été remarquablement occultée » ; p. 123 « Il faut encore rappeler quelques évidences "oubliées" par les inventeurs de la "dictature jacobine centralisée" » ; p. 129 « curieusement, ici encore, les histoires de la Révolution en ont perdu la mémoire... ».

Inutile de continuer. Sauf à renvoyer le compliment à l'auteur et à lui dire que le plus curieux, c'est qu'une historienne trouve curieux d'avoir à dire des choses nouvelles ou à rectifier des choses anciennes.

C'est la vocation même de l'historien, de faire cela, parce que nul n'est infallible.

Témoin l'auteur qui avance (p. 129) que « les histoires de la Révolution... ne mentionnent, en général, l'apparition de cette devise [liberté, égalité, fraternité] qu'en 1793 ».

Or il suffit d'ouvrir l'*Histoire et dictionnaire de la Révolution française*, de J. Tulard, J.-F. Fayard et A. Fierro, dans la collection « Bouquins », livres de poche à grande diffusion, pour la voir datée de 1791 et attribuée à un ami de Robespierre, Momoro. Maintenant, qui, de Robespierre ou de Momoro, est le premier, revient à se demander qui, de l'œuf ou de la poule, est premier...

De même, l'auteur pense prendre en flagrant délit (p. 123) d'absence d'érudition des auteurs comme A. Cochin et F. Furet. Le reproche est d'autant plus mal venu que Furet met seulement l'érudition dans la dépendance de la conceptualisation, hiérarchie qui est au principe même de l'ouvrage dont nous rendons compte, et que Cochin, dont les notes ont été publiées après sa mort, tant ses scrupules de chartistes étaient grands, est cité inexactement. Son livre a pour titre, en effet, non pas « La Révolution de la libre pensée », mais « La Révolution et la libre pensée ».

Ceci laisse entières les autres questions, autrement importantes, auxquelles l'auteur fait des réponses qui sont autant d'énigmes.

Si l'on accorde qu'il y a bien continuité entre 1789 et 1793, pourquoi ne pas accorder aussi qu'il y a continuité entre 1789 et 1795, et bien au-delà, tout au long du XIX^e siècle ? C'est la thèse du « bloc » révolutionnaire, qui n'a pas attendu 1946 pour être exprimée, défendue, et même enseignée, mais du bloc fissuré, ou plutôt explosé et explosif.

Par quoi on est fondé à parler de révolution.

S'il n'y avait pas eu révolution, il eût pu y avoir unité et attentat contre celle-ci, voire oubli de celle-ci.

Dès lors qu'il y a eu révolution, c'est-à-dire renversement par lequel est mis en haut ce qui est naturellement en bas et en bas ce qui est naturellement en haut, la pluralité étant prise comme cause d'unité (c'est la définition même du contrat social), il ne peut y avoir autre chose que thèse, antithèse, synthèse, au sens de Hegel, lequel nous paraît le premier sinon le seul à avoir conceptualisé la Révolution, non pour la juger mais pour l'avaliser et « surfer » sur ses vagues. Car qu'est ce que thèse, antithèse, synthèse ? sinon liberté, égalité, fraternité.

Qui est aujourd'hui maître sera nécessairement esclave demain, en attendant sa revanche. 1793 est le second moment de 1789, et 1795, le troisième moment. La Révolution est finie, disait Bonaparte après le 18 brumaire, non parce qu'elle a cessé, mais parce qu'elle a cessé d'être victorieusement combattue.

Les deux logiques, girondine et jacobine, sont l'une et l'autre révolutionnaires, et l'une et l'autre destinées à se combattre sans merci. C'est le « côté droit » et le « côté gauche » qui ne peuvent ni se réconcilier ni s'éliminer, et qui n'ont de sens que l'un par l'autre.

Cela conduit à se demander s'il est question de droit dans la Déclaration des Droits puisqu'est droit, selon le langage commun, ce qui n'est pas sens dessus dessous, et aussi ce qui fait s'entendre les hommes, au lieu qu'ici est réputé droit ce qui conduit à la Terreur. Cette question, c'est celle que pose, depuis un certain temps, Michel Villey, avec le handicap de n'être pas, comme professeur de droit naturel, d'aussi sanguinolente compagnie qu'un Robespierre.

Mais poursuivons. Est-il même question de nature dans cette Déclaration ?

Les mots droits, nature, droits naturels, y sont *expressis verbis*. Mais les choses ? Qu'est-ce qu'une nature sinon ce qui entoure l'homme, et lui sert de référence, du berceau – *natura* vient de *nascor* – au tombeau ? Qu'est-ce que la nature révolutionnaire, sinon ce qui est déclaré par l'homme, au point qu'il n'y a nul écart entre le « nature » et le « déclaré ». Cette nature, et ce droit naturel, ne sont pas ce qui guide l'homme, mais ce que dit, ce que dicte l'homme. Cette nature n'est pas ce qui édite – au sens latin de faire naître – l'homme, c'est ce que l'homme édite. C'est un renversement.

Alors, temple des droits que cette Déclaration ? ou Table de la Loi, voire Table des Devoirs ? L'auteur semble parfois incliner pour la seconde branche de l'alternative, mais alors manque de suite dans les idées.

Si les Constituants ont déclaré à tous les hommes leurs devoirs, ce ne sont pas des hommes qui ont parlé, ce sont des prophètes, ce sont des dieux qui ont dévoilé des choses cachées depuis le commencement du monde, et obscurcies par des hommes dont l'unique péché – contre l'esprit – était de ne pas penser comme eux.

Mais de questions en questions, on en vient à se demander si la République, installée en 1792, a été autre chose que ce que l'auteur appelle une « ré-privée » rendue publique au sens publicitaire dès 1793 et pas seulement à partir de Thermidor. Et à se demander si la Déclaration en est une.

Car il y a contradiction à faire suivre une déclaration des droits naturels, d'après laquelle la nature est parfaite, est parfaitement claire, bref nécessaire et suffisante, d'une constitution, c'est-à-dire d'une construction artificielle sans laquelle rien ne serait clair ni suffisant.

Alors ? *Tractatus juridicus*, ou *tractatus theologico-politicus* ? Déclaration ou écran de fumée ?

L'auteur semble se poser la question quand elle se demande pourquoi après tant d'années de « Liberté », il y a autant sinon davantage de contraintes qu'avant ; pourquoi après tant d'années d'égalité, il y a autant sinon plus d'inégalités entre les hommes et entre les continents ; pourquoi, après tant d'années de fraternité, il y a toujours des guerres.

Encore un effort. Et l'auteur en viendra peut-être à se demander, avec nous, si la Révolution a déclaré le droit naturel ou ne l'a pas plutôt subverti.

C'est le souhait que nous adressons à l'auteur.

François VALLANÇON

G. W. F. HEGEL, *Lezioni di Filosofia del Diritto, secondo il manoscritto di Wannemann* (Heidelberg, 1817-1818), avec le comment. de K.-H. Ilting, trad. de l'all. en ital. et à nouveau annoté par P. Becchi, Napoli, Ist. Suor Orsola Benincasa, 1993, 568 p.

Les puristes apprécieront de pouvoir accéder au texte le plus précieux qui a précédé les fameuses *Grundlinien*, et qui livre le cheminement de la pensée hégélienne, de la possession, expressive de la liberté de l'esprit, mais aliénée par la propriété abstraite et objective, à l'État qui accomplit la synthèse unifiante de l'empirique et du conceptuel dans l'Idée, du Je éperdu dans l'« indéterminité » du sentiment au sujet de droit et au citoyen porté par l'universalité du *logos*... Voici une édition napolitaine (en un lieu où a soufflé très fort le courant moderne du néo-hégélianisme...) qui répond à cette attente. Elle propose donc une adaptation rigoureuse de la célèbre version donnée par Karl-Heinz Ilting qui rétablit l'ordre de Wannemann. Et c'est à Paolo Becchi, professeur à Sarrebrück et à Gênes, que l'on doit l'initiative de cette magistrale et luxueuse publication présentée sous coffret et sur papier vélin...

Un scrupuleux appareil critique a été établi par Becchi (dont on comprendra mieux les références encore, en se reportant aux études de l'auteur, déjà recensées dans les *Archives*). L'histoire entière des leçons et des manuscrits hégéliens sur le droit et la politique s'y trouve fort utilement recomposée et située d'après le *corpus* de l'ensemble des sources actuellement connues ; elle fait notamment place à de nombreuses tables de concordances d'expressions et rapporte des faits instructifs que Wannemann lui-même n'a pas toujours cru nécessaire d'inclure dans ses développements : par ex. les réactions de Hegel à la « teutomanie » estudiantine de l'époque, face à l'influence d'idées constitutionnelles françaises à la fois aimées et haïes... Un travail scientifique admirable dont on pourra regretter parfois qu'il ne fasse pas suffisamment état d'une école française assez nourrie sur un tel sujet (depuis Hyppolite, Kojève, Weil, jusqu'à Henry, Jarzyk, Derathé, Labarrière...) ; et l'on pourrait de même s'étonner qu'aucune confrontation avec la doctrine plus spécifiquement italienne, et en toutes perspectives (de Rosmini à Gramsci, de Solari à Labriola ou à Capograssi) n'apparaisse à cette occasion. Mais il serait bien mal venu de reprocher à ce livre ce qui pourrait lui faire défaut quand il offre tant de qualités internes, en comblant un vide littéraire qui doit permettre aujourd'hui de mieux évaluer bien des jugements sur l'hégélianisme et sur ce que l'histoire même a fait de lui.

Jean-Marc TRIGEAUD

Vittorio HÖSLE, *Hegels System : Der Idealismus der Subjektivität und das Problem der Intersubjektivität*, 2 vol. en un, Hambourg, Meiner, 1988, XL, 675 p.

L'œuvre à recenser est celle d'un auteur qui fait de plus en plus figure d'étoile montante de la philosophie en Allemagne aujourd'hui – c'est ainsi que le présente le *Zeit* dans une page entière qui lui fut consacrée récemment ; Un auteur qui très jeune déjà se fait connaître par un volumineux *Wahrheit und Geschichte. Studien zur Struktur der Philosophiegeschichte unter paradigmatischer Analyse der Entwicklung von Parmenides zu Platon*, 1984, continue à impressionner par une production aussi fertile que théoriquement ambitieuse et se voit proposer de prestigieuses chaires de philosophie tant aux États-Unis qu'en Europe. Son travail sur Hegel est l'un de ses travaux les plus marquants.

L'originalité de l'œuvre réside surtout dans sa prétention de pouvoir adhérer au principe d'une philosophie transcendante et systématique fondée sur l'idée d'une fondation dernière (*Letztbegründung*) liée à la position d'un absolu à partir duquel tout peut se déduire. L'auteur situe son travail dans le champ de tension d'une « critique immanente du système » (*systemimmanente Kritik*) hégélien, tension qui s'établit entre une adhésion à l'idée d'un système et d'un savoir transcendental-absolu, et sa réalisation imparfaite dans le système.

Höslé accepte donc les prémisses de l'idéalisme absolu, mais pense à partir de cette critique interne du système hégélien pouvoir montrer que le défaut principal de celui-ci – de même que des autres systèmes de l'idéalisme allemand (en particulier celui de Fichte) – réside dans un enfermement de la perspective transcendante dans un absolu de la subjectivité (qui se déploie en objectivité et génère tout être et toute réalité), alors que seule l'idée d'*intersubjectivité* est capable de livrer la matrice de la réflexivité absolue au fondement de l'idéalisme objectif. L'intersubjectivité se révèle alors comme la virtualité essentielle, restée impensée et souvent inexploitée, de la philosophie de Hegel. Si le programme philosophique hégélien est certes tout à fait rationnel, son exécution est cependant malade d'une fausse conception du rapport entre subjectivité et intersubjectivité. Ceci est la thèse centrale de l'ouvrage. Dès lors se pose la question si la philosophie ne gagnerait pas à reprendre le programme et d'en tenter l'exécution à la lumière des erreurs reconnues ainsi que d'un savoir scientifique, qui depuis Hegel n'a cessé de croître et de se rénover.

Nous ne pouvons donner une idée de toutes les questions hégéliennes auxquelles l'auteur consacre analyse et critique ni rendre compte de ses choix et de leur justification. En effet, nous avons affaire à une somme de recherche hégélianiste qui aborde tous les domaines thématiques de la philosophie de Hegel (Logique, Philosophie de la nature, Philosophie de l'esprit, subjectif et objectif,...) et prend en compte l'ensemble des contributions de la recherche à leur interprétation. Nous nous concentrerons sur son interprétation de la philosophie de l'esprit objectif dont la philosophie du droit est une pièce centrale.

L'auteur veut rompre avec le mode d'approche de la *Philosophie du droit* (qui livre, on le sait, l'essentiel de la philosophie politique de Hegel) par la grande majorité de ses

interprètes jusqu'à nos jours. Alors que pour lui ceux-ci ne s'intéressent souvent qu'à une commensuration des thèses hégéliennes aux leurs propres, à l'issue de laquelle un verdict est rendu sur le caractère progressiste, conservateur ou réactionnaire des premières, c'est une analyse de la « structure argumentative » (p. 414) de la *Rechtsphilosophie* qu'il veut entreprendre. Ayant montré que la philosophie politique de Hegel est de par sa logique propre – et en dépit de certaines contradictions entre sa méthode et sa place conceptuelle dans le système – une philosophie non normative et fondamentalement étrangère au praticisme, de celle de son principal épigone (Marx), Höhle voit dans l'incapacité pratique de la première l'effet de son défaut fondamental : celui d'être une pensée de la subjectivité absolue incapable de constituer l'intersubjectivité, et même condamnée à l'anéantir. Il insiste sur les désavantages et les contradictions du théorisme hégélien et apprécie dans ce contexte la critique de certains hégéliens de gauche, critique qui a le mérite de ne pas rejeter les fondements du hégélianisme et de s'accomplir ainsi sur le terrain même de celui-ci – ce qui la rapproche de la démarche de l'auteur lui-même.

L'auteur nous montre, dans la *Philosophie du droit*, la manière et l'intensité avec laquelle le concept d'intersubjectivité est exigé par l'argumentation hégélienne. Ainsi, les choix de Hegel, si différents de ceux de ses grands prédécesseurs Kant et Fichte, se révèlent supérieurs aux leurs : la philosophie du droit oblige pour ainsi dire Hegel à dépasser « l'idéalisme subjectif » des deux grandes figures du transcendantalisme et à donner une certaine réalisation à l'idée d'intersubjectivité qui en manifeste la substantialité. Pour Hegel, le subjectivisme de l'idéalisme transcendantal empêche Kant et Fichte de constituer la moralité sur une base substantielle-objective : l'État ne peut pour eux prétendre à être plus que l'organisation d'« égoïsmes symétriques », alors que pour lui l'État est le règne de la moralité (*Sittlichkeit*) comme synthèse du droit et de la morale. Cependant, Hegel n'arrive pas, par le fait de la scission chez lui de l'esprit objectif d'avec l'esprit absolu, à dépasser véritablement le subjectivisme incriminé. Les contradictions et l'incorrection, pour l'auteur, de certaines thèses de la *Philosophie du droit* dérivent à chaque fois d'une déficience chez Hegel dans l'explication des virtualités de la pensée de l'intersubjectivité. La philosophie hégélienne retombe ainsi en deçà de sa propre ambition d'être une pensée réalisante de l'*idée* comme absolu de l'identité du subjectif et de l'objectif, c'est-à-dire, dans l'interprétation de l'auteur, comme intersubjectivité.

Le chapitre consacré à la *Philosophie du droit* se révèle être, comme l'ensemble de l'ouvrage, fort stimulant et très informatif. Il suit, plus étroitement que dans les autres parties de l'ouvrage, les divisions de l'œuvre et consacre à chacune d'elle une discussion détaillée de ses thèses. Son procédé n'est pas différent ici de ce qu'il fut ailleurs : les thèses sont éclairées par des rapprochements avec celles de Kant et de Fichte ; le point est fait sur les débats de la recherche qu'elles ont suscités ; enfin une position est esquissée à partir d'une critique immanente au système hégélien montrant l'inadéquation de certaines thèses par rapport au motif le plus profond et le plus virtuel du système qu'est l'intersubjectivité.

Les mérites du travail sont ainsi certains. Son caractère très instructif est soutenu par une expression très claire qui fait acte de réserve face au « *Tiefsinn* » (à la profondeur) hégélien. On pourrait même dire qu'un des aspects les plus méritoires du travail est de rendre Hegel « actuel » en se démarquant, dans une critique immanente, de la fermeture stylistique et de l'ésotérisme de son œuvre pour en tirer tout le profit théorique pour les

débats philosophiques actuels. L'auteur nous propose ainsi une lecture relativement limpide et convaincante d'un système dont la puissance spéculative réside justement dans la capacité de fonder des lectures saisissantes des phénomènes les plus variés. Il nous montre la fécondité de la *Realphilosophie* hégélienne tant pour les sciences naturelles d'aujourd'hui (la physique quantique par exemple) que pour les sciences sociales et normatives.

Les réticences naissent cependant devant la trop commode dérive d'une fructification du système qui s'accompagne de son jugement à l'aune de nos intérêts et de nos connaissances actuels. S'il est certes impossible pour nous de nous situer à un autre point de vue que celui qui est historiquement et herméneutiquement le nôtre pour lire une œuvre philosophique de cette facture, le doute reste permis sur la pertinence de jugements qui, en se situant explicitement à ce point de vue, en présupposent cependant la validité (du moins relativement à l'œuvre thématifiée). Il est difficile de ne pas ressentir un certain malaise face au constat répété de fautes (*Fehler*) dans l'œuvre hégélienne. Si certains constats sont tout à fait légitimes parce qu'issus d'une critique immanente éclairante, d'autres ne traduisent qu'un écart par rapport à ce qui pour nous est aujourd'hui l'évidence.

Le projet de Hösle semble demander une élucidation au départ de la question de sa propre possibilité : Qu'est-ce qui permet d'affirmer la pertinence de systèmes philosophiques comme celui de Hegel et qu'est-ce qui permet de la relativiser ? Ce n'est pas la légitimité de la critique immanente qui est ici remise en question. Rien, en effet, n'empêche de montrer que certains défauts des systèmes – quelquefois parmi les plus gênants quant à leur compréhension – peuvent être réparés ou atténués par une variante théorique, ce qui témoigne d'une adhésion encore plus forte au sérieux de l'œuvre. Il ne s'agit pas non plus de fermer ces œuvres à tout recours d'intelligibilité partielle et de vouloir qu'elles ne soient signifiantes que dans leur totalité. Ainsi, l'on peut faire valoir que ces systèmes, loin d'avoir perdu toute relevance pour un monde qui a beaucoup changé depuis les synthèses qu'ils ont proposées et qui surtout a perdu confiance en de tels discours d'explication totale, restent capables d'aiguiser notre intuition et de rendre intelligibles des phénomènes que nos philosophies anthropologisantes (c'est-à-dire essentiellement sociologisantes ou psychologisantes) n'arrivent pas à éclairer convenablement. Là où il y a néanmoins confusion, c'est sur le *statut* des discours métaphysiques historiques. Pour l'auteur, la synthèse hégélienne a validité parce qu'elle est rationnelle. La rationalité (à quoi s'ajoute chez Hegel la complexité et la globalité) peut donc livrer un critère de revalorisation des discours métaphysiques de la tradition et en particulier de ceux dont la systématisme est élevée. Ne risque-t-on pas à cette enseigne de perdre de vue l'historicité des systèmes ou de leur en attribuer une qui ne reflète pas celle très particulière du discours philosophique qu'ils sont et qui est un discours de *fondation* de la raison – discours « premier » par rapport à celle-ci. L'absence d'explication de l'auteur sur ces questions jette une ombre sur sa méthode.

On a ainsi du mal à s'expliquer l'avantage d'intelligibilité des discours aprioriques et l'on peut se demander comment on pourrait se refuser à en faire des discours d'appoint, fondamentalement réfutables par nos discours scientifiques avancés. Dans l'indécidabilité de ces problèmes, ne vaut-il pas mieux, avec Heidegger, « laisser être » les discours métaphysiques dans une sorte d'injaugeabilité au vrai et ainsi accepter l'existence d'une

parole des commencements qui ne sera jamais commensurable à celle des moyens et des fins ?

Jean CLAM

Marie-Adélaïde RASCHINI, *Rosmini et l'idée de progrès*, Bordeaux, Éditions Bière, 1995, 120 p.

Les travaux consacrés à Rosmini tant en Italie qu'en Grande Bretagne et en France se multiplient : ainsi nous avons pu parler d'une actualité de Rosmini (*Revue philosophique*, 1994/2, p. 195-202). Son œuvre est publiée dans sa langue originale, mais aussi dans des traductions anglaises et plus partiellement en français. Voici maintenant la parution en français d'un ouvrage qui permettra de connaître les thèmes centraux de la pensée de Rosmini, tout en suivant l'analyse d'un thème particulier de son œuvre. Le devenir de la société civile ne peut prendre sens qu'en s'accompagnant d'une réflexion approfondie de la part des membres de cette société. Le progrès n'est véritablement possible que si son mouvement est parallèle à l'acquisition du savoir humain et à l'amélioration de la vie sociale. Dans ces conditions, on comprend comment une pensée philosophique peut être soucieuse d'une étude portant sur l'idée de progrès, dès lors que celui-ci s'inscrit dans la progression même de la pensée. Il faut ajouter qu'il ne peut y avoir de progrès véritable qu'avec un effort de la volonté. Mais on voit notre société se perdre elle-même en cherchant ce que peut être son avenir, après avoir cru d'une façon trop peu réfléchie au rêve prométhéen. Ce rêve a voulu se concrétiser dans des projections objectives qui finissent par échapper à leurs incitateurs. En ayant cherché le progrès, on en vient à rencontrer la décadence.

Le progrès doit être repensé à partir de la réalité humaine ; on se penchera sur la manière dont l'homme se situe par sa réflexion en face des caractéristiques de son temps et d'abord de la confiance qu'il peut avoir en lui-même. Mais le progrès n'a de valeur que s'il est constaté comme tel, c'est-à-dire si l'homme en tire satisfaction ; il ne pourra donc se limiter à une avancée partielle et concrète. Il lui faut concerner la totalité de la personne. Précisément, il faudra de la part de l'homme un jugement éclairé et une attitude libre envers le réel pour juger du bonheur apporté par le progrès. Les biens qui le nourrissent devront être associés à la progression de l'être. S'il y a progrès, il y a une finitude humaine à compenser et à essayer de dépasser ; il faut donc pour cela l'effort d'une intelligence soucieuse d'une perfection plus grande à acquérir. On ne pourra l'atteindre qu'en visant la coordination du réel, de l'idéal et du moral. Cette coordination trouvera son moteur dans la volonté d'aller au-delà du multiple, dans un souci d'unité de l'être. Celle-ci ne sera connue que dans la progression de l'esprit vers la vérité. Un tel progrès ne se réalise pas sans la participation de l'homme ; il a son lieu dans la nature même de l'homme. En devenant conscient, celui-ci ne peut que se sentir responsable. Puisqu'il y a mouvement vers la vérité, il faut reconnaître déjà la présence du progrès dans la manière dont l'homme s'efforce de ne pas succomber à l'erreur et à dépasser celle-ci dès qu'elle est repérée. On peut alors parler de formes dialectiques, en tant que ce sont ces moments où la vérité et l'erreur sont saisies dans leur contradiction et où s'élabore le mouvement vers l'unique vérité. Le progrès se manifeste maintenant comme l'expérience privilégiée où les vérités se propulsent vers un ordre de vérités de plus en

plus affinées. Il y faudra le travail de l'esprit, à la fois attentif et organisé. Le progrès consiste à relier la vérité à son principe. Par ce progrès, l'homme pourra s'affirmer de plus en plus authentiquement comme le témoin de la vérité.

Le sous-titre de ce livre le propose comme une initiation à la réflexion philosophique. On voit que son contenu dépasse la simple position de la question du progrès, pour concerner la vocation même de l'homme.

Michel ADAM

Antonio ROSMINI, *The Philosophy of Right*, 2 vol. (Vol. 1 : *The Essence of Right* ; Vol. 2 : *Rights of the Individual*), trad. D. Cleary & T. Watson, Durham/Glasgow, Rosmini House-Bell Bain, 1993, XVIII-216 p., IX-598 p.

Ces deux volumes constituent la première traduction anglaise de la « philosophie du droit » de Rosmini. Cette traduction est certes encore partielle puisqu'elle ne correspond malgré son épaisseur qu'au premier des six tomes de l'édition italienne, mais elle était tout particulièrement attendue dans le monde anglo-saxon, puisque l'on y est déjà beaucoup plus familier que chez nous depuis le siècle dernier de l'œuvre largement traduite et rééditée du métaphysicien et théologien de Stresa (qui compte, il est vrai, plus de cent vingt titres, au milieu desquels la *Philosophie du droit* n'occupe qu'une place seconde...). L'on pourra relire avec fruit pour s'en convaincre l'émouvante *Vie de Rosmini* par William Lockhart, biographie traduite de l'anglais par E. Segond et publiée à la Librairie académique Perrin, en 1889 (V. Cousin avait fait élire Rosmini à notre « Académie des sciences morales et politiques », mais cela n'engagea guère plus loin que la traduction de sa *Psychologie*, anticipatrice pourtant des interprétations modernes liées à la phénoménologie).

De ces volumes élégamment présentés et fort utilement annotés par Denis Cleary et Terence Watson, ressort l'analyse rosminienne du droit comme « propre » et de l'expérience vécue du « ressentiment », réaction personnelle et non individuelle ou sociale à l'injustice. Le *propre* caractérise le droit, tout droit, comme *avoir* dans le champ de la nature de l'homme, et comme fruit de l'« *operare* », de l'« *attivitá* », du dynamisme de l'acte d'être personnel qui se développe en cette nature. Il désigne par là une « propriété » au sens générique. Mais il ne se justifie que si la nature reste expressive de la personne qui en vise le sous-jacent ou le fondement, en son identité singulière. Il s'agit de demeurer fidèle à la source de l'acte, à l'esprit derrière les grammaires du comportement où se complaît à l'heure présente le formalisme analytiste. Si tout droit est un élément d'avoir, *il doit participer de l'être personnel pour être droit* et mériter quelque protection. De plus, le propre recueille aussi des finalités qui transcendent l'objet et appartiennent à la « chose même », à une « nature de la chose » en somme, dans l'acception du réalisme classique. Ce qui évite au droit les pièges de l'empirisme (réaction au courant lockien et sensualiste de l'époque) et du rationalisme (Rosmini fait sien le kantisme, le point de vue du criticisme mais en dépasse le subjectivisme latent).

Cette philosophie du droit, encore en cours de traduction chez nous, se situe dans le sillage de Platon et d'Augustin plus que d'Aristote et de Thomas, mais elle pratique l'universalisme intégrateur de ce dernier (ayant traité l'idéalisme germanique comme

Thomas a traité le réalisme arabe) et elle est incontestablement en avance sur notre temps soucieux de « l'identité personnelle » par-delà la notion de consensus démocratique dont la généreuse impuissance a provoqué l'enlèvement des théories de la justice. Seule, en tout cas, elle mérite, en ce début du XIX^e siècle, comme l'ont écrit Chaix-Ruy et Gouhier, d'être confrontée aux *Grundlinien* de Hegel, et ce n'est qu'à partir de cette confrontation que son originalité s'affirme comme dialectique des formes de l'être jusqu'à cette forme ultime qu'est le droit.

Jean-Marc TRIGEAUD

Antonio ROSMINI, *The Philosophy of Politics* 2 vol. (Vol. 1 : *The Summary Cause for the Stability or Downfall of Human Societies* ; Vol. 2 : *Society and its Purpose*, trad. D. Cleary & T. Watson, Durham/Glasgow, Rosmini House-Bell Bain, 1994, vol. 1, 96 p., vol. 2, 456 p.

La Rosmini House de Durham et particulièrement Denis Cleary et Terence Watson, poursuivent la publication en anglais des œuvres de Rosmini par la parution de sa philosophie politique (cf. compte rendu précédent) (après *Anthropology as an Aid to Moral Science*, *Certainty* et *The Philosophy of Right*). Ces travaux sont tout à fait essentiels pour faire sortir de la confidentialité cet auteur qui, mis à part les travaux de Jean-Marc Trigeaud, est très mal connu en France, alors qu'il produit peut-être la synthèse la plus brillante de la tradition catholique avec le progressisme du droit naturel moderne, grâce à une vision métaphysique de l'homme. Il faut espérer que ces publications maintenant nombreuses qui permettent d'avoir une idée fort complète de la pensée du philosophe italien vont maintenant entraîner les thèses et travaux qu'il mérite.

René SÈVE

Vittorio STELLA, *Benedetto Croce*, Gênes, éd. L'arcipelago, 1994, 82 p.

Le public français redécouvre depuis peu l'importance de la philosophie italienne, et en particulier de son école néo-hégélienne et idéaliste (Spaventa, Labriola, Croce, Gentile), grâce entre autres aux récents numéros spéciaux que les *Archives de Philosophie* (« La philosophie en Italie », T. LVI-n° 4, oct.-déc. 1993 & T. LVII, n° 1, janv.-mars 1994) d'un côté, la *Revue de métaphysique et de morale* de l'autre (« La médiation italienne » sous la direction de Ch. Alunni, 1994, n° 1) ont consacrés à cette tradition intellectuelle. La philosophie du droit est concernée au premier chef par cette redécouverte qui permet non seulement d'approfondir mais aussi de déplacer les perspectives sur le décisionnisme schmittien, à l'intérieur même de la culture néo-hégélienne et idéaliste.

Dans ce cadre, le petit ouvrage de Vittorio Stella apporte une utile introduction à ce monde de pensée à travers la réflexion et l'œuvre de Benedetto Croce. Le grand mérite de l'auteur est d'avoir su en quatre-vingts pages présenter et articuler parfaitement les différentes dimensions fondamentales (esthétique et littérature, morale et politique, philosophie de l'histoire) de la démarche crocienne sans passer sous silence le constant dialogue que le philosophe de Naples a entretenu avec les autres courants de cette école et en par-

ticulier avec son ami-ennemi Giovanni Gentile, à la fois si proche et si éloigné de lui. Une bibliographie détaillée et parfaitement à jour permet au chercheur d'approfondir ces directions et de poursuivre sa réflexion sur cette tradition décisive pour comprendre les enjeux intellectuels contemporains.

Pierre CAYE

Yves THIERRY, *Conscience et humanité selon Husserl. Essai sur le sujet politique*, Paris, PUF « Fondements de la politique », 1995, 206 p.

L'ouvrage de M. Yves Thierry, professeur de classes préparatoires au Lycée Balzac, semble venir heureusement réactiver l'intérêt de la phénoménologie et, en particulier, de la pensée de Husserl dans le domaine de la philosophie politique et de la philosophie du droit. Indépendamment des travaux de Paul Amselek et des republications de, et autour de, l'œuvre de Adolf Reinach, il fallait remonter à 1962 et à l'ouvrage de René Toulemont, *L'Essence de la société selon Husserl*, pour trouver un exposé méthodique de la réflexion phénoménologique sur la société et les institutions. Ce dernier ouvrage reste certainement indispensable pour une étude approfondie, appuyée sur de très nombreuses citations de l'œuvre du fondateur de la phénoménologie. En effet, l'ouvrage d'Yves Thierry est conçu dans une perspective différente. Husserl est convoqué mais l'œuvre de Rousseau également abondamment commentée. Il s'agit en réalité de réfléchir grâce à Husserl, mais pas uniquement avec lui, sur la possibilité d'un fondement du droit à partir de la notion d'intersubjectivité, en deçà de toute institutionnalisation trop concrète. Ainsi l'ouvrage, rédigé toutefois dans un style très clair qui contraste avec celui de certains épigones de l'auteur-titre, intéressera plus directement les philosophes dont on peut rappeler que ceux-ci sont qualifiés par Husserl de « fonctionnaires de l'humanité » (cf. p. 155). L'intérêt de ce travail est néanmoins évident, en particulier parce qu'il permet de situer le courant phénoménologique dans l'histoire de la philosophie moderne, à une époque où beaucoup s'en inspirent consciemment ou non, à travers les thèmes de la communication ou le renouveau du contractualisme. On regrettera néanmoins que l'auteur, sans doute par souci de concision, ne se permette pas quelques réflexions en ce sens, en particulier à l'égard d'Apel ou d'Habermas.

René SÈVE

Cécile TOURNAYE, *Kelsen et la sécurité collective*, préf. Ch. Leben, L. G. D. J. « Travaux et Recherches de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) », 1995, 121 p.

Kelsen n'est pas seulement l'auteur de la *Théorie pure du droit*. Il est aussi un penseur politique qui consacra des écrits étonnamment nombreux au droit international public, et plus précisément à la recherche d'institutions propres à assurer la paix mondiale. Voici ce que démontre l'ouvrage riche et intéressant de Cécile Tournaye. On y trouvera un exposé très structuré d'une pensée kelsénienne plutôt dispersée, et une réflexion approfondie sur les enseignements qu'il est possible d'en retirer.

Après Kant, Kelsen a donc entrepris d'établir un ordre juridique mondial propice à la paix. Il en voyait le point culminant dans l'institution d'une Organisation du maintien

de la paix, dont l'organe principal était une Cour de justice à la compétence obligatoire, flanquée d'un Conseil chargé de faire exécuter, si besoin par la force, ses arrêts. Discret héritage lockien dans cette propension à caractériser l'état social par l'apparition d'un juge reconnu par tous comme apte à trancher les litiges et interpréter le droit naturel ? En tout état de cause, Kelsen est convaincu que le droit international n'est pas une pellicule superposée à la surface des États. Il s'agit bien d'un véritable droit dont l'objectif, à savoir la garantie de la paix, est inscrit dans sa nature même.

Le système préconisé par Kelsen suscitera sans doute une certaine perplexité. Reste que certaines de ses intuitions sont encore, comme le montre fort bien Cécile Tournaye, d'une grande actualité. Quant à la contradiction ou la complémentarité entre le Kelsen philosophe et le Kelsen internationaliste, on pourra sans doute en disputer à l'infini. On saura donc gré à l'auteur de ne jamais céder aux oppositions faciles, et de proposer de Kelsen une lecture très subtile.

Daniel GUTMANN

Miguel Angel CIURO CALDANI, *Lecciones de historia de la Filosofia del Derecho*, Rosario, Fundacion para las investigaciones juridicas, 1994.

« *Ceux qui ont été bien éduqués deviennent généralement des hommes de valeur* », Platon, *Lois*, I.

Aimer ce que l'on n'a pas, se rendre semblable à l'objet aimé, c'est la tâche dévolue à l'amant qui sans cesse devient autre. Mouvement intérieur de l'âme qui s'informe au contact de l'aimé, puis qui retourne dans sa propre demeure pour y découvrir l'existence de son propre mystère, de son être.

Miguel Angel Ciuro Caldani introduit ses *Leçons d'histoire de la philosophie du droit* par une présentation de sa méthode. L'ouvrage malgré sa prétention encyclopédique apparaît concis et précis. Il ne s'agit pas en effet d'exposer un panorama exhaustif des idées philosophiques qui ont imprégné l'histoire du droit, mais de présenter une histoire des systèmes et des écoles à la lumière des valeurs juridiques de l'Antiquité à nos jours. Pour ce faire, Ciuro Caldani entend réintégrer chaque courant philosophique non seulement dans le contexte historique, sociologique et artistique qui l'entoure mais aussi dans l'expérience vécue de ses instigateurs.

L'objectif de ce cours se situe à deux niveaux. Le premier est de réintégrer la place de la philosophie du droit à côté de celle de ses censeurs. En restant dans une tradition légaliste ou empirique, la philosophie du droit a perdu sa demeure naturelle. Comme si le droit devenu désormais autonome évoluait par cercles concentriques, successifs, correspondants à différentes époques de l'histoire et se légitimait lui-même.

La philosophie du droit et la théorie scientifique du droit préfigurent un ordre inédit, un ordre ouvert dans lequel l'investigation scientifique doit s'engager. Les réponses apportées à une vision trop réductrice de la phénoménologie juridique sont diverses. Autant de chemins nouveaux découverts, d'éléments porteurs, qu'il convient de louer par exemple aujourd'hui au travers de la philosophie latino-américaine tridimensionnaliste de Goldschmidt et de Reale ou de l'égologie de Cossio.

De surcroît, Ciuro Caldani s'adresse à l'ensemble de la communauté juridique. Le rôle de celle-ci n'étant pas seulement de s'adapter aux évolutions que dictent la volonté

générale, la loi du marché et les conflits sociaux qu'elle véhicule. Il est aussi celui de comprendre sa position et de redéfinir son rôle au sein d'une axiologie eidétique nouvelle. Chacun sait qu'aujourd'hui le juriste n'est plus seulement occupé comme jadis par des transactions patrimoniales, mais qu'il entre dans la modernité de plein fouet. C'est un technicien « in », qui élabore les contrats commerciaux et qui s'intéresse aussi aux problèmes soulevés par les nouvelles découvertes médicales, scientifiques et technologiques. Une connaissance juridique pratique de cette nature ne saurait malgré sa complexité exclure une démarche personnelle spéculative cultivée par l'auteur lui-même spécialiste de droit privé dans sa revue *Investigación y Docencia*.

Tel est l'objet des *Lecciones de historia de filosofía del derecho*, leçons tirées de ses cours professés à l'Université de Rosario et qui concernent avant tout des étudiants.

Il ne s'agit pas d'étaler l'ensemble des idées de philosophie du droit de l'Antiquité à nos jours à la manière d'une somme, mais de pénétrer la filiation des idées au travers d'une construction architectonique d'ordre historique et sociologique. Invitation au voyage, qui conduit au dialogue de l'histoire de l'humanité animé par une sorte de cénacle des grands esprits. Enseigner, montrer, faire découvrir, tel est l'objectif de l'auteur. « De tous j'ai appris, pour tous je veux enseigner », aveu d'humilité qui porte l'ensemble de son travail et fournit la clé de cette réussite. Il s'agit d'opérer « *in persona* » la révélation du « maître intérieur » au sens augustinien du terme. L'originalité du rapport aux autres doit être le moteur d'une démarche interne. Si la philosophie est une quête de sagesse, la philosophie du droit se doit de révéler à chacun l'amour du juste. Présence du juste tour à tour voilée et dévoilante, occultée ou magnifiée à travers les différentes écoles et aspirations philosophiques. Savoir du droit n'exclut pas connaissance du juste entendu tout au long de l'ouvrage comme proximité. Le juste apparaît certes comme un inconnu, mais comme un inconnu qui s'annonce, comme un inconnu qui déjà nous attend. C'est l'appel d'une rencontre, l'exigence d'une quête intérieure qui ne trouve de terme que dans la révélation d'une approche infinie ; celle qui attire par sa dimension, son mystère et son éternelle présence à l'endroit du droit.

Le discours philosophique est axé sur l'universalité. Il devient le signe qui montre la voie à suivre et qui dessine les contours d'une esthétique du droit (expression fréquente chez l'auteur dans d'autres écrits). C'est un état originel qu'il faut trouver et où nous pousse Mario Angel Ciuro Caldani, celui de l'étonnement poétique entretenu par l'opinion vraie. On ne peut que déboucher sur une éthique, un « *que hacer* » personnel. La vocation du juriste est alors contenue dans les germes de son éducation. En présentant le droit dans toute sa richesse le maître en suscite habilement la convoitise. La diversité des courants présentés sont autant de regards portés sur le couple *diké-thémis*. Dimension érotique du juste selon un mot à nouveau dû à l'auteur : le droit impose sa nouvelle présence et polarise aussi bien par son contenu que par sa forme.

Face à lui, le jeune juriste ainsi attiré par l'essence polymorphique du juste se transforme en amant de la justice et devient ce qu'il doit être, ce qu'il est : un homme de « valeur ».

Alexandre ZABALZA

Noel J. COULSON, *Histoire du droit islamique (A History of Islamic Law)*, trad. Dominique Anvar, Paris, PUF « Islamiques », 1995, 234 p.

« La loi, si elle veut être élan vital, doit refléter l'âme d'une société ; or l'âme de la société musulmane actuelle ne se reflète ni dans les diverses formes d'une sécularisation brutale, ni dans la doctrine issue des traités médiévaux » (p. 213). L'ultime phrase de la troisième et dernière partie sur le « droit islamique contemporain » reflète assez bien l'esprit de ce bref essai dans lequel l'auteur veut nous faire percevoir la tension qui existe entre les forces profanes qui gouvernent le mouvement de la société et des forces religieuses qui cherchent à leur imposer une nomocratie divine formée de principes rigides ayant pour objet de régir la totalité des activités privées.

Ces principes ont naturellement pour origine le texte sacré du Coran dont les quatre-vingts versets qui traitent de questions juridiques ne forment pourtant pas une charte complète et précise (la plupart d'entre eux ne visent d'ailleurs que la situation de la femme, spécialement lorsqu'elle est mariée). Aussi faudrait-il chercher plutôt dans la science juridique de l'Islam les règles détaillées et contraignantes qui constituent la *chari'a*. C'est donc à l'étude de cette constitution qu'est consacrée la majeure partie des chapitres des deux premières parties de l'ouvrage.

Dans la première, l'auteur s'intéresse à la « genèse de la *chari'a* ». Celle-ci est issue des vives critiques qui furent adressées par des religieux idéalistes à l'endroit de la pratique du droit des *qâdi* sous la dynastie des Omeyyades. Mais ces religieux se divisèrent en de très nombreuses écoles juridiques, ce qui aurait abouti à une désintégration du droit si un « maître architecte » (p. 53) n'était apparu en la personne du savant Muhammad Ibn Idrîs al-Shâfi'i à qui l'on doit d'avoir systématisé les sources du droit islamique (*usûl*), au point que « sa position dans l'étude de la *chari'a* a été comparée à celle d'Aristote dans le domaine de la philosophie » (p. 60). Selon lui, ces sources forment en quelque sorte une pyramide à quatre niveaux. À son sommet se situe le Coran dont il reconnaît plus que ses prédécesseurs la force contraignante des règles juridiques. Puis vient la *sunna* constituée par le comportement divinement inspiré du prophète. La troisième source est formée de l'*ijmâ'* qui traduit le consensus de la communauté musulmane toute entière. Vient enfin la *qiyâs* c'est-à-dire le raisonnement par analogie qui fait partie de l'*ijtihâd*, cet effort de la raison humaine dans l'élaboration du droit. C'est cette division des sources du droit, dont on perçoit qu'elle était destinée en partie à faire disparaître les oppositions entre les diverses écoles, qui forma le point de référence des juristes islamiques jusqu'à la fin du IX^e siècle. Mais en identifiant les termes du droit aux ordres de Dieu, en substituant la *sunna* du prophète à celle des nombreuses écoles des premiers temps, cette division contenait en germe le tarissement de la spéculation juridique.

C'est ce tarissement dont l'auteur veut démontrer l'existence dans sa deuxième partie consacrée à « la doctrine et à la pratique juridiques dans l'Islam médiéval ». Il étudie en premier lieu la manière dont les théoriciens classiques ont reçu et déformé l'enseignement d'al Shâfi'i pour isoler plus encore le droit des aspirations sociales. Avec eux, la primauté revient à l'*ijmâ'*, désormais assimilée au commun accord des savants qualifiés d'une génération. Or celle-ci est infaillible, au point que son abrogation par une *ijmâ'* d'une génération suivante s'avère impossible. Dès lors, la part laissée au jugement de la raison ou *ijtihâd* devient presque nulle. L'auteur peut alors en déduire qu'avec cette

« doctrine connue sous le nom de “fermeture de la porte de l’*ijtihād*”, le droit musulman du début du X^e siècle reconnu formellement que sa force créative était alors épuisée et tarie. Le droit à l’*ijtihād* fut remplacé par le devoir de *taqlīd* ou “imitation”. Désormais chaque juriste est un “imitateur” (*muqallid*) tenu d’accepter et de suivre la doctrine établie par ses prédécesseurs » (p. 79-80).

Même si cette perception du droit, idéaliste et conservatrice, n’interdit pas le maintien d’écoles dominantes (toutes sunnites), ni l’émergence d’écoles dissidentes (chiites), même si elle n’occupe pas toute la sphère juridique (les juristes islamiques ont avant tout bâti un système de droit privé), elle aboutit nécessairement à une tension profonde avec la société, parce que celle-ci est en constante évolution.

Cette tension, l’auteur veut en prouver l’existence en étudiant les « deux domaines majeurs du droit privé que sont le droit familial et le droit des transactions civiles » (p. 132). Sa conclusion : pour concilier la *chari’a* et les aspirations de la société, il a fallu dans de très nombreux cas « faire preuve d’une hypocrisie flagrante » (p. 136). Mais il semble que les choses aient évolué au XIX^e siècle. L’influence des systèmes juridiques occidentaux a emporté des pans entiers de droit islamique (et l’on songe aux législations égyptiennes et ottomanes). Et puis une relative diversité à vu le jour au sein même du droit islamique, car il semble que le *taqlīd* ait autorisé « un choix parmi des points de vue variés, consignés dans les textes faisant autorité » (p. 175), ce qui a permis de retenir parmi les doctrines possibles celles qui étaient les plus conformes aux aspirations sociales en fonction des questions abordées.

« La nécessité pragmatique et les principes religieux » (p. 207) auraient ainsi fini par se combiner, fût-ce de manière imparfaite, au point de justifier la conclusion citée. Celle-ci n’a peut-être pas tant vieilli (l’ouvrage original date de 1964) en dépit de certaines évolutions récentes : après tout les chiites iraniens ne recourent-ils pas au très hypocrite *mut’a*, c’est-à-dire au mariage temporaire contracté pour une durée déterminée qui peut ne pas excéder quelques heures, dans le seul but de légitimer la pratique des relations sexuelles hors du mariage classique ?

C’est en revanche le point de vue de l’auteur qui s’accuse avec le temps. Celui-ci est anglais et à ce titre pragmatique. La conception idéaliste du droit islamique l’irrite, son souci d’approfondir la compréhension des textes sans vraiment tenir compte de la pratique des tribunaux aussi, ce qui le rend attentif aux influences étrangères qu’il estime le plus souvent bénéfiques. Ses analyses en disent donc parfois autant sur l’observateur et la conception qu’il se fait du droit que sur l’objet observé, ce qui d’un certain côté enrichit son travail si l’on en prend rapidement conscience. Et comme au surplus celui-ci, qui forme plus une introduction à l’histoire de la science islamique du droit qu’à celle du droit islamique, fourmille de réflexions sur la question des sources, on peut ne pas le négliger.

Christophe JAMIN

Jean-Louis GARDIES, *Les fondements sémantiques du discours naturel*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin « Problèmes et Controverses », 1994, 247 p.

Le nouvel ouvrage de Jean-Louis Gardies se situe dans la suite de ses thèses de doctorat, principale *Sur les fondements a priori de la rationalité morale et juridique* et

complémentaire *Esquisse d'une grammaire pure*, ainsi que d'autres études, à savoir *Logique du temps*, *Essai d'une logique des modalités*, *L'erreur de Hume*, *Le raisonnement par l'absurde* et de ses deux travaux d'histoire des mathématiques : *Pascal entre Eudoxe et Cantor* et *L'héritage épistémologique d'Eudoxe de Cnide*. Nous les citons à dessein, car le livre dont nous rendons compte ici est issu de la méditation des problèmes traités dans les ouvrages précédents, du développement et de l'approfondissement des analyses effectuées en rapport avec eux, de la mise en ordre des résultats auxquels ils ont conduit et, en ce sens, élabore une espèce de synthèse des recherches poursuivies dans ce vaste domaine au fil des années.

Évoquant le temps de la rédaction de sa thèse principale, l'auteur, au début de son avant-propos, avoue qu'il fut obligé, à cause de la richesse et de la complexité des problèmes posés par le raisonnement moral et juridique, de diviser son ouvrage en deux parties, la première constituée par ce qui pouvait déjà être analysé logiquement, la seconde regroupant ce qui exigeait des procédures plus subtiles, de sorte qu'il fut astreint de se « contenter d'esquisser quelques descriptions phénoménologiques », pour reprendre ses termes (p. 7). Plus de vingt-cinq ans après, Jean-Louis Gardies peut écrire : « D'une certaine manière, nous tentons aujourd'hui cette unification de l'ensemble de notre méthode à laquelle nous avons été jadis contraint de renoncer. Nous nous sommes de plus en plus convaincu que, contrairement à l'avis sans doute prédominant, analyse logique et analyse phénoménologique pouvaient s'appuyer l'une sur l'autre et déboucher l'une dans l'autre, à la condition de ramener d'abord la logique à ses fondements sémantiques. » (Avant-propos I. c.)

Si l'on se réfère, comme le fait notre auteur à la page 187, à la division de la sémiotique en syntaxique, sémantique et pragmatique, toujours d'actualité depuis la parution en 1938 du livre de Charles W. Morris *Foundations of the theory of signs*, on doit admettre que la logique, qui s'énonce en tant que telle en son langage, autrement dit la métalogue, comporte entre autres une sémantique et Jean-Louis Gardies a parfaitement raison d'estimer qu'il faut en tenir compte, de la « ramener » à ses fondements sémantiques, pour ainsi dire. La logique n'est pas la seule à avoir une sémantique. Les langages vernaculaires en ont aussi. De ce fait, pour saisir les fondements du discours naturel, nous assistons, au cours des cinq chapitres constituant l'étude de Jean-Louis Gardies, à l'application consécutive de sa méthode où analyse logique et analyse phénoménologique « s'appuient l'une sur l'autre et débouchent l'une dans l'autre ».

Le premier chapitre répond à la question de savoir quelles sont les limites de l'application élémentaire de la vérifonctionnalité. En logique, une fonction est dite « vérifonctionnelle » lorsqu'elle est construite à l'aide d'un foncteur extensionnel. Et le foncteur est extensionnel lorsque la valeur de la vérité ou de la fausseté de la proposition obtenue à partir de la fonction propositionnelle formée à l'aide de ce foncteur, dépend de la structure formelle de la fonction en question et de la vérité ou de la fausseté des propositions substituées aux symboles de variable figurant en elle, et non de leurs contenus sémantiques. Prenons deux exemples de fonctions propositionnelles, l'une vérifonctionnelle : « $p \ \& \ q$ », l'autre non : « a croit que p ». Pour obtenir de la première une proposition vraie, il suffit de substituer à « p » et « q » des propositions dont le contenu sémantique est indifférent, à condition qu'elles soient vraies. On dit de cette catégorie de fonctions qu'elles sont des « fonctions extensionnelles ». La seconde fonction qu'on nomme « intensionnelle » donne une proposition vraie seulement lorsque

« a » croit réellement ce qu'énonce la proposition substituée au symbole de variable « p », fût-elle objectivement fausse.

Le deuxième chapitre s'interroge sur la signification de la quantification appliquée à des symboles de variable non pas nominale mais propositionnelle. L'auteur commence par le cas le plus restrictif, à savoir celui de la quantification des variables propositionnelles dans le calcul des propositions, permettant d'obtenir comme thèses des expressions qu'on ne peut trouver dans la logique propositionnelle classique.

Jean-Louis Gardies prend à titre d'exemple le quantificateur « existentiel » (« il existe un... tel que » utilisé dans la plupart de logiques – d'autres logiques se servent du quantificateur particulier : « pour un certain... »), permettant de « lier » entre autres la variable « p » dans l'expression « $\exists p p \equiv 0 \vee I$ ». Il ajoute que Jan Lukasiewicz, en exposant une partie du système appelé « système de Tarski et Bernays », partie qu'il transforme en appliquant le quantificateur universel à ses thèses, justifie la validité de la formule « $\exists p p$ », en précisant que « l'expression « p » sera vraie pour quelque valeur substituée à la variable p » (*Elements of mathematical logic*, p. 95).

Domage que Jean-Louis Gardies se borne en l'occurrence à mentionner seulement la protothétique de Stanislaw Lesniewski, que celui-ci définit de manière plus générale comme résultat d'un élargissement spécifique du calcul des propositions (entendu au sens de : « classique »). Il l'a élaborée à partir de 1924 et jusqu'à sa mort en 1938, en construisant successivement une série de systèmes propositionnels équivalenciels, c'est-à-dire ayant l'équivalence pour unique terme primitif. La protothétique serait encore plus intéressante, du point de vue qui est celui de Jean-Louis Gardies, que le système de Lukasiewicz modifiant le système Tarski-Bernays. En effet, elle applique, outre la quantification des variables propositionnelles, la quantification des variables fonctorielles. On peut l'illustrer en prenant comme exemple le principe d'extensionnalité pour les fonctions véridictionnelles, à savoir

$$\forall p \forall q [(p \equiv q) \supset \forall F (Fp \equiv Fq)]$$

lu : « Si pour tout p et pour tout q, p si et seulement si q, alors pour tout F, Fp si et seulement si Fq ».

Les modes de vérifonctionnalité propres aux prédicats pourvus d'arguments propositionnels, tel est le titre du troisième chapitre. Il traite des logiques modales entre autres ontique et déontique, cette dernière intéressant plus particulièrement les juristes. Des éléments de la logique déontique réapparaissent aussi dans le quatrième et dans le cinquième chapitres, mais, bien sûr, dans des contextes différents.

L'ouvrage s'achève par une très longue conclusion intitulée *Conclusion frégréenne*, où Jean-Louis Gardies nous dit franchement mais savamment en quoi il est d'accord avec Gottlob Frege, célèbre mathématicien et logicien, l'un des créateurs de la logique contemporaine (nous appelons ainsi la logique de notre siècle finissant, née à la fin du siècle précédent), et en quoi il s'en écarte plus ou moins.

Nous arrêtons là ce compte-rendu peut-être un peu technique, mais nécessairement superficiel, car nous avons à faire, avec l'ouvrage de Jean-Louis Gardies, à une étude très riche et très dense (bien que sur moins de 250 pages de texte), qui intéressera aussi bien le logicien et le mathématicien que le sémioticien, le juriste ou le philosophe.

G. KALINOWSKI

Helmut HEINRICHS, Harald FRANZKI, Klaus SCHMALZ, Michael STOLLEIS, (éd.) :
Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, Munich, C. H. Beck, 1993, 866 p.

Le recueil consacré aux *Juristes allemands d'origine juive* comprend des articles biographiques ainsi que trois études circonstanciées sur la situation des juristes d'origine juive à travers l'histoire allemande. Embrassant une période de presque deux siècles, du milieu du XVIII^e siècle jusqu'au « Troisième Reich », il retrace une évolution qui va de l'émancipation juive en Prusse à la privation des droits des juifs, leur persécution et leur extermination par le régime national-socialiste en passant par les différentes formes d'assimilation, juridique et sociale, des juifs sous l'Empire bismarckien et la République de Weimar.

C'est par sa législation répressive (loi sur la fonction publique de 1933, lois dites de Nuremberg de 1935) que le régime national-socialiste a privé les juifs allemands de tous leurs droits ; jusque-là, ils avaient été représentés parmi toutes les professions juridiques. En Allemagne, l'ouverture des facultés de droit aux étudiants juifs, puis l'accès aux professions juridiques se sont déroulées à partir de la fin du XVIII^e siècle, avec un certain retard sur d'autres disciplines, telle la médecine (en 1790, les quatre premiers étudiants juifs sont admis à la faculté de droit de Königsberg). L'émancipation juive fut accomplie à l'époque de la fondation de l'Empire allemand (loi du 3 juillet 1869 concernant l'égalité des confessions à l'égard des droits civils et civiques). Si la première étape émancipatrice a pu se réaliser au sein de l'Université (parmi les premiers professeurs d'université juifs, on compte Eduard Gans et Friedrich Julius Stahl), la deuxième phase (ouverture de la profession d'avocat) et la troisième (accès à la fonction publique et la magistrature) ne deviennent effectives qu'à partir de 1869. Aussitôt se manifeste, au sein de la population juive, une nette préférence pour les professions juridiques.

La période centrale de l'ouvrage est celle qui traite de l'Empire allemand et de la République de Weimar. C'est entre 1871 et 1933 que l'on constate un nombre croissant de juristes juifs, et des plus éminents (entre autres, Paul Laband, Georg Jellinek, Hugo Preuss, Hermann U. Kantorowicz, Hans Kelsen et Hermann Heller). Il conviendrait même de qualifier cette partie du recueil de tableau représentatif des sciences du droit en Allemagne, si toutefois ne manquaient pas des noms comme ceux de Savigny, Ihering et Gierke.

La seule richesse et l'abondance de quelque quarante portraits de juristes, tracés par quarante-cinq coauteurs juristes et historiens, font de ce livre un document indispensable et un manuel de référence. Le recueil vient ainsi compléter la liste de quelques autres ouvrages allemands, tels que celui de G. Kleinheyder et J. Schröder sur *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten* (*Juristes allemands de cinq siècles*) ou celui de H. Göppinger, *Juristen jüdischer Abstammung im « Dritten Reich »* (*Juristes d'origine juive pendant le « Troisième Reich »*).

Or, le sujet même de l'ouvrage, en ce qu'il peut revêtir un caractère classificatoire, ne va pas sans susciter des réserves : premièrement, on doit poser la question de savoir si la démarche des éditeurs, qui consiste à n'étudier que des biographies juives, peut être une délimitation adéquate et opportune. Qu'il soit possible et utile de consacrer une étude aux juristes et de choisir des critères très divers, tels un domaine juridique, une école doctrinale ou bien les origines sociales, personne ne le contestera. Mais on ne peut

parler, hormis le domaine du droit juif, ni d'une science ni d'une pratique juridique qui soit spécifiquement juive ou non juive. Les éditeurs de l'ouvrage sont par ailleurs les premiers à l'admettre : « La confession religieuse, voire même la origine raciale, ne sont pas des critères de classement valables. Les juristes présentés dans ce livre furent, selon des critères historiques et par l'intelligence qu'ils avaient d'eux-mêmes, des juristes allemands » (p. ix). En même temps, les éditeurs croient ne pas avoir eu d'autre choix que de s'embarquer dans les critères discriminatoires de l'antisémitisme, afin de pouvoir « rendre hommage aux personnes d'origine juive et aux contributions qu'elles ont apportées à notre société et culture » (p. x). Le moyen, s'il est justifié ici par la fin, reste cependant en pleine contradiction avec celle-ci. Ainsi le livre même devient-il la manifestation d'une contradiction insoluble, l'expression d'une condition allemande. Malgré la persistance de l'objection d'une classification initiale plus que douteuse, il convient donc de féliciter les auteurs et éditeurs de leur intention et de leur engagement anti-antisémite. Par ailleurs, on peut suggérer, pour une deuxième édition, de faire précéder le livre d'une dédicace, afin de mieux souligner son caractère commémoratif.

La seconde réserve en résulte directement : à aucun moment, le livre n'évoque la question de savoir comment les personnages portraiturés auraient eux-mêmes réagi face à un label « juristes d'origine juive » (après tout, cette appellation est bel et bien insinuée par l'intitulé même de l'ouvrage). C'est pourtant la question cruciale. Et il n'est pas sûr que les personnages dont on trouve le portrait dans le recueil eussent eux-mêmes constaté un lien quelconque entre leur profession de juriste et leur judéité. En effet, il est encore moins établi qu'ils eussent tous souhaité voir leur nom apparaître dans un volume portant cet intitulé.

Incontestablement, cet ouvrage, qui fait face à la difficulté de traiter à la fois des aspects biographiques, historiques et systématiques, occupe une place de choix parmi les travaux de ce genre. Il mérite d'être remarqué, mais autant d'être discuté.

Michael WALZ

B. — Philosophie du droit

Michel VILLEY, *Les Carnets : Réflexions sur la philosophie et le droit*, édités par Marie-Anne Frison-Roche et Christophe Jamin, Paris, PUF, 1995, 542 p.

Pendant 30 ans, de 1958 jusqu'à sa mort, Michel Villey a noté, sur des carnets de petit format destinés à sa méditation intérieure et non à l'édition, ses réflexions les plus libres et les plus profondes sur son travail de philosophe, de professeur d'Université et tout simplement d'homme. Leur publication aujourd'hui constitue un événement pour la philosophie du droit. En effet, les *Carnets* donnent à l'œuvre de Michel Villey toutes son ampleur et sa signification philosophiques, la libèrent de « l'affreux monde des idées closes » (V, § 1, p. 117) où certains critiques veulent la tenir enfermée, et remettent ainsi en lumière une pensée décisive pour comprendre les enjeux juridiques, moraux et politiques de notre temps.

À la lecture des *Carnets*, la grossière antinomie entre droit objectif et droit subjectif perd son sens ; certes, elle a pu se montrer utile pour des raisons pédagogiques, voire polémiques, mais ne correspond en rien à l'intuition ontologique de Michel Villey. Le monde que le droit doit appréhender n'est pas constitué d'une hiérarchie d'êtres organisés en relations stables et ordonnées, qui se donnerait à connaître naturellement à l'entendement de l'homme. Au contraire, l'être est toujours en mouvement, insaisissable à l'intelligence et à ses schèmes logiques : la vie déborde la pensée. Ce n'est ni Aristote ni Thomas d'Aquin que médite ici Michel Villey, mais *La pensée et le mouvant* de Bergson dont l'influence prépondérante transparait tout au long de sa réflexion. Dans ces conditions, le droit ne se limite pas à respecter un ordre immuable des essences et des espèces, mais devient une véritable *poièsis* : c'est le maître mot de ces *Carnets*. Il y a, chez Michel Villey, à partir de la question du droit, une réflexion essentielle sur le faire et l'instituer digne des grands philosophes de la technique de notre siècle, Heidegger ou Simondon. Car cette *poièsis* bien sûr échappe à la détermination idéaliste et subjectiviste de l'homme imposant au monde la vérité de ses représentations ou la volonté de sa puissance : la *poièsis* ici n'est ni volontariste ni positiviste. Nous ne saurions oublier que Michel Villey fut d'abord un historien du droit, et tout particulièrement un connaisseur subtil du droit romain. Sa *poièsis* est « fiction » et non pas fondation : elle ne substitue pas au monde de la nature celui de l'esprit mais au contraire arpente et trace dans le monde mouvant de la nature, comme le préteur ou l'architecte romain, les limites et les places d'où l'homme peut tendre vers l'esprit. « *Le juridique*, écrit Michel Villey, *n'est pas une sorte d'ossification méprisable du spirituel (...), mais plutôt recherche vers l'esprit qui est immanent à la nature ; moins dérivé de l'esprit que tendant à lui* » (XV, § 18, p. 320).

Tout au long de sa réflexion, Michel Villey insiste longuement sur l'importance de la dialectique aristotélicienne, à la fois pour comprendre le monde mouvant et pour définir la méthode par excellence du juge. Une dialectique profondément renouvelée et intensifiée par l'horizon poïétique où désormais Villey la place. C'est un des moments forts de ces *Réflexions*, qui, par l'ampleur de ses vues et la profondeur de son intuition philosophique, déborde les perspectives étroites de la rhétorique, de l'analytique ou de l'utilitarisme juridiques. La dialectique aristotélicienne est précisément cette *poièsis* de la pensée qui, au-delà de tous les schèmes et de tous les principes perspectivistes des savoirs abstraits et partiels sur le monde, est capable de les confronter, d'en déplacer les limites et de les renouveler sans postuler nécessairement, au contraire des dialectiques spéculatives, la nécessité aliénante du Tout. C'est en cela que cette dialectique est proprement juridique, c'est-à-dire, répétons-le, « *moins dérive de l'esprit que tendant à lui* ».

Bref, il n'y a pas de droit sans méditation philosophique, pas de philosophie sans exigence du droit : Michel Villey renoue ainsi, quatre siècles après, avec la grande tradition de l'humanisme juridique des Domat, des Cujas et des Bodin.

Mais cette leçon d'intelligence est aussi un traité des vertus : un traité des vertus d'intelligence. Michel Villey fut un penseur inactuel, en dehors des modes structuralistes ou phénoménologiques de son temps. C'est dire aussi qu'il fut seul et tenu à l'écart : peu importe ici l'absence de *fama*, selon une expression humaniste qui lui était chère. Plus douloureux certainement son pressentiment du désert que le reflux de ces pensées laisse aujourd'hui derrière elles : le monde mouvant bergsonien fait place au monde nietzschéen rongé par le nihilisme. Mais, pour Michel Villey, le pire est que ce désert

occupe le cœur de l'institution universitaire : l'ancienne Université de Christian Fouchet ne trouvant pas plus grâce à ses yeux que les nouvelles universités d'Edgar Faure. La dignité de l'antique *studium* est perdue, qui ne peut dépendre aujourd'hui que de la seule générosité du savoir sans calcul ni finalité que dispense le *magister*. C'est cette morale doctorale, au sens le plus noble du terme, qui inspire l'ensemble des *Carnets*.

Chacune de ces pensées, chacun de ces aphorismes se lit, se relit et se rumine. Certains condensent en quelques lignes, avec toute la plénitude d'une sphère, la matière de véritables livres. L'index des notions, que Marie-Anne Frison-Roche et Christophe Jamin ont établi avec la plus grande acribie, donne enfin toute sa résonance à la constance d'un penseur qui a tracé sans détour son chemin : assurément la constance du sage.

Pierre CAYE

Gustav RADBRUCH, *Gustav-Radbruch-Gesamtausgabe*, éd. Arthur Kaufmann, 20 vol., vol. I-III : *Rechtsphilosophie*, vol. VII : *Strafrecht I*, Heidelberg, C. F. Müller, 1987-1995.

Juriste pénaliste allemand, homme politique et ministre, mais avant tout philosophe du droit, Gustav Radbruch a laissé une œuvre considérable, unique et classique. Que les *œuvres complètes de Gustav Radbruch*, réunissant ses écrits ainsi que sa correspondance et ses discours au *Reichstag* allemand, soient publiées depuis 1987 est un événement fort heureux ; rares sont encore les éditions d'œuvres complètes de juristes du XX^e siècle. Le projet ne manque pas d'ambition, puisqu'il s'agit d'une édition critique en vingt volumes. Le résultat est parfait et ne laisse rien à désirer : les introductions à chaque volume ainsi que les appareils critiques et les notes abondantes présentés en fin de chaque volume fournissent une documentation complète et font de cette édition un excellent instrument de travail.

Parmi les juristes allemands du XX^e siècle, Gustav Radbruch (1878-1949) tient un rang important. Après avoir obtenu une habilitation d'enseigner le droit pénal, le droit de la procédure pénale et la philosophie du droit, il entama une carrière universitaire en 1910 à Heidelberg, où il fréquenta, entre autres, Hermann Kantorowicz, Karl Jaspers et Max Weber. En 1914, il fut nommé à l'université de Königsberg et, en 1919, il devint professeur titulaire à l'université de Kiel. Sous la République de Weimar encore toute jeune, il adhéra, en 1919, au parti social-démocrate, avant d'être élu député au *Reichstag* allemand. En mars 1920, il s'engagea, avec le constitutionnaliste Hermann Heller, dans le mouvement de résistance au coup d'État du nationaliste Kapp. Il participa aux travaux de l'Assemblée nationale constituante allemande et fut nommé, entre 1921 et 1923, ministre de la justice à deux reprises. Il prépara alors une réforme du droit pénal qui prévoyait notamment l'abolition de la peine de mort et, sur le plan pénitentiaire, la prépondérance des mesures d'éducation et de réinsertion sociale. Or, si son projet de réforme, considéré sans doute comme excessivement « moderne », était voué à l'impopularité et à l'échec, l'esprit de cette réforme est en parfaite harmonie avec l'esprit qui traverse l'ensemble de son œuvre et que l'on peut appeler humaniste. (Du reste, la peine capitale ne fut abolie qu'en 1949 par la Loi fondamentale, et la réforme du droit pénal aboutit à

un code pénal relativement nouveau en 1975.) Les troubles politiques de l'époque mirent rapidement fin, sinon à l'engagement, du moins à l'activité politique de Radbruch. À partir de 1923, il enseigna de nouveau à Kiel, avant de regagner, en 1926, l'université de Heidelberg. Suivit une période féconde, durant laquelle parut notamment le traité sur la *Philosophie du droit*. En 1933, le régime hitlérien arrivé au pouvoir, il le congédia pour des raisons politiques, considérant que, de par « la personnalité entière et les activités politiques antérieures » de Radbruch, il n'était pas assuré qu'il soutiendrait « dorénavant et sans réserve l'État national ». Radbruch prit le chemin de l'« exil intérieur », se consacrant davantage à des recherches de philosophie et histoire du droit et de droit comparé (ses publications en français datent toutes des années trente, v. la bibliographie de Radbruch, t. 39 de cette revue, p. 317 et s.). En septembre 1945, il reprit ses fonctions à l'université de Heidelberg, et c'est en tant que doyen de la faculté de droit qu'il participa à la reconstruction de l'université. En même temps, il se mit à formuler les principes d'un « renouvellement du droit », soulevant notamment le problème d'une appréciation juridique des lois et des actes juridiques du régime nazi, situation juridique que Radbruch qualifia d'« injustice légale ». À la fin de sa vie, Radbruch exposa quelques éléments pour une théorie du droit « supralégal », droit qui prime le droit positif en cas d'injustice extrême ou manifeste. Née parallèlement aux principes de Nuremberg, cette théorie marque le point de départ d'un courant de philosophie du droit qui dominera en Allemagne pendant une dizaine d'années : c'est la période dite de la « renaissance du droit naturel ». Si depuis lors, la doctrine a tantôt adopté, tantôt attaqué la thèse de Radbruch, la jurisprudence allemande (notamment la Cour de justice et la Cour constitutionnelle) l'a fait sienne dès le début.

La philosophie du droit de Radbruch a pour idées directrices la conception dualiste du droit, le relativisme des jugements de valeur et la tripartition de l'idée du droit. Le droit est défini comme un fait, un phénomène de culture qui est en rapport avec une valeur. Étant donné que la distinction de faits et des valeurs est irréductible, le droit se situe entre les deux, dans une sphère intermédiaire. Radbruch soutient la thèse d'un dualisme des faits et des valeurs, de l'« être » et du « devoir-être », bref, c'est le fameux dualisme méthodologique qu'il partage avec Kelsen et la philosophie néo-kantienne. En conséquence, tout jugement de valeur n'est relatif qu'à un autre jugement de valeur ; il s'inscrit dans une hiérarchie de jugements de valeur qui, elle, se fonde sur une certaine conception du monde et des valeurs (*Wert- und Weltanschauung*). Toute conception du droit implique une conception (ou vision) du monde. Pour Radbruch, il existe trois conceptions possibles, qu'il qualifie d'individualiste, de collectiviste et de transpersonnaliste. Si les deux premières correspondent à des principes politiques classiques, Radbruch favorise la troisième. Se tenant au-dessus des partis, le transpersonnalisme permet de réconcilier les principes individualiste et collectiviste par une vision « englobante » qui met en relief les valeurs culturelles et l'idée de communauté. Le troisième élément de la théorie de Radbruch est celui du concept de droit qui se rapporte à une valeur qui lui est propre ; elle n'est autre que l'idée de la justice. Or, la justice est le but premier du droit, mais elle n'en est pas le but unique ; il y a aussi l'utilité et la sécurité du droit (légalité). L'idée du droit est ainsi tripartite, et c'est la théorie de la relativité axiologique qui exclut la possibilité de concevoir l'un de ces éléments, et notamment la justice, comme but matériel du droit.

Le dualisme méthodologique, tel que l'entend Radbruch, reste cependant problématique. Car ce principe, dans la mesure où il constitue la base du relativisme axiologique et du positivisme juridique (cf. Kelsen et l'École positiviste de Vienne), ne paraît pas suffisant pour développer une théorie qui établit un lien entre le droit et la morale. Or, Radbruch semble l'affirmer en se référant à une théorie *philosophique* de la validité du droit qui vient compléter une théorie *juridique* de la validité et qui introduit nécessairement un élément moral. Mais ce sont finalement les lois nazies qui font réapparaître, et sous un jour infiniment plus clair, cette « antinomie » qui existe entre deux (des trois) buts du droit, légalité et justice, entre le positivisme et le jusnaturalisme. Radbruch doit alors abolir le positivisme, fondé sur le dualisme méthodologique, afin d'obtenir une place pour le droit naturel.

Le dernier Radbruch a également tenté de compléter son relativisme axiologique par une théorie « ontologique » du droit. C'est dans l'un de ses derniers articles, intitulé « La nature des choses comme forme de pensée juridique » (*Œuvres complètes*, vol. III, p. 229-254), qu'il développe l'idée que le droit, s'il ne peut être fondé sur des valeurs matérielles, est néanmoins déterminé selon la formule de Montesquieu par les « rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses », c'est-à-dire par l'ensemble des faits et des conditions de vie au sein d'une société qui s'imposent comme donnés. Or, tout en accordant au droit une « matière », un « substrat », Radbruch n'entend pas abandonner la méthode dualiste et rationnelle au profit de l'intuitionnisme. En effet, la solution intuitionniste lui avait été recommandée par Georges Gurvitch, qui soutint, en critiquant Radbruch, la thèse de la « matérialisation des valeurs dans les faits, que nous saisissons par l'expérience immédiate » (*L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, 1935, p. 222).

L'exemple du relativisme axiologique, contrebalancé par une théorie ontologisante du droit, ainsi que la position quelque peu incertaine à l'égard du positivisme juridique indiquent que la pensée de Radbruch n'est pas toujours à l'abri d'un certain éclectisme. L'on peut également constater que la philosophie de Radbruch présente quelques tensions au sein de son système et quelques contradictions immanentes que Radbruch lui-même jugeait nécessaires, prétendant qu'elles émanaient de la nature du monde. Or, il est sans doute exact de considérer que « le ton fondamental même de la philosophie du droit de Radbruch reste toujours profondément kantien » (Anton Hermann Chroust, « The Philosophy of Law of Gustav Radbruch », *The Philosophical Review*, 33, 1944, p. 24).

En conclusion, il convient d'évoquer un deuxième ton fondamental dans l'œuvre de Gustav Radbruch. Peut-être une qualité telle que l'humanisme n'est-elle pas estimée essentielle pour être juriste. D'aucuns, cherchant l'opportunité dans le mouvement national-socialiste, l'ont même jugée inopportune ou nuisible. Il en va tout autrement de la vie et de l'œuvre de Radbruch. À lire sa biographie aujourd'hui (*Œuvres complètes*, vol. I, p. 7-88), on constate d'abord le caractère exemplaire de sa vie. Quant à sa pensée, elle repose sur un fond humaniste qui exige que le droit soit considéré à la mesure de l'homme. Témoignant d'une grande sérénité, elle révèle un caractère moraliste qui n'est pas sans rappeler la maxime de Vauvenargues selon laquelle « il ne faut point juger les hommes par ce qu'ils ignorent, mais par ce qu'ils savent, et par la manière dont ils le savent ».

Michael WALZ

Jean-Marc TRIGEAUD, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, Bordeaux, éditions Bière, 1995, 458 p.

C'est avec une grande hauteur de vue que le professeur Trigeaud élabore, depuis quelque dix ans, une philosophie juridique à travers une œuvre déjà considérable. Il vient de reprendre une vingtaine d'articles publiés dans des revues et collections diverses, italiennes pour la moitié d'entre eux, et de les réunir en un volume qui les rend plus facilement accessibles.

En intitulant ce recueil « Métaphysique et éthique au fondement du droit », il entend montrer le sens de sa réflexion : dégager l'élément fondamental, ou plutôt « fondationnel » du droit, qu'il découvre dans une indivisible unité onto-axiologique de l'être et du devoir-être. Dans le cadre d'un réalisme spiritualiste, s'il invoque Platon et Aristote sans les opposer l'un à l'autre, ainsi que saint Thomas et un thomisme qu'il fait remonter à sa source judéo-chrétienne, il se rattache surtout, parmi les modernes, pour se libérer de l'idéalisme kantien ou hégélien et de ses séquelles, à Rosmini, dont la philosophie reste trop méconnue, même s'il contribue lui-même à la répandre. Il s'en inspire très librement pour parvenir à une conception originale de la justice.

Elle repose tout entière sur la distinction, en l'homme, de la personne et de la nature : c'est le thème esquissé déjà dans « Humanisme de la liberté et philosophie du droit » (1985), précisé dans « Persona ou la justice au double visage » (1990), repris et explicité dans les études du nouvel ouvrage. La personne ou, pour éviter ce mot trop dévalué et par référence au terme grec, le « prosôpon », représente la réalité première, l'être humain concret et insondable, le sujet substantiel, substrat plus profond que la nature humaine. Cette notion de personne s'est développée à partir du masque antique, du personnage théâtral, « prosôpon » grec ou « persona » latine, transformé et exalté par la théologie chrétienne en l'appliquant au Christ, icône divine de l'homme parfait, et, à sa suite, à tout homme, créé à l'image de Dieu et appelé à participer à la vie divine. Le principe prosopologique, ou principe de « personnalité », exprime l'idée intuitivement saisie de l'universalité singulière, de la totalité différenciée, de l'unité toujours unique de chaque homme. Il porte à l'actualisation de l'existence les potentialités de la nature, matière qui lui permet de s'incarner, de prendre forme, mais qui, contrairement sur ce point à la tradition aristotélicienne et thomiste, n'est pas par elle-même principe d'individuation. Cette nature correspond au concept abstraitement connu du genre et de l'espèce, de la ressemblance générique ou particulière, de la communauté générale ou partielle, de l'unité toujours uniforme des hommes : elle est relative, car elle dépend de l'absolu qu'est l'être personnel. Ainsi, l'universel n'est pas le général, ni le singulier le particulier. Dès lors, la justice se dédouble : la justice naturelle, relevant du domaine juridique, avec le droit naturel, dirige l'échange, le partage et la répartition des biens ; la justice personnelle, ayant une valeur éthique, invite au don et à la grâce. Le juste personnel, ou « prosopologique », qui est premier et inconditionné, doit pouvoir s'exprimer à travers la médiation du juste ordinairement dit juste, ou juste « dikè-logique », qui est second et dérivé, mais cependant nécessaire et susceptible, tout imparfait qu'il est, de se prolonger dans le juste positif.

Ce point de vue s'oppose à des idéologies nombreuses et influentes. Il met sans peine à l'écart celles qui se réclament de l'empirisme et du positivisme, depuis la sophistique ancienne jusqu'aux diverses théories contemporaines : factualisme, non-

cognitivisme, analytisme, conventionnalisme, normativisme, structuralisme, systémisme. Quel que soit leur apport scientifique, leur refus de la métaphysique implique une métaphysique de substitution. Mais ce ne sont là que les répercussions indirectes, les reflets inversés des philosophies idéalistes et aprioristes qui, elles-mêmes issues du nominalisme volontariste et du rationalisme subjectiviste, ont donné directement naissance aux doctrines du naturalisme juridique. Du reste, les toutes récentes « théories de la justice » ne font que vouloir légitimer un utilitarisme. S'impose donc une critique, plus rigoureuse et plus pénétrante, du droit naturel, moins du classique droit de la nature des choses, simplement insuffisant parce que purement patrimonial, que surtout du moderne droit naturel, ou plutôt rationnel, de la nature humaine. Ce jusnaturalisme, si facilement réversible en juspositivisme, revêtu d'une coloration leibnizienne, ou kantienne, ou post-kantienne, ou néo-kantienne, ou même encore néo-thomiste, présente la nature sous un aspect caricatural et dégénéré, que les positivistes n'ont pas de mal à dénoncer : il confond en elle la généralité avec l'universalité, la particularité avec la singularité ; il voit en elle une substance artificiellement personnalisée, dans une intervention de la dialectique de l'un et du multiple. L'homme devient, non plus cet homme-ci différent de cet homme-là, mais l'homme générique et commun, l'homme sans qualité, et, finalement, dans une dérive sociologique, l'homme de la moyenne, de la fréquence statistique. Enfermé dans l'humanité, il reste caché et voilé sous l'apparence de sa nature, sans que celle-ci laisse se révéler en lui l'apparition de son être personnel. Il vit ainsi dans des sociétés closes, même si elles peuvent s'étendre horizontalement aux limites de l'humanité, mais ne peut accéder à une société ouverte verticalement en altitude sur la profondeur ou la transcendance. La nature, pour éviter de glisser sur la pente naturalistique, doit se relier à la personne, au principe prosopologique.

Précisant une telle perspective, certaines questions se trouvent abordées dans plusieurs études du recueil : elles mettent en lumière les dangers d'une pensée marquée par le généricisme et méconnaissant la primauté de la personne. Ainsi, les droits de l'homme, tellement prônés, restent abstraits et inefficaces : ils s'appliquent à l'homme de groupe, du groupe humain dans son ensemble ou de groupes catégoriels, et rendent possibles des injustices inhumaines au nom de l'humanité et de la justice. De même, la fonction législative risque de se réduire en un pur instrument politique : la loi, dans son formalisme légal, apparaît, par convention officielle ou supposée, comme l'expression de la volonté générique, au détriment de la personne. Sur un autre plan, la citoyenneté européenne doit représenter, non pas l'appartenance à une nationalité supra-étatique, qui ne serait qu'un simple super-genre, mais la relation à une « terre intérieure », à une culture spirituelle ouverte à l'intégralité de l'homme et de tout homme.

Centrée sur une « métaphysique du concret », voilà une recherche pénétrante, généreuse et exigeante, du juste et du droit.

Jacques DAGORY

Jacques LENOBLE, *Droit et communication*, Paris, éd. du Cerf, 1994, 116 p.

Dans une collection « Humanités » destinée à ouvrir l'accès à des débats théoriques contemporains, J. Lenoble entend réfléchir à la nécessité de répondre aux profondes transformations du droit et des procédures actuelles. Le paradigme du droit libéral étant

de plus en plus insuffisant, de même, devant l'émergence d'un État social aux interventions de plus en plus nombreuses, le droit perd de sa fixité et de son sens. « La norme devient fluide et flexible. » Les normativités sont multiples. L'approche formelle des critères de justesse ne suffit plus, sans cesse il y a des calculs de conditions, de régulations sociales. L'auteur s'intéresse surtout à la justice. Il souligne combien le contrôle du juge devient de plus en plus procédural, sans qu'apparaisse et soit décisif le vrai sens rationnel des principes et des règles générales. C'est ce que J. Lenoble appelle le nouveau paradigme du droit. Au paradigme du droit formel, caractéristique de l'État libéral et du droit matériel propre à l'État social, succède aujourd'hui « un paradigme du droit procédural lié à une déformalisation corrélatrice du droit et de l'État ». À partir d'une critique de J. Habermas, de sa conception du langage et de l'idéalisation qui la sous-tend et du jugement juridique qui y est lié, J. Lenoble montre la mise en place d'une véritable « procéduralisation » du droit, car aujourd'hui tous les groupes représentatifs de la société civile doivent participer au processus décisionnel. Mais le débat argumenté ne suffit pas, les exemples américains soulignés par l'auteur le démontrent, les échanges « communicationnels » procéduraux ne suffisent pas à assurer une autorégulation sociale. Dans cette recherche de solutions, J. Lenoble écarte aussi bien le retour à un dogmatisme et aux théories positivistes au profit d'une harmonieuse combinaison : celle d'une réorganisation progressive des institutions ouvrant la voie à un rapport éthique et rationalité, efficacité et justesse.

Un livre stimulant, on le voit, qui aurait toutefois mérité d'être moins condensé et sans autant de concessions à des néologismes (nécessaires ?).

Gérard D. GUYON

Jacques DERRIDA, *Force de loi : le « Fondement mystique de l'autorité »*, Paris, Galilée, 1994, 147 p.

La philosophie post-moderne découvre enfin la question de la force. Après la tentative avortée de Jürgen Habermas (*Faktizität und Geltung*, 1992) dont Otfried Höffe dans son article « Sur la théorie du droit et de l'État de Habermas » (*Archives de philosophie du droit*, 1994, n° 39, p. 319-333) avait montré avec beaucoup de justesse les limites, c'est au tour de Jacques Derrida et de la « déconstruction » d'affronter cette question éternelle de la philosophie que les incertitudes politiques de notre fin de siècle rendent plus que jamais pertinente : comment donner force à la justice, sans que cette force la rende de quelque manière injuste ?

Force de loi se compose de deux textes qui se répondent : le premier, *Du droit à la justice*, est une conférence donnée en ouverture du colloque « Deconstruction and the possibility of Justice » organisé en octobre 1989 par la Cardozo Law School, et se veut comme une adresse au mouvement des *Critical legal studies* ; le second texte, *Prénom de Benjamin*, est lui beaucoup plus « continental » et constitue une remarquable introduction au texte de Walter Benjamin de 1921, *Pour une critique de la violence*. Nous conseillons au lecteur de commencer par *Prénom de Benjamin* pour comprendre en quoi précisément la déconstruction de la métaphysique est amenée non seulement à se définir comme condition de possibilité de la justice, mais, mieux encore, à proposer une nouvelle articulation entre le droit et la force.

Pour une critique de la violence oppose la juste violence du Dieu vétérotestamentaire, celle qui peut détruire toutes les œuvres de l'homme, y compris son droit, à la violence des mythes de fondation grecs, qui instaure et conserve le droit. Seule la justice d'essence divine, selon Benjamin, est pure justice pour n'être au service d'aucune valeur ni culture humaine, d'aucun ordre ni souveraineté politique, d'aucun calcul ni intérêt social, d'aucune image ni mythe psychagogique. Le conflit que l'idéalisme allemand avait instauré entre culture et civilisation, entre l'État concret de la Raison et la mécanique abstraite des sociétés mercantiles, bref entre l'Allemagne et l'Occident, tel que *Les idées de 14* ont fini par le cristalliser, est ici débordé par les *Idées de la défaite* où toute métaphysique de la souveraineté, qu'elle soit idéaliste ou positiviste, apparaît dépassée, tyrannique et inutile sous le regard du Dieu vengeur. Benjamin annonce ainsi, une génération auparavant, la critique heideggerienne de la Volonté de Puissance nietzschéenne, et mieux encore, la mise en place de l'ultime conflit décisif de l'histoire de la métaphysique « *entre la puissance de l'étant et la vérité de l'Être* » (Heidegger, *Nietzsche*, II, p. 211).

Mais Jacques Derrida n'est pas dupe de cette substitution idéologique d'une gigantomachie à une autre. Il replace ce texte dans son horizon anti-weimarien et insiste, comme il l'avait déjà fait dans *Interpretations in war : Kant, le Juif, l'Allemand* (dans *Phénoménologie et Politique*, Bruxelles, 1989, p. 209-292), sur le rapport spéculaire qui lie judéité et germanité, Benjamin et Heidegger. La condition de possibilité à la fois de la déconstruction et de la justice est dans le désarmement de cet ultime conflit décisif de la métaphysique. C'est en cela que justice et déconstruction s'entraappartiennent.

Dans son premier texte précisément, *Du droit à la justice*, Jacques Derrida entreprend de montrer que ce qui fait la « déconstructibilité du droit » c'est aussi « l'indéconstructibilité de la justice », à savoir le caractère posé, fondé et construit du droit « sur des couches textuelles interprétables et transformables » qui essentiellement fait défaut à la justice. S'il y a *réalité* des lois et du droit, il y a *possibilité* de la justice. En partant du « x de la Justice », de « l'idée de justice » (sans jamais ôter les guillemets) ou encore de la justice comme « expérience de l'impossible » (d'où également « son impossible déconstruction »), Jacques Derrida ouvre un champ d'apories toutes regroupées autour de la question de la décision juste ou injuste. Ainsi, « pour qu'une décision soit juste et responsable, il faut que dans son moment propre (...) elle soit à la fois réglée et sans règle, conservatrice de la loi et destructrice de la loi (...) pour devoir à chaque cas la réinventer, la re-justifier (...) ». Cette aporie, que nous appelons le paradoxe de la décision à la fois finie et infinie, est présente tout au long du texte. Nous sommes ici au cœur même du « fondement mystique de l'autorité », qui est à l'origine de la distinction entre la bonne et la mauvaise violence du droit, le mal tenant à une certaine « indécidabilité ». Est-ce dire que Jacques Derrida éprouve une certaine tendresse humaniste pour la justice ? C'est ce que nous semble indiquer sa réserve, voire son malaise, vis-à-vis du texte de Benjamin qu'il juge « trop heideggerien, messiano-marxiste, archéo-eschatologique ».

Il est dommage pourtant que *Du droit à la justice* reste encore soumis à la loi du conflit ontologique dont *Prénom de Benjamin* pourtant dénonce le danger. Sous les termes de « fondement mystique de l'autorité » qui définit « la décision de justice agissant dans la nuit du non-savoir et de la non-règle », ou encore par la notion de « sur-enchère hyperbolique » de la justice, la bonne vieille différence ontologique fait ici

retour sous les traits de la différence entre la justice et le droit naturel ou positif, entre « la responsabilité infinie de l'homme » vis-à-vis de son exigence immémoriale de justice, et son activité conservatrice et reproductrice ; une différence sans le petit *a* ironique et malicieux (la « diffé-rance ») auquel les textes précédents de Jacques Derrida nous avaient habitués.

Pierre CAYE et Michaël WALZ

Miguel Angel CIURO CALDANI, *Bases jusfilosóficas del derecho de la cultura* (Les fondements jusphilosophiques du droit de la culture), Rosario, Fundacion para la investigaciones, 1993, 111 p.

Parmi les nombreuses ouvertures qu'offre l'étude de l'ensemble du système juridique dans la théorie générale du droit, une attention particulière doit être accordée au « droit de la culture ». L'éminent auteur argentin dessine avec talent les contours historiques, sociologiques et philosophiques de cette nouvelle branche du droit en prenant appui sur une bibliographie sélective indispensable à tout chercheur qu'interpelle cette question.

Il part d'un constat fort évident selon lequel tout phénomène juridique est un phénomène culturel, pour montrer comment la vie humaine se développe en relation avec des valeurs telles que la justice, le salut, l'amour, la beauté, l'utilité... La vie d'un être humain est par définition culturelle, parce que celui-ci se réfère consciemment à ces valeurs qui forment l'« humanité ».

Cette référence aux valeurs humaines pose le problème de la spécificité du droit de la culture qui, bien qu'autonome par rapport à certaines disciplines tel que l'ancien droit de la religion, n'en reste pas moins soumis à l'influence de son environnement historique, socio-économique et surtout à la réception de modèles juridiques étrangers.

Dans le cas singulier de l'Argentine, en tant que pays anciennement dominé par la civilisation occidentale, se présente un choix entre suivre l'évolution culturelle qui se fait dans le vieux continent et se forger sa propre ligne de conduite en tenant compte de l'authenticité des réalités culturelles locales. Ce dilemme doit être tranché par tous les pays culturellement scindés et marqués par les difficultés de la « polyréception » des modèles juridiques étrangers.

Les conclusions de l'auteur sont en réalité les solutions de compromis que l'on retrouve dans nombre de pays ayant subi l'invasion d'une civilisation étrangère. Elles retiennent un syncrétisme culturel. En effet, dans le développement de cette nouvelle branche du droit, il n'est pas opportun d'écarter *a priori* les différences d'avec la culture autochtone ; il s'agit plutôt de prendre conscience des possibilités de la diversité, de l'uniformisation de la réception et enfin de son originalité, pour réussir une vie culturelle plus juste et plus humaniste.

Outre cette interpénétration culturelle, le droit de la culture repose sur un fondement traditionnel par son attachement aux faits, aux normes et aux valeurs (dimension dikéologique). Tout régime juridique vise une réalité matérielle d'un ordre de répartition, une réalité formelle qui donne naissance à un ordre normatif et une réalité culturelle ou un ordre de référence à des valeurs. Dans l'hypothèse particulière du droit de la culture, la protection de l'être humain est traitée en relation avec des valeurs. L'homme doit être protégé non seulement en tant que producteur, mais également en qualité de récepteur de

la culture. Et comme réalité matérielle, formelle et culturelle, il représente un « complexe de valeurs » qui culminent dans la justice. Espérons que ce plaidoyer pour les valeurs de l'humanité sera entendu dans tous les pays où la force l'emporte facilement sur la raison. Le droit quelle que soit sa branche a besoin d'un tel « supplément d'âme ».

Denis POHÉ-TOPKA

Antonio TRUYOL Y SERRA, *Théorie du droit international public*, Dordrecht/ Boston/ London, Martinus Nijhoff Publishers, 443 p.

L'ouvrage du maître espagnol qui constitue la publication de son cours à l'Académie de droit international de La Haye présente évidemment un intérêt pour la réflexion fondamentale sur le droit mais aussi pour la philosophie et son histoire. On ne s'étonnera pas que l'auteur utilise son immense culture pour éclairer chacun des thèmes qu'il aborde par des références philosophiques et historiques extrêmement nombreuses. Chaque grand sujet (par. ex. la définition du droit international public, de la société internationale, de l'ordre juridique international, etc.) est étudié à partir des théories principales présentées au cours de l'histoire et naturellement, pour les questions plus techniques, dans la période contemporaine (cf. sur ce point les très intéressants développements sur dualisme, pluralisme et monisme, p. 262-279). Cette méthode permet évidemment de développer des thèmes directement philosophiques, en particulier dans le chapitre 3 sur l'ouverture morale et sociale, où l'auteur étudie la théorie de la règle sociale, morale et juridique avant d'aborder les questions, directement intéressantes pour le droit international, de l'effectivité et de la sanction. Il en va de même lorsqu'il évalue les sujets du droit international public, puisque l'auteur en profite, si l'on peut dire, pour rappeler non seulement l'origine du terme État, mais également les différentes théories tenues à son égard. Le chapitre 6 mérite une attention particulière car il est consacré à la science du droit international public et c'est lui qui, à partir de l'Antiquité, retrace le mieux les différentes étapes de la philosophie du droit international jusqu'à la Première Guerre Mondiale. Dans ces pages, l'auteur synthétise avec énormément d'habileté les différentes problématiques de la pensée occidentale, y compris en évoquant les influences de la pensée musulmane sur son développement.

Si l'on se souvient que l'auteur est résolument polyglotte, comme le montre la variété linguistique de ses sources rappelée dans une très longue bibliographie (p. 423-443, où plus de 520 titres sont classés thématiquement), on comprend que l'ouvrage fournit à la fois une synthèse théorique et d'autre part une source inépuisable de pistes de recherche complémentaires tant pour l'histoire que pour la théorie du droit international. Combien d'auteurs mal connus mériteraient d'être mieux étudiés : citons par exemple les disciples de Bentham et de Mill qu'étaient Thomas Erskine Holland ou Sheldon Amos.

René SÈVE

Bernard MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Calmann-Lévy, 1995.

Dans un essai où documentation historique et réflexion logique se complètent, Bernard Manin nous invite à une réflexion originale sur la démocratie représentative. S'appuyant sur de récents travaux d'historiens, l'auteur montre qu'aux origines grecques de la démocratie, le mode de désignation des gouvernants considéré comme la marque de la démocratie n'était pas l'élection, mais le tirage au sort. L'élection était, pour sa part, considérée comme la marque de l'oligarchie. Dans le système très sophistiqué de la démocratie athénienne, les deux modes étaient utilisés, mais le tirage au sort (parmi les citoyens volontaires) avait une valeur centrale, s'accompagnant de deux principes fondamentaux. Selon le premier, la rotation des charges, tout citoyen pouvait alternativement être gouverné et gouvernant, ce principe fondant la légitimité du pouvoir. Selon le second, l'égalité, tout citoyen jouissait de l'égale probabilité d'accéder aux fonctions gouvernantes.

Étudiant ensuite le parcours de l'idée démocratique dans l'histoire, l'auteur constate que le tirage au sort était également pratiqué dans la tradition républicaine de la Rome antique et des républiques italiennes. Puis se penchant sur les théoriciens des XVII^e et XVIII^e siècles, tels Harrington, Montesquieu et Rousseau, il constate que ces auteurs étaient imprégnés de cette tradition républicaine : tous considéraient l'élection comme démocratique, et le sort comme démocratique. Or les Pères fondateurs de la démocratie représentative, en Amérique comme en France, rompirent définitivement avec cette tradition et optèrent sans débat pour l'élection. La première raison de cet abandon est liée à une idée héritée de l'École du droit naturel, selon laquelle toute autorité doit tirer sa légitimité du consentement de ceux sur lesquels elle s'exerce. Dès lors, le sort n'apparaît que comme une simple technique de sélection des gouvernants, alors que l'élection présente l'avantage d'être à la fois une procédure de sélection et de légitimation. La deuxième raison de cette préférence pour l'élection est que les Lumières, comme les Pères fondateurs, avaient fait de manière empirique, mais sans l'expliquer, le constat que l'élection a pour effet de sélectionner des élites possédant un trait distinctif apprécié du peuple et constituant un critère de sélection politique. B. Manin examine le rôle que joua cette hypothèse d'un « principe de distinction » dans l'histoire des démocraties anglaise, américaine et française, puis apporte une démonstration théorique de sa validité.

Il examine ensuite les principaux défauts de la démocratie représentative et les correctifs que l'histoire lui a peu à peu apportés. La démocratie représentative s'est toujours accompagnée du mandat représentatif, qui interdit aux électeurs de contrôler l'activité de leurs représentants. Mais l'auteur observe que cette indépendance des élus a été contrebalancée par le développement de l'opinion publique. De plus, les gouvernés influencent les élus par le mécanisme de la réélection : étant donné qu'ils jugent leurs représentants sur les actions qu'ils ont accomplies, la perspective d'un renvoi amène les élites au pouvoir à anticiper le jugement rétrospectif des électeurs, c'est-à-dire à le prendre en compte lors de leurs décisions présentes.

Enfin, l'auteur se livre à une analyse des transformations historiques du gouvernement représentatif : il distingue la période du parlementarisme libéral, où l'indépendance des députés était très grande, tandis que l'opinion publique s'exprimait plutôt à travers des mouvements associatifs. Puis vers la fin du XIX^e siècle, se développa la démocratie de partis de masse, dans laquelle le choix des électeurs portait davantage sur un parti que

sur un homme, et où le député était lié par la discipline du parti ; les partis exprimant des clivages sociaux, toute expression de l'opinion publique tendait à être liée aux clivages partisans. Puis l'auteur distingue une troisième phase qu'il nomme « démocratie du public » : depuis les années 70, on observe que les comportements électoraux ne correspondent plus forcément à des clivages sociaux et qu'ils varient d'une élection à l'autre. Le choix des électeurs porte de plus en plus sur la personnalité des candidats, qui deviennent des professionnels de la communication. Le gouvernement représentatif que l'on dit aujourd'hui en crise, s'est amélioré, dans le sens où sa base s'est élargie, mais il reste néanmoins le sentiment qu'il est en crise, dans la mesure où le rapprochement entre gouvernés et gouvernants ne s'opère pas, et où le poids des gouvernants sur les décisions des gouvernés n'augmente pas. La relecture de ses origines proposée ici par B. Manin permet de comprendre que cette impression de crise « doit beaucoup à l'intuition diffuse que l'on s'était mépris sur la direction de l'histoire ».

Nathalie BLANC-NOËL

Raymond BOUDON, *Le juste et le vrai, Études sur l'objectivité des valeurs et de la connaissance*, Paris, Fayard, 1995, 575 p.

Les livres de Raymond Boudon trouvent tous en droit - philosophie et sociologie nécessairement mêlées - leurs prolongements naturels. Ce fut le cas, déjà, avec *Effets pervers et ordre social* (1977), tout simplement parce que l'ordre juridique peut être affecté de fâcheuse manière par des réformes inspirées parfois par les intentions les plus louables, tout particulièrement en matière fiscale ; c'est ainsi que l'impôt indirect sur les portes et fenêtres, aujourd'hui disparu, explique une architecture malencontreuse au siècle dernier. Ultérieurement, *La place du désordre, Critique des théories du changement social* (1981), a montré à quel point il fallait prendre en considération le rôle joué par le hasard « objectif » en sociologie. Or la signification de ce que représente aujourd'hui l'aléa dans la compréhension du phénomène juridique s'accorde avec une telle analyse. Plus proches encore de la réflexion des juristes sont *L'idéologie, ou l'origine des idées reçues* (1986) et *L'art de se persuader des idées fragiles, douteuses ou fausses* (1990). Dans ce dernier ouvrage, Raymond Boudon s'est employé à montrer de quelle manière un consensus massif pouvait éventuellement s'appliquer à partir des opinions les plus fausses. Si l'on voulait poursuivre ici sur cette voie, on pourrait s'interroger en termes philosophiques sur la formation de la coutume, au sens juridique du terme : à la fois comportement matériel et croyance qui, à la longue, se pare d'un caractère normatif, l'erreur et l'imaginaire contribuant à la formation du droit.

Avec *Le juste et le vrai, Études sur l'objectivité des valeurs et de la connaissance*, Raymond Boudon critique le relativisme régnant quant aux valeurs morales et quant à la connaissance, pour lequel la morale - ou l'éthique - serait question de mode ou de convention. Quant à la connaissance scientifique, elle ne nous offrirait pas une représentation du monde plus fiable que les mythes archaïques. Certains juristes, attachés à l'explication de la genèse et des formes du droit par référence à des mythes, fondateurs ou non, se reconnaîtront peut-être dans la description de ces attitudes « dans le vent ».

Aux courants de pensée qu'il déplore, l'auteur adresse des critiques pertinentes. Il leur reproche de contredire des opinions irrécusables, prouvées et illustrées par le fait qu'individus et groupements, gouvernés et gouvernants, ne cessent de porter des appréciations positives mais aussi normatives. C'est dire qu'il y a une discordance évidente entre l'existence de sentiments moraux forts et souvent consensuels et un discours relativiste influencé par Marx, Nietzsche, Durkheim, Freud ... À quoi s'ajoute l'abîme que, sous la pression de l'empirisme et du positivisme - on pourrait dire aussi du kantisme -, on a établi puis maintenu contre vents et marées entre l'être et le devoir-être ; prolongeons : le positif et le normatif, le fait et le droit. Et il est vrai que trop de juristes - ainsi que de théoriciens du droit pervertis par le kelsenisme - ont perpétré une vision de leur univers négligeant le rôle du fait dans le droit.

Raymond Boudon démontre à quel point ce « relativisme normatif » doit être dépassé, dans la ligne d'autres courants des sciences humaines : contractualisme, utilitarisme, théorie de l'action. Ce qui le conduit, par une critique constructive, à développer une conception cognitiviste permettant d'expliquer l'origine des sentiments moraux et des jugements de valeur, sans aucunement renoncer aux notions de vérité et d'objectivité. Ainsi est édifiée une théorie de l'origine des croyances portant soit sur la réalité (assertoriques), soit sur les valeurs (axiologiques). Si nous croyons que deux et deux font quatre ou que la démocratie est le meilleur régime possible, c'est que nous avons de « bonnes raisons » d'y croire. Afin de parvenir à cette observation essentielle, Raymond Boudon estime que, pour expliquer un phénomène de groupe, il convient de s'interroger sur ce qu'il signifie pour les individus le composant, ce qui rejoint les pensées de Max Weber, de Popper et d'Hayek. Le fait que cette démarche intellectuelle ne recueille pas nécessairement l'adhésion de tous les sociologues importe peu. Contentons-nous d'observer ici que, pour comprendre un système juridique, il est indispensable de saisir le sens que les sujets de droit lui attribuent, cette attribution étant une composante du système et le droit reposant sur un jeu permanent de miroirs et de discours devant des miroirs, ce qui n'exclut pas la vérité.

Une autre considération inspire le livre : l'attachement à une conception cognitiviste de la croyance, laquelle - vraie ou fausse - s'explique par des raisons assez solides pour être partagées. À quoi certains objecteront que c'est là faire peu de cas de l'influence des préjugés sociaux, du rôle de l'inconscient ou de la persistance du magique. Mais leurs critiques ne sauraient remettre en cause l'intérêt majeur de la démarche cognitive, ici retenue. Elle nous porte à estimer, suivant les croyances de type scientifique, que s'il existe des raisons de croire que des jugements de fait sont vrais, ce mode intellectuel doit aussi être retenu lorsqu'il s'agit de jugements de valeur.

Habitué à ceux-ci, le juriste pense assez volontiers qu'en toutes circonstances, l'homme « raisonne ». Dans l'Antiquité, le juste et le droit, accordés l'un à l'autre, le droit (« justice particulière ») assurant la pleine réalisation du juste, n'appelaient pas une distinction des « jugements de fait » et des « jugements de valeur ». C'est principalement Hume qui a marqué ce qu'il considérait comme une différence irréductible entre l'être et le devoir-être. Longtemps après, Henri Poincaré affirmera, dans le même sens, l'impossibilité de donner à la morale un fondement scientifique (*Dernières pensées*, Flammarion, 1913, p. 225). Or le droit incite à relativiser cette opposition, ne serait-ce que parce que, sans aucunement en être le serviteur, il doit assumer toutes les compo-

santes du réel. C'est pourquoi il existe une loi sociologique du maximum de différence entre le fait et le droit. On ne saurait non plus ignorer l'existence de « faits-droits » (J. Carbonnier). La logique - juridique ou déontologique - porte aussi à dénoncer « l'erreur de Hume » (J.-L. Gardies, *L'Erreur de Hume*, PUF, 1987).

Voilà pourquoi le dépassement de la distinction des jugements de fait et des jugements de valeur auquel procède Raymond Boudon est particulièrement révélateur en philosophie du droit. Il est de nature à restaurer un lien autrefois essentiel, aujourd'hui envisagé de si imparfaite manière en France en raison des ravages du positivisme juridique. Les passages que l'auteur consacre aux « sentiments de justice » (p. 373) sont, à cet égard, particulièrement éclairants. N'en déduisons pas que la connaissance du juste soit aisée. Raymond Boudon montre bien en effet les insuffisances des constructions intellectuelles de Rawls et d'Habermas. Allant sans cesse du concret à l'abstrait, de l'abstrait au concret, ne pouvant transmettre son message et remplir son rôle qu'en appréhendant dans leurs relations indissociables le fait et la valeur, le juriste ne peut que tirer grand profit de l'ouvrage ici présenté, même s'il peut persister à considérer comme importante la signification profonde de l'irrationnel dans le droit.

François TERRÉ

W. BARANÈS & M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *La Justice. L'obligation impossible*, Paris, Autrement, 1994, 224 p.

L'activité judiciaire a connu au cours de la dernière décennie une expansion vertigineuse. La « processivité générale des mœurs », la contractualisation grandissante des rapports sociaux ont favorisé la multiplication des contentieux. Mais ce développement de l'activité judiciaire s'est accompagné d'une véritable crise de référence de la justice et du droit. La fabrique du droit reste tout autant positiviste et utilitaire, mais l'inflation des textes et la multiplication de leurs origines (droit constitutionnel « révélé », droit communautaire, etc.) remettent en cause l'autorité et la souveraineté de son institution. « Chacun observe, écrit Marie-Anne Frison-Roche, le fatras réglementaire qui englutit actuellement les pays européens, les textes unilatéralement émis par les organes communautaires accroissant le phénomène. La légitimité première de l'État n'est plus suffisante pour qu'un tel crédit de justice de ses règles lui soit maintenu » (p. 197).

La Justice. L'obligation impossible, recueil d'articles réunis et édités par W. Baranès et M.-A. Frison-Roche, ne se contente pas de rendre un bilan approfondi de cette crise de référence du droit positif et de son institution. Cette crise devient l'occasion de réfléchir sur les fondements renouvelés du droit et de la justice dans les États de droit contemporains en deuil de la monarchie hobbenne et de son principe d'autorité. W. Baranès et M.-A. Frison-Roche ayant réussi le tour de force de réunir juristes, philosophes, sociologues et psychanalyste sans que la réflexion ne dévie un moment de cette intuition première.

La Justice est nue : après Dieu et la Nature, le dernier bastion de sa justification, le bastion le plus fragile, est en train de tomber : l'État. Mais cette crise des références est aussi une chance. Orphelin des commandements divins, des préceptes de la Nature, des calculs de l'État, nous voilà reconduits au moment originare, là où la justice se dégage

de l'expérience initiale et constitutive de l'injustice. « L'expérience de l'injustice, écrit W. Baranès et M. A. Frison-Roche, apparaît en réalité première, et la justice vient après : l'injustice joue le rôle du révélateur, de l'expérience par laquelle la conscience d'une justice, ici bafouée, advient » (p. 13).

Cette expérience est aussi une leçon de finitude : la Justice n'est jamais première, donc jamais absolue. Dominique Terré-Fornacciari montre avec force combien les figures héroïques de la justice humaine – Antigone ou Abraham – sont elles aussi hantées par la pulsion originaire de l'injustice. « Pour être la justice, il faudrait être Dieu, avoir tout le savoir, tout le pouvoir et tout le temps nécessaire » (p. 12).

De l'injustice à la justice, ce n'est ni le contrat social ni la révolution qui assure le passage, mais le droit. C'est en assumant les conflits de la société, en organisant leur résolution, en ramenant par le jugement la paix sociale que le droit assure sans solution de continuité la transition entre l'injustice et la justice : « L'injustice, écrit François Terré, inspiratrice du droit au vrai sens du mot, s'ordonne sur les conflits qui se développent *in vivo* et sont des antagonismes entre les hommes bien avant d'être des querelles entre les idées » (p. 111). Dans ces conditions, le droit avant d'être normatif est procédural. C'est avant tout sur l'intelligence des procédures, en tant qu'elles organisent le conflit dans le respect de l'égalité des parties, que repose la justice : « La justice, écrit M.-A. Frison-Roche qui insiste longuement sur l'importance des procédures, ne vient certainement pas d'une diminution du pouvoir procédural du juge mais bien d'un accroissement de ce dernier, car il est le garant des droits des parties, notamment de la partie la plus faible » (p. 204).

Encore faut-il que la résolution juridique du conflit ne se limite pas à une simple négociation sociale censée satisfaire de façon optimale l'utilité du groupe, au risque de retomber dans un nouveau positivisme : non plus celui de l'État et de son autorité, mais de la société et de ses facilités. La justice doit garder une certaine distance, pour ne pas dire une transcendance. Elle n'est pas simplement sous le signe du 2 (des parties en conflit), mais du « 2 + 1 », ce 1 que représentent le juge et son impartialité. Le procès, quelle qu'en soit la nature, ne peut se limiter à un simple arrangement certifié, mais doit opérer, selon l'expression de F. Terré, une véritable « catharsis » dans la résolution du conflit. C'est autour de cette exigence de catharsis que se joue aujourd'hui la légitimité de la dimension publique de la justice et du droit.

Jean-Guy Belley et Frédéric Zénati insistent chacun de leur côté, à propos de situations différentes, sur la socialisation mais aussi la privatisation de la justice et du droit dans l'État de droit contemporain. La justice apparaît de plus en plus non comme la restauration par l'autorité souveraine de l'État de l'ordre violé et dénié, mais comme un mode de gestion autonome de la société. « Tout devient juridictionnalisable, écrit F. Zénati, tout est, ou sera à terme, matière à contentieux » (p. 173). La justice fait partie intégrante des stratégies des différentes instances sociales et se répand à mesure par capillarité dans l'ensemble des pratiques du corps social, au risque de refléter, voire de renforcer ses inégalités. Or, cette évolution, précise F. Zénati, « loin de provoquer la création ou le renforcement d'institutions judiciaires publiques, favorise au contraire l'apparition de pratiques de justice privée » (p. 182) : les arbitrages se multiplient, le règlement négocié connaît une faveur grandissante, au risque de sacrifier le respect des procédures et la dimension cathartique du procès. Pire encore, rien de ce qui est privé n'échappe aux lois du marché : la justice se mercantilise. S'inscrit alors, en creux, la

nouvelle légitimité de l'État justicier qui aujourd'hui repose moins sur sa puissance normative que sur sa capacité à assurer l'égalité de tous devant la justice et surtout à garantir la catharsis. Mais jamais mission peut-être n'a réclamé de l'État justicier autant de souveraineté : souveraineté bien plus haute et difficile à atteindre que celle du pouvoir normatif. C'est dire l'importance des questions, à la fois théoriques et pratiques, que traite ce recueil.

Pierre CAYE

Jacques BIDET, *John Rawls et la théorie de la justice*, Paris, PUF « Actuel Marx Confrontation », 1995, 141 p.

Connaissant les travaux de Jacques Bidet et constatant que cet ouvrage paraît dans la collection Actuel Marx Confrontation que l'auteur co-dirige, on pouvait penser que ce livre, rédigé en collaboration avec Annie Bidet-Mordrel, présenterait une connotation idéologique ou philosophique particulière en cherchant à interpréter la théorie de la justice de Rawls à partir de paramètres qui ne sont pas nécessairement les siens. Bien au contraire, Jacques Bidet propose un travail d'une longueur agréable, écrit dans un style clair et qui résume tout en les interprétant sobrement les grands thèmes et la procédure argumentative de la *Théorie de la justice*. L'ouvrage est donc extrêmement utile pour introduire à la pensée de Rawls et en résumer les principales conclusions (cet effort pédagogique prolonge et développe celui qu'avait entrepris naguère Alain Boyer dans son article paru dans *L'Âge de la science*, n° 1 « Éthique et philosophie politique », éd. Odile Jacob, 1988, p. 21-54). Le sérieux de ce propos incline à espérer que cet ouvrage contribuera à mieux faire connaître la pensée de Rawls au public des non spécialistes, et en particulier aux étudiants en philosophie.

Signalons à cette occasion que vient de paraître en français, traduit par C. Audard, le dernier ouvrage de J. Rawls *Le libéralisme politique* aux Presses universitaires de France, dans l'excellente collection « Philosophie morale ».

René SÈVE

Josiane BOULAD-AYOUB (dir.), *Colloque Diké. Carrefour : philosophie et droit*, A. C. F. A. S., Les Cahiers scientifiques n° 80, 1994, 315 p.

Les sociétés occidentales, celles que l'on dit modernes, se caractérisent par la prééminence du droit et cette mise en valeur en complique l'objet. C'est pourquoi la Société canadienne de philosophie politique et juridique, Diké, a pris pour objet l'étude des rapports entre philosophie et droit, travail de longue haleine s'il en est. Ainsi, l'édition du colloque tenu en 1995 sur « L'amour des lois » est en cours.

Mais il s'agit ici de rendre compte de la publication du colloque fondateur, *Carrefour : philosophie et droit*. Autant s'offrir le plaisir, trop rare, de dire d'emblée : l'ouvrage est excellent. Il présente les qualités réunies de cohérence entre les contributions malgré la diversité des thèmes, de clarté dans les exposés sans vulgarisation excessive, et d'esprit critique mais non chagrin qui s'exprime tout au long de l'ouvrage. Ce dernier s'applique plus particulièrement à l'endroit des thèses féministes qui occupent

une place très importante dans les débats américains et canadiens, même si l'on en connaît encore peu les ravages en France.

Quatre thèmes ont été plus particulièrement sillonnés. Si l'on voulait en donner une approche générale malgré leur diversité (*les paradigmes de la modernité et de la post-modernité en droit ; l'universalité des droits de l'homme ; philosophie politique et droit ; langage des droits et conflit des représentations ultimes*), on pourrait volontiers y voir l'étude critique de la problématique, nouée autour de la violence, entre la modernité du droit et le pluralisme en droit.

Le premier thème concerne donc « Les paradigmes de modernité et de post-modernité en droit ». Bjarne Melkevik ouvre le débat en étudiant « La nouvelle querelle des post-modernes et des modernes dans le domaine juridique ». En effet, la modernité juridique s'appuie sur le sujet ; elle se trouve violemment prise à parti par la critique post-moderniste qui n'adhère plus qu'à une rationalité instrumentale, se contentant de la diversité, de l'éclectisme des phénomènes sociaux, le pluralisme juridique prenant ainsi une dimension normative. En cela, la conception post-moderne du droit constitue ce que B. Melkevik désigne comme un « adieu à la raison », puisqu'assumant la perte du sens et plus particulièrement un nihilisme juridique, l'interprétation juridique n'étant plus qu'un fait linguistique et la littérature ayant vocation à supplanter le droit. Pour l'auteur, cela entraîne des apories que la post-modernité ne parvient pas encore à résoudre. Il faut ici souligner que ce texte, très vif et argumenté, ne vise pas ce que Jacques Derrida exprime sur le droit à travers son ouvrage sur le fondement de l'autorité, intitulé *Force de loi*¹ et l'on peut se demander si sa critique en reste encore intacte.

On peut le penser à lire l'analyse critique de la version anglaise du texte précité de Jacques Derrida, telles que l'opère Lukas K. Sosoe. Celui-ci présente avec scepticisme cette pensée dont il doute de la nouveauté et qu'il estime contradictoire puisque la perte de sens constatée est incompatible avec l'action politique dans le même temps prônée, ce qui suppose une sorte d'éthique sans critère. Dès lors, il ne peut voir que du même œil la pensée de Drucilla Cornell, dont il semble admirer d'ailleurs la virtuosité, pensée qui, à parti de thèses déconstructivistes, entreprend de développer une pensée juridique féminine sans prendre conscience de cette contradiction.

Toujours est-il que, ce cadre posé, Michel Coutu reprend l'hypothèse « dans la perspective de Max Weber », autour du rapport entre la légalité et la légitimité : pour Weber, la légalité constitue une légitimité suffisante de la norme juridique dès l'instant qu'elle présente les caractères d'être impersonnelle, objective et étatique. Mais la question est débattue par ses commentateurs de savoir s'il s'agit d'une pure identité formelle entre légalité et légitimité ou si l'auteur prend en considération les principes matériellement reconnus par la norme, ce qui permet alors d'établir ou non un parallèle avec la pensée de Carl Schmitt.

La deuxième partie de l'ouvrage aborde la question fort débattue de l'universalité des droits de l'homme. Pierre Robert ouvre le débat en rappelant que « Le postulat d'universalité fondé sur la nature humaine heurte de plein fouet la réalité sociologique et historique de l'humanité ». Pour retrouver une harmonie, il faudrait distinguer selon les

¹ V. le compte-rendu qui en est fait dans ce volume.

principaux fondamentaux en cause, ceux effectivement universels, comme le droit à la vie, ceux de type occidental, telle l'égalité, et ceux non occidentaux, tels ceux qui reposent sur la solidarité.

Cela est illustré par Jean-François Niort qui, reprenant le mouvement de critique de l'universalité des droits de l'homme, expose à ce propos la pensée Hannah Arendt d'une part, et le discours religieux musulman, d'autre part. Ce dernier met particulièrement en valeur l'aspect social négligé par les droits de l'homme de 1789 et repose fondamentalement sur une conception spiritualiste de l'homme. Mais il partage avec la conception occidentale la même prétention à l'universalité, ce qui ne peut qu'affaiblir le reproche qu'il lui fait à ce titre. En revanche, la conception des droits de l'homme avancée par Hannah Arendt tente de dépasser la contradiction en s'appuyant sur un minimum de communauté politique allié à une reconnaissance de la pluralité culturelle et singulière se développant au sein de l'espace public, comme conditions d'existence de droits de l'homme.

En cela, l'expérience canadienne est précieuse. C'est pourquoi William A. Schabas en dresse le bilan sous l'angle de l'universalité des droits de la personne. Y sont confrontés les droits civils et les droits économiques, les droits individuels et les droits collectifs. Y est relevée la reconnaissance du relativisme culturel, du fait de la place particulière du Québec au Canada.

Revenant à plus de généralité, Guy Lafrance ressaisit la problématique des droits de l'homme et de l'identité culturelle, car il faut retrouver les origines de la dispute dans l'histoire des idées. Il rappelle le projet de la philosophie des Lumières, qui fut précisément d'atteindre l'universalité par le droit et l'éthique, d'une façon pure, avant de rejoindre la raison pratique, à travers un droit politique, repensant le lien social en fonction du droit universel. Ainsi, « le droit de l'homme, fondé dans l'anthropologie, doit trouver son complément nécessaire dans la *totalité* sociale qui va lui procurer sa véritable assise juridique », laquelle va puiser dans les concepts de souveraineté et de citoyenneté garantissant liberté et égalité, dans une fusion entre droits de l'homme et droits du citoyen. Mais les tiraillements entre ordre idéal et ordre pratique demeurent et la dissipation que tente d'en faire la philosophie des Lumières est donc critiquée, notamment dans les thèses du romantisme. Guy Lafrance défend le recours à l'universel qu'exige l'État de droit, universalité qui reste la marque des droits de l'homme, ces « idées de la raison », tandis que les valeurs culturelles s'incarnent plus particulièrement dans la catégorie des droits civiques.

Puisque les droits de l'homme « ne doivent pas prétendre à l'efficacité immédiate », la démonstration de Guy Lafrance n'est pas démentie lorsque Benoît Mercier formule des « remarques sur une fiction fondatrice du politique » à travers l'instauration de l'ONU, qui s'appuya sur une sorte de préambule fabuleux illustré par la fresque de Krohg ornant la salle du Conseil de sécurité et représentant un phénix.

Le troisième thème concerne « Philosophie politique et droit ». Dominique Leydet exprime de prime abord la préoccupation de recréer une théorie de la justice rendant compte du pluralisme puisque la théorie classique de la justice construite sur l'égalité n'y suffit plus. Daniel M. Weinstock reprend le thème de la justice et de la différence, à travers la critique du paradigme libéral des droits, telle que la formulent les thèses féministes en la matière, notamment celle exprimée par Martha Minow, en opposition radi-

cale avec les penseurs libéraux comme Ronald Dworkin. Lukas K. Sosoe n'est guère plus convaincu par ce féminisme qu'il étudie plus particulièrement dans les travaux de Carol Gilligan et dont il dénonce sans merci et presque avec jubilation la contradiction consistant à revendiquer le statut, masculin, de sujet de droit, après avoir prétendu établir que la femme développe sa spécificité comme sujet de vertu, dans une opposition du droit et de l'éthique, le sujet situé voulant encore accéder au sujet métaphysique.

Dans l'analyse générale de ce rapport ainsi problématisé entre philosophie politique et droit autour de l'abstraction et du pluralisme, il fallait bien sûr qu'une analyse porte sur les thèses rawlsiennes en la matière. Cela est traité par Victoria Meickle qui les confronte avec l'expérience des juristes canadiens. Enfin, le thème est clos par Michael Hartey qui examine la notion de droits collectifs comme solution au problème du pluralisme culturel. Là encore, le ton est critique puisque l'auteur considère que cette notion est entachée par la confusion entre droit moral et droit juridique, confusion que dénonça d'une façon générale et avec vigueur Ronald Dworkin, et que l'on retrouve ici au carré. En outre, il y a impossibilité morale pour une collectivité d'être titulaire de droits moraux car, selon l'auteur, la seule réalité possédant une valeur morale réside dans le bien-être des individus. On peut éventuellement prendre distance avec une telle affirmation si l'on prend en considération la réalité des personnes morales, mais l'auteur affirme qu'en toute hypothèse, il n'y a pas opportunité à une telle reconnaissance dans la mesure où il s'agit de droits de la collectivité contre les individus en son sein, ce qui est délétère des droits que les individus possèdent contre la société et l'État, l'ensemble de ces critiques trouvant plus particulièrement à s'appliquer à l'encontre de ce qui est désigné comme « le droit des peuples à l'auto-détermination ».

Enfin, la quatrième partie de l'ouvrage tourne autour du « Langage des droits et conflits des représentations ultimes ». À ce titre, Luc Bégin expose que l'évolution des droits fondamentaux propulse la question de savoir « ce que signifie être un humain » et doute de la capacité de la rhétorique des droits et libertés à exprimer ce qu'ils désignent comme ces « conflits de représentations ultimes », cette prise en charge langagière contribuant plutôt à restreindre le débat public.

Le débat intervenu entre Hart et Rawls s'y prête et François Blais le reprend à propos de la priorité des libertés de base, ce dernier auteur estimant que la réponse apportée par Rawls dans son dernier ouvrage sur le libéralisme politique aux critiques que Hart formula contre la conception présente dans la théorie de justice ne suffit pas pleinement. À l'examen de cette crise dans les justifications, fait écho l'analyse que Georges Legault mène de la crise des représentations en droit, à l'occasion d'un jugement rendu par un juge canadien concernant les abus sexuels sur enfants.

Selon la même méthode de confrontation des controverses théoriques actuelles avec les manifestations techniques du droit canadien, Luc B. Tremblay se demande, au regard de la jurisprudence constitutionnelle canadienne, si une démocratie libérale se doit d'être neutre à l'égard des conceptions concurrentes de la vie bonne, ou bien doit s'affirmer comme perfectionniste, cherchant alors à promouvoir les idéaux moraux d'un groupe particulier au nom d'une supériorité éthique. L'auteur démontre que le principe de neutralité n'étant lui-même pas neutre et les « valeurs neutres » n'étant que pauvrement procédurales, les conditions semblent réunies au Canada pour que devienne effective la seconde branche de l'alternative. De la même façon et toujours à propos du droit pour

l'État libéral de faire prévaloir une conception éthique plutôt qu'une autre notamment au nom d'une conception de la vie et du sacré, L. Bégin prend comme exemple de conflits de représentations ultimes un arrêt rendu par la Cour suprême du Canada concernant l'interdiction par la loi pénale de l'aide au suicide et qu'elle se refuse à estimer contraire à la Charte, sous prétexte que cette dernière protège le droit à la sécurité de sa personne qui inclut le droit à l'autonomie personnelle.

Voilà bien ce que l'on peut attendre d'un ouvrage de philosophie du droit : une réflexion critique sur ce qui fait notre vie dans sa dimension éthique et politique, par un examen minutieux et parfois malicieux des mouvements institutionnels et techniques qui encadrent, voire contraignent nos comportements. Il faut en recommander d'une façon appuyée la lecture.

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Miguel REALE, *Teoria Tridimensional do Direito* (La Théorie Tridimensionnelle du Droit), 1994, 5e éd. revue et augmentée (1re éd. 1968), São Paulo, Editora Saraiva.

Fontes e Modelos do Direito (Les Sources et les Modèles du Droit), 1994, São Paulo, Ed. Saraiva.

On reconnaît d'emblée, dans ces deux ouvrages de taille réduite, la finesse et la profondeur de l'écriture d'un auteur désormais universellement reconnu, et que l'on s'accorde à l'unanimité à considérer comme l'un des plus éminents philosophes du droit de l'époque contemporaine. Sa théorie tridimensionnelle, de même que l'étude des sources et des modèles du droit qui en constitue l'un des aspects les plus révélateurs, s'inscrivent de plain-pied dans la lignée de ses multiples contributions précédentes, et poursuivent notamment les réflexions déjà engagées dans *Filosofia do Direito* (1953, 15e éd. revue et actualisée 1993) – texte que l'on tient en général pour son œuvre majeure –, et dans *O Direito como Experiência* (1968, 2e éd. 1992) de façon peut-être plus décisive encore.

Soulignant l'importance des changements de fond qui affectent les études philosophico-juridiques, Miguel Reale met d'abord en lumière, dans son travail sur la théorie tridimensionnelle du droit, le divorce entre les philosophes et les juristes, et insiste en particulier sur l'intérêt croissant que portent les juristes eux-mêmes à la philosophie du droit.

Il analyse ainsi l'évolution des rapports entre philosophie du droit et science du droit, et met en évidence, toujours avec la même concision, une importante métaphore : les trois fils avec lesquels il tisse son discours sur la validité du droit sont l'obligation (« *vigência* », c'est-à-dire la vigueur formelle ou la puissance d'effet des préceptes juridiques), l'efficacité (« *eficácia* », ou la correspondance entre le contenu de ces préceptes et le monde social), et le fondement (« *fundamento* », à savoir les valeurs capables de légitimer ces préceptes dans une société d'hommes libres) ; et ces trois termes sont inhérents à toute forme d'expérience juridique.

Si la structure tridimensionnelle semble ici transparente, il n'en reste pas moins qu'elle fait l'objet d'interprétations diverses que l'auteur évoque en précisant sa propre conception. Il brosse alors un panorama de la tridimensionnalité telle qu'elle se présente

dans de nombreux pays, et notamment en Allemagne, en Italie et en France. Il rappelle le travail fondamental du Lyonnais Paul Roubier pour développer la théorie tridimensionnelle qu'il concevait pour sa part comme s'organisant autour des trois pôles suivants : la sécurité, la justice, et le progrès social. Il signale aussi les contributions de Francis Lamand et Michel Virally, et regrette en outre de ne pas pouvoir traiter ici des positions déterminantes de Duguít, de Bonnard ou de Burdeau, et plus récemment de Jean-Marc Trigeaud.

Associée à cet examen des dimensions de diverses expériences juridiques, l'étude de la position du tridimensionnalisme juridique concret achève de donner au lecteur une vision générale des principaux aspects de cette théorie triadique. Retenons en bref que celle-ci s'est affirmée dans les années quarante où l'on refusait d'appréhender le *fait*, la *valeur* et la *norme* comme les éléments séparables de l'expérience juridique. Les tridimensionnalistes se rattachent à de multiples formulations de leur doctrine, parfois très contrastées, mais ils défendent communément et avec force la même idée centrale d'une *trichotomie essentielle*. Il convient cependant de s'interroger sur la façon dont ces trois éléments sont mis en relation avec l'expérience juridique, et Miguel Reale y répond sans détour : c'est la *compréhension dialectique* de ces trois facteurs qui rend possible l'appréhension concrète de la structure tridimensionnelle du droit. D'une façon générale, il met l'accent sur la nature essentiellement triadique du droit.

Le philosophe aborde ensuite le tridimensionnalisme et la dialectique de complémentarité, avec pour objectif de montrer que cette spécificité tridimensionnelle est significative d'une compréhension plus vive de l'homme et du monde. Pour des raisons de perspective historique, il traite en premier lieu du culturalisme juridique de l'École de Baden et de ses apories, puis investit des notions d'ordre onto-gnoséologique qui l'amènent à établir notamment que la culture est, non pas quelque chose qui s'intercale entre l'esprit et la nature, mais le processus historico-culturel qui coïncide avec le processus onto-gnoséologique et ses projections naturelles au plan de la *praxis*. L'expérience juridique apparaît donc clairement comme l'une des modalités de l'expérience historico-culturelle, comme une « *expérience tridimensionnelle de caractère normatif, bilatéral, attributif* » (cf. p. 75), et que l'on ne saurait concevoir autrement qu'en termes de normativisme juridique concret.

Ainsi, la spécificité et le caractère dialectique de la théorie tridimensionnelle du droit résultent de la compréhension onto-gnoséologique de l'expérience juridique. Ce même thème est ensuite envisagé du point de vue de l'éthique, ou de la *praxis* : le processus onto-gnoséologique se fait alors objectivation historique, phénomène que l'auteur approfondit en développant la notion d'*expérience axiologique* ou *historico-culturelle*, qu'il nomme par ailleurs l'*historicisme axiologique*. Il établit finalement que ce processus historico-culturel et le processus onto-gnoséologique sont deux moments d'une compréhension dialectique unique, et il souligne que c'est bien cette dialectique de complémentarité qui permettra de faire le lien entre l'expérience gnoséologique et l'expérience éthique, ce qui éclairera d'un jour nouveau la notion d'expérience juridique.

Miguel Reale accorde donc une place considérable au concept de droit conçu comme expérience historico-culturelle, et dans le même temps il fait de l'individu la valeur-source de l'expérience éthico-juridique. Notons en outre l'intérêt qu'il porte aux notions d'objectivité et de subjectivité dans la vie du droit, de même qu'aux dyades « certitude/assurance » et « ordre/justice » qu'il considère inséparables. En abordant

l'étude des structures et des modèles du droit dans le processus culturel, l'auteur fait le point sur les développements les plus récents de sa propre démarche philosophico-juridique. Il serait erroné de tenir pour une théorie la simple corrélation entre les faits, les valeurs et les normes : c'est lorsqu'on infère de façon systématique les conséquences de cette constatation que l'on peut parler de théorie tridimensionnelle. C'est le cas du tridimensionnalisme spécifique, concret et dialectique de Reale qui occupe une place centrale au sein de ses recherches, et ceci depuis son essai sur les *Fondements du droit* en 1940, même si cette théorie existait alors davantage en substance que sous sa forme linguistique adéquate.

La même année, Reale publie *Théorie du Droit et de l'État*, et ces deux ouvrages laissent déjà percevoir la théorie trichotomique qui permet de subsumer les perspectives unilatérales des courants jusnaturaliste, analytique et sociologique. L'auteur revient ici sur la signification des termes *fait*, *valeur* et *norme* dans le cadre de l'axiologie, et il se concentre en particulier sur la dialectique qui les met en relation. Seule une dialectique ouverte, comme celle fondée sur la complémentarité, peut permettre de comprendre l'expérience juridique dans toute son ampleur, qu'elle soit spontanée ou plus réfléchie. Reale insiste sur cet aspect en montrant à quel point les modèles du droit se confondent avec « le monde de la vie » [*Lebenswelt*] du droit. Son analyse le conduit à mettre progressivement en évidence la structure triple de l'expérience juridique : il retient premièrement les structures du *droit naturel* comme schéma normatif des exigences transcendantales, deuxièmement les structures du *droit positif* comme ordonnancement normatif des faits et des valeurs au plan de l'expérience, et troisièmement les structures de l'*herméneutique juridique* qui clarifient le sens des règles positives et assurent leur actualisation.

Puisque cet ouvrage était épuisé depuis déjà quelques temps, Miguel Reale a révisé son texte à l'occasion de cette cinquième édition qui présente un supplément en trois parties. Il semblait en effet nécessaire d'inclure des préliminaires à l'étude de la théorie tridimensionnelle du droit afin d'en faciliter l'accès aux lecteurs encore peu familiarisés avec cette philosophie triadique. Il convenait en second lieu de situer le tridimensionnalisme sur la vaste scène de l'axiologie, et l'on doit également reconnaître la pertinence du chapitre final qui, en guise de conclusion, établit une vision intégrale du droit.

Conjointement à cette réédition, l'auteur publie *Les Sources et les Modèles du Droit*, assorti d'un sous-titre peut-être plus explicite : *Pour un nouveau paradigme herméneutique*.

Cet opuscule, qui vient pour ainsi dire compléter le précédent, a pour objet d'offrir une vision de l'expérience juridique sous deux angles complémentaires, à savoir celui des sources du droit conçues comme structures normatives, et celui du contenu matériel du droit présenté sous la forme de modèles qui relèvent des deux catégories – distinctes mais intimement liées – du juridique (ou prescriptif) et de l'herméneutique (ou dogmatisme). On reconnaît de plus en plus la nécessité d'appliquer la théorie des modèles au monde du droit. Ce phénomène prend d'autant plus d'ampleur que cette théorie s'est avérée tout à fait pertinente dans le domaine de l'épistémologie contemporaine, que ce soit d'un point de vue formel ou instrumental – comme dans le cadre de la logique déontologique, de la sémiotique et de l'informatique juridique –, ou bien dans une perspective plus large qui prend en compte la totalité des éléments factuels, axiologiques et norma-

tifs de l'expérience du droit. Miguel Reale s'engage dans cette voie plus générale tout en précisant que ces deux démarches ne s'excluent pas ; au contraire, il s'avère enrichissant de les mettre en relation.

La théorie des modèles juridiques n'a pas cessé d'être l'objet des investigations philosophiques de l'auteur depuis qu'il s'y est intéressé en 1968. Elle a permis de donner une nouvelle configuration à la théorie tridimensionnelle du droit qui, il faut le souligner, ne doit cependant pas être tenue pour la totalité de la pensée juridique de Reale. Il convient davantage d'y voir une partie importante, peut-être même essentielle, d'un tout dont participe avec autant de force la conception du droit comme expérience et comme système de modèles juridiques. C'est cette conviction qui a motivé la publication du présent ouvrage, dans lequel le paradigme de la théorie des structures et des modèles apparaît comme le fil conducteur d'un exposé synthétique de la théorie générale du droit, que nourrissent à la fois des investigations philosophiques et des années d'exercice de la profession d'avocat.

Étant donné que de nombreux juristes semblent se contenter des apports récents des recherches logico-formelles ou logico-linguistiques que l'on conçoit généralement comme étant à l'avant-garde de la science du droit, il n'est pas inutile d'insister sur le fait qu'une théorie juridique qui ne s'ouvre pas à la problématique sociale et politique, qui ne prend pas en compte les exigences historiques et axiologiques, n'effectue qu'à moitié le cheminement théorique nécessaire. Reale insiste sur ce point dès sa préface, et il va même jusqu'à se demander dans quelle mesure la contribution de ces nouveaux domaines scientifiques est essentielle, voire tout simplement valide.

Il est donc indispensable que le juriste fasse l'effort de transcender tout ce qui a valeur instrumentale, tout en sachant approfondir et consolider sa connaissance de l'expérience juridique dans l'intégralité de ses éléments constitutifs, avec toute la force axiologique de sa signification éthique. Seule cette vision intégrale est à même de légitimer le travail du juriste qui ne doit jamais oublier la visée éthico-politique de ses connaissances. Dans un pays comme le Brésil où s'aggrave sans cesse la pression violente des carences sociales et économiques, il semble en effet inadmissible que la science juridique ne tienne pas compte de ces aspects dramatiques de la vie de la communauté et des impératifs de son développement.

Miguel Reale développe ces thèmes fondamentaux avec le talent qu'on lui connaît : concision, clarté et vivacité du style comme de la pensée concourent à offrir aux lecteurs des ouvrages qui viennent conforter la notoriété d'un auteur dont les perspectives dialectiques semblent désormais incontournables. Les philosophes du droit, et peut-être plus encore les juristes dans leur ensemble, y trouveront les éléments indispensables à une approche moderne, en profondeur, de leur objet d'étude. On ne peut qu'espérer la parution prochaine d'une version française ; en attendant, on se reportera à la traduction stimulée par l'Unesco, de Giovanni Dell'Anna, *Expérience et culture* (1990, éd. Bière), seule ouverture à l'heure actuelle pour les lecteurs francophones sur l'œuvre Reale.

Cécile COSCULLUELA

Enrico PATTARO, *Temi e problemi di filosofia del diritto (Thèmes et problèmes de philosophie du droit)*, CLUEB, 1994.

Il y a des ouvrages de philosophie du droit qu'on peut avoir comme livre de chevet, l'ouvrage de Pattaro en est un. Cet ouvrage qui apparaît aux premiers abords comme un livre destiné aux étudiants est selon nous destiné à tous ceux qui aiment la philosophie du droit. Pattaro, contrairement à beaucoup d'auteurs italiens, se caractérise par une grande clarté dans l'exposé, son écriture philosophique ne présente pas de contorsions dialectiques, lesquelles cachent trop souvent le vide de la pensée philosophique. Pattaro traite dans son ouvrage toutes les notions classiques et les notions modernes de la philosophie du droit. Il recherche des définitions de ces notions, pour après les discuter, les critiquer et faire apparaître que si *a priori* il est possible de s'accorder sur une définition, *a posteriori* les frontières disparaissent. L'auteur ne s'impose pas, laisse au lecteur le soin de percevoir, de saisir la profondeur de la matière par sa sensibilité. Pattaro trace des chemins et c'est à chacun par la suite de les parcourir. C'est beau de revenir aux sources, c'est agréable de retrouver des repères philosophiques, c'est instructif de retrouver une synthèse dans le fleuve tourbillonnant de la philosophie du droit.

L'ouvrage est divisé en deux parties, la première sur « La conception courante du droit » et la seconde partie sur « Les sources du droit. Développements de la conception courante du droit et premiers reliefs critiques. En particulier, les sources du droit ». Dans la première partie, l'auteur expose les différents courants philosophiques, avec un regard particulier sur la théorie kelsénienne du droit (chap. III) et la force obligatoire de la norme juridique, qui permet de relier la seconde partie, axée essentiellement sur les sources du droit.

Dans la seconde partie, l'auteur, après avoir exposé les difficultés pour saisir l'expression de « source du droit » en partant de la réalité concrète de la norme juridique, en d'autres termes de la loi, monte vers une approche linguistique et théorique de la norme et des sources (chap. V). La jurisprudence et la théorie de l'interprétation sont étudiées dans le chapitre VI et Pattaro nous présente une image du juge, image de paix sociale, image peut-être anachronique dans l'Italie d'aujourd'hui ! L'*opinio juris* n'est pas oubliée et le chapitre VIII sur la doctrine est fort intéressant. Surtout les pages sur les techniques d'interprétation (p. 273 et s.) avec une large place laissée dans le chapitre à l'interprétation par analogie, dont il ressort que les normes ne sont pas des choses prêtes à l'usage, mais forgées par le « juriste par ses propres mains ». La dialectique du langage est encore analysée, décortiquée à travers les notions de « précepte », de « commande », de « norme » (chap. X) dont il ressort qu'en Italie, à partir des années cinquante, la philosophie analytique avait tenté de « reconduire la théorie des normes juridiques à l'intérieur d'une théorie des fonctions du langage ». Ce chapitre fait une large place à Norberto Bobbio et à son ouvrage sur *La Théorie de la norme juridique*. L'ouvrage s'achève par le chapitre XII qui traite « Du précepte au réalisme normatif ».

Les problèmes de la « validité » et de l'« efficacité de la norme » sont amplement expliqués, mettant en évidence les différentes propositions et élaborations proposées, qui demeurent, en tout état de cause, soumises à une commune et unique ontologie. Merci pour ce livre.

Carlo Alberto BRUSA

Francesco D'AGOSTINO (dir.), *Ontologia e fenomenologia del giuridico. Studi in onore di Sergio Cotta*, Turin, Giappichelli, 1995, 408 p.

Quel bel hommage, pour un grand philosophe italien de notre temps, Sergio Cotta.

L'ouvrage *Ontologie et phénoménologie du droit. Mélanges en hommage de Sergio Cotta*, sous la direction de Francesco d'Agostino, est une contribution certainement intéressante pour son contenu, mais encore plus, parce qu'elle rappelle aux juristes, aux philosophes du droit et aux philosophes tout court, que monsieur Sergio Cotta a marqué et marque notre époque par sa pensée philosophique. La profondeur de sa pensée réfléchie, l'extraordinaire érudition forgée par une recherche méthodique et une lecture profonde et personnelle des grands classiques de la philosophie, la grande humilité qui caractérise l'envie du savoir, nous paraissent les caractères majeurs du professeur Cotta.

Par cet ouvrage, ses élèves lui rendent un hommage mérité en abordant des études autour de thèmes chers à Cotta *L'ontologie et la phénoménologie du droit*. Certes, l'ouvrage ne sera pas facile à lire pour celles et ceux qui ne maîtrisent pas la langue italienne et malheureusement il est rare que des éditeurs français s'engagent à faire traduire et publier des ouvrages italiens de philosophie du droit. La mode est tournée vers l'Allemagne ou de l'autre côté de l'Atlantique et l'on oublie trop souvent les racines juridiques et philosophiques qui lient la France et l'Italie.

Mais revenons à l'ouvrage et aux thèmes abordés dans ces mélanges.

Vittorio Frosini ouvre l'hommage par « Un portrait critique de Sergio Cotta », l'auteur nous rappelle les quatre bastions autour desquels la production scientifique de Sergio Cotta s'est développée et que nous allons rappeler en synthétisant Frosini. Le premier bastion, pour utiliser une métaphore, est celui représenté par ses études de l'histoire de la pensée juridique et politique, un ensemble de quatre ouvrages et quelques essais. Ces œuvres qui caractérisent l'activité du jeune chercheur, furent précédées par les traductions de *L'Esprit des lois* de Montesquieu et de la *Théorie générale du droit* de Kelsen (en collaboration avec Giuseppe Treves). Il faut absolument citer ces travaux, parce que ces ouvrages furent la matrice idéale des deux premiers ouvrages de Cotta, celui sur *Montesquieu et la Science de la société* (1953) et l'autre sur *Gaetano Filangeri et le problème de la loi* (1954). Ce dernier ouvrage se reliant de manière étroite au précédent par l'analyse de la doctrine du juriste napolitain. Le livre intitulé *Le concept de loi dans la Summa Theologiae de saint Thomas d'Aquin* (1955) peut être relié à la traduction de l'œuvre de Kelsen, ce travail fit naître de fortes discussions dans le milieu universitaire et ecclésiastique dominé par une conception orthodoxe du néo-thomisme. Cet ouvrage fit perdre à Cotta la chaire universitaire de l'Université catholique du Sacré Cœur de Milan, ce qui permit à Cotta d'atteindre directement la Faculté de Rome et d'amener ainsi ses enseignements dans une université publique en pleine indépendance.

Le deuxième bastion est celui représenté par les méditations sur le temps présent... Cette époque est caractérisée par deux ouvrages, *Le Défi technologique* (1968) et *L'Homme ptolémaïque* (1975). La création est plus libre, l'esprit s'ouvre à la découverte, le vécu et la souffrance deviennent les sources de la connaissance.

Le troisième bastion est caractérisé par le philosophe qui devient un intellectuel politique, l'interprète des inquiétudes et des certitudes de la société politique dans laquelle il a vécu et à laquelle il entend transmettre sa réflexion critique. À cette époque on peut

attribuer l'ouvrage *Quelle résistance ? Caractères et problèmes de la guerre de libération en Italie* publié en 1977 ; et l'œuvre *Pourquoi la violence ? Une interprétation philosophique* écrit en 1978. Les titres des ouvrages révèlent l'incertitude et l'esprit de recherche des travaux, mais Cotta arrive par sa nature à transmettre dans ses conclusions des certitudes. Cette époque est caractérisée aussi par les ouvrages qui tendent vers une conception anthropologique et éthique de la société politique, on trouve ainsi *Six thèses pour une réflexion politique de la société actuelle* écrit en 1980 et *Au-delà de l'hégémonie politique* de 1988.

C'est le quatrième bastion qui est celui tourné vers la philosophie du droit. Pour Cotta, comme pour Del Vecchio qui l'avait précédé, le moment épistémologique de la philosophie du droit réside dans l'analyse et dans la connaissance de l'être et de son apparition dans le monde de l'expérience juridique. À ce titre, il est nécessaire de tracer une rigoureuse *actio finium regundorum* par rapport à la théorie générale du droit : sa recherche a eu ainsi un vrai caractère philosophique qui est passée par le refus de ce qu'il avait appelé « la praxis » (*il prassismo*) qui caractérise d'autres courants philosophiques. On peut parler ainsi d'un platonisme juridique de Cotta, d'une affirmation constante de l'essence supra-temporelle de la vérité, reconnue et identifiée dans la phénoménologie régionale de la sphère juridique.

Itinéraires existentiels du droit écrit en 1972, révèle l'école philosophique d'appartenance de Cotta et l'ouvrage *Le Droit dans l'existence* de 1984, sa pensée systématique, qui s'achève et apparaît dans le livre *Perspectives de philosophie du droit* de 1971. Pour Cotta il existe une connexion intrinsèque, impossible à éliminer entre le vivre existentiel, conforme à celle que Cotta définit comme « la structure ontologique » de l'être humain, et la coexistence dans laquelle se met en œuvre la dimension juridique. La philosophie du droit est conçue non seulement comme une discipline académique complémentaire des études juridiques, mais comme un processus d'exploration de la conscience humaine dans son authenticité. Une telle perspective apparaît ainsi en totale contradiction avec la théorie du formalisme juridique dans ses différentes variations, du normativisme et de l'analyse du langage.

Cotta nous amène sur le chemin de la vérité en partant de l'homme sans oublier son humanité, sa force et ses faiblesses qui l'obligent à tourner ailleurs une partie de ses questions auxquelles il n'y aura peut-être aucune réponse. C'est toute l'humilité du philosophe qui conçoit, en paraphrasant T. S. Eliot, que dans toutes les fins il y a un commencement ! On pourrait achever ici ce compte-rendu, mais ce serait faire tort à tous les élèves, aujourd'hui professeurs et chercheurs, qui ont rendu hommage au Maître.

En effet cet ouvrage comporte des pages lumineuses pour le philosophe du droit en partant de Serenella Armellini qui nous rappelle qu'« aucune époque n'a su moins que la nôtre ce qu'est l'homme » et en paraphrasant cette pensée de Heidegger que peut-être « Aucune époque n'a su moins que la nôtre ce qui est le droit ». C'est peut-être la modernité et notre époque qui définit l'homme surtout par son action et par son « faire » qui rendent encore plus difficile la « place de l'homme-sujet entre la nature et le temps ». C'est l'analyse de Ballarini dans sa « Contribution à la compréhension de l'idée de modernité » dans laquelle il explore l'idée philosophique de l'homme comme être actif en partant de la subjectivité absolue à la socialité antinomique.

Un apport aussi intéressant est celui de Corsale dans « Le juriste entre la norme et le sens commun. Vers un nouveau droit jurisprudentiel ? » qui explore le rapport entre la codification, le légalisme et une tendance actuelle à déréglementer. Surtout dans l'Italie d'aujourd'hui, où les juges jouent le rôle principal sur la scène politique, où l'impuissance du pouvoir législatif semble bien donner raison à Savigny, y a-t-il encore besoin d'un législateur ?

D'Agostino, de son côté, nous rappelle dans « La norme absolue : est toujours interdit d'affirmer le faux » le rapport existant entre la philosophie du droit et la théologie du droit. Dans cette étude, l'auteur analyse la vérité à travers le langage et il fait apparaître que le mensonge est en lui-même vérité à partir du moment où le langage est dans sa nature même porteur de mensonge, la vérité est là.

Toujours dans ce rapport philosophique, religieux et juridique réside l'apport de Luigi Lombardi Vallauri dans « La portée philosophique de la religion civile des droits de l'homme ». Dans cette étude, c'est cette religion des droits de l'homme entendue peut-être comme une laïcisation de la pensée chrétienne qui est critiquée, parce qu'elle oublie la perfection intérieure de l'homme pour penser seulement l'homme dans son rapport vers l'extérieur. Or, il ne faut pas croire que la perfection intérieure de l'homme ne soit pas compatible avec la philosophie des droits de l'homme, même dans une vision purement laïque.

Bruno Romano analyse en clé ontologique le rapport « Philosophie du droit et possibilité ». La possibilité apparaît comme la frontière entre ce qui est humain et ce qui ne l'est pas. Le droit est enraciné dans la possibilité, étranger aux vivants et aux choses, soumis par contre aux lois.

L'ouvrage s'achève par la contribution de Francesco Viola intitulée « Philosophie analytique, philosophie herméneutique et connaissance du droit ». L'auteur met en évidence dans une recherche herméneutique la différence existant entre cette approche de la science juridique et celle de la philosophie analytique. Il ressort de l'étude que la philosophie analytique n'a ni vocation métaphysique, ni vocation ontologique, mais qu'il existe entre les deux approches une dialectique riche de contributions pour la science juridique.

La lecture des contributions des auteurs à l'hommage de Sergio Cotta nous permet de conclure qu'en Italie, la philosophie du droit a encore de beaux jours devant elle et que Cotta et nous tous, nous pouvons nous réjouir.

Carlo Alberto BRUSA

A.V., *The Nature and Process of Law. An Introduction to Legal Philosophy*, Ed. Patricia Smith, N.Y.-Oxford, Oxford Univ. Press, 1993, XVIII-862 p.

Par ses références majeures et son aire d'application, ce livre correspond mieux sans doute à une introduction à la théorie du droit et au droit positif américain qu'à un ouvrage propédeutique et général de philosophie juridique à strictement parler. Mais il a l'avantage de réunir de manière étendue et rigoureuse un ensemble d'éléments empruntés aux registres les plus divers à l'intérieur d'une même tradition anglo-saxonne, en faisant place autant à la spéculation abstraite qu'aux cas de jurisprudence (nombreuses décisions

reproduites et synthétiquement commentées) ; et il constitue, par là, un enviable instrument de travail.

Le principe en est celui du recueil de textes, didactiquement et thématiquement structuré suivant un ordre de questions qui part des sources pour aboutir aux droits public et privé. L'on y passe ainsi en revue les problèmes constitutionnels comme ceux de la responsabilité, de la protection de la vie privée ou de la propriété ; et l'on y aborde les mécanismes de justification comme les règles d'interprétation des droits : la justice distributive ou commutative y est à l'honneur comme la plus récente herméneutique.

Il est appréciable de relever sur chacun de ces points des extraits de quelques philosophes ou penseurs (Aristote, Locke, Montesquieu, Bentham, Mill, Marx, Tocqueville...), rattachés aux critiques contemporains des fondements de la justice les plus familiers (Hart, Rawls, Dworkin, Nozick, Hall, Pincoff, Feinberg) et situés par rapport à des juristes classiques Outre-Atlantique et que, par contre, nous connaissons encore trop peu même s'il est d'usage de les citer (Holmes, Cardozo, Stone...).

Certes, l'on pourra regretter divers manques touchant certains courants ou certains auteurs (absence, au plan philosophique, du platonisme post-berkeleyen, du néo-hégélianisme et du néo-idéalisme, depuis Lasski ou Hocking – mais v. en partie l'art. de Pincoff –, du néo-réalisme intellectualiste, depuis Santayana ou Simon..., et, au plan juridique, des mouvements austiniens, par exemple). Mais de ses choix et de leurs inévitables limites, liées aux nécessités de l'enseignement comme aux orientations des principaux textes légaux, constitutionnels et déclaratifs de référence, joints en annexe, l'éditrice, Mme Patricia Smith s'explique parfaitement, et elle peut donc estimer à bon droit avoir respecté un heureux équilibre.

Jean-Marc TRIGEAUD

Al di là di Occidente e Oriente : Europa, Bolzano, ed. szientifiche italiane, Publications de l'Institut international d'études européennes « Antonio Rosmini », 1994.

Actes du colloque international de 1992, l'ouvrage propose plusieurs études relatives au conflit idéologique ayant opposé l'Est et l'Ouest, et au-delà, l'Orient et l'Occident.

Francesco Gentile, de Padoue, rappelle que le culte des « Idées générales », commun aux deux idéologies, remonte au positivisme qui avait inspiré l'Europe de Napoléon puis celle de 1814. L'uniformisation des personnes et des cultures commence avec le nouvel Évangile séculier du XIX^e siècle. L'auteur oppose aux idéologies l'héritage classique définissant l'Europe « par référence et distinction ». Comme le fera Miguel Ayuso, professeur madrilène, il s'inspire de l'histoire de son pays pour montrer la signification dialectique de l'idée de nation qui sépare et relie le différent et le commun à l'intérieur d'un tout qui les transcende. Cette pensée d'origine platonicienne permet de penser le problème de l'intégration des nations en Europe, en s'opposant au nivellement mortifère qui la menace. Ce projet implique un renoncement à l'ancien concept abstrait de souveraineté unilatérale des États-Nations. Les juristes pourraient ici être les inspirateurs de l'Europe, où rayonnerait un nouvel esprit juridique au service de la *bona fide*. Mais quel droit ? Porté par quelle philosophie ?

Josef Seifert, professeur au Liechtenstein, répond par une analyse brillante du concept d'idéologie. Considéré comme le principal apport de Marx à l'histoire de la pen-

sée, le concept d'idéologie ne peut servir qu'une fonction critique : on ne peut le généraliser ni traiter toute philosophie comme une idéologie. Sa structure est nécessairement personnelle, étant un mixte d'inconscience et de tromperie. Si l'on pense que tout exercice de la pensée y succombe nécessairement, on s'expose au paradoxe du menteur. Car il faut poser une hétéronomie du jugement, mais par rapport à l'objet, non par rapport au sujet, pour pouvoir affirmer quoi que ce soit comme vrai. L'acte personnel de penser le vrai comme adéquation de la pensée au réel, est le seul juge de l'idéologie. L'idéologie elle-même suppose la vérité pour pouvoir apparaître comme telle à la pensée critique.

Giancarlo Giurovitch peut alors exposer la pensée de Platon sur le politique comme science du bien commun et œuvre d'éducation. Ainsi le point de vue juridique apparaît essentiel chez Platon, exprimant une mesure fixée par l'intelligence observant un ordre objectif de valeurs, qu'aucune volonté, fût-elle générale, ou « politique » au sens moderne, ne peut suffire à déterminer.

Le *Témoignage* d'Aldo Penasa rappelle le point de vue des fondateurs de l'Institut Antonio Rosmini. Dans les années cinquante, une nouvelle conception des fondements de la société civile devenait urgente. La personne humaine comme unité de devoirs et foyer d'une communication de responsabilités constitue la substance du droit, aux antipodes de la conception positiviste se servant des « droits de l'homme » à des fins polémiques et en un sens purement abstrait. La pensée de Rosmini, contemporain et critique des idéologies qui suivirent la Révolution française, n'a pas cessé de révéler sa fécondité.

Car si aujourd'hui l'idéologie socialiste a perdu sa puissance, il est impossible de se satisfaire du modèle de la société occidentale, dite « ouverte ». Critiquant les thèses de Karl Popper sur le pluralisme libéral, Wolfgang Waldstein propose d'autres fondements pour l'unité européenne. Sa thèse est que les mêmes tendances de pensée, gnostiques, relativistes, immanentistes, dominent la société libérale des démocraties occidentales. L'alternative consiste à défendre la vérité contre sa réduction aux procédés des sciences modernes et à leur postulat d'incomplétude. Les ordres juridiques européens ont été forgés dans l'esprit qu'il existe un ordre objectif de valeurs et que la vérité consiste à les connaître. Ce qui est en question, c'est l'image de l'homme. Le concile Vatican II, en appelant à l'universelle vocation à la sainteté, lui tend un miroir.

Joseph Schmucker-von Koch reprend ce thème de l'image de l'homme, pour y voir le fondement de toute critique de l'idéologie. La critique porte sur la manière dont l'État se fait l'intermédiaire des buts matérialistes et égoïstes de la *fun society*. Les anciens idéaux sont déçus au rang d'instruments d'une volonté d'autonomie qui défigure l'homme, victime à son tour d'un « anthropomorphisme » qui le rend méprisable. Reprenant une parole de Goethe, l'auteur propose à la pensée européenne de cultiver la vertu du respect, *Ehrfurcht*, se déployant dans l'amour de Dieu et du prochain.

Les pays d'Europe centrale doivent actuellement accueillir des vagues immenses de réfugiés de l'Est, qui viennent s'ajouter aux actuelles minorités souvent très mal intégrées. Jan Fritz, de Prague, citant l'historien hongrois Kosáry, suggère une transformation du concept d'État national, hérité du XIX^e siècle. L'État et la nation ne peuvent plus être considérés comme coextensifs, c'est pourquoi il est important de concevoir des relais dans la société. Les Églises peuvent y jouer un rôle important.

Pour Leonid Mamut, de Moscou, les adversaires du droit en Russie, qui se veulent défenseurs d'une communauté naturelle, originairement russe, restent tributaires du posi-

tivisme de Lénine, incapable de voir dans le droit autre chose qu'un arsenal de contraintes, sans valeur universelle ni caractère normatif. Leur modèle est en fait l'intégration japonaise, marquée par un paternalisme autoritaire. Les choix exprimés par les Russes se sont pourtant clairement manifestés en faveur de la démocratie et de son principe « un homme, une voix ». Là-bas, l'Orient et l'Occident maintiennent leur ruineux face-à-face.

Mais l'Europe, au cœur de sa tradition juridique, fixe de tout autres frontières au propre et à l'étranger, comme l'enseigne J.-M. Trigeaud. L'Europe comme terre ou objet de propriété, est d'emblée bien commun, au sens d'un don et d'une donnée irréductible à ses interprétations, contenant en elle des finalités qui justifient sa propriété, ou remise en propre à une personne, parce qu'elles réalisent les finalités mêmes de l'humain. La terre extérieure comme droit de propriété révèle la terre intérieure, autre don ou donnée, mais humaine, et comme l'autre, pleinement objective et réelle. La confrontation avec l'autre de l'Europe, l'Amérique avant la conquête ou la Chine et le Japon, permet une application des leçons métaphysiques du droit patrimonial européen. Une même analyse permet de suivre l'essor d'une pensée symbolique, ou unifiante, et de ce qui l'étouffe ou l'« occit », en Europe et ailleurs. La terre intérieure est ce que l'auteur appelle du terme grec *proson*, ou visage et personne, le plus intime et le plus universel, au-delà de ce que le calcul humain et ses concepts peuvent jamais en saisir.

La place nous manque pour évoquer plus en détail les derniers exposés. Remo Bessero Belti offre une analyse de la pensée de Rosmini concernant la société civile, dans ses rapports dialectiques avec la société domestique d'une part, et la société théocratique ou société naturelle du genre humain d'autre part. Le mouvement d'unification entre les nations européennes prolonge et amplifie cette dialectique initiale.

Miguel Ayuso rappelle les menaces du « régionalisme », au-dessus ou en deçà du pouvoir étatique. La question est de savoir quelle autorité peut encore exister en Europe.

Dario Composta livre une enquête historique documentée qui fait justice de la légende noire entourant la conquête de l'Amérique latine par les Espagnols.

L'ouvrage se termine par une référence et un hommage à la pensée de Jaspers sur l'autorité authentique, qui consiste en un acte intérieur et non en aucune allégeance à une conception du monde.

Ce livre écrit en plusieurs langues est un document précieux pour comprendre l'Europe d'aujourd'hui, et sa facture polyphonique nous fait entrer de manière sensible dans cet univers qui est déjà le nôtre.

Elisabeth KESSLER

Nelson SALDANHA, *Da teologia à metodologia. Secularização e crise no pensamento juridico*, Belo Horizonte, Del Rey, 1993, 136 p.

Du *logos* ordonnateur de Parménide à la « grammatologie » derridienne, en passant par les conflits d'écoles, entre « formalistes » et tenants du « droit libre », au XIX^e siècle, ce sont toutes les phases d'une sécularisation progressive, accentuée par le développement de la *ratio* néo-cartésienne, que Saldanha entend synthétiquement décrire dans cet essai bref et dense, aux expressions parfois incisives et aux diagnostics si lucidement critiques...

Le discours du juste a pu naître d'une union primitive de l'être et de la pensée, ouverte à la transcendance d'une instance créatrice dont le *logos* humain retrouvait en lui les facultés poétiques. Mais ce discours s'est détaché de son inspiration fondamentale, sans toutefois la renier : il l'a incorporée subrepticement sous de nouveaux aspects, et il a renversé la référence à un principe de type théologique. Il s'est sécularisé en s'identifiant en un mot à une nouvelle théologie, celle qui repose désormais sur l'anéantissement de la distinction d'un transcendant et d'un immanent. Et il a emprunté dès lors à la théologie classique (supposant un rapport entre ces mêmes termes) toutes les voies qu'elle suggère et pratique, mais en les affectant à une logique de l'indifférenciation.

Ainsi, au point d'aboutissement du positivisme moderne, assiste-t-on à l'éclosion d'un normativisme où la forme valide l'emporte sur un contenu de justice, où le moyen triomphe de toute finalité. Or, l'on ne saurait s'y tromper : une nouvelle religion émerge qui a converti le moyen en fin, la forme en contenu. Elle a pour « premier moteur immobile » la « *Grundnorm* » ; elle a ses « autorités bibliographiques », elle a sa « langue liturgique » « hiératiquement respectée », et elle s'épanouit en littérature scolastique et pontifiante, maniant le truisme et les pétitions de principe. Et cette « orthodoxie » a pour dernier avatar et pour « fétichisme idéologique » : « la méthode », « la méthodologie ».

Mais ce *methodologisme*, qui a tant de précédents dans les rhétoriques sophistiques de l'histoire et que Saldanha discerne aux temps les plus archaïques en Orient comme en Occident par volonté de dévaluation systématique et politisante du *logos* (et par transfert devant une impuissance à assumer le contenu ou l'être...), compromet gravement la méthode elle-même. Et c'est la méthode que très pertinemment Saldanha s'efforce ici de sauver du discrédit où la plonge cette caricature. Quand la méthode est l'alpha et l'oméga de la science, elle tourne à vide, secrétée par un positivisme réducteur et dont on ne connaît que trop les effets stérilisants au plan didactique. Elle devient vite l'ombre d'elle-même et se défait comme un tissu cellulaire dès qu'une unité de sens structurante ne l'anime plus.

L'approche critique de Saldanha consiste par conséquent à dénoncer tous les traits, non simplement d'une métaphysique ou d'une ontologie, mais d'une véritable théologie implicite ou de transfert dans le formalisme issu du XIX^e siècle. Ce genre d'approche fut déjà tenté concernant le positivisme volontariste ou légaliste (comp. H. Welzel, F. Gény, J. Ritter...) ; mais cette lecture était plus audacieuse et délicate visant le positivisme formaliste ou normativiste et ses succédanés structuraux ou systémiques. Cet essai s'y emploie avec beaucoup d'originalité, et sans tomber dans un dénigrement facile ou dans une aigreur polémique qui en eut disqualifié la démarche. Il dresse d'abord inventaire à chaque pas de tous les courants historiquement répertoriés qui se trouvent en convergence entre eux, venant des horizons géographiques les plus divers ; et il invite ensuite le lecteur à opérer certains rapprochements lui-même pour se convaincre de la répétition des mêmes maux que l'on fustigeait jadis en les attribuant à un excès de dogmatique et de magistère...

L'oscillation est permanente pour le juriste entre l'esprit et la lettre, entre une évaluation dialectique et l'institutionnalisation de ses résultats, entre l'« acte » et le « commentaire », entre l'objet de réflexion et le canon d'interprétation. Et la tentation du philosophe du droit est de privilégier le premier élément, tandis que la tentation du

théoricien positiviste est d'incliner à l'autosuffisance du second. Mais à partir précisément de la philosophie qui n'a jamais pensé la méthode séparément d'une règle fondatrice (comme le Descartes du *Discours* renvoie... pour plus de sérieux, à ses *Regulae ad directionem ingenii...*), c'est la genèse intellectuelle ou le processus de formation de l'institution et du commentaire interprétatif qui est à reconstruire. Saldanha montre bien en particulier comment la méthode n'a de sens que replacée dans l'interprétation, et comment celle-ci, à son tour, implique le sens d'un référent sur le modèle législatif ; et comment, si l'on ne suit pas cette exigence « compréhensive », exigence philosophique intégratrice du monde des essences comme d'ailleurs de la réalité sociale, et tenant compte des héritages herméneutiques de ce siècle (de Dilthey à Gadamer, justement nourris par l'expérience des juristes, de Betti à Reale ou à Perelman), l'on adopte une théologie inavouée, celle aujourd'hui d'une divinisation relativiste du « sans-fond », celle qui a suppléé la théologie legaliste du XIX^e et qui a pris le relais de son manichéisme en suscitant le rejet aveugle voire fanatique de ce qui n'entre pas dans le champ partiel où elle se déploie.

Jean-Marc TRIGEAUD

Nelson SALDANHA, *Estudos de teoria do direito*, Belo Horizonte, Livraria del Rey, 1994, 159 p.

L'œuvre du professeur Nelson Saldanha (Faculté de droit de l'Université fédérale de Pernambuco-Récife) est tournée vers les thèmes les plus importants de la pensée juridique contemporaine. Auteur de nombreux ouvrages déjà connus, il expose avec omniscience et limpidité diverses questions allant des réflexions philosophiques originelles de l'Antiquité gréco-romaine aux plus récentes contributions philosophiques de l'herméneutique du droit : la légalité et la légitimité de l'ordre juridique, la spécialisation des sciences sociales, les relations fondamentales de la philosophie du droit et de la science juridique font ici l'objet d'une analyse minutieuse et très percutante.

Au-delà de l'approche philosophique, les solutions apportées aux problèmes constitutionnels démontrent la capacité de critique et d'analyse scientifique du fait politique de l'auteur brésilien. Ce livre, malgré la modestie de son volume, incarne une véritable pérégrination intellectuelle où l'on passe des sciences sociales à la science juridique. En ce qui concerne cette dernière, N. Saldanha précise de manière convaincante les limites de concepts de droit public et de droit privé en tenant compte des spécificités du fédéralisme brésilien.

Les interactions entre les sciences sociales et la science juridique constituent la preuve par excellence que l'interdisciplinarité est au cœur du débat. Rappelons que N. Saldanha est aussi membre de l'*Institut brésilien de philosophie* et de l'*Académie brésilienne de lettres juridiques*. Les savantes idées développées dans cette étude invitent le lecteur à jeter un regard critique sur les nouvelles relations qui se nouent entre l'ordre politique et l'État, et sur les répercussions du jusnaturalisme. De même, par rapport au débat exégétique, l'auteur lance un appel à repenser diverses notions et dogmes juridiques présentés sous le prisme de l'herméneutique.

Denis POHÉ-TOKPA

Yann AGUILA, *Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit*, Paris, L. G. D. J. « Travaux et recherches Panthéon-Assas », Paris II, 1993, 123 p.

Un mémoire de philosophie du droit sur le Conseil constitutionnel, c'est-à-dire sur l'une des innovations les plus caractéristiques de Hans Kelsen. L'auteur de la *Théorie pure du droit* a dû se retourner dans sa tombe.

Et pourtant si la Constitution est du droit, si le Conseil constitutionnel est un juge, il doit bien y avoir quelque chose à glaner pour le philosophe du droit : les articles de l'une, les arrêts de l'autre procèdent de principes sous-jacents sur lesquels un juriste fait l'impasse, mais qui ne peuvent manquer d'attirer l'attention de plus curieux.

D'autant que l'existence de ce Conseil, tout de même que l'existence de cette Constitution, ne sont rien moins qu'évidentes.

Frappé du paradoxe qu'il y a à sacraliser la loi pour aussitôt après, l'encadrer dans une constitution, et non moins étonné que cette constitution, jugée norme fondamentale, ait besoin, à son tour, d'être contrôlée, Yann Aguila, nommé depuis Maître des Requêtes au Conseil d'État, a voulu mettre à profit une année d'études en D.E.A. de Philosophie du droit pour consacrer son mémoire à mettre un peu de clarté dans cette épineuse question, qui en recèle beaucoup d'autres : comment une norme peut-elle être dite fondamentale quand elle est soumise au contrôle d'un simple juge constitutionnel ? Quel sens peut avoir la séparation des pouvoirs si un juge peut déclarer une loi non constitutionnelle ? Si toutes les normes ont même source, d'où leur vient leur hiérarchie ? Y aurait-il des sous-normes et des sur-normes, analogues aux sous-hommes et aux sur-hommes ? Si le juge est séparé du législateur, il ne peut lui être supérieur. Mais s'il lui est supérieur, puisqu'il le juge, il n'en est plus séparé et son autorité procède d'un mystère.

En d'autres termes, le droit vient-il tout entier des hommes, et singulièrement des particuliers, rassemblés plus ou moins mythiquement sous l'appellation de volonté générale – comme le voudrait l'article 7 de la Déclaration des droits de 1789, cité p. 1 ? Auquel cas, un droit injuste est non seulement une contradiction, mais encore une impossibilité.

Ou bien, disjonctivement, le droit vient-il tout entier aux hommes, – comme l'insinue l'article 2 de la même déclaration, cité p. 1 ? De telle sorte qu'ils ne puissent rien y ajouter, mais surtout rien y opposer. Auquel cas, on se demandera d'où vient ce droit : de la nature, qu'il suffirait de déclarer ? mais alors à quoi bon constituer, construire, si la nature suffit ? ou d'une nécessité, on ne peut pas vivre sans droit ? mais chacun sait que nécessité fait loi, ou plutôt fait écarter toute autre loi qu'elle-même ?

Il y a bien matière à enquête. L'auteur la mène en deux temps. Dans un premier temps, il confronte « la jurisprudence constitutionnelle aux analyses traditionnelles de la philosophie du droit » (p. 4). Et dans un second temps, il s'intéresse davantage à « la place concrète de la justice constitutionnelle dans une démocratie » ou « État de droit » (p. 4).

La première partie – p. 5 et s. – est consacrée à décrire la norme constitutionnelle, dont l'auteur envisage, successivement, dans un chapitre premier, la « nature » et dans un chapitre second, l'ordonnement.

L'examen de la nature de la norme constitutionnelle fait surgir deux questions : Qu'est-ce qu'une norme ? Qu'est-ce qu'une norme constitutionnelle ?

Qu'est-ce qu'une norme en général ? La réponse tient en deux assertions : la norme est « un outil élaboré *par* l'homme » et la norme est « un outil élaboré *pour* l'homme » (p. 9).

Qu'est-ce qu'une norme constitutionnelle ? La réponse est là aussi présentée de la manière la plus scolaire, par la définition matérielle et par la définition formelle.

L'ordre juridique constitutionnel, qui fait l'objet du chapitre second, est à son tour examiné en deux sections dont l'une porte sur les normes supra-constitutionnelles, et l'autre sur les conflits de normes constitutionnelles.

Peut-on ou non considérer comme des normes supra-constitutionnelles, la Déclaration des droits de 1789, et le principe de la souveraineté nationale ? L'auteur incline fortement à suivre les auteurs pour qui il n'y a rien, il ne saurait rien y avoir, au dessus de la Constitution.

Quant aux « conflits de normes constitutionnelles » (p. 43), ils seraient à la fois impossibles et inévitables, si le juge constitutionnel n'usait pas de son pouvoir discrétionnaire pour tenter de concilier les normes contradictoires.

Nous voilà conduits à une deuxième partie, qui porte sur « la justice constitutionnelle » (p. 53) et qui s'annonce plus philosophique puisqu'on y considère, en un chapitre premier, « l'interprétation constitutionnelle », et dans un chapitre second, la compatibilité entre « justice constitutionnelle et démocratie ».

Dans le chapitre I, l'interprétation constitutionnelle est d'abord présentée (section I, p. 56) par rapport à la théorie générale de l'interprétation dont les diverses écoles sont sobrement rappelées : ou bien, on a affaire à un acte de connaissance, et alors, l'interprète recueille du sens, ou bien il s'agit d'un acte de volonté, et alors, l'interprète crée ou produit du sens.

L'interprétation constitutionnelle est décrite ensuite dans ses méthodes (section II, p. 3), méthodes qualifiées soit de subjectives si elles se « réfèrent à la volonté (supposée) de l'auteur » de la norme (p. 63), soit d'objectives si elles prennent en compte des éléments extérieurs à cette volonté (p. 63).

L'interprétation constitutionnelle est enfin saisie dans ses finalités qui sont tantôt rapportées au but poursuivi par l'auteur de l'acte, tantôt fondées « sur la finalité sociale de la règle » (p. 73).

Dès lors apparaît le rôle politique du Conseil constitutionnel et se pose la question des rapports entre « justice constitutionnelle et démocratie » qu'aborde le chapitre II et dernier (p. 79).

Est soulignée la spécificité de la justice constitutionnelle (p. 80), sauf à faire du Conseil un « constituant secondaire » (p. 80), ou un « législateur parallèle » (p. 83), ce qu'il n'est pas d'après la doctrine, et non une juridiction, ce qu'il est d'après la même doctrine.

Est défendue enfin la légitimité de la justice constitutionnelle (section II, p. 91) c'est-à-dire sa conformité à l'État de droit, et à la démocratie, ou plutôt à ce qu'il est convenu d'appeler ainsi, quoique le sens en soit énigmatique.

* *
*

Disons d'emblée qu'il y a plaisir à lire un travail aussi bien construit, où l'on voit que la réflexion est méthodiquement et rigoureusement conduite. Aucune faute typographique, si ce n'est la mauvaise orthographe de Paul Amserek, invariablement écrit avec un c surérogatoire, « Amsseleck ». Un style dépouillé et tout juridique. Citations, d'arrêts et d'auteurs, toujours fort bien choisies, émaillent le texte pour mieux asseoir l'argumentation ou pour sacrifier à la loi du genre : vous n'avez de lecteurs, dans la corporation des juristes, que si vous les citez.

Cela étant, et louée la connaissance enviable qu'a l'auteur de cette partie, de ce cœur, de notre droit public, nous ne pouvons cacher quelque déception devant une telle promptitude à s'incliner devant des mots fétiches, ou des auteurs canonisés selon les règles sans règle de l'urne ou de la mode. Et devant une telle réticence à creuser des questions proprement philosophiques, lorsqu'elles affleurent sous sa plume.

Par exemple, la question de savoir si le droit est d'essence normative méritait sans doute mieux, car de sa réponse dépend la validation ou l'invalidation, disons plus, la légitimité ou l'illégitimité de ces normes. C'est une thèse assez connue, et controversée de Michel Villey, que le droit, s'il contient aussi des règles, se conjugue principalement à l'indicatif : *Jus non a regula sumatur, sed a jure, quod est, regula fiat*. Et si, de surcroît, on fait de la norme un « outil » (p. 9, 12) comment un outil, qui est fait pour servir, peut-il être une norme, qui est faite pour commander ?

Par exemple, encore, le Conseil constitutionnel peut-il être injuste ? Si l'on répond par la négative, cette réponse appellera quelques questions supplémentaires assez impertinentes. Et si l'on répond par l'affirmative, comme on peut être tenté de le faire une fois que l'on a admis que le législateur souverain pouvait être injuste, il ne sera pas sans pertinence de se demander ce que c'est que la justice de laquelle on peut s'écarter, de laquelle on ne peut pas se passer.

Par exemple enfin, si le Conseil constitutionnel ne peut pas s'empêcher de concilier des normes contradictoires, c'est qu'il admet qu'en dehors de la Constitution, il y a du droit, celui qui concilie des thèses apparemment inconciliables, et qu'au dessus de lui, il y a du droit, celui qui permet de résoudre des apories apparentes. Mais alors, d'où vient que le juge, même constitutionnel, surtout constitutionnel, ne peut pas s'empêcher d'« opérer une pesée » quand toute la constitution qu'il a mission d'appliquer, repose sur un refus de cette pesée au profit du nombre : *non ponderantur sed numerantur* ?

Ces questions, et d'autres, qui jaillissent à la lecture de cet ouvrage, en font apercevoir les mérites et les limites. Nous sommes assez bien placé pour penser que l'auteur a les moyens d'une ambition plus relevée que d'être fonctionnaire, même haut fonctionnaire, du droit, et d'être un serviteur de la justice.

Hans Kelsen peut dormir sur ses deux oreilles.

Le seul défaut de ce travail, d'une qualité exceptionnelle reconnue et récompensée par l'Université, c'est d'être de la théorie du droit, et non de la philosophie du droit. On peut espérer que ce sera pour la prochaine fois.

François VALLANÇON

Maryse DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, préface Jacqueline Morand-Deville, Paris, L. G. D. J. « Bibliothèque de droit public », t. 171, 1994, 884 p.

Quelques mots seulement pour signaler une thèse monumentale (dans tous les sens du mot) qui vient démentir les propos peut-être imaginaires mais si souvent rapportés de Romieu à des auditeurs du Conseil d'État : « surtout pas de doctrine : vous auriez l'esprit faussé ». En effet, la doctrine qui devrait être définie moins par ses origines que par son œuvre, c'est-à-dire par « la construction d'un système à partir du rapprochement et de l'analyse des solutions d'espèce » (p. 19), influencerait la jurisprudence au point de la révéler, si ce n'est de la constituer : en amont, en créant les conditions intellectuelles qui permettent au juge de trancher les litiges qui lui sont soumis et, en aval, en conférant toute sa cohérence aux décisions qui en résultent. C'est à la confirmation de cette hypothèse qu'est consacrée la thèse qui prend pour objet d'expérimentation l'élaboration du droit de la responsabilité administrative. En dépit d'un objet délibérément circonscrit (mais on sait depuis Bachelard que l'esprit scientifique doit se garder de toute généralité), l'étude représente un travail d'une ampleur considérable. Ce sont en effet tous les traités, recueils, manuels, notes, conclusions et autres chroniques, tous les arrêts aussi qu'il faut dépouiller et analyser pour tenter de cerner, en tâchant de ne pas céder aux illusions rétrospectives, l'exacte portée de ce mouvement dialectique permanent qui s'établit entre une doctrine et une jurisprudence dont l'auteur décortique les méthodes propres (inductive pour l'une, déductive pour l'autre). D'où le volume imposant de l'ouvrage qui constitue une véritable archéologie du savoir juridique. Mais pour une conclusion que l'auteur ose à peine esquisser : si la doctrine est certainement une source du droit, elle en est peut-être une source formelle (p. 801-804). On peut regretter cette modestie, car c'est ici qu'il y aurait eu encore à dire et d'abord sur la pertinence de la trop classique distinction entre les sources formelles et matérielles, ou sur la nature du système élaboré par la doctrine, dont dépend le regard qu'elle porte sur la jurisprudence. Mais peut-on solliciter de l'auteur qu'il approfondisse encore et toujours ses analyses alors que l'ensemble des ses développements, arides mais érudits et nécessaires, parlent presque d'eux-mêmes et enrichissent déjà tant la réflexion sur les conditions de formation et de connaissance du droit, ce qui réjouira ceux, dont il se réclame, qui plaident pour la réalisation de travaux d'« épistémologie juridique descriptive » ?

Christophe JAMIN

Stephan MEDER, *Schuld, Zufall, Risiko, Untersuchungen struktureller Probleme privatrechtlicher Zurechnung*. Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1993.

En se tenant à une problématique interne au droit privé, l'auteur examine le statut de l'inculpation dans le droit moderne, à la lumière des conceptions nouvelles de l'individu comme sujet de droit dans la société contemporaine. Partant de l'opposition classique entre la vision antique de l'homme dans la nature, dont l'existence était tributaire du jeu des puissances divines et cosmiques, et la vision moderne du sujet libre parce que moral et responsable, l'auteur analyse les tendances actuelles de la société contemporaine, livrée à la puissance sans cesse accrue des appareils de contrôle technique et bureaucra-

tique. La pratique et la théorie du droit vont révéler ce que d'autres domaines de réflexion et d'observation permettaient d'apercevoir : les sociétés industrielles développées, en libérant les possibilités d'action et de décision des individus, ont aussi contribué à une méconnaissance et une aliénation de la personnalité humaine. L'étude de la notion de faute, entre le hasard purement fatal qu'elle tend à réduire et qu'elle a pour vocation de ramener le plus possible à la responsabilité humaine, et la notion mathématique et calculable de risque, où la responsabilité personnelle menace de disparaître derrière la loi des grands nombres, permet de prédire que la faute ne disparaîtra pas du langage et de la pratique du droit. Mais quelles en seront les formes et le sens ? L'auteur procède au moyen d'une description en trois parties, dont la première concerne la notion de faute dans l'Antiquité jusqu'à la réception du droit romain, la seconde expose la situation théorique de l'époque classique depuis Savigny jusqu'au tournant du siècle, la troisième enfin est consacrée à l'époque contemporaine et en particulier aux apories du droit des assurances et du droit de la famille. L'évolution n'est pas linéaire, mais au contraire permet d'entrevoir d'étonnantes proximités entre certains traits de l'Antiquité et de l'époque contemporaine, encore impensables à l'époque classique.

À toute époque, les hommes ont cherché à réduire la part du hasard. Sous le nom de « Fortuna », les Anciens attribuaient à une déesse la puissance de dominer le hasard : celui-ci était laissé en dehors de la régulation juridique. Avec l'époque moderne, après le rationalisme des Lumières, la théorie contractuelle s'est étendue à l'idée d'inculpation. L'acte délictueux crée les rapports de droit qui en découlent, à la manière des rapports juridiques créés lors d'un contrat légitime, mais seulement inversés. Ainsi le principe de la subjectivité impliquait que l'empire du hasard fût aussi délimité que possible.

Mais l'époque contemporaine manifeste un développement sans précédent de processus d'action dont les conséquences ne peuvent plus être maîtrisées par l'individu. Et l'on voit aussi augmenter l'importance de la protection qui doit être accordée aux victimes. Il en résulte une forme nouvelle d'imputation, qui n'est plus référée aux actes conscients et volontaires des auteurs du dommage, eux-mêmes désolidarisés des victimes. On pense le plus souvent à statuer sur l'équilibre de leurs intérêts, d'un point de vue concret visant seulement des objectifs économiques. Mais cette objectivation croissante des façons de raisonner propres au droit privé s'accompagne aussi de considérations particulières pour la sensibilité des individus, s'exprimant dans toutes sortes de règles d'équité ou de clauses cherchant à évaluer ce que les Allemands appellent la « *Zumutbarkeit* », ou « ce qu'il convient d'exiger » des parties en présence, par exemple dans le droit matrimonial. Ainsi le facteur subjectif est-il l'objet d'une attention croissante de la part des tribunaux et des législateurs, alors même que les processus d'objectivation et de quantification atteignent une ampleur effrénée. Loin d'opposer l'antique au moderne en voyant dans les phénomènes d'objectivation croissante dans le droit contemporain une simple régression morale, l'auteur prétend montrer que nous sommes en fait pris dans le cours d'une évolution rationnelle ou historique en quelque sorte à trois termes : le modèle classique s'oppose aussi bien à l'Antiquité qu'aux formes contemporaines du droit. Ce qui chaque fois est en cause, c'est la prévision rationnelle des actions à commettre et ce qu'on est en *droit* d'attendre de la volonté humaine. Mais l'idée traditionnelle, exprimée naguère encore par Jhering, selon laquelle la subjectivité et l'autonomie humaines iraient croissant au long de cette histoire, doit être révisée. L'auteur s'y emploie de façon très convaincante, toutefois de manière non pas historique seulement, mais dialectique.

Car en fait, l'« individualité » est un mixte de liberté et de contraintes – mixte produit et pensé par chaque époque. Et c'est la conception de la faute qui permet de déterminer chaque fois le sens de l'homme comme sujet libre. Le héros tragique est un individu « indivisible », capable de soutenir le tout de ses actes, sans partager la faute. L'analyse hégélienne sert ici de fil conducteur pour montrer le rapport de l'homme antique aux institutions que le héros soutient sans se laisser déterminer d'avance par elles, au contraire du citoyen moderne. L'imputation est alors strictement objective, sans considération subjective, et en ce sens tragique. Mais la moralité selon Hegel augmente en fonction de l'intérêt que l'on prend aux circonstances et aux mobiles personnels pour juger des actions. Et c'est ce qui permet aussi de comprendre l'évolution des sociétés antiques vers une sensibilité affinée par la conscience de soi. Au fond, l'auteur reconnaît, comme Hegel, dans le stoïcisme la vérité de l'histoire ancienne : la connaissance lucide de soi, mais aussi de « ce qui ne dépend pas de nous », et le respect de cette différence font à ses yeux la grandeur de l'Antiquité et le modèle permanent de sagesse qu'elle nous offre aujourd'hui. L'auteur évoque à plusieurs reprises les *Lettres morales* de Sénèque pour apprendre le sens de l'introspection à l'homme contemporain. Le passage au christianisme n'aura plus qu'à infléchir l'ensemble des réflexions morales dans le cadre d'un rapport de volontés, finie et infinie. Reprenant alors certaines remarques de M. Foucault, l'auteur reproche à la tradition chrétienne de l'introspection une tendance à s'écarter du monde extérieur et des actions concrètes pour ne plus considérer que les mouvements intérieurs de l'esprit. On pourrait ici rappeler les analyses de J.-M. Trigeaud¹ pour contester cette interprétation hégélienne du christianisme en termes de volonté. Mais le résultat de cette première partie est de montrer certains arrière-plans des discussions contemporaines. En effet, la doctrine chrétienne de la responsabilité a fixé d'importantes barrières au domaine de l'imputation et donc de la faute, en montrant que les intentions intimes sont seules décisives dans l'évaluation des actions, non le résultat, et qu'ainsi le jugement des hommes est toujours relatif à un jugement qui les dépasse. Tel est le pouvoir spirituel du prêtre, qui seul « lie et délie », en dehors de toute imputation de caractère juridique.

Mais le Moyen Âge allemand voit subsister et s'opposer les deux systèmes antithétiques du droit canon d'une part, et du droit des anciens germains, d'autre part, entièrement orienté vers une pénalisation des effets de l'acte commis, en vertu de quoi l'on pouvait condamner des animaux ou des objets inanimés. La réception du droit romain a eu pour effet d'abord de réduire le contraste entre droit salique et droit canon, en introduisant des médiations inspirées par les conceptions individualistes des romains, et ensuite de permettre une véritable séparation du droit et de la morale, en écartant l'examen des seuls motifs internes, séparément de l'action commise.

Les différents codes civils du XIX^e siècle vont tous porter la marque d'une conception de la faute élevée au rang d'un principe juridique : « c'est la faute, non le dommage, qui oblige à réparation ». La faute est définie comme mésusage de la liberté individuelle. Mais quelle est la valeur de ce principe juridique ? Il doit fournir un cadre de généralité suffisant pour pouvoir ordonner un grand nombre de phénomènes selon des critères stables et susceptibles de précisions ultérieures ; il doit aussi et surtout offrir un fondement de justification. Les actions qui ne peuvent pas être dirigées par les acteurs

¹ *Éléments d'une philosophie politique*, éd. Bière, p. 79-125.

humains échappent au droit. Ici l'on voit le rapport entre la notion de faute et les convictions d'une époque apparaître clairement, dans la force avec laquelle un principe organise les représentations et se rapporte aux autres principes. Développant d'abord la valeur et le sens de la faute dans le modèle classique du droit, l'auteur montre ensuite toutes les difficultés pour saisir un sens unitaire du concept, en parcourant les thèses et les controverses exprimées au cours du XIX^e siècle.

Le droit classique refoule tous les aspects matériels de la juridiction, pour défendre le caractère universel de la loi et réduire le rôle des juges, en se tenant à une stricte division des pouvoirs. Tel est le formalisme du droit classique. Ainsi pour Savigny, le « droit premier », ou le Soi originaire, qui définit la liberté individuelle, reste à l'extérieur des « droits subjectifs » dont il diffère par nature. Les droits subjectifs apparaissent comme des constructions artificielles ou des « prothèses » de la libre volonté dont ils ne partagent en aucune façon le caractère inaliénable ou absolu. Ainsi dans le droit matrimonial, troisième sphère du droit privé, outre celle du droit de propriété et du droit d'obligation, des parties essentielles de ce domaine doivent rester hors de portée de toute juridiction, au nom du caractère absolu de la personne qui ne doit jamais être contrainte. Savigny ne voit pas dans la famille une situation identique aux autres relations de droit, car la relation familiale lui apparaît à la frontière de la morale et du droit, tout près du soi originaire, puisque la famille constitue pour lui une « totalité personnelle », dans laquelle chacun est dans une relation intime avec l'autre, et pas seulement extérieure.

La pensée de Savigny est manifestement au centre de l'ouvrage, tout comme la réflexion d'ensemble, sur les rapports entre la faute et le sens de la subjectivité, trouve son exemple le plus patent dans l'analyse des problèmes actuels posés par le droit matrimonial et le droit du divorce. En effet, c'est ici que l'on voit le mieux apparaître les clivages entre la pratique du droit, ses principes ouvertement reconnus et les significations courantes de la faute et de la responsabilité dans une culture et une époque données.

Comme l'avait déjà remarqué Max Weber, il y a incompatibilité entre le caractère formel de la loi et l'idée de faute, qui comporte l'investigation de facteurs matériels comme l'intention ou la volonté effective. Mais l'auteur recourt également à la pensée de Kierkegaard pour situer l'homme moderne dans son isolement et son « désespoir » : privé des relations substantielles que l'homme entretenait encore avec la nature, ses ancêtres ou simplement son passé, l'homme moderne a tendance à ressentir plus douloureusement une imputation de faute qu'à toute autre époque. La faute moderne n'a plus l'ambiguïté esthétique des tragiques grecs ni ce mélange d'innocence et de culpabilité que comportait encore la doctrine du péché originel ; elle a conservé du judaïsme l'idée de reproche éthique personnel, mais en se privant des relations à la communauté religieuse et à son histoire du salut. L'individu moderne est seul à supporter une faute transparente, impitoyable. Toutes les disputes théoriques et juridiques du XIX^e siècle autour de ce qui doit être considéré comme voulu ou involontaire, évitable ou inévitable et imprévisible s'expliquent à partir de cette passion de la disculpation.

Cependant la faute avait aussi pour fonction de dresser une barrière à l'intervention juridique. C'est là son caractère formel. Si l'on ne peut établir qu'il y a eu faute, il n'est pas possible non plus de fixer des dédommagements. La justice impliquée dans la notion de faute est une justice commutative, de l'échange et de la compensation. Au contraire, plus la notion de faute aura tendance à disparaître, plus la justice requise devra être dis-

tributive, à trois termes et selon trois instances, et non plus seulement comme un processus horizontal à régler entre les parties adverses. Car la justice commutative ne peut évaluer que des comportements maîtrisables par l'individu. Est-ce à dire qu'il faudra faire intervenir une « justice sociale », au-dessus et au-delà de ce qui peut être raisonnablement imputé aux individus ? Tel est le dilemme qui va se poser à l'époque contemporaine. L'analyse des conflits théoriques de l'époque précédente, dans le domaine voisin du droit pénal, va révéler qu'en dépit de l'excellent niveau des formations conceptuelles obtenues alors, on n'a jamais pu développer entièrement et dans toutes ses parties une doctrine radicalement individualiste et capable en même temps de donner à l'inculpation éthique une valeur de principe absolu englobant toutes les formes de l'imputation. Ce qui le montre, c'est bien sûr le traitement juridique réservé aux cas de « négligence », toujours plus fréquents dans la société industrielle moderne. Les concepts d'« attention » ou de « prévoyance » perdent leurs contours, quand il s'agit de qualifier les accidents toujours plus nombreux qui résultent de l'emploi de moyens techniques dont nul ne mesure exactement les dangers objectifs. L'auteur peut à bon droit parler du « fantôme du hasard » qui ne cesse de hanter les sociétés industrielles par ailleurs obsédées de sécurité et de prévoyance.

La dispute, au début de ce siècle, entre les tenants d'une doctrine de la faute objective et ceux d'une théorie de la faute subjective, fait apparaître le désarroi des uns comme des autres face au problème grandissant des accidents dans la société industrielle moderne. On dira des premiers qu'ils pénalisent l'exercice même d'une fonction sociale, puisque celle-ci entraîne toujours davantage de risques, et des seconds qu'ils ne peuvent expliquer pourquoi certains éléments de garantie ou de caution prennent de plus en plus la forme d'une inculpation en termes de faute. S'il est impossible de dégager une signification unitaire du concept de faute, il est donc tout aussi impraticable de penser une diversité radicale de significations ou d'emplois. L'exemple du droit matrimonial, jusque dans les récents avatars de sa réforme en 1976 en Allemagne fédérale, apporte la clef de la démonstration.

Jusqu'en 1977, date de l'application de la réforme, le droit du divorce supposait et exigeait qu'une faute grave, un manquement au mariage ou à l'honneur, avait été commise. La réforme entend supprimer toute référence à une faute subjective, afin de donner une plus grande discrétion aux procédures de divorce, ainsi ramenées pour l'essentiel à une stricte répartition des intérêts économiques des parties en conflit. Il s'agissait de remplacer l'évaluation du comportement subjectif des acteurs par une considération objective des charges à assumer. Mais le règlement et l'attribution des pensions alimentaires, désormais privés du garde-fou que constituait la notion de faute, révèle comme un circuit souterrain de l'inculpation, devenue entretemps tout à fait impénétrable au sens commun.

Le « droit premier » de la subjectivité définie par Savigny laisse place à la « tyrannie de l'opinion et du sentiment » dénoncée par J. S. Mill ou A. de Tocqueville, une tyrannie sociale pire que toutes les formes d'oppression politique. Le domaine juridique ne cesse de se voir attribuer la demande pressante d'assurer des fonctions de régulation et de direction de la société. Tel est l'enjeu très clair des bouleversements en cours : le droit peut-il encore protéger une individualité qui ne cesse de se dérober à elle-même, dans l'expérience toujours reprise de son impuissance ? Le concept de risque semble absorber certaines valeurs de la notion de faute, comme principalement l'idée d'une maî-

trise du malheur et d'une garantie pour tous les cas. En réalité, son application dans la pratique du droit révèle l'ampleur inouïe de processus d'aliénation en cours dans les sociétés modernes, que le droit entérine et renforce. L'auteur relie ces changements de la société et de la culture à une modification de la perception même du temps, qui passe de l'ancienne ligne irréversible et orientée vers un avenir que l'on peut en partie préparer et prévoir, à une figure cyclique et répétitive, où la loi des grands nombres efface le sens du singulier et de l'événement. La référence au livre d'Octavio Paz, *Conjunctions and disjunctions* comme aux créations aléatoires de certains courants de la musique contemporaine illustrent cette intuition.

Mais la faute ne va pas disparaître. Toute la dernière partie, qui analyse les diverses applications de ce problème dans le domaine du droit des assurances et du droit matrimonial, l'attestent. La recherche d'un sens de l'expérience humaine s'y révèle encore de façon vivante. Mais l'analyse critique reste franchement pessimiste.

Elisabeth KESSLER

Giovanni COSI, *Il logos del diritto (Le logos du droit)* Turin, Giappichelli, 1993.

L'ouvrage de Giovanni Cosi, qui travaille dans le département de théorie et histoire du droit de l'université de Florence, est une contribution intéressante et riche pour la philosophie du droit et pour le droit.

Parmi les soucis majeurs des juristes et des philosophes se pose la question de savoir s'il existe des lois universelles du droit, mais aussi s'il existe des lois universelles dans le droit. Le *logos* du droit cherche à répondre à ces questions. Il est vraisemblable qu'avoir « un droit fait partie de la nature de l'homme », mais aussi de vivre dans le droit. Partout dans le monde, un homme qui subit une torture, une personne arrêtée de manière arbitraire, le dépossédé frauduleusement, savent toujours avoir subi un tort, peu importe le langage parlé. Il semble exister chez l'homme une vision indéniable et universelle de l'injustice ; une conscience immédiate du droit violé, comme la souffrance innée dans chaque organisme vivant. Il est donc possible de rechercher derrière la variété de l'espace et du temps un « nécessaire » du droit qui apparaît dans l'action humaine, surtout à notre époque où le monde et la société apparaissent comme un volcan en permanente éruption.

Le droit utilisé pour édifier la modernité doit et devra être utilisé à nouveau pour construire le monde du futur. Cosi pénètre dans son ouvrage la merveilleuse histoire du droit, il regarde le droit comme Socrate admirait et enseignait à admirer la vérité, en regardant la révélation spontanée de la vérité d'un jeune esclave sans culture. Cosi, comme Schopenhauer, recherche dans l'évidence des choses, dans les plus simples et communes vérités la merveille du droit. L'auteur nous propose une méditation autour du droit comme « merveille » : pourquoi il y a le droit, plutôt que l'absence de droit ?

Carlo Alberto BRUSA

Juan Berchmans VALLET DE GOYTISOLO, *Metodologia de la determinacion del derecho*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1994, 1516 p.

La science juridique d'aujourd'hui met souvent à l'honneur les méthodes et s'interroge sur l'interprétation et sur ce qu'il est devenu habituel d'appeler « épistémologie » du droit. Mais depuis longtemps une tradition d'étude des sources et des modes de raisonnement propre du droit s'est établie en Espagne. Le livre épais qui paraît sous la signature de l'éminent juriste et théoricien madrilène, président de la *Royale Académie de législation et de jurisprudence*, en est une parfaite illustration. Mais il est important de signaler que quelques années plus tôt, Juan Vallet de Goytisoló avait déjà publié dans ce domaine une substantielle *Méthodologie des lois* (Madrid, Ed. Revista de Derecho privado, 1991) et bien antérieurement un gros ouvrage intitulé : *Études sur les sources du droit et la méthode juridique* (Madrid, Montecorvo, 1982). La présente œuvre invite à réfléchir sur la *Méthodologie de la détermination du droit*. Et force est de constater que cette identification du droit ne relève pas de la seule fonction judiciaire. Au contraire, une pluralité de chemins peuvent être empruntés pour aboutir à cette fin ; plus précisément elle se présente comme la recherche d'une interprétation adéquate ou comme l'adaptation d'une convention ou d'une médiation justes entre positions particulières. Cette conception trouve son prolongement dans l'application du droit et rejoint celle de Jose Castan Tobenas qui, à travers l'analyse des différentes méthodes d'« individualisation du droit », réfute l'idée selon laquelle l'application du droit serait l'œuvre exclusive du juge ; car une telle supposition conduirait à ignorer l'identité propre que présente, en tout cas, l'élaboration du droit quel que soit l'organe qui la réalise. Bien que séduisante dans son principe, cette pensée est à relativiser dans sa portée car l'application du droit ne doit pas se confondre avec sa création. Mais ne dit-on pas souvent que l'interprétation est créatrice ?

Au milieu de tant d'autres conceptions et d'écoles à portée philosophique passées systématiquement en revue, avec des citations longues et informatives, le chercheur a l'opportunité de mener d'instructives enquêtes, compensant la dispersion de multiples lectures. Il retrouvera notamment des exposés complets de courants de pensée du monde hispanique dont il ne connaît pas toujours les promoteurs et les idées directrices.

Certes, il peut être reproché à ce livre de n'avoir retenu que quelques mouvements et non la totalité de ceux que l'on peut estimer décisifs en général, et en France en particulier. Mais son propos largement documenté et érudit ne visait pas de toutes manières à l'exhaustivité. Et sa qualité principale est surtout de démontrer au juriste de droit privé (quand il se souvient que Vallet de Goytisoló a composé plusieurs manuels et traités de droit privé) l'importance d'une culture de philosophie et de théorie du droit avant d'entreprendre la technique de la définition de la qualification ou de l'interprétation du droit lui-même.

Hommage doit être rendu enfin à l'auteur pour cet ouvrage qui a le grand mérite de contenir des développements très utiles sur l'héritage romaniste, les scolastiques médiévaux et les grands commentateurs et penseurs allemands depuis le siècle dernier ou les auteurs actuels (Rawls, Dworkin). L'on y relèvera aussi des vues approfondies sur la continuité qui existerait entre la pensée classique, aristotélicienne et thomiste, et quelques aspects des Lumières françaises. L'on indiquera à ce propos les inspirations

dues à Montesquieu, en rappelant que Goytisoló a été honoré d'un prix de l'Académie Montesquieu de Bordeaux pour ses essais sur l'auteur de l'*Esprit des lois*.

Denis POHÉ-TOKPA

C. — *Théorie et sociologie juridique*

Philippe GÉRARD, *Droit et démocratie, Réflexions sur la légitimité du droit dans la société démocratique*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, coll. « Droit », 1995, 326 p.

La question de la légitimité du droit dans les sociétés démocratiques est un des thèmes privilégiés de la philosophie politique. Aussi bien pouvait-on douter qu'il y ait encore quelque place, en ce domaine, pour une réflexion originale et éclairante. Le livre de Philippe Gérard livre cependant, sur ce sujet tant rebattu, de nouvelles pistes de réflexion. Loin de constituer une simple synthèse de travaux érudits, cet ouvrage propose une nouvelle lecture des rapports entre l'individuel et le collectif, entre le principe majoritaire et le caractère obligatoire de la règle de droit, entre la morale et la légitimité du droit.

L'ambition de l'auteur est de justifier la légitimité des règles de droit d'un point de vue éthique et politique. Son interrogation est la suivante : comment expliquer que les règles de droit puissent, en toute légitimité, imposer des obligations et conférer des droits à leurs destinataires ; plus précisément, leur prétention à régir la vie collective peut-elle s'accommoder d'un fondement moral qui justifierait, sur ce terrain, leur autorité ? Pour répondre à cette interrogation, il convient, estime l'auteur, de lier la question de la légitimité du droit à celle de la légitimité des autorités édictant la règle, c'est-à-dire celles qui ont le pouvoir de dire et faire le droit. Mais Ph. Gérard ne s'en tient pas à cette conception formaliste et positiviste.

L'auteur part en effet du constat que la règle de droit est opposable à tous ses destinataires, de sorte que chacun doit la respecter et peut en revendiquer l'application à son profit : la règle de droit a vocation à l'universalité. Par suite, le caractère universalisable des normes juridiques autorise un rapprochement avec d'autres normes pratiques, notamment les normes morales. L'approche kantienne prenant précisément appui sur une règle d'universalisation, Philippe Gérard en tire alors argument pour « présumer qu'une réflexion sur les conditions de légitimité des normes juridiques, en tant que normes universalisables, pourrait tirer profit des analyses dont le caractère universalisable des normes pratiques a fait l'objet dans le domaine de la philosophie morale » (p. 9).

La première partie de l'ouvrage consiste ainsi à mettre à l'épreuve cette première hypothèse. L'auteur y envisage trois théories éthiques contemporaines, celle du jugement moral développée par Richard Hare, la théorie des droits génériques de A. Gewirth et la théorie de l'éthique de la discussion à laquelle sont associés les noms de K.-O. Apel et J. Habermas.

Aucune de ces trois théories ne satisfait Ph. Gérard. La première, celle de Hare selon qui la validité des normes morales doit être appréciée en fonction des conséquences de leur application, ne permet pas d'évincer les risques de conflits de préférence entre agents. Hare envisage l'universalisation comme le processus que chaque individu met en œuvre au terme d'une généralisation de son intérêt personnel. En cas de conflits entre les intérêts de chacun, Hare propose de tenir compte de l'intensité respective des préférences, de manière à donner la priorité aux désirs de « force supérieure » (p. 32). Or, Ph. Gérard montre qu'une telle appréhension, uniquement formelle en ce qu'elle fait l'impasse sur la hiérarchie matérielle des préférences de chacun, ne permet pas de répondre à la question de la légitimité des intérêts en conflit.

Gewirth, quant à lui, tente de dégager un principe suprême de morale à partir du concept d'action. Le présupposé de son analyse est le suivant : l'individu revendique des droits génériques à la liberté et au bien-être pour la raison qu'il est un être agissant (v. p. 43), de sorte qu'il doit admettre, sous peine de n'être pas cohérent, que tous les individus disposent des mêmes droits. Dès lors, le principe d'universalisation impose de considérer que tous les êtres agissants ont droit à la liberté et au bien-être, chaque individu respectant de ce point de vue les droits des autres sous peine de nier les siens. Or, comme le montre Ph. Gérard, l'analyse de Gewirth ne permet pas de justifier, en éthique, les droits que les individus peuvent revendiquer pour sauvegarder leurs intérêts : que chacun vise à la satisfaction de ses intérêts personnels ne permet pas de dégager un fondement moral qui puisse justifier la validité des droits, indépendamment d'une référence aux besoins subjectifs de l'agent.

La théorie de l'éthique de la discussion, on le sait, fait droit à l'argumentation collective. Menée conformément aux principes formels de l'éthique de la discussion, cette argumentation vise à permettre l'adhésion de toutes les personnes dont les intérêts sont en cause par l'application des normes. La légitimité d'une norme est alors acquise si toutes ces personnes peuvent accepter rationnellement les conséquences de son application. Or selon Ph. Gérard, si cette théorie donne à la morale un fondement incontestable, elle laisse en suspens le problème éthique préalable de l'engagement dans la discussion.

Au total, ces diverses analyses ne permettent donc pas, estime l'auteur, de lever les incertitudes relatives à la légitimité des préférences individuelles comme celle des droits fondamentaux ; de même, elles ne justifient pas les normes morales qui imposeraient aux individus de régler leurs conflits par la voie d'une discussion rationnelle. La première partie se clôt donc sur un constat d'échec des diverses thèses relatives à l'universalisation des normes morales.

Déplorant que les théories éthiques à l'universalisation des normes morales ne livrent pas les arguments permettant de justifier l'opposabilité des normes juridiques, l'auteur entreprend, dans la seconde partie de son ouvrage, de dégager le fondement de la légitimité du droit dans les démocraties. Il faut admettre, explique en préliminaire Ph. Gérard, que la démocratie ourdit nécessairement une incertitude sur la légitimité des règles pratiques, rompant sur ce point avec la transcendance qu'impliquent les régimes non démocratiques. La disparition des fondements naturels ou surnaturels de l'ordre social qu'entraîne l'avènement des régimes démocratiques, soumet ainsi la légitimité du

pouvoir et du droit à l'épreuve d'une « indétermination radicale ». À ce titre, Ph. Gérard va rejoindre les analyses de Rawls exposées dans sa théorie de la justice.

Selon Rawls, une conception de la justice ne saurait être acceptée qu'à la condition de ne pas être dérivée d'une quelconque doctrine morale, concernant le sens et les finalités de l'existence humaine (p. 105 et s.). Ce sont « certaines idées intuitives fondamentales, considérées comme implicites dans la culture politique publique d'une démocratie » qui peuvent permettre d'élaborer une telle conception de la justice. Dès lors, pour Philippe Gérard, « les conditions de possibilité d'une justification de la légitimité du droit doivent être recherchées dans un noyau d'intuitions ou de convictions qui se situent à l'intersection de l'éthique et de la politique et qui s'expriment dans les principes fondamentaux dont dépend l'existence de la démocratie » (p. 106).

L'incertitude inhérente aux régimes démocratiques ne saurait cependant s'y dissoudre, elle ne se dissipe pas dans leur développement, mais, au contraire, y trouve son fondement et les raisons de son accroissement. Le conflit est consubstantiel à la démocratie, de sorte que la société démocratique ne peut s'instituer que comme le lieu d'expression et d'arbitrage des conflits. Il faut alors dégager les fondements de l'idéal démocratique : selon Ph. Gérard, ce sont les principes d'égalité et d'autonomie qui définissent le concept de démocratie. Ils expriment des convictions éthiques et déterminent la légitimité des institutions et des normes collectives : « les normes sociales, et en particulier les normes juridiques, ne s'appliquent légitimement à leurs destinataires que si, en principe, tous les membres de la société démocratique peuvent prendre part, sur pied d'égalité, au processus de décision collective » (p. 2185).

Pour autant, et c'est là l'idée essentielle de l'ouvrage, l'autonomie collective ne saurait être conçue dans la perspective d'une idée régulatrice qui permettrait la réalisation d'un consensus sur des prétentions de légitimité. La démocratie ne vise pas au consensus rationnel de ses membres. Dès lors, les théories consensuelles de la légitimité dénaturent la démocratie en ignorant l'incertitude qui la fonde et la justifie.

Cette idée novatrice conduit l'auteur à proposer un modèle de décision collective pour l'adoption des normes juridiques. Son étude le porte à faire une analyse critique du principe de majorité, à l'aune d'une conception anti-consensuelle de la légitimité des normes dans un processus de décision démocratique. Il fait droit, sur cette voie, au principe d'équité : si la procédure suivie pour l'élaboration des normes est équitable, ses résultats s'imposeront à tous. Mais, il n'en sera ainsi que si ce processus de décision a lieu dans une société qui confère à ses membres des capacités égales d'autonomie et de participation.

De ce point de vue, l'approche théorique proposée entraîne à faire l'analyse des ambiguïtés qui caractérisent les sociétés libérales contemporaines. Et derrière cette réflexion, on aura compris que c'est la question même de la légitimité du droit dans la société actuelle qui se trouve, concrètement cette fois, posée. On pourra sans doute ne pas suivre ici Ph. Gérard dans ses conclusions : ce n'est d'ailleurs pas le moindre mérite de cet ouvrage que d'offrir au lecteur une nouvelle manière d'appréhender la légitimité du droit en lui donnant d'emblée les clés pour s'en faire juge et interprète.

Nicolas MOLFESSIS

Renato TREVES, *Sociologie du droit*, trad. de l'italien par William Baranès et Olivier Simsek, préf. Jean Carbonnier, PUF « Droit, éthique, société », 1995, 281 p.

Comme l'art de faire des lois ne s'enseigne point..., l'art d'enseigner ne connaît nulle loi. L'ouvrage que l'on entend ici saluer en est l'illustration. De prime abord, il ne s'agit que d'un manuel bien structuré, d'une introduction raisonnée à la sociologie du droit. Le lecteur y trouvera tout l'outillage historique, théorique et méthodologique nécessaire à l'apprenti sociologue du droit. Un plan en deux parties sagement distinctes, une description objective des principaux courants de pensée en la matière depuis Aristote jusqu'à nos jours, composent un ouvrage facile d'accès et agréable à lire. Voici ce que les ordinateurs des bibliothèques se contenteront d'enregistrer, voici comment l'on pourrait saccager le beau livre de Renato Treves.

Car la *Sociologie du droit* que nous livre le penseur italien est bien autre chose que cela. C'est une présentation d'une extrême finesse, non pas d'une, mais d'une infinité de sociologies du droit qui paraissent se conjuguer pour parfaire le tableau d'une discipline en perpétuel questionnement sur elle-même. Significativement, la partie consacrée par Treves aux origines de la sociologie du droit réserve quatre chapitres sur cinq à la préhistoire de la discipline. La « fondation » de la sociologie du droit ne se dévoile qu'à l'issue de la route sur lequel se seront pressés précurseurs de tous ordres, qu'ils soient philosophes, sociologue ou juristes. Et si Weber, Gurvitch et Geiger se retrouvent finalement promus Grands Fondateurs, le foisonnement des idées et des doctrines qui les auront précédés semble presque conférer à cette hypothétique fondation le caractère d'un accident de l'histoire. En lisant Treves, on se dit que le long retour vers les origines rend quasiment indifférent le moment où la sociologie du droit devient consciente d'elle-même. L'est-elle d'ailleurs vraiment ? On peut en douter lorsque Treves reconnaît volontiers que le sociologue du droit ne peut échapper, quelque microscopique que puisse être son objet d'étude, à l'urgence de la philosophie.

Ce n'est donc pas un hasard si le juriste théoricien du non-droit préface l'ouvrage d'un sociologue attiré vers la non-sociologie. Tous deux sont coupables d'hérésie, et Jean Carbonnier ne manque pas de le relever. De Treves restera donc la figure d'un hérétique serein, intellectuellement engagé, marqué par le fascisme et l'exil. Qu'importent les territoires disciplinaires définis par les souverainetés académiques : c'est comme homme autant que comme sociologue qu'il accuse de conservatisme et d'anti-libéralisme les conceptions systémiques de la société héritées du structuro-fonctionnalisme de Talcott Parsons et surtout de Luhmann, et qu'il se dit partisan d'un « socialisme libéral » fidèle à l'authentique tradition de la sociologie du droit. C'est dans le même élan qu'il peut consacrer des développements substantiels à Rawls-le-philosophe, apprécié pour ses thèses « inspirées par un libéralisme sensible et ouvert aux exigences de la démocratie sociale » (p. 263). Il faut donc sortir de la sociologie du droit pour y être de plain-pied. Aucun sociologue du droit ne peut se dérober, selon Treves, à la recherche des fins du droit. Qu'il faille investir pour cela le champ de la philosophie politique et juridique effraie, il est vrai. Mais la sagesse inspire la terreur autant que le respect.

Daniel GUTMANN

Aulis AARNIO, Stanley L. PAULSON, Ota WEINBERGER, Georg Henrik von WRIGHT, Dieter WYDUCKEL (éds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit : Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993.

L'ouvrage collectif est une *Festschrift* en l'honneur de l'une des figures internationales de la philosophie et de la sociologie du droit, W. Krawietz. Professeur à l'université de Münster et directeur de l'institut de sociologie juridique de la même université, Krawietz est surtout connu par une productivité et une activité particulièrement intenses dans sa spécialité (il est l'un des fondateurs de la revue *Rechtstheorie*, membre d'un grand nombre de commissions scientifiques et a dirigé plus de trente-cinq publications collectives). Le collectif est lui-même édité par les grands noms de la théorie juridique et en compte d'autres parmi ses contributeurs – l'ouvrage, paru chez Duncker & Humblot, est matériellement de facture assez somptueuse. Il s'inscrit dans l'unité thématique d'un couple conceptuel, celui de la norme et de la réalité juridiques, et se subdivise en huit parties : 1. Théorie et logique normatives ; 2. Théorie normative dans les systèmes juridique et scientifique ; 3. Normes juridiques et normes sociales ; 4. Normativité, positivité et facticité du droit ; 5. Droit, morale et justice du point de vue de la théorie normative ; 6. Norme juridique, pouvoir et légitimité ; 7. Norme juridique et réalisation du droit ; 8. Théorie normative et théorie juridique dans la perspective du droit comparé.

L'ouvrage est en quelque sorte un miroir de l'ensemble de la recherche en philosophie et théorie du droit. Les logiciens ouvrent le volume par des contributions qui, bien que relativement accessibles même au non spécialiste, restent un dialogue entre initiés. Les renvois d'un article à l'autre sont mutuels. Cependant l'impression générale est que la formalisation logique de la normativité n'arrive pas à dépasser le stade des commentements et des clarifications de départ. Elle reste tributaire de la logique déclarative par rapport à laquelle elle apparaît dans son développement théorique comme « secondaire » (cf. la contribution de von Wright) – le centre du problème étant constitué par l'impossibilité d'attribuer aux normes elles-mêmes les valeurs de vérité ou de fausseté.

Dans une subdivision historisante de l'ouvrage nous retrouvons le « bloc » kelsenien avec plusieurs études, dont deux exégèses intéressantes (sur la formation de la doctrine kelsenienne – R. Walter – et sa multidimensionnalité – S. Paulson –). L'actualité du kelsenianisme est soulignée par une série d'approches comparatives. Sont également présentées un nombre de théories juridiques influentes au niveau national (Italie, Japon). Nous percevons en outre quelques échos des débats entre les approches marxistes et systémistes du droit (H. Clenner) lesquelles ont un moment dominé (avec Luhmann et Habermas) la scène sociologique allemande. On appréciera une revisitation des théories juridiques néo-kantiennes, réalistes et positivistes.

La réflexion sur l'ancrage social du droit ouvre le champ du débat sur les oppositions sociales autour de la distribution et de la coordination du pouvoir et de la richesse, sur les droits sociaux, le pluralisme moral et la possibilité du droit, sur les rapports entre le droit, la société et l'État. On notera ici que le systémisme fait partie intégrante du paysage théorique et est représenté dans l'ouvrage par des contributions assez fines (De Giorgi).

Deux cercles thématiques illustrent la ténacité de certains problèmes de théorie juridique : droit, morale et justice ; droit et force. La différenciation très avancée du système juridique le rend de plus en plus imperméable à des problématiques qui ne lui étaient pas étrangères il y a quelque temps. La tentative s'impose ainsi de redéfinir les liens entre la morale et la justice d'une part et le droit de l'autre à la lumière des nouvelles théories des premières. La « déconstruction » n'épargnant pas le droit, la force du droit et son monopole de l'« enforcement » doivent être relégitimés (L. Siep).

Le volume, qui est clos par une série d'études de droit comparé, est de par la largeur de sa perspective, la qualité d'un grand nombre de contributions, la variété des courants de pensée qui sont représentés, un excellent témoin des développements actuels de la théorie, philosophie et sociologie juridiques. Il est à recommander tant aux spécialistes qui veulent se tenir au courant de ces développements qu'à ceux qu'un intérêt plus général pousse à la réflexion sur le droit.

Jean CLAM

Jacques COMMAILLE, *L'esprit sociologique des lois, Essai de sociologie politique du droit*, PUF « Droit, éthique et société », 1994, 275 p.

De l'épigraphe à la dernière phrase, c'est sous le patronage de Montesquieu que le présent ouvrage a voulu se placer. Voici donc un livre sur l'esprit des lois... revu par le sociologue contemporain. Livre héritier, si Montesquieu est bien l'un des pères fondateurs de la sociologie. Livre carrefour, car le véritable héritier ne peut oublier que son Auteur était philosophe autant que sociologue. De fait, *L'Esprit sociologique des lois* ne peut qu'ouvrir la voie à la réflexion philosophique. L'ambition poursuivie y est pour beaucoup : « considérer l'évolution des conditions de production des "lois de la famille" comme terrain d'application privilégié pour une réflexion sur l'économie des relations "privé"-public" et, au-delà, sur les interactions entre régulation juridique et régulation politique au sein de notre société » (p. 5). Le projet de l'ouvrage est en réalité plus vaste encore : l'auteur convie en effet à l'élaboration d'une véritable « sociologie politique du droit », c'est-à-dire à d'une discipline qui aurait pour objet l'étude de l'imbrication des pouvoirs et des logiques à l'œuvre dans la production de la loi, et plus généralement, dans la construction de la légitimité.

On ne s'étonnera pas de constater que Max Weber, cet autre sociologue-philosophe, inspire expressément ce recoupement entre sociologie politique et sociologie de la domination légitime. On s'en étonnera d'autant moins que l'analyse proposée des récentes lois sur la famille consacre implacablement l'importance décisive d'une gestion technocratique et bureaucratique du processus législatif. La rationalité technicienne serait-elle en passe de supplanter la « régulation juridique », fidèle à l'esprit d'un droit ancré dans la raison, les principes et la durée ? L'effacement des grandes « figures législatrices » et des juristes « politiques », le déclin d'un véritable « Ministère de la Loi », vont en ce sens. Jacques Commaille se veut toutefois plus optimiste : moins que d'une véritable « crise » de la construction normative, il vaudrait mieux parler d'une « mutation » des rapports traditionnels entre régulation juridique et régulation politique. Nul fatalisme chez l'auteur, nul simplisme, mais un souci de dépasser

l'opposition entre une régulation de la société « par le haut », dont la faillite semble inéluctable, et une régulation « par le bas » qui, sous couvert de démocratie participative, risque de réduire la loi à de simples effets de mode et à la recherche du consensus mou et superficiel. Assumer sans regret la recomposition de la genèse normative, relier les fonctions juridique et politique, en bref : retrouver une direction à la production législative malgré l'émiettement des acteurs, tels sont les impératifs que juristes et sociologues doivent désormais concilier.

Cette nécessité ne saurait sans doute être contestée, et l'on saura gré à Jacques Commaille de l'avoir soulignée. Mais on saura surtout gré à l'auteur d'avoir éclairé les enjeux pratiques du désinvestissement symbolique dont est victime le processus législatif. Car la dimension symbolique n'est pas seulement une question de *contenu* normatif : elle est aussi une question de forme et de mise en forme, voire de mise en scène. Malgré son développement dans le droit de la famille, l'individualisme n'est pas, loin de là, la seule cause de la disparition des repères collectifs. La dissolution du collectif et des références communes est autant une question institutionnelle et procédurale qu'une question de fond. À l'heure où la philosophie du droit fait si grand cas du lien entre justice et procédure législative, il est bon que soit rappelée cette réalité sociologique essentielle : la délibération ne suffit pas, à elle seule, à assurer la vertu de la loi. Encore faut-il qu'un art législatif, qu'un arrière-fond de transcendance et d'unité, oriente la production des discours. Restauré dans son éminence, au-delà de sa technique, le juridique resterait un horizon de régulation exemplaire pour le politique.

Daniel GUTMANN

Merkur, n° 546-547, 1994 « Deutschland in der Welt ».

Le numéro de la revue *Merkur* consacré à « L'Allemagne dans le monde » offre un panorama des débats contemporains animant ce pays après la chute du Mur et la réunification. La « normalisation » de l'acteur allemand a entraîné une réflexion sur la redéfinition de concepts essentiels à l'existence de tout État-nation, tels que la nation, l'intérêt national, ou la sécurité collective... Très significatif de cette réflexion, l'article de Ralf Dahrendorf analyse le sens du concept d'État-nation à l'heure de l'échec des idéologies, de la construction européenne et du réveil des régionalismes, et prend parti pour un État-nation hétérogène, où les libertés publiques sont concrètement défendues par l'État de droit. Un article de F. Dieckmann donne ensuite un point de vue est-allemand sur la réunification, et la difficulté de penser la nation et l'identité nationale qui en découle. Une série d'articles concerne ensuite la question de la politique étrangère de la nouvelle Allemagne et la façon de penser l'intérêt national et la sécurité collective d'une nation recomposée. À remarquer également, parmi les articles qui suivent, un article de Heinz Bude sur Klaus Kinkel et un article de Robert Picht sur la signification du concept d'Europe, où l'auteur confronte la représentation ouest-allemande de l'Europe, la représentation est-allemande et la représentation que se font les autres Européens, à travers notamment leur refus d'une « Europe allemande ». Un numéro important pour comprendre les incertitudes et les errements qui habitent un acteur majeur mais finalement assez méconnu de la scène internationale.

Nathalie BLANC-NOËL

Juha Pekka RENTTO, *Match or Mismatch? A Study on Ontological Realism and Law*, Helsinki, 1992, 277 p.

En opposant diverses interprétations contraires, l'auteur de cet ouvrage développe une théorie du droit établie sur une base ontologique aristotélicienne et thomiste. Il aborde avec beaucoup de clarté les questions de la réalité, de la matière, de la nature et de la justice. Ce sont des notions clés dans la philosophie du droit que l'auteur s'efforce d'éclairer.

Dans son cinquième chapitre, il traite avec talent les problèmes de la morale et de la vertu ou des « justes vertus », dans leur rapport avec le droit positif, la liberté et le droit subjectif. Le lecteur peut prendre conscience de l'aspect moral, propre à une théorie du droit lorsque cet aspect vise, en particulier, le bien commun de la société en référence à saint Thomas.

L'ontologie aristotélicienne se présente, donc, ici comme fondement qui justifie le droit et la législation. Les concepts de droits subjectifs, d'obligation, d'obéissance et de justice peuvent acquérir alors une signification radicalement différente de celle qui est habituellement connue dans le discours juridico-politique dominant. S'agissant notamment de la justice, le philosophe du droit finlandais reprend le Stagirite en analysant la justice comme vertu morale (*a moral virtue*, p. 255). Il écrit « a good habit by which one is inclined to act in right proportion to one's fellow. To do this is to do the right thing, which is the external measure for the justice of an act ». Puis il prolonge sa réflexion pour conclure qu'« au-delà du droit, il y a la vertu ; au-delà de la vertu, il y a la charité ; et au-delà de la charité, il existe ce que l'on ne connaît pas ». Les créatures soumises au droit que nous sommes ne sauraient oublier, en effet, cette vérité au cœur de leur conscience : « creatures under law as we are, we must not forget that there is life, after all, even after law » (p. 27). C'est probablement cette affirmation qui permet de rectifier des concepts essentiels dans la théorie actuelle du droit.

Wadgi SABETE-GHOBRIAL

Noaki KANAYAMA (dir.), *Himeji International Forum of Law and Politics*, n° 1, 1993, Faculty of Law, Himeji Dokkyo University, 205 p.

La première publication du Forum International Himeji consacré à la loi et à la politique contient une série d'articles particulièrement intéressants et stimulants sur la période révolutionnaire et le code civil.

Les premiers sont de la plume du professeur Xavier Martin qui fait une synthèse de travaux déjà publiés depuis 1982 dans la *R. H. D. F. E., Droits, la Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*. Il s'agit de trois articles « Liberté, Égalité, Fraternité : inventaire sommaire de l'idéal révolutionnaire français », « Mythologie du code Napoléon », « Madame de Staël, Napoléon et les Idéologues : pour un réajustement des perspectives ».

Alors que la critique et l'idéologie dominante (sans examiner autrement les textes et l'histoire), depuis le XIX^e siècle, et de plus en plus nettement et aveuglément aujourd'hui, font de la Révolution française le modèle quasi-idéal de la liberté, voire d'une spiritualité issues de la théorie et même de la pratique révolutionnaire et qui sont

encore au centre des conceptions du droit civil et politique, Xavier Martin montre avec une grande pertinence, en s'appuyant sur des exemples incontestables et nombreux qu'il s'agit d'une erreur totale. L'idéal révolutionnaire repose sur une base matérialiste, sensualiste et profondément égoïste. L'individualisme des Lumières réduit l'homme à une mécanique. Le nominalisme dont il est issu aboutit à nier toute réalité ontologique du genre humain, rend floue toute véritable distinction entre l'homme et l'animal.

La Révolution contient en germe les attitudes et pensées contemporaines où coexistent une sensiblerie gratuite, un unanimisme larmoyant, une fraternité obligatoire, en même temps qu'un élitisme exacerbé, voire un racisme.

Bien loin d'être le grand courant humaniste toujours souligné, la Révolution française laisse un héritage paradoxal, profondément ambigu, violemment hostile à toute dimension religieuse et morale de l'homme. Il n'est donc pas étonnant pour Xavier Martin que le « tintamarre assourdissant des droits de l'homme » ne serve en définitive qu'à masquer l'anthropologie réductrice des Lumières, amplifiée par Napoléon et ses émules juristes et économistes. De même, le code civil et son héritage dissimulé sont proposés à un examen digne de ce nom aux juristes contemporains qui n'aiment guère reconnaître leur aveuglement face à la mythologie révolutionnaire et napoléonienne.

Gérard D. GUYON

Michèle GUILLAUME-HOFNUNG, *La Médiation*, Paris, PUF « Que sais-je ? » n° 1930, 1995, 128 p.

L'ouvrage de Madame Guillaume-Hofnung, ne semblerait pas, à cause de son thème ou de son caractère forcément synthétique intéresser directement le public des philosophes du droit. Cependant la manière dont l'auteur aborde son sujet et les conclusions qu'elle est amenée à tirer présentent un véritable intérêt théorique, qui font de ce petit livre un élément précieux de réflexion. L'ouvrage a pour but de délimiter le bon usage tant terminologique qu'institutionnel de la médiation, dans un contexte où le flou l'emporte peut-être trop fréquemment. Il est très logiquement séparé en deux parties, la première consacrée à l'« état de l'existant », en commençant par des institutions étrangères ou internationales ; sont ainsi particulièrement intéressants les développements consacrés au monde anglo-saxon, un chapitre étant consacré évidemment à notre pays (p. 44-71). La seconde partie, intitulée modestement « ébauche d'une théorie de la médiation » propose de réfléchir aux fondements de cette institution et à ses évolutions possibles. C'est ici, qu'à défaut de pouvoir être véritablement développée, est synthétisée une réflexion philosophique et sont identifiés, ce qui est très précieux, les sources ou les autorités sur lesquelles elle peut s'appuyer (références à Hegel, Habermas, Arendt). L'auteur termine par une conclusion équilibrée qui est justifiée à partir des analyses intellectuelles solides menées précédemment : « La justice et la médiation *stricto sensu* doivent se démarquer soigneusement l'une de l'autre. Ce dont a besoin la justice ce n'est pas de médiateurs, mais de conciliateurs acceptant un rôle d'auxiliaires de justice. La réflexion sur la médiation conduit à souhaiter un certain éloignement entre la justice et la médiation. Ni concurrence ni subordination, mais complémentarité. La médiation illustre bien le principe de subsidiarité qui préconise de laisser s'exercer une compétence au niveau optimum pour elle. Ce principe qui protège la compétence des

échelons inférieurs profite aussi à y regarder de plus près aux échelons supérieurs. ? La médiation émerge de la société civile, la société civile est le niveau optimum pour son exercice ».

René SÈVE

A. OLSEN A. GHIRARDI (dir.), Raul E. FERNANDEZ, Armando S. ANDRUET, Juan C. GHIRARDI, *La naturaleza del razonamiento judicial, El razonamiento débil*, Córdoba, 1993.

Dans le sillage de la logique aristotélicienne, revisitée par les travaux de Ch. Perelman, A. Olsen A. Ghirardi attire de nouveau notre attention sur le caractère non formel du raisonnement judiciaire, par nature dialectique et donc... faillible (*el razonamiento débil*).

Néanmoins, l'ouvrage se tourne résolument vers un dépassement de cette indélébile imperfection, par le jeu d'une « nouvelle rhétorique », déjà proposée par Ch. Perelman et ici rappelée par A. S. Andruet, comme moyen de renforcer des prémisses, certes toujours discutables, mais qui doivent conduire à une décision judiciaire « acceptable »... À condition qu'entre ces prémisses et cette décision ne viennent pas interférer des erreurs de logique !

La tâche incombant à l'institution judiciaire et à ses membres est de s'attacher méticuleusement à la rigueur de leur raisonnement ; c'est donc aussi aux praticiens que s'adressent ces articles, afin que nos exigences gnoséologiques puissent mieux s'accomplir au sein de la construction prétorienne. À eux, par conséquent, de proscrire les vices d'argumentation, les erreurs de motivation, etc.

A. S. Andruet énumère ainsi une multitude d'écueils à éviter, alors que R. E. Fernandez, par le biais de la description de certaines techniques processuelles de son système judiciaire, montre l'intérêt croissant de celui-ci à l'amointrissement de telles erreurs.

Tandis que J. C. Ghirardi analyse l'introduction jurisprudentielle du principe des rescrits romains dans ce système, la profusion d'illustrations techniques interpellera le praticien, même profane des questions de logique, afin que la justice sorte grandie de la prise de conscience de sa faillibilité.

Marie-Cécile NAGOUAS

José CALVO GONZÁLEZ, *El discurso de los hechos*, Madrid, Editorial Tecnos, 1993, 111 p.

Les mots ne sont pas les choses, nous le savons depuis longtemps. Et pourtant que seraient les mots sans les choses, sinon des *flatus vocis* ? Et que seraient les choses, sans les mots pour les dire, sinon objets de musée, protégés par l'impossibilité d'en recueillir du sens et de le communiquer.

Le fait n'est pas le droit, cela aussi est chose connue. Mais *ex facto jus oritur*. Sans le passage du fait au droit et du droit au fait, le juriste serait plus qu'au chômage, en voie de dépérissement.

Depuis plusieurs années, les philosophes du droit et les philosophes du langage s'intéressent à ces lieux de passage. Et José Calvo González, professeur à l'université de Malaga vient prendre part au débat, dans un petit livre au titre alléchant : *El discurso de los hechos*, le discours des faits.

En deux chapitres très denses, le premier : *Da mihi factum, dabo tibi jus*, et le second : *Ignorantia facti non excusat*, il examine les différentes théories herméneutiques, spécialement celle de Dworkin et de MacCormick, via Umberto Eco, pour en montrer les vertus et les faiblesses.

La présentation est parfois difficile à suivre, mais on félicitera l'auteur pour l'étendue de son information, et pour l'effort de concilier des thèses pleines de subtilités anglo-saxonnes. On y passe allégrement de l'interprétation opérative à la cohérence narrative, des exigences de la rationalité à celles de la vraisemblance. Une bibliographie et des notes très abondantes permettent de juger que l'auteur non seulement « prend les faits au sérieux » comme il le dit pour paraphraser Dworkin, mais encore prend les livres, les textes et leurs auteurs au sérieux.

La partie la plus personnelle et qui nous a paru devoir annoncer des prolongements – le présent travail prolongeant lui-même un précédent, *Comunidad jurídica y experiencia interpretativa*, Barcelone, Ariel, 1992 – est l'appendice appelé *addenda*, sur l'*eloquentia silentii* : on entend facilement l'éloquence des faits, du moins quand cela nous arrange, on entend moins l'éloquence du silence. Et cependant qui, chez les philosophes du droit, ne désirerait ramener le législateur et les juristes dans leur ensemble, à plus de tempérance verbale ?

Ce livre modeste et serré peut aider à la réalisation de ce souhait. Que l'auteur en soit remercié.

François VALLANÇON

Carlos I. MASSINI CORREAS, *El Derecho v los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, 286 p.

Les droits de l'homme « classiques », bien qu'ils ne nous soient pas révélés, imprègnent nos esprits comme des proches, des « déjà là ». Précédant tout fondement, ils aiment s'affranchir souvent de tout obstacle pour s'imposer sans mélange dans nos esprits en impératifs clairs et absolus.

Or peu pénétrantes sont de nos jours les déclarations nouvelles qui semblent venir bousculer le siège de l'ancienne parole. L'inflationnisme des droits de l'homme provoque certes un sentiment de progrès et de conquête au sein de la communauté politique, mais il finit par semer la confusion tant du point de vue d'une justification qu'au niveau d'une tentative de classification. Le mérite de Carlos I. Massini Correás face à cette problématique est double. D'une part, celui de vouloir exposer un état critique de la réflexion philosophique à l'endroit de la notion de droit de l'homme, d'autre part, celui de renouer avec une tradition de type naturaliste enrichie par la critique de ses détracteurs.

De la notion même des « *derechos humanos* » découle la forme binaire de l'ouvrage. Dans une première partie l'auteur argentin se propose de construire son analyse sur la base même du terme de droit. Partant de l'étymologie, il travaille la

notion pour l'envisager sous tous ses angles d'approche, sous ses différentes acceptions singulières ou conjuguées avant de la substantiver par la qualité qui la porte : l'humain.

La seconde partie de l'ouvrage porte sur la définition, le fondement, la qualité et la valeur que la raison peut découvrir entre la plénitude de l'homme et celle du droit.

Réfutant méthodiquement les thèses héritières de la « *Naturalistic Fallacy* », Carlos I. Massini Correas renoue avec le possible d'une connaissance vraie. Seule une gnoséologie ou une ontologie de type « transcendantale » peut rouvrir la voie d'une alliance absolue. Alors que les connaissances empiriques et historiques de type « immanentiste » s'épuisent inexorablement dans le phénomène. La pensée découvre que le principe actif sur lequel repose le titre juridique doit dépasser le simple concept de la nature humaine pour en atteindre le noyau. Mouvement de l'intellect qui saisit la dignité universelle du sujet de droit par sa valeur transcendante et découvre en son terme le principe même : *le caractère de personne*. De fait, s'il y a progrès à déclarer et à reconnaître les droits de l'homme, ce progrès ne saurait sombrer dans l'exclusivité des formes simplement vocatives. La notion originelle des droits humains appelle une appréciation autre, inaugurale, qui réside dans l'être même des choses, dans la valeur nécessairement universelle de la relation de la qualité de l'homme au contenu de son titre. Dans ce contexte, l'auteur analyse les justifications éventuelles que l'on pourrait aujourd'hui apporter à la naissance des droits « sociaux » ou des droits « écologiques » parmi nos sociétés politiques. Le livre se termine par une annexe où l'auteur présente une grille panoramique des principaux courants de pensée contemporains autour de la question des droits de l'homme.

Replaçant dans l'actualité juridique et philosophique les questions élémentaires véhiculées par les notions de droit et de nature humaine, il s'interroge sur l'idée de sujet, de devoir, de dignité, d'Avoir et d'Être. Carlos I. Massini Correas signe ici un ouvrage important dont l'originalité suscitera l'intérêt du lecteur.

Alexandre ZABALZA

Lucien KARPIK, *Les avocats. Entre l'État, le public et le marché*, Paris, Gallimard « Bibliothèque des sciences humaines », 1995, 482 p.

Voici un ouvrage qui présente le double avantage de sortir le droit de ses frontières éditoriales naturelles (les avocats entrent dans la très prestigieuse bibliothèque des sciences humaines !) et d'être le fruit du travail non d'un juriste mais d'un sociologue, au surplus extérieur au monde fermé du droit puisqu'il enseigne à l'École des mines de Paris... Il faut en effet se réjouir qu'après certains travaux sur les magistrats ou les professeurs de droit (on songe ici aux quelques pages qui leur sont consacrés par Christophe Charle dans sa *République des universitaires* parue aux éditions du Seuil en 1994), les avocats fassent l'objet d'une étude approfondie de sociologie historique des professions dont la pratique est encore assez peu répandue en France.

L'histoire est en effet présente dans la première partie où l'auteur dresse une large fresque de la profession d'avocat depuis le XIII^e siècle. C'est cette fresque qui lui permet de trouver une confirmation de la thèse qui sous-tend l'ensemble de l'ouvrage. Contrairement à l'historiographie officielle, celui-ci prétend qu'il n'existe pas vraiment de continuité entre les premiers temps du barreau et l'époque actuelle mais une série de ruptures

qui voient se succéder apogée, déclin, crise et renouveau. C'est ainsi l'apogée des XIII^e et XIV^e siècles où les avocats se confondent avec les légistes royaux, d'où la référence à l'État dans le titre. Puis leur succède une assez longue période de déclin jusqu'au XVII^e siècle qui constitue une époque de profonde mutation du barreau. C'est ici que se forme une culture commune de modération et de désintéressement. L'avocat libéral apparaît qui affirme son indépendance à l'égard de l'État pour se muer progressivement en un défenseur du public. Ce sont les combats de la veille de la Révolution qui révéleront le génie de nouvelles figures, dont Linguet, jusqu'au triomphe de la III^e République qui assurera la domination politique sans partage des avocats. Avant qu'un nouveau déclin ne vienne marquer l'histoire du barreau jusqu'à la période la plus récente...

Avant de l'aborder, arrêtons-nous un instant sur cette première partie. Elle n'apporte guère de révélations sur l'histoire de la profession d'avocat. L'auteur a certes puisé aux meilleures sources mais ce sont assez souvent des sources de seconde main. C'est donc plutôt du côté de l'angle de vue choisi que l'on pourrait apprendre quelque chose de neuf. La rupture entre l'ancien barreau et le barreau classique est-elle si importante que le prétend l'auteur ? On peut en douter, même en se bornant à ses propres écrits. Ainsi un avocat de notre fin de siècle qui lirait les articles de l'ordonnance du 11 mars 1345 relative aux avocats et conseillers du Parlement de Paris ne serait pas trop dépaysé (p. 38). Et n'est-ce pas l'auteur qui reconnaît qu'il n'existe guère de différence entre l'obligation d'altruisme affirmée par les ordres au XIX^e siècle et certains des propos de d'Aguesseau (p. 162, note 1) ? De même – et la liste des exemples pourrait être allongée – la nécessité de transmettre les pièces à l'adversaire qui paraît s'instituer au cours du XIV^e siècle est-elle si dépassée (p. 40) ? S'il existe donc des ruptures, elles se combinent à des phénomènes de sédimentation, parce que ceux-ci sont peut-être propres au droit.

Faut-il alors chercher une rupture plus franche entre le barreau classique et celui qui lui succède ? C'est à cette question que tente de répondre la seconde partie de l'ouvrage qui délaisse l'histoire pour une sociologie du présent. Désormais l'avocat affronterait le marché mais un marché d'une nature particulière où la concurrence s'exercerait plus certainement par la qualité des prestations que par les prix, ce qui nous vaut quelques pages intéressantes sur ce que l'auteur nomme l'« économie de la qualité » distincte de l'économie néo-classique (spéc. p. 262-264). En d'autres termes, l'économie de la qualité qui se caractérise par une opacité du marché, des restrictions à l'entrée de la profession, la confiance, le monopole de la plaidoirie, etc. ne serait pas une économie anti-concurrentielle mais une économie d'une nature spécifique destinée à préserver « la singularité de la forme d'échange qui domine la profession » (p. 263). Pourquoi pas ? Mais l'analyse contredit alors les présupposés de l'auteur puisqu'il y voit la source même dans l'idéologie de la modération qui s'est consolidée aux XVIII^e et XIX^e siècles : la rupture serait donc moins forte que la continuité. À moins que cette rupture ne se situe ailleurs, c'est-à-dire dans la structure des cabinets et la hiérarchie des pratiques professionnelles. Ici l'auteur use de multiples et savants tableaux pour nous démontrer ce que l'on pressentait déjà : même s'il existe encore un « ensemble commun de savoirs » propre à l'ensemble des avocats (p. 321), le barreau d'affaires, spécialisé et orienté vers les activités juridiques, se sépare progressivement et prend l'avantage sur le barreau traditionnel tourné vers le judiciaire et les clientèle des particuliers. Et le meilleur des signes en serait les différentes étapes qui ont abouti à la récente réforme des professions juridiques et judiciaires dont l'élaboration nous est présentée dans le détail.

Si l'on comprend bien l'auteur, ce serait cette réforme qui devrait autoriser un nouveau sursaut des avocats après une période de déclin depuis les années trente...

On pourrait discuter de l'appréciation portée par l'auteur sur les positions des divers acteurs ayant participé ou s'étant opposés à cette réforme. Mais ce ne serait pas le plus important. Ce qui frappe plus sûrement l'esprit, ce sont les étonnements d'un sociologue qui semble soudain plongé dans le monde inconnu du droit pour se hâter de nous faire partager ses découvertes. Ainsi l'auteur est-il surpris de voir une crise de la sociabilité et de la confraternité entre avocats (p. 428) ou trouve vraiment surprenant que l'État délègue aux professionnels du droit le soin de préparer la loi (p. 417-419). Il suffit de fréquenter un peu le barreau et d'observer la façon dont se font aujourd'hui les lois (et l'on songe ici aux lois sociales) pour ne plus être franchement surpris. En d'autres termes, dans sa seconde partie, l'ouvrage ne fait bien souvent qu'apporter la confirmation « scientifique » de faits dont tous les acteurs ont depuis longtemps l'intuition. Ce n'est déjà pas si mal. Mais on rêve d'un auteur (sociologue et juriste à la fois ?) qui aurait déjà franchi cette première étape et pousserait aussitôt ses analyses...

Christophe JAMIN

Benito de CASTRO CID, *Los derechos economicos, sociales y culturales. Analisis a la luz de la teoria general de los derechos humanos*, Université de Leon, 1993, 228 p.

Les droits de l'homme sont aujourd'hui à l'honneur sur la scène juridique internationale. Cependant, s'il paraît naturel que toutes les démocraties modernes les intègrent dans leur droit positif, la même évidence ne s'impose guère quant à la définition d'une théorie générale de ce type de droit.

L'ouvrage de Benito Castro Cid, de l'université espagnole de Leon, a le mérite de soulever des questions fondamentales qui rendent parfois aléatoires sinon illusoirs la mise en œuvre des droits de l'homme au niveau de chaque État. Et l'auteur fait surtout œuvre de pionnier en établissant une relation entre droits de l'homme et droits économiques, sociaux et culturels.

Mais la grande originalité de cette étude est d'analyser d'une part les droits économiques, sociaux et culturels et de désigner d'autre part parmi ces derniers ceux qui doivent être déterminés comme appartenant de manière irréfutable à la catégorie des droits de l'homme.

Par un raisonnement séduisant mais parfois contestable, et avec une abondante bibliographie sur la question, l'auteur a réalisé son ambition consistant à développer et à intégrer la doctrine des droits économiques, sociaux et culturels à la théorie générale des droits de l'homme. Il apporte ainsi une contribution précieuse à des zones qui jusque-là étaient demeurées ténébreuses.

Pour parvenir à cette fin, il était impératif de procéder à l'identification réelle de ces droits économiques avant d'envisager leur relation avec les droits civils et politiques ou avec les droits individuels. Mais au-delà de cette délimitation conceptuelle (qui participe à l'élaboration de la théorie générale des droits de l'homme) ou d'un tel « dépistage » de ces droits qui conduit le lecteur à s'interroger sur leur nature juridique, se pose l'épineux problème de leur fondement rationnel et des axiomes et principes de ce fondement. Sur ce terrain, plusieurs courants doctrinaux s'affrontent. Ainsi, G. Peces-Barba Martinez

(« Sobre el fundamento de los derechos humanos ; un problema de Moral y Derecho », in *El fundamento de los Derechos Humanos*, p. 266-270). Cette justification des droits de l'homme éclaire la voie d'une classification de ces droits. Si on raisonnait en termes de codification, il serait aisé de constater que le code des droits de l'homme reste une réalité incomplète, un espace ouvert en permanence à des nouveaux développements et à des révisions afin d'améliorer la dignité ou de participer à la « dignification » des conditions dans lesquelles se déroule la vie humaine. Mais tous ces efforts n'auront de sens que si les droits reconnus en tant que droits de l'homme sont respectés sur la scène juridique nationale et internationale. C'est le problème de l'efficacité de la mise en œuvre des droits de l'homme qui est loin de trouver aujourd'hui une solution adéquate malgré les garde-fous juridiques pris en droit interne et international. Et cela est d'autant plus grave que la violation des droits de l'homme par les États nationaux n'est pas assortie d'une sanction dissuasive. En réalité le respect des droits de l'homme dépend de la simple bonne volonté de chaque État.

Denis POHÉ-TOPKA

Christiane CHAUVIRÉ, *Peirce et la signification. Introduction à la logique du vague*, Paris, PUF « Philosophie d'aujourd'hui », 1995, 288 p.

Ne touchant pas directement à la philosophie du droit, ce livre mérite cependant d'être signalé parce qu'il fournit, après les travaux de Claudine Engel-Tiercelin, une excellente introduction à une pensée parmi les plus influente du XX^e siècle.

René SÈVE

Jorge Alberto GONZALES GALVAN, *Le droit coutumier des cultures indigènes du Mexique, cas particulier : les Nayerij*, Mexico, Université nationale autonome du Mexique, 1994, 159, p

Le retour aux sources est aujourd'hui l'une des préoccupations des pays anciennement colonisés qui veulent sauvegarder leur patrimoine culturel. Ce mouvement passe par une connaissance préalable du cadre culturel et juridique traditionnel ou « indigène » par opposition à un ordre juridique étatique moderne issu du contact avec la civilisation européenne.

Le travail réalisé par J.-A. Gonzalez (qui est par ailleurs l'auteur d'une thèse de doctorat portant sur la conception socio-juridique de la relation de l'État et des ethnies nationales : *Éléments pour la compréhension du droit étatique et du droit coutumier*, Thèse, Paris, 1993) met l'accent sur les conséquences du choc qu'a provoqué la rencontre de la civilisation espagnole et de la culture « indigène » des Indiens du Mexique.

Il dénonce de manière non voilée les avatars véhiculés par un système de colonisation espagnole sur un peuple qui a ses propres valeurs de référence. Mais en dépit de cette domination socio-économique et de toutes les injustices dont elles font l'objet, les cultures des peuples colonisés en général et celles des Nayerij du Mexique en particulier, n'ont pas disparu. Au contraire – et hommage soit rendu à l'auteur – la présente étude apporte des éléments de discussion sur la fin du colonialisme juridique et sur le règne ou

sur la remise en vigueur du droit coutumier nayerij. Les réflexions de l'auteur sur les Indiens d'Amérique, sur les relations culturelles entre le dominant et le dominé et plus spécialement sur la coexistence du droit étatique et du droit coutumier en particulier, sont transposables dans n'importe quel pays d'Afrique qui a connu la colonisation.

La « mission civilisatrice » menée par le colonisateur a abouti à un bouleversement des relations sociales et parfois à un éclatement de l'ordre socio-juridique établi. La société ne retrouve plus ses repères habituels, taxés de sauvages ou indigènes et ne se retrouve pas non plus dans les valeurs et éléments modernes de référence qui sont censés symboliser la vraie civilisation. Il fallait donc singer le nouveau maître en épousant son art, sa langue, sa religion, sa médecine, toutes ses institutions politiques et administratives, et son droit. L'histoire des peuples colonisés a montré dans tous les continents que la greffe de la culture occidentale sur celle des peuples conquis a entraîné l'ethnocide, ce qui est la conséquence logique de la négation des valeurs intrinsèques d'un peuple. Chez les Nayerij du Mexique, la cohabitation de ces deux civilisations (espagnole et indienne) dans la vie culturelle autochtone, a contribué au démantèlement de la structure politico-religieuse interne, et au repli du système juridique local dans la tradition orale. Il en est surtout résulté un problème, celui de l'*acculturation juridique*. En quoi consistera alors le retour aux sources ? Faut-il rejeter en bloc l'apport nouveau ou au contraire tenter une intégration et aboutir au syncrétisme ?

Toutes ces interrogations trouvent une réponse optimiste dans la présente étude et dans les travaux récents sur les Indiens du Mexique (Cordero Avendano de Durand, Carmen Stina Jo'okucha, *El santo padre sol. Contribucion al conocimiento socioreligioso del grupe ethnicohatino*, Daxaca, Mexico, Gobierno del Estado, Biblioteca Publica Cultura y Recreacion, 1986, p. 203-204). Un accent particulier est mis sur des éléments de discussion sur la fin du colonialisme juridique étatique et sur l'ascension du droit coutumier qui reste un phénomène bien vivant.

L'ordre coutumier indien s'attache à une croyance ou à un ordre cosmique où l'homme est l'image du monde puisque la création du monde et celle de l'homme se confondent.

Au-delà de l'intégration du droit coutumier à la culture juridique, il faut réviser le principe même de l'État-nation. Un nouvel horizon se prête aujourd'hui à l'interpénétration des cultures et des races, ce qui aurait pour conséquence l'éventuelle disparition du caractère national de l'État comme forme d'organisation politique. Il deviendrait continental et l'homme du XXI^e siècle serait un binational, possédant la nationalité de son pays et celle de son continent : l'individu sera-t-il un jour citoyen du monde ?

Denis POHÉ-TOPKA