

## Comptes rendus

### A. — Histoire de la philosophie du droit

Johannes M. Apostolake, *E Dikaiosunè stè Mukènaikè Epochè*, (avec long résumé en fr. : *La justice à l'époque mycénienne*), Athènes, Sakkoula Ed., Études de philosophie et d'histoire du droit – 5, 1990.

Il ne doit pas être trop tard de signaler cette enquête érudite et documentée, qui fait le point sur la controverse relative à l'origine de la « justice » et du « droit », et du vocabulaire hellénique qui les désigne, et des interprétations littéraires et mythiques originaires (v.g. poèmes homériques, livres orphiques...) et institutions qui leur correspondent, au regard des thèses plus tardives qu'elles soient platoniciennes ou aristotéliennes. Les études menées sur les tablettes de Pylos qui complètent le Linéaire B (Mycènes) conduisent à contester la prééminence attribuée aux archives crétoises (que soutient Platon dans le *Minos*). Relevons des développements très précieux en tout cas, concernant le lien du juridique et du politique avec les « choses » de la terre (confirmant l'analyse bien connue de Benveniste, et que nous avons reprise souvent ailleurs, sur le rapport entre *cause-chose-bien-patrimoine*). Une idée notamment à approfondir sur l'émergence de la « commune » à travers les textes juridiques ou notariaux exhumés, ou, plus exactement, sur la dérivation du *dèmos* à partir de la racine indo-germanique *\*da* qui signifie « la terre » et que l'on retrouve dans l'*Illiade* comme désignant le groupe social.

Jean-Marc TRIGEAUD

Pierre Maraval, *Le christianisme de Constantin à la conquête arabe*, Paris, PUF « L'histoire et ses problèmes, Nouvelle Clio », 1997, 480 p.

La culture religieuse, si réduite aujourd'hui chez la plupart de nos contemporains, reçoit dans cet ouvrage un moyen d'approche et d'approfondissement remarquable qui prend place dans un héritage et une parenté jadis illustrée par le livre de André Benoît et Marcel Simon, *Le judaïsme et le christianisme antiques*, et la toute récente publication de Claude Lepelley consacrée à *Rome et l'intégration de l'Empire : 44 avant J.-C.-260 après J.-C. 2 Approches régionales du Haut Empire romain*.

Par ses travaux antérieurs sur Grégoire de Nyssé, Procope de Césarée et d'une manière générale les doctrines du christianisme oriental, Pierre Maraval est idéalement placé pour faire cette large synthèse de l'histoire du christianisme entre le IV<sup>e</sup> et le VII<sup>e</sup> siècles. Période cruciale pour l'expansion chrétienne, la mise en place des institu-

tions, les tensions de plus en plus fortes entre la volonté d'unité, voire d'uniformisation, et les grandes crises doctrinales qui aboutiront à terme à la rupture entre l'occident et l'orient chrétien (monde latin et grec) et auront un large écho médiéval et jusqu'au XVII<sup>e</sup> siècle.

Sans doute, les préoccupations théologiques, doctrinales ne sont pas exclusives de tout intérêt à l'histoire générale, mais c'est à l'histoire interne du christianisme que l'attache l'auteur.

La première partie traite de l'expansion chrétienne profondément accélérée par le changement d'attitude du pouvoir politique après le IV<sup>e</sup> siècle, ce qui aboutit à la constitution d'une véritable Église d'État fondée sur une théologie politique qui survivra aux limites croissantes du pouvoir de Rome, en occident et à son déclin, avec l'Empire byzantin : « un seul Dieu, un seul empereur, un seul Empire chrétien ». Le prosélytisme, les méthodes de la mission chrétienne ont une double fonction : annoncer la vérité du message évangélique, combattre les erreurs des religions traditionnelles. La lutte contre le paganisme est une ardente et première obligation ; sa récupération est, à tous égards, centrale. Car le christianisme entend aussi se placer face à la vieille culture antique. Ce qui entraîne le renouvellement des genres littéraires et la création d'une nouvelle culture chrétienne.

La richesse des chapitres III et IV, consacrés à l'expansion chrétienne en Orient et en Occident, est à souligner fortement, car on y trouve un bilan d'ensemble des progrès de la christianisation de l'Empire romain, les principaux événements par région, les acteurs chrétiens locaux, les dissidences et les crises qui sous-tendent les futurs débats doctrinaux (en Égypte, Palestine, Syrie et Asie mineure et chez les peuples situés hors de l'Empire comme la Perse, l'Arménie, les peuples du Caucase, l'Afrique de l'Éthiopie, Nubie, Yémen).

En occident, on peut mieux situer le champ et les manifestations de cette expansion. À Rome surtout, dans toute l'Italie gothique, lombarde, dans la riche tradition de l'Afrique du Nord romaine, vandale, byzantine ; enfin, la péninsule ibérique à la Gaule où P. Maraval souligne l'importance du baptême de Clovis pour l'unité politique du royaume, la vitalité précoce du monarchisme, le rôle des écrivains chrétiens comme Cassien, Vincent de Lérins, Césaire d'Arles et Grégoire de Tours ; les implantations en Grande Bretagne, Irlande, pays germaniques.

La deuxième partie traite du développement des institutions. L'Église y devient forte, non plus seulement par le pouvoir des empereurs et des rois convertis, mais aussi parce qu'elle repose sur une organisation interne, déjà constituée en partie au III<sup>e</sup> siècle, mais qui entend exprimer désormais l'unité de communautés diverses, parfois opposées, grâce à des structures hiérarchisées, fortement institutionnalisées et au service d'un culte commun peu à peu codifié dans ses formes.

Les clercs s'y séparent des laïcs, ont un statut, des obligations, des privilèges. L'Église locale s'organise territorialement, juridiquement, avec son patrimoine propre. Mais ce sont surtout les institutions de l'Église universelle qui entendent exprimer l'unité, la catholicité de l'Église : les conciles, les grands sièges épiscopaux d'Orient, d'Occident, la place de Rome qui revendique la primauté juridictionnelle dès Damase et surtout Léon le Grand. Point décisif de tensions et même de refus, car, en Orient, ni

l'autorité quant à la discipline ni la prétention du pape à définir seul la foi ne seront acceptées, comme étant trop contraires à l'unanimité conciliaire et surtout à la tradition d'indépendance des patriarches.

Le chapitre III sur les institutions du culte, fondé comme le précédent sur d'importantes sources canoniques et liturgiques, est des plus utiles. D'abord parce qu'il traite de notions et de pratiques autour desquelles se met en place et se développe la foi chrétienne (réunion eucharistique, baptême, fêtes, année liturgique, pèlerinage et culte des saints). La communauté s'y organise et se fortifie, et la perspective de l'histoire du salut s'y résout juridiquement. Mais aussi à cause des diversités qui apparaissent et montrent une véritable et durable géographie des rites dont la connaissance des origines est essentielle à la compréhension des églises orientales contemporaines.

La deuxième partie se clôt par l'étude du monachisme oriental et occidental. Placés entre contestation sociale et idéal de perfection, les foyers anciens sont connus et P. Maraval en établit soigneusement les implantations, trace la figure des initiateurs solitaires semi-anachorètes puis cénobites ; la bigarrure des règles et des tendances auxquelles le concile de Chalcédoine et la législation justinienne s'efforcent de remédier. En Occident, le monachisme est plus tardif, Cassien en pose les bases spirituelles, mais à côté des grandes règles d'Augustin, de Martin de Braga, d'Isidore et de Martin à Ligugé, c'est saint Benoît qui fait une harmonieuse synthèse équilibrée entre la prière et le travail et qui sera le modèle inégalé pour tous les pays d'Europe occidentale, les grandes fondations bretonnes et irlandaises.

Enfin, la troisième partie traite des développements de la doctrine. P. Maraval, en 135 pages très denses, fait la synthèse des débats innombrables des théologiens, conciles, des définitions et formules qui aboutiront à un exposé rigoureux, mais remis constamment en chantier des grands dogmes du christianisme. Il s'agit d'un problème central au christianisme lui-même, touchant à la nature du Christ « Dieu fait homme », à l'expression de son message et finalement à la nature de l'Église qui a toujours suscité des attitudes passionnées, engagées où l'orthodoxie et l'hérésie se disputent la vérité.

L'auteur évite soigneusement tout *a priori* personnel et traite de ces questions avec une grande objectivité en s'appuyant sur les riches études contemporaines, n'hésitant pas à souligner les doutes sur certaines thèses (le donatisme d'abord – à la fois schisme car né d'un conflit disciplinaire entre évêques, mais aussi conflit entre deux théologies, deux conceptions de l'Église qui durera jusqu'à la fin du VI<sup>e</sup> siècle). Ensuite la grande crise arienne, mieux connue, qui porte sur le caractère unique de la divinité et du rapport Dieu Père et fils. Débats de théologiens essentiellement plus orientaux qu'occidentaux. P. Maraval souligne combien la qualification d'hérésie portée par l'historiographie traditionnelle est revue aujourd'hui dans une perspective plus historique et politique. L'affaire est longue depuis Nicée en 325 et le rôle impérial déterminant, l'échec des compromis, les nouvelles formules conciliaires, jusqu'en 363 qui n'empêchent pas l'arianisme (homéisme) d'être la religion nationale de nombreux peuples chez les envahisseurs germaniques.

Les trois derniers chapitres sont encore plus résolument théologiques et leur utilité, la clarté de l'exposé n'échapperont pas à tous ceux, étudiants, historiens, philosophes, juristes qui ont à connaître des grands débats christologiques. Car ceux-ci et les discussions sur la grâce et la liberté de l'homme (pélagianisme, semi-pélagianisme) et tout ce

qui en découle : le péché originel, la prédestination marquent profondément l'histoire du christianisme et sont inséparables des grands débats médiévaux et de la Réforme. On le sait, tout n'est pas que philosophie et les thèses d'Appolinaire, de Nestorius, d'Eutychès, s'ils traduisent des sensibilités et même des langages différents pour désigner ce qui unit dans le Christ les deux « éléments » divin et humain, sont aussi des rivalités d'autorités épiscopales, d'écoles théologiques (Alexandre, Antioche, Constantinople), de personnes où le plan politique n'est jamais absent. Il ne fallut pas moins de quatre conciles, entre 431 et 451, pour aboutir à des formules provisoires où le partage Orient-Occident s'est accusé et dure encore (les églises monophysites). La réaction monothélite signe la dernière crise christologique, mais aussi, inéluctablement, la rupture de deux autorités (Rome et Constantinople) et de deux cultures latine et grecque. Dualité qui se nourrira de plus en plus dans les circonstances politiques elles-mêmes.

La conclusion impose de souligner la clarté du texte, même dans les plus abscondes discussions théologiques et, conformément à la collection, la mise à disposition des chercheurs d'un appareil critique hors pair.

Gérard D. GUYON

Gilles Boëtsch, Baudoin Dupret et Jean-Noël Ferrié (dir.), *Droits et sociétés dans le monde arabe*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1997, 229 p.

Les auteurs de ce thème à la fois riche et classique, difficile et sensible, nous présentent une réflexion sérieuse portant sur la réalité juridique et sociologique dans le monde arabe, d'où l'intérêt incontestable de leur ouvrage collectif qui choisit, par la force des choses, comme champ de recherche un nombre très limité des pays arabes.

La rareté de ce type d'études effectuées par des spécialistes d'une culture juridique francophone réserve un double mérite à ce livre.

Tout d'abord, il est varié : il porte, à la fois, sur la théorie classique de droit islamique, la pensée juridique en Égypte qui lui permet d'entrer dans la famille française du droit (tout au moins aux yeux de Jean Goldberg), les mutations juridiques et les réactions sociales, le droit de la famille, le sens de justice et la force de la norme.

Bref, c'est un livre centré non seulement sur l'anthropologie juridique des sociétés musulmanes, mais aussi sur les conditions de la création du droit dans ces sociétés. Également, il est indéniable que l'ouvrage révèle une connaissance profonde de la culture islamique qui domine les pays qui font l'objet de ces recherches.

Tout aussi indéniable l'effort d'analyse et de présentation d'un « réel » qui se distingue de celui de l'Occident.

Cependant l'observation de ce « réel » du monde arabe a négligé un certain nombre de considérations : la première considération relève de la création du droit en Égypte. L'analyse de certains auteurs aurait pu tenir compte de certains éléments qui caractérisent « l'univers égyptien » et surtout « l'univers juridique ». Car à l'image de son époque, le droit égyptien est, à la fois, moderne et archaïque.

Théoriquement certaines dispositions constitutionnelles ne sont que la traduction du texte de la Constitution française de 1958. Cependant, l'analogie avec le droit français

n'empêche pas une divergence fondamentale qui démarque les deux systèmes juridiques<sup>1</sup>. Or, comprendre les « mutations juridiques » à travers les « réactions sociales » comme disait M. Afifi, implique au moins de présenter fidèlement les causes de ces réactions créatrices du droit.

Si l'on prend la période choisie par M. Afifi entre 1922 et 1952 comme champ de recherche, on constate que les réactions des chrétiens égyptiens à l'égard de l'application généralisée de la loi islamique étaient liées au mouvement religieux islamiste qui n'a jamais été mentionné dans l'étude de M. Afifi malgré son importance : il s'agit de la naissance du premier mouvement intégriste dans le monde arabe, celui de la *Jamaat al I Khwan al muslimine* (la Confrérie des frères musulmans) en 1928, dont le mot d'ordre était « L'islam est la religion de l'État, prière et Jihad (lutte), livre et épée, pas d'autre constitution que le Coran. »

Ces slogans qui résonnent encore dans la société arabe d'aujourd'hui ont un impact très fort dans la conscience collective depuis que Hassan Al Banna les a considérés comme les lignes de son action. Cela n'allait pas évidemment sans réaction des chrétiens qui représentent une minorité importante dans la société égyptienne. C'est bien cette réalité sociale qui explique, à la fois, l'environnement de la création du droit et les mutations juridiques dans ce pays.

La seconde considération consiste à appliquer des théories sociologiques et juridiques connues dans la culture juridique européenne pour expliquer et saisir la réalité, parfois rebelle, du monde arabe. Un exemple de cette tendance qu'on voit dans certains articles de cet ouvrage est celui de madame Murielle Pradelle car lorsqu'on lit sa conclusion, on s'aperçoit de l'emprise de la thèse positiviste sociologique sur son analyse : « dans le monde islamique, une norme n'a pas d'effectivité d'elle-même mais seulement à partir du moment où elle est mobilisée par des acteurs sociaux. Ce qui revient à dire – a-t-elle écrit – en d'autres termes que la norme juridique n'a pas de sens incorporé. Son sens lui était conféré par l'usage... »

À la lecture de ce passage, on ne peut pas s'empêcher de penser à la théorie réaliste d'interprétation telle qu'elle est développée par des auteurs positivistes classiques européens. On peut même penser à la théorie sociologique comme fondement du droit ou à la surdétermination de la signification de la norme selon G. Timsit.

En fait, il s'agit des techniques rationnelles qui nous expliquent l'« irrationnel » dans la société arabe. À nos yeux, le fondement du droit ainsi que le sens donné à une règle juridique dépendent – dans le monde arabe – des facteurs complètement aléatoires qui ne sont pas soumis forcément aux théories rationalistes occidentales. C'est un ensemble de considérations qui n'ont rien à voir avec la rationalité juridique ou anthropologique, qui détermine, en effet, le sens du droit, sa validité et son effectivité dans le monde arabe, d'où la difficulté pour le chercheur occidental qui n'intègre pas dans ses modes de raisonnement, par exemple, que « les deux opposés ne sont pas contradictoires » ou que « la réalité incohérente ne peut être soumise à une seule logique scientifique... etc. »

<sup>1</sup> Voir sur ce point notre article « Droit constitutionnel égyptien et droit constitutionnel français... analogie et différence », in *La création du droit en Afrique*, D. Darbon et J. Du Bois de Gaudussou dir., éd. Karthala, Paris, 1997, p. 333 et s.

La dernière considération qui mérite d'être évoquée ici, et qui complète ce que je viens de dire, est la nécessité d'éviter de soumettre l'irrationnel de ce qu'on observe à l'analyse strictement rationnelle et scientifique. Enfermer le réel, qui restera toujours rebelle, dans un cadre étroit de raisonnement qui élimine à la fois le « hasard » et « Dieu du monde arabe », parce que le chercheur occidental n'y croit pas vraiment, c'est essayer de décalquer le fondement du droit, de sa validité et de son effectivité en France ou en Europe sur la situation dans un monde radicalement différent.

Qu'on le veuille ou non, « Insh'a al lah » est la seule réponse irrationnelle qui laisse les scientifiques désarmés devant l'absurde, l'obscur et l'aléatoire.

Le pire est quand l'absurde devient un mystère qui incite les chercheurs à l'explorer<sup>1</sup>. C'est bien cet effort considérable qui donne tout son prix à ce travail collectif honorable.

Quant au meilleur, c'est lorsque le mystère s'éclaire, petit à petit à travers quelques articles publiés dans cet ouvrage qui nous montrent en filigrane, que même derrière la désolation, il y a un système. C'est vrai, Shakespeare l'a compris : « Quoique ce soit de la folie voilà qui ne manque pas de logique »<sup>2</sup>. Une logique qui ne nous explique pas pourquoi dans ce monde on nettoie seulement le dehors de la coupe et du plat alors qu'au dedans on est plein de rapine et d'intempérance. L'affaire Nasr Abu Zayd en est le témoin.

Magdi SABÈTE

Luis Moisset de Espanés (Pres.), *El Ethos y el Estado de Derecho en Occidente, (L'Éthique et l'État de droit en Occident)*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 1996, vol. X, 153 p.

Nouveau volume des annales de l'Académie Nationale des Sciences Sociales de l'Université de Córdoba (Argentine), cet ouvrage est le compte-rendu d'un séminaire qui eut lieu le 7 juin 1996, et qui avait pour thème : la situation de l'État de Droit et de l'Éthique en Occident. Plusieurs personnalités de Philosophie du Droit d'Amérique Latine sont intervenues.

Dans un premier temps, le Professeur M. Á. Ciuro Caldani (Université de Rosario) propose une réflexion sur la compréhension philosophique de l'État de Droit. Rappelant que l'expression est équivoque et qu'elle est une conquête de la culture occidentale à un moment donné de son histoire, il situe cependant cette notion davantage dans le courant constitutionnaliste : l'État de Droit est celui qui est soumis à un régime juridique distinct de lui et reste un instrument très grand de réalisation de la justice. Le Professeur

<sup>1</sup> L'affaire Nasr Abu Zayd (voir *Libération* 10 juil. 1996 notre article « Le juge, la femme et l'apostat ») telle qu'elle est exposée dans l'article de MM. Dupret et Ferrié est l'exemple type de l'absence de tout fondement juridique positif de l'acte de juger car ni la conscience collective, ni le texte, ni aucune autre théorie sociologique occidentale ne pourraient expliquer le jugement de la Cour d'appel et celui de la Cour de cassation qui restent inopérants aujourd'hui.

<sup>2</sup> *Hamlet*, acte II, scène II.

Caldani expose alors les différents courants de pensée qui ont essayé de débattre de ce sujet, de la dimension dikélogique de W. Goldschmidt, à celle positiviste de H. Kelsen, à laquelle il s'oppose. L'on sait les dérives totalitaires et fascistes, entre autres, qu'elle a pu entraîner. Mais l'État de Droit aura toujours une Constitution matérielle et une Constitution culturelle, lesquelles ne lui donneront son existence que lorsqu'elles seront toutes deux reconnues. D'où l'importance de reconnaître les autres sources formelles du Droit, entre autres le Droit Privé, mais aussi la liberté laissée à ceux chargés de l'appliquer, l'écoute par les organes étatiques de ceux qu'ils gouvernent et non la simple adhésion, voire l'imposition de l'ordonnement normatif à ces derniers. L'État de Droit s'inscrit donc dans une vision humaniste de la personne de chaque individu, par le respect des droits de l'homme et de leurs déclarations, les scissions territoriales, temporelles et fonctionnelles du pouvoir, la nécessaire reconnaissance de l'égalité des individus, de leur unicité et de leur communauté, comme peuvent le faire respectivement des régimes politiques de type démocratique, libéral et républicain. L'État de Droit se verra néanmoins menacé dans les pays où la réalité étatique est une organisation diffuse en raison des luttes nombreuses entre les différents acteurs de la société et dans tous les secteurs de l'activité, et elle pourra être utilisée pour imposer des privilèges (corruption, mafia, etc.). Les exemples italiens, argentin, ou encore mexicain en sont de malheureuses illustrations.

Le Professeur J. Frias (Univ. de Córdoba), s'est penché, quant à lui, sur la situation de l'État de Droit en relation avec la Sécurité juridique. Produit d'un système normatif, celle-ci dépend des valeurs et contre-valeurs auxquelles nous nous intéressons. Pour J. Frias, le Droit n'est pas l'Éthique, car l'Éthique, ce sont les valeurs vécues dans la vie émotive des gens. Le Droit cache d'ailleurs ses racines dans l'Éthique qui lui est antérieure. Cette idée sera reprise plus loin par le Professeur Olsen A. Ghirardi (Univ. de Córdoba), qui rappelle la légère différence entre l'Éthique et la Morale. Puis il part de l'exemple du conflit historique entre les reines Marie Stuart et Elisabeth I<sup>ère</sup>, pour expliquer que la rupture entre les deux notions de Droit et Morale fut consommée au XIX<sup>e</sup> siècle par l'affirmation de Austin (1790-1859), *Lectures on Jurisprudence*, (Londres, J. Murray, p. 61) : « la science de la Jurisprudence concerne les lois positives ou les lois appelées strictement telles quelles, *i.d.* sans considération de leur bonté ou de leur méchanceté » (*trad prop.*). Il n'empêche, si la Science juridique n'est pas subalterne à la Morale, l'Éthique peut être présente dans la conception de l'État de Droit en Occident. Car dans chaque cas concret de l'application d'un acte législatif et de son interprétation judiciaire, l'homme agit comme être juridique et ajuste sa conduite à la norme, en choisissant ou non de l'accomplir. Et en cela, à moins de faire œuvre d'abstraction, l'on ne peut dissocier être moral et être juridique.

Il faudrait encore indiquer que R. Vigo (Univ. de Santa Fé) s'est attaché à expliquer longuement les exigences objectives de la Sécurité juridique, en situant les différents courants de pensée, de langue espagnole notamment : L. Recasens Siches, E. Garcia Máynez, G. Peces-Barba, M. Atienza, M. Perez-Luño... Le Professeur C. I. Massini Correas (Univ. de Mendoza) a, pour sa part, exposé de nouveau les thèses thomistes sur les préceptes moraux fondateurs de l'exigence juridique, face à la menace de l'autonomie humaine, laquelle, absolue et sans limite, a conduit à la notion subjectiviste du bien et au triomphe des exigences individuelles sur le bien commun. Mais de tout cela, rien de bien nouveau pour qui s'intéresse au problème éthique de l'État de Droit.

Emmanuelle BERTHAUD

Frédéric Mauro & Maria de Souza, *Le Brésil du XV<sup>e</sup> siècle à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, Sedes, 1997.

Cet ouvrage de synthèse, unique en son genre, apporte des informations historiques précises et vérifiées, sur des bases documentaires de toutes natures (archives de navigation, d'exploitation des concessions, de comptabilité, d'état civil) qui permettent d'y voir plus clair sur les données du débat juridique relatif à la propriété de la terre où l'exemple du Brésil est souvent invoqué.

Il est en effet essentiel de comprendre quelles furent réellement les occupations successives et complémentaires de ce pays (Portugais, Hollandais, etc.), les organisations de gestion parimoniale et commerciale qu'elles entraînent (« capitaineries », fermes reconstituant les *latifundia*, transactions déjà intercontinentales visant certaines matières premières, dont le sucre et le bois), pour mieux saisir divers problèmes : le problème, en premier lieu, de la reconnaissance primitive de la « propriété » aux Indiens, en fonction de la « personnalité juridique » qui leur était accordée (en référence au *dominium sui actus* caractérisant leur « personne », dans l'acception thomiste, et renvoyant au fameux argument qu'opposèrent Vitoria et Las Casas au négativisme de Sepulveda) – ce qui n'est guère entré en application généralisée, malgré les sacrifices de nombreux religieux missionnaires – ; le problème, également, des pratiques de la « traite », de leur cadre juridique et de leurs « justifications » philosophiques (détournement de la conception de la guerre « juste ») ; la grave question contemporaine, enfin, à notre sens (qui n'est abordée ici qu'en filigrane), de la « reconquête » de terres appartenant aux grands propriétaires issus des multiples colonisations, au nom d'une théorie qui s'attaque au formalisme démesuré du droit subjectif de propriété et qui revendique non seulement une « libération » (en termes théologiques, ne s'accommodant pas nécessairement d'une version marxiste, ce que l'on préférerait laisser supposer...), mais (en termes plus juridiques cette fois) une « occupation », ou plutôt une « possession », dynamique et active, à proportion humaine. Dans le même temps, cependant, où la justice distributive pourrait progressivement tendre à se rétablir d'un côté, elle est méconnue de l'autre : à moins qu'il ne soit « compté » en quelque réserve, le sauvage des forêts, encore réputé dangereux et coupeur de têtes, semble être en effet l'objet d'un commun oubli.

Jean-Marc TRIGEAUD



Franco Todescan, *Metodo, Diritto, Politica. Lezioni di Storia del pensiero giuridico*, Bologne, Monduzzi, 1998.

Le nom du professeur Todescan n'est pas un inconnu chez les historiens de la philosophie du droit (voir nos recensions dans cette revue : 1984, p. 385 et s. ; 1988, p. 406 et s.). Voici un ouvrage qui le rappelle en tout cas à l'esprit de tous. Il se présente comme un parcours général et synthétique, embrassant les grands moments de la pensée juridique, selon une forme dense et sobre, dépouillée des appareils bibliographiques encombrants. Franco Todescan y pratique certes un style pédagogique, centré, à chaque fois, de manière démonstrative, sur un argument essentiel ou dominant qui caractérise l'auteur ou l'école dont il traite. Mais ce genre didactique prend rapidement une dimension réflexive subtile et originale : d'abord, dans l'interprétation, où Todescan défend les thèses qui lui sont chères (que ce soit sur Platon, sur la Réforme ou sur les « Lumières » jusnaturalistes préparant le Code Napoléon), puis, dans la méthode pour ainsi dire *totalisante* des données historiques, une méthode qui n'hésite pas à relier les idées aux faits économiques et sociaux ; ce dernier exercice est parfois périlleux et peut conduire à des déséquilibres ou à l'indistinction des idées ; or il se trouve ici particulièrement réussi, et il permet une meilleure compréhension, à travers la connaissance même des circonstances, du nominalisme médiéval ou des positivismes, resitués dans les atmosphères propres à chaque pays ou à chaque culture où ils ont vu le jour.

Il est toutefois certain qu'en ce qui concerne la période moderne et contemporaine, principalement, Todescan s'est engagé dans certains choix inévitables, liés à des intérêts universitaires ou de cours. Une place de premier plan est ainsi reconnue aux courants germaniques et à leurs liens avec les diverses tendances de la philosophie juridique manifestées en Italie (tendances qui ont aussi bien été en sens inverse à l'origine desdits courants depuis l'École de Bologne ou depuis la Renaissance). Or, l'on pourrait objecter à l'Auteur non seulement d'avoir retenu des données parfois plus théoriques et juridiques que philosophiques, ce qui a pu aboutir à diminuer l'amplitude de certains penseurs (tel Bergson mis sur le même plan que Simmel), mais d'avoir aussi provoqué bien des disparités qui pourraient ne pas échapper au lecteur attentif et amené à observer par exemple le peu de poids accordé à la France, à la littérature pourtant majeure produite par l'ensemble des pays hispaniques, ou même à certaines traditions italiennes des plus fortes (Rosmini). Mais ce livre n'a nul projet encyclopédique. Il traite de ce que son auteur connaît le mieux, de ce qui a accompagné jusqu'ici son enseignement, et dont il entend proposer une lecture toujours pertinente et suggestive, qui le rendra à la fois instructif, agréable et stimulant. Et en tous ces domaines maîtrisés par une telle expérience, il constitue un solide instrument de travail.

Jean-Marc TRIGEAUD

André-Jean Arnaud, *Entre modernité et mondialisation, Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1998, 185 p. <sup>1</sup>

Une attention accrue aux développements de l'économie et aux relations de celle-ci avec les structures et les relations juridiques révèle de profonds changements dans la construction et l'évolution du droit. Ce qui retient principalement l'attention en cette fin de siècle, du côté des économistes, c'est la mondialisation des échanges qui ébranle le rôle des États et la place des législations nationales. Beaucoup de causes contribuent au développement de cet état de choses, pas seulement l'importance décisive des échanges de biens et de services, mais aussi les progrès de la communication et du rôle de l'immatériel dans la vie des hommes. Les perturbations suscitées dans le monde par *Internet* révèlent combien l'imagination des juristes est sollicitée face à un phénomène qui se joue de l'espace et du temps, on pourra bien dire ici : de l'espace-temps.

Dans le livre commenté, fruit de l'heureuse synthèse de cinq conférences, M. André-Jean Arnaud prolonge, en termes de philosophie du droit, une nécessaire réflexion sur la portée d'approches non pas de mondialisation, mais plus exactement de globalisation, ce qui exprime bien un dépassement des États externes mais aussi internes, sans déboucher nécessairement sur une vision universelle ou universaliste. D'où la formule « le droit, du national au global ». Encore convient-il de comprendre, de manière renouvelée, les relations du global et du local. C'est ce qui conduit l'auteur à expliquer l'évolution du droit, « de l'universalisme à la globalisation, dans l'histoire de la pensée occidentale ». M. Arnaud montre bien à ce sujet à quel point il faut se garder de confondre le mouvement actuel qui secoue l'univers des formes juridiques dans le sens de la globalisation avec l'universalisme qui a inspiré à l'aube des temps modernes le développement d'un *jus commune* à partir du XII<sup>e</sup> siècle en Europe occidentale, notamment sous l'influence de la papauté et de l'Université. Pour M. Arnaud, l'universalisme moderne s'est développé « contre le pluralisme antérieur, pluralisme éclatant qui existait avant l'instauration d'une pensée juridique et politique "moderne". En cela il diffère radicalement du processus de globalisation qui ne peut exister sans le "local" et, même si ce processus tend vers une société globale, universelle... ». La différence est essentielle. De manière encore plus concise, M. Arnaud l'exprime clairement au sujet de l'évolution actuelle : « il s'agit moins de s'en tenir à élaborer un droit unifié pour les marchands que de faire progresser partout la loi du marché. ».

On pourra se demander, il est vrai, compte tenu de l'accélération de l'histoire, si cette loi du marché n'est pas en voie d'être non pas dépassée mais contrariée ou influencée par des exigences de caractère social, peut-être annonciatrices d'un abandon d'une post-modernité juridique prise à son propre jeu. Reste que la démarche suivie par M. Arnaud contribue fort utilement à remettre en question un classicisme juridique encore tenace. Une fois de plus dans l'histoire, les relations du commerce et du droit sont au centre de la réflexion : le droit est, pour partie, né des échanges entre les vivants ; le commerce le

<sup>1</sup> Peu après la publication de l'ouvrage commenté, est aussi parue une riche et substantielle *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques* par André-Jean Arnaud et Maria Fariñas Duice (éd. Bruylant, 1998). L'ouvrage sera commenté dans la prochaine livraison des *Arch. phil. droit.*

nourrit et il nourrit le commerce. Mais il est né aussi du culte des morts ; il est autant diachronique que synchronique, ce qui fonde le lignage, la famille, le mariage, la personne. Et l'on observe alors combien sont naturelles les résistances ou même les rejets des transplantations en matière familiale – malgré le caractère désuet de la théorie des climats –, ainsi que les déconvenues d'une sorte de néo-colonialisme sous le pavillon des droits de l'homme.

L'auteur envisage ensuite le passage de l'équité des marchands à l'équité du marché. Ce qui le conduit à évoquer l'histoire du droit occidental, puis à observer notamment « que le retour contemporain de l'équité s'inscrit contre l'effort jusnaturaliste rationaliste axiomatique « moderne » (XVI, XVIII<sup>e</sup> siècles), avec une prétention à la restauration d'une lignée de la pensée politique et juridique antirationaliste ;... que le recours contemporain à l'équité dans le cadre de la globalisation des échanges comporte une signification radicalement différente de celle que recouvrait le recours à l'équité de l'ancienne tradition occidentale... ». À l'appui de son argumentation, étayée par la pensée d'Hayek, M. Arnaud avance des preuves significatives. Pour entretenir le débat qu'il ouvre si opportunément, on pourra se demander si l'importance grandissante de la loi du marché, ainsi que de ses corollaires, loin d'exprimer un recul du rationalisme, n'en manifeste pas plutôt, à Bruxelles ou ailleurs, l'exacerbation. Les « ministres d'équité » des temps anciens étaient des gens de terrain ; au contraire, la faune des fonctionnaires internationaux est faite de gens de bureaux, fonctionnaires en chambre. Quant à l'équité, *crux juris* s'il en fut, il n'est jamais inutile d'en revenir à Aristote pour en comprendre les caractères et la signification. À Stagire les découvertes continuent. Et la pensée de Stagirite suscite des réflexions sans cesse renouvelées y compris en philosophie du droit. On inscrira dans cette ligne les réflexions de M. Arnaud.

Ce qu'il écrit, dans le cinquième temps de son analyse, sous le titre « De la globalisation au post-modernisme en droit » contribue fort utilement à accroître l'horizon habituel du droit. Jean-François Lyotard, écrit l'auteur, citant *La condition postmoderne* (éd. 1979) « a montré comment le savoir changeait de statut en même temps que se transformaient les sociétés européennes... ». L'auteur estime, à partir des études de chercheurs dans le « champ socio-juridique » qu'il existe, à partir de là, « une réelle convergence de vue sur la problématique du global et du local ». Là encore, il trace heureusement de nouvelles voies de la réflexion et profite de l'occasion pour poser des questions aux poseurs de questions. Surtout celle-ci : il n'est guère douteux qu'il existe aujourd'hui de multiples manifestations d'une crise du droit (de la loi, du juge, de la connaissance). Mais s'agit-il, à proprement parler, d'une manifestation de post-modernisme en droit ? Ou plutôt des dérives du « modernisme » ? Les relations du global et du local ont connu, depuis la nuit des temps, dans la société des hommes, des oscillations permanentes, tout autant que les relations du pluralisme et du monisme. Vingt ans ont passé depuis le livre de Jean-François Lyotard. Et les vagues de l'histoire de la pensée philosophique ont recouvert sa construction. Mais on est heureux de remercier M. Arnaud d'avoir, à partir de là, fait, pour la réflexion renouvelée du juriste, une œuvre de grand profit.

François TERRÉ

Claude-Jean Lenoir dir., *La tolérance ou la liberté ? Les leçons de Voltaire et de Condorcet*, Bruxelles, Éditions Complexe, 1997, 294 p.

Les cercles Condorcet qui, à l'initiative de la Ligue de l'enseignement, se sont créés depuis une douzaine d'années en France et dans des pays voisins, propagent un humanisme rationaliste et dégagé de toute attache religieuse. Celui de Genève a organisé en 1994, grâce à son président Claude-Jean Lenoir, un colloque à l'occasion du tricentenaire de la naissance de Voltaire et du bicentenaire de la mort de Condorcet. Les interventions de vingt auteurs constituent la présente publication.

Elles sont regroupées sous un titre comprenant une alternative en forme d'interrogation, « la tolérance ou la liberté ? », afin de faire prendre conscience de l'ambivalence qui caractérise les rapports entre les deux notions. La tolérance implique l'idée d'une concession accordée par bienveillance, d'une permission gracieuse de s'écarter de la règle dominante ; elle évoque en particulier la possibilité de pratiquer une religion qui ne corresponde pas nécessairement à celle d'autrui ou de l'ensemble du pays, comme le réclamaient les protestants sous l'Ancien Régime où le catholicisme était religion d'État. La liberté apparaît différente : elle s'identifie au droit subjectif officiellement reconnu à l'individu, au droit qui lui appartient de disposer de soi-même et que le pouvoir politique doit respecter, notamment à la liberté d'opinion et de conscience laissant le choix d'embrasser l'une ou l'autre des diverses confessions religieuses ou de les rejeter toutes. Mais la tolérance conduit souvent et naturellement vers un régime de liberté et elle y entretient une mentalité libérale de pluralisme spirituel. Aussi fait-elle l'objet, à travers tout l'ouvrage, à la fois d'une critique et d'une apologie au nom de la valeur supérieure donnée à la liberté.

Le colloque rappelle le souvenir de l'amitié ayant rapproché Voltaire vieillissant, patriarche de Ferney, et le jeune Condorcet, leur lutte contre les intolérances et les injustices, l'action bien connue de Voltaire dont l'influence bénéficia de sa gloire d'écrivain et de philosophe des lumières, celle de Condorcet hostile aux inégalités frappant les juifs et les protestants, les femmes ou les esclaves noirs aux colonies, défavorable à la peine de mort, désireux de promouvoir un système d'instruction publique, confiant dans le progrès de l'humanité. Mais les interventions au colloque, en prenant leur inspiration dans « les leçons de Voltaire et de Condorcet » selon le sous-titre de l'ouvrage, veulent y trouver des idées qui soient toujours d'actualité. Elles abordent pour la plupart des questions et des orientations centrées sur notre temps : le principe de laïcité qui s'est difficilement établi dans son cadre juridique et dont la franc-maçonnerie tient à rester la gardienne vigilante ; l'élargissement de la citoyenneté et du droit de vote par des pratiques populaires, par des choix démocratiques en matière de politique économique et de recherche scientifique ; l'évolution d'une culture européenne ouverte sur la diversité, par exemple sur le bouddhisme et l'islam, dans une communauté libérale et plurielle ; l'universalisation des droits de l'homme par le développement du droit international.

Après avoir combattu, comme on disait alors, les superstitions et les préjugés, Condorcet fut victime de la Terreur révolutionnaire. Aujourd'hui, les cercles Condorcet dénoncent les dogmatismes idéologiques, plus précisément l'intégrisme et le fondamentalisme, le racisme et la xénophobie, le nationalisme et le militarisme : ne faudrait-il pas ajouter d'autres formes d'idéologies ?

Jacques DAGORY

Marceau Long et Jean-Claude Monier, *Portalis, l'esprit de justice*, Paris, Éditions Michalon, 1997, 120 p.

L'ancien vice-président du Conseil d'État, Marceau Long, et Jean-Claude Monier, magistrat, sont les auteurs d'un petit livre sur Portalis. Dans leur étude à la fois succincte et substantielle, sans ignorer les travaux déjà existants (*Portalis, l'homme, le penseur, le législateur*, de L. Schimsewitsch, Paris, 1936 ; *Une grande figure de l'histoire napoléonienne, Portalis, 1746-1807*, par E. Leduc, Panthéon, 1990), ils utilisent principalement les écrits et les discours du juriste lui-même pour montrer, selon le sous-titre qu'ils ont choisi, « l'esprit de justice » qui le distinguait et dont il fit preuve tout particulièrement dans sa collaboration juridique à l'œuvre napoléonienne de réorganisation de la France.

Faisant l'objet d'un bref rappel, la vie de Jean-Étienne-Marie Portalis est consacrée au droit, avec des fortunes diverses. Avocat renommé à Aix-en-Provence pendant les vingt-cinq dernières années de l'Ancien Régime, il est, au cours de la Révolution, interné durant plusieurs mois sous la Terreur, puis, sous le Directoire, élu au Conseil des Anciens, mais, en 1797, à la suite du coup d'État de fructidor, proscrit et réfugié en Suisse et en Allemagne. Enfin, après l'avènement de Bonaparte en novembre 1799, il est bientôt nommé conseiller d'État, membre de la commission de rédaction du code civil, directeur puis ministre des cultes pour appliquer le Concordat. Il est, jusqu'à son décès en 1807, auprès du Premier Consul devenu ensuite l'empereur, le conseiller peut-être le plus écouté et le plus actif en matière juridique.

À ce point de vue, il tient un rôle déterminant dans l'élaboration du code civil de 1804, destiné à reconstituer et consolider la société française désagrégée par la Révolution, à « fixer les relations de sociabilité ». De fait, il en est « le penseur » (selon l'expression citée de Jean Carbonnier, « Le Code civil », in *Les lieux de mémoire*, II, *la Nation*, 1986, p. 294), il en établit le projet initial, rédige le célèbre Discours préliminaire, intervient maintes fois dans les discussions, comme en témoigne le Recueil Fenet des travaux préparatoires du code civil, notamment à propos du mariage, de la famille, « pépinière de l'État », de la propriété, « âme universelle de la législation ». Tel est l'aspect le plus connu de l'activité de Portalis. Mais non moins importante est celle qu'il exerce pour la mise en œuvre du Concordat qui, signé en 1801 et ratifié en 1802, rétablit la paix religieuse, et pour toutes les mesures touchant les cultes. S'il est aussi chargé des cultes reconnus des protestants et des juifs, ses fonctions concernent évidemment surtout l'Église catholique : à l'égard de celle-ci, les articles organiques reviennent à un gallicanisme modifié toutefois dans un cadre à demi laïcisé, avec un régime privilégié en même temps qu'étroitement contrôlé par l'État.

Dans tous les textes qu'il rédige se révèle le « Portalis philosophe » (pour reprendre le titre de la chronique de B. Oppetit au Dalloz 1995, p. 331), et d'une manière plus spéciale dans son remarquable ouvrage posthume, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIIIe siècle*. Il est imprégné de la philosophie des lumières, qui lui est contemporaine, mais en réprovoque les déviations et les excès qui ne sont que trop manifestes dans l'idéologie révolutionnaire. Il ne voit guère dans la religion que son utilité de moralité sociale, tout en restant un catholique convaincu. Il se réfère constamment au droit naturel et rationnel, mais aussi, en disciple de Montesquieu, à l'expérience historique qui permet, suivant la formule du Discours préliminaire, de « lier les mœurs aux lois » et de réaliser en matière civile ou religieuse un équilibre entre les acquisitions essentielles du régime nouveau et les anciennes traditions juridiques. Dans l'État de droit qu'il préconise, la loi pose les règles générales et laisse au juge et à la jurisprudence le soin de l'interpréter ou même de la suppléer au nom de la justice.

En définitive, Portalis apparaît bien comme l'homme du droit et de la mesure.

Jacques DAGORY

Pier Paolo Ottonello, *Rosmini. L'ordine del sapere e della società*, Rome, Città Nuova (Idee/Readings – 115), 1997.

En cette année 1997, anniversaire de la naissance de Rosmini, de très nombreuses publications et manifestations de toutes natures ont été officiellement promues ou encouragées par le gouvernement italien, retenant la figure si symbolique de Rosmini, à l'heure de l'unité européenne, y compris sur les timbres poste.

Voici un ouvrage de synthèse qui possède l'avantage d'être clair, dense et équilibré, et d'initier à la pensée de Rosmini, par la voie la plus métaphysicienne, sous tous ses aspects, de la théorie relative à l'origine et à la formation des idées, se démarquant de l'empirisme et intégrant mais dépassant le criticisme, jusqu'à la conception des structures juridiques de la société articulées sur la double composante libérale du respect de la dignité personnelle et de la propriété acquise par le travail. Divers textes sont choisis et présentés selon trois grands axes : « l'ordre du savoir », « l'ordre de la personne », et l'« ordre de la société ». Un livre qui s'ouvre par des considérations sur la fonction unifiante de la connaissance, hiérarchisant la totalité des savoirs, en une encyclopédie à fondement métaphysicien, et non plus rationaliste, et qui s'achève par la présentation de suggestives réflexions sur le pluralisme ou l'universalisme démocratique, le risque de despotisme, le rôle des partis politiques, les limites de l'autorité, les tendances au conservatisme ou au progressisme, les réflexes de l'intérêt ou de l'égoïsme (individuel ou national).

Jean-Marc TRIGEAUD

Slavoj Zizek, *Essai sur Schelling, Le reste qui n'éclôt jamais*, traduit de l'anglais par Élisabeth Doisneau, L'Harmattan, 1996, 206 p.

Naguère encore, les divers courants de la pensée contemporaine opposaient volontiers l'un à l'autre les auteurs de l'idéalisme allemand. Ici comme ailleurs, les choses changent, et le livre, écrit en anglais, du psychanalyste slovène Slavoj Zizek, porte tous les traits d'un nouveau classicisme induit par une modernité nouvelle. Psychanalyse lacanienne et matérialisme dialectique, mais aussi sémiologie de la littérature ou du cinéma, sont ici renourris à leur origine schellingienne, et invités à se lire dans leur commencement. À la fois moins et plus qu'un « essai sur Schelling », ce livre peut constituer une introduction suggestive à l'idéalisme allemand, où se rencontrent l'analyse de la Cité et celle de la Psyché.

C'est pourtant moins qu'un *essai sur Schelling*, car la perspective privilégiée dans l'œuvre la période médiane, celle des écrits sur la liberté et du grand texte inachevé *Les Âges du Monde*. Si l'auteur reconduit presque à chaque page les figures et les formes les plus diverses de la pensée contemporaine, d'expression surtout française, au creuset où elles furent fondues, il le fait en traçant une ligne de démarcation à l'intérieur même de la pensée de Schelling, à la fois contre le système de l'identité et contre la philosophie positive. Ce découpage est plutôt affirmé que vraiment justifié, car on ne voit pas bien en quoi l'emploi de la terminologie aristotélicienne dans la dernière philosophie serait en lui-même une régression, comme le dit l'auteur.

L'analyse souligne les divergences avec Nietzsche ou Heidegger : à l'innocence du devenir, on oppose l'idée schellingienne d'une culpabilité humaine au fondement de tout enchaînement temporel – et au primat heideggerien de la temporalité finie, l'acte initial de décision qui précède toute conscience et constitue la qualité intime du « profond jadis ». On a parlé à propos de Schelling d'une ontologisation de l'histoire, mais la thèse de Zizek consiste à montrer que dans les *Âges du Monde*, Schelling procède bien plutôt à une analyse immanente qui se passe de toute ontologie.

La question du matérialisme éclairé par la pensée de Schelling finit par épouser le chemin de la cure analytique selon Lacan. Cette question porte sur le commencement ou la fondation instauratrice, dont il ne suffit pas de dire qu'elle est violente, à la manière des nietzschéens. Il faut encore ajouter que son instauration est réussie dans la mesure où sa violence est non sue, étant la violence même du savoir. Comment passe-t-on, dit l'auteur, de la dialectique matérialiste au matérialisme dialectique, ou encore de l'idéal du moi au moi idéal ? En comprenant que le second terme ne peut être que la réalisation du programme de l'autre, avec un reste, « qui n'éclôt jamais ». Ce reste désigne la suspension du sens, ou encore ce qui résiste à toute tentative pour enserrer le monde dans une formule qui l'épuiserait. Mais ce n'est pas pour affirmer naïvement l'irrationalité foncière des choses, dans laquelle la raison ne ferait que découper des îlots de compréhension. Plusieurs exemples, dont certains empruntés à l'histoire des sciences dures, viennent éclairer le propos, qui ne consiste pas en une renonciation à la raison. Tout le livre est même écrit dans le but d'approcher au plus près de ce qui relie Schelling à Hegel, et ces deux derniers à Kant, notamment dans la différence entre l'usage régulateur et constitutif des idées de la raison. Le reste est la différence qui sépare chacun des éléments de la structure de cette structure même. Quand cette différence est minimale, on se trouve dans la situation du mal radical. Tout se joue en effet dans la conjonction qui nous lie aux

autres. Schelling, selon l'auteur, aura montré qu'il y a *de fausses unions*, quand l'égoïsme se présente sous la forme de son opposé. Ce n'est pas le particulier en soi qui est mauvais, mais le particulier qui se fait passer pour l'universel et manque ainsi son commencement, à savoir la condition même de l'universel. Et ce commencement est une décision, inséparablement personnelle et divine. L'auteur nous livre une relecture de la « castration symbolique » en psychanalyse : l'éthique du désir, l'héroïsme du manque peut se renverser chez Lacan, à la fin de son œuvre, en une glorification positive de la pulsion, parce que celle-ci est déjà langage et non pas pur instinct organique. La pulsion elle-même a lieu sur le fond de la décision.

On comprend ainsi la critique de l'intersubjectivité habermassienne, qui postule un universel neutre, procédant de manière horizontale sur le modèle d'un échange équilibré. Il faut encore à tout échange la participation d'un « médiateur évanouissant », dont l'auteur reprend le terme à Fredric Jameson. Le « dialogue » habermassien présuppose en fait ce qu'il est censé fonder, à savoir un lien d'unité qu'un acte héroïque, un sacrifice a d'abord dû assurer. Ici l'auteur aurait pu citer Rousseau et son législateur divin. Pas d'universel neutre qui ne soit d'abord porté par une nation et un monarque, c'est là le commencement. Un tel commencement est un spectre, dit l'auteur, interprétant librement la vision schellingienne du monde des esprits. Le spectre est la « chute » du langage, au sens d'un relief matériel qui reste après qu'on a mené sur le matériau les opérations de saisie des choses et des œuvres. L'auteur rapproche ainsi le monde des esprits de Schelling du « fétichisme de la marchandise » chez Marx et du « nœud » liant le réel, le symbolique et l'imaginaire chez Lacan. Ce serait chaque fois la même corporéisation du spirituel, son indice concret, qui permettrait de dénoncer l'idéologie. L'auteur parle d'un *cercle* de l'ordre symbolique qu'il faudrait briser, en discernant son « reste ».

L'expérience des *Âges du monde* est bien dans toute l'œuvre de Schelling celle qui s'approche le plus de la *Logique* de Hegel, mais elle est aussi un échec. C'est peut-être qu'une théorie à la fois génétique et *a priori* se brise toujours sur ses contradictions internes. Et Schelling ne cessera de le méditer. L'auteur nous propose une image harmonieuse de divers courants de pensée matérialistes, mais c'est au prix d'un formalisme édulcorant. Pourquoi reparler d'une manière aussi fade, p. 102, de l'inspiration qui se saisirait de l'artiste à son insu, alors que la pensée de Schelling sur ce point est à mille lieues de ce poncif sentimental ? Pourquoi raconter une scène de corps de garde pour évoquer une interprétation marxiste du monde des esprits ?

On a donc affaire à un livre habile, mais trouble, dans la mesure où les auteurs sont situés dans une intéressante harmonie, mais leurs questions ne sont guère travaillées pour elles-mêmes. L'actualité tragique de la Slovaquie, apparaissant au début et à la fin du livre, semble conviée pour faire valoir un brio personnel, à la manière ambiguë du cinéaste Kusturica.

Schelling n'est pas d'abord un philosophe de la dénonciation, mais de la création *révélée*, ouverte à sa vraie vie, et cette révélation connaît des passages qui ne sont pas seulement des formes, ou des structures, ils expriment la nostalgie « la plus vraie, celle que l'on éprouve pour l'autre vie » (*Clara*, trad. *L'Herne*, p. 127). Le matérialisme de Schelling est certes une critique des divertissements où l'homme se complaît en ce qu'il croit être sa vie, ce qu'on peut bien appeler ses idéologies. Il n'empêche que sa vraie



conscience de soi consiste à parcourir jusqu'au bout le chemin de sa nostalgie de l'autre vie, jusqu'à se nier lui-même. *Hic rhodus, hic saltus*, comme dirait Hegel.

Élisabeth KESSLER

Antonio Rosmini, *Scritti politici*, a cura di Umberto Muratore, Introd. M. D'Addio, Stresa, Ed. Rosminiane, 1997.

Cet épais volume, préparé par le prof. Muratore, introduit par le prof. D'Addio, rassemble trois essais de Rosmini sur un thème analogue : « La Constitution selon la justice sociale » (1848), « Sur l'unité italienne », « La Constituante du règne de la Haute Italie ». Ils ont été composés à une même époque de troubles et de violences au milieu du siècle dernier, quand s'affrontèrent à Rome et à Naples, puis dans le nord de l'Italie, la plupart des nations d'Europe (France, Espagne, Autriche, Angleterre), dans la mesure où leur intérêt était impliqué, mêlées à un conflit entre diverses factions rivales et les États pontificaux ; les États-Unis d'Amérique n'y furent pas indifférents non plus. Ces trois textes plus « pratiques » que les textes habituels du philosophe, sont porteurs d'une leçon de philosophie politique préfigurant beaucoup de notions qui ne nous sont devenues familières qu'à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, depuis les grandes guerres, depuis les efforts de construction internationale et européenne ; et l'on peut y voir une refonte réontologisante du constitutionnalisme hérité des Lumières sur des bases moins abstraites et plus larges d'un sens de la personne individualisée.

La substantielle introduction de D'Addio est à lire, sur la comparaison de la constitution proposée par Rosmini en forme de monarchie constitutionnelle ou de régime présidentiel, avec les autres formes de constitution, notamment française ; sur le système rosminien de la représentation politique fondée sur la propriété, sur la « dialectique des intérêts », et sur la participation de la personne libre à son développement (travail, etc.).

L'œuvre du théologien et philosophe de Stresa (qui compte aujourd'hui plus de 130 titres) est essentiellement métaphysique ; mais il s'engagea avec toute son ardeur intellectuelle dans l'élaboration de divers projets permettant une réconciliation par le haut de composantes réfractaires entre elles, pour n'avoir pas compris sans doute en quoi des droits communs de l'homme, en quelque sorte, quel que soit surtout son lieu de rattachement, et sous les plus hautes garanties morales (dont l'Église) et politiques, pouvaient seuls servir de trait d'union.

Avec le soutien du Comité national italien du bicentenaire, une édition française de la « Philosophie de la politique » de Rosmini (ouvrage décisif de synthèse, 500 p.) est actuellement en cours aux éditions Bière.

Jean-Marc TRIGEAUD

Paul Valadier, *Nietzsche, Cruauté et noblesse du droit*, éd. Michalon, 1998, 128 p.

Paul Valadier s'engage dans un défi passionnant : déterminer ce que pourrait être une philosophie du droit fondée sur la pensée de Nietzsche. Le projet peut sembler paradoxal et provocant. Nietzsche ne passe-t-il pas habituellement pour le penseur de la volonté de puissance et de la force étrangères à tout droit ?

Pourtant, depuis les travaux de Giorgio Colli et Mazzino Montinari, à qui nous devons l'édition de référence de Nietzsche, nous savons combien l'attribution à Nietzsche de la notion de volonté de puissance est suspecte et problématique. Colli et Montinari ont démontré non seulement le caractère apocryphe de « la Volonté de Puissance », montage de textes dû à l'ami de Nietzsche Peter Gast ainsi qu'à sa sœur Elisabeth Förster-Nietzsche, mais, de façon plus radicale encore, le caractère secondaire de cette notion pour sa pensée. C'est l'ensemble de la tradition interprétative de Nietzsche, allant de Heidegger à Deleuze, qui se trouve ainsi remise en cause au moyen d'une philologie et d'une histoire des textes dont Nietzsche lui-même eût aimé certainement la probité.

Paul Valadier qui nous a déjà donné deux études fondamentales sur Nietzsche, *Nietzsche et la critique du christianisme* (1974) et *Nietzsche, l'athée de rigueur* (1975), a depuis longtemps pris la mesure de cette révolution philologique qui à son tour a bouleversé les données de l'interprétation de l'œuvre de Nietzsche.

La fondation du droit chez Nietzsche repose ainsi sur deux notions fondamentales, étrangères au thème de la volonté de puissance : le *pathos* de la distance et l'innocence de l'agir.

Nietzsche apparaît à l'auteur comme le critique de l'homme démocratique qu'il assimile au dernier homme. Ce que reproche Nietzsche à la démocratie, c'est essentiellement son égalitarisme qui nivelle tout être, le fonde dans un magma où tout est identique et indifférencié pour mieux l'entraîner et le fondre dans la mobilisation totale du monde. Le droit n'a de sens pour Nietzsche que si au contraire il institue de la différenciation et de la hiérarchie sociale. S'il revient au droit d'instituer la vie, selon l'expression même du code Justinien, cette institution n'est possible que par le travail de la différenciation sociale. Le message est assurément inactuel et intempestif. « Étant admis, écrit Nietzsche dans l'avant-propos d'*Humain trop Humain*, que ce problème de la hiérarchie est notre problème à nous, esprits libres : voici enfin qu'au midi de notre vie nous comprenons de quoi ce problème a eu besoin, préparations, détours, épreuves, tentatives, déguisements, avant d'oser se lever devant nous, et qu'il nous a fallu commencer par éprouver la plus grande multitude d'heurs et de malheurs contradictoires dans notre âme et dans notre corps, en aventuriers et circumnavigateurs de ce monde intérieur qui s'appelle "homme", en arpenteurs de tous les niveaux et degrés, "un au-dessus de l'autre" et "plus haut" qui s'appellent également "l'homme" ».

Pour autant Nietzsche n'est ni un admirateur de l'ancien régime qu'il a suffisamment pourfendu à travers les junkers prussiens, ni le précurseur du *führerprinzip* qu'il a redouté comme la dernière manifestation de l'épuisé. Son éloge de la distinction sociale repose sur une expérience métaphysique étrangère au culte du sang ou de la puissance qu'impliquent ces autres principes hiérarchiques. Cette expérience, c'est ce que Nietzsche appelle « le *pathos* de la distance ». « Le fossé entre l'homme et l'homme, entre classe et classe, écrit Nietzsche dans *Le Crépuscule des idoles*, la multiplicité des types, la

volonté d'être soi-même, de se distinguer, de ce que j'appelle le *pathos* de la distance, voilà ce qui est propre à toute époque forte ».

Le *pathos* de la distance constitue une première critique de la conception utilitariste de droit. Le droit utilitariste est essentiellement un droit de la relation et du contrat qui a pour but de faciliter la réciprocité de services et le fonctionnement de la société comme machine productive en vue de la mobilisation totale du monde au risque de l'indifférenciation des personnes ; elle repose sur la promiscuité des êtres et sur leur interchangeabilité. De son côté, le droit hiérarchique de la distance s'inspire au contraire de l'esprit du droit romain qui fait essentiellement reposer le droit sur la *persona* juridique composée de la *potestas* et du *patrimonium* du *paterfamilias*

Ce *pathos de la distance* caractérise une morale aristocratique. Mais l'aristocratie de Nietzsche ne renvoie à aucun ordre connu. La distance dont il s'agit n'est pas tant sociale que métaphysique. En effet, « le *pathos* de la distance, écrit Valadier, est une façon totale de se rapporter au monde, une aptitude à ne pas se projeter sur les choses, à ne pas tout rapporter à soi, une façon de maintenir la distance, en écartant confusion, identification, volonté de ramener l'autre au même. » C'est en quoi le droit, en tant qu'école de tact des choses, de savoir-vivre entre les hommes, de hauteur de vue au sens platonicien de la *mégalo-psychia*, est l'expression de la plus grande noblesse.

Une telle conception du rapport de l'homme au monde implique l'innocence du monde par rapport à l'homme et de l'homme par rapport au monde. L'innocence à son tour rend possible la doctrine de l'Éternel Retour. Ce que signifie cette doctrine dans l'histoire du Système, ce que signifie de façon plus décisive encore la notion d'innocence et de distance dans l'architecture du Système et dans son désarmement dépasse notre propos. Mais s'il est vrai que le droit en sa vérité et en son essence exprime le destin du système et le sens fondamental de son articulation entre l'homme, le monde et le principe, alors l'innocence est au cœur de sa constitution. C'est là encore un paradoxe. Le droit ne repose plus sur la culpabilité, mais sur l'innocence. Il ne s'agit pas là évidemment de la présomption d'innocence, mais d'une innocence plus difficile à penser pour le juriste, une innocence métaphysique : celle de la faute et du crime, mélange de fatalité antique et de *pathos* moderne de la distance. Pourtant ce n'est pas parce que le criminel est innocent de son crime qu'il faut ne pas le punir. Il doit recevoir de la société sa punition, toute sa punition, rien que sa punition. Le droit nietzschéen constitue encore une fois une critique radicale, qui inspirera *Surveiller et punir* de Foucault, de l'utilitarisme en matière pénale ; utilitarisme juridique qui, pour obtenir la réinsertion du condamné dans la machine sociale, diminue sa peine mais aussi exige de lui plus que la peine : la culpabilisation et le repentir.

De même qu'il y a chez Nietzsche une « grande politique », il y a aussi chez lui, Valadier le montre avec brio, un « grand droit », qui correspond certainement à l'essence du droit des Anciens, un droit à la fois noble et cruel que peu d'entre nous seraient capables d'assumer aussi bien du côté du juge que du délinquant. Un droit d'anarque et de surhomme !

Pierre CAYE

*Code civil de l'Empire du Japon*, 1896 : Tokyo, Shinsei-Shuppan, 1997.

Réimpression japonaise du « centenaire » de l'ensemble des Livres I, II & III (dispositions générales – droits réels – droits de créance) publié en 1898, à Paris, à la Librairie Larose, dans la traduction d'Ichiro Motono et de Massa-akira Tomii.

Longtemps conseiller légiste du gouvernement japonais, Gustave Boissonade, professeur à Paris, fut le principal inspirateur et rédacteur de ces textes où il s'efforça de reprendre les principes de notre propre codification. Mais leur décret d'application en fut mystérieusement ajourné, et lorsque ces textes réapparurent, pour être mis enfin solennellement en application, ils avaient été modifiés. Et il ne fallait pas témoigner d'une extrême perspicacité pour y discerner l'influence plus nettement germanique qui s'était exercée au conseil des Meiji. L'aventure fut analogue à celle de l'expérience grecque. Un premier projet alimenté aux sources du droit français,... une composition définitive et remaniée qui a largement puisé à la source du droit allemand et affirmé la prépondérance d'autres principes venus d'Outre-Rhin.

Il est vrai que le code nippon obéit à un genre plutôt empirique, voire casuel, et que les principes sur lesquels il est étayé en sont formellement ou littéralement absents (l'équivalent des *Grundsätze* au-dessus des *Grundnormen*), mais il n'en laisse pas moins transparaitre les idées maîtresses qui divergent des nôtres.

C'est ainsi ce qui se vérifie, à certains points de vue : le concept même de « droit subjectif », l'usage du mot « chose », la distinction des droits réel et personnel à l'arrière-plan, sont autant d'éléments conçus à la façon de l'École historique et du « pandectisme » de Savigny et de Windscheid ; la propriété et la possession, situées dans une perspective intermédiaire entre la précédente, encore liée à l'idéalisme, et celle du réalisme romaniste de la « Jurisprudence des intérêts » illustrée par Jhering : en fait, c'est le courant caractéristique de la gauche hégélienne qui en fera son profit (l'*animus* possessoire « juridique », tendant à l'acquisition du droit, se voir substitué l'*animus* possessoire « économique » tourné vers la recherche de l'émolument ou de l'intérêt (« avoir la chose comme sienne » : *animus rem sibi habendi* - v. notre *Possession des biens*, Economica, 1981, *passim* ; et plus largement sur la « chose », notre notice V° « Biens », in *Encycl. philo. univ.*, PUF, *Notions* t. I, 1990, p. 232 et s. – un mouvement d'interprétation qui s'étend ensuite à la responsabilité pour faire admettre qu'elle ne dépend pas de quelque droit abstrait mais plutôt de son contenu, du contrôle de la situation économique où se trouve la chose et du « risque » qu'il doit faire assumer en contrepartie etc. ; une thèse qu'une certaine école lyonnaise défendra au début du siècle : Emmanuel Lévy, et qui sera vulgarisée et édulcorée sous des dénominations diverses, en référence au « risque », à une responsabilité dite « objective » ou « de garantie », v. notre *Possession*, *op. cit.*, n. 555 et s., 571 et s.).

Plus techniquement, l'on pourrait invoquer des solutions assez caractéristiques : le transfert des risques à la livraison en matière de vente ; le recours à la propriété comme sûreté (l'attribution en propriété au créancier de la chose qui lui a été donnée en gage, bien que sous contrôle judiciaire) – ce qui marque un retour à la fiducie romaine ; l'acte unilatéral à force obligatoire ; la non-rétroactivité de la condition stipulée dans un contrat ; la reconnaissance de la fondation ou des biens de « main morte » ; la résiliation à la place de la résolution etc.

Il est difficile de démêler sans doute une réelle unité d'influence. L'ensemble demeure composite. Mais les « causes morales » du changement survenu sont évidentes : elles tiennent à des circonstances à la fois culturelle et confessionnelle (importance des missions luthériennes allemandes) qui ont marqué les rapports entre le Japon et l'Europe à ce moment crucial, peu après le déclin d'un monde féodal qui s'était refermé sur lui-même jusqu'en 1853, peu après les tensions et les rivalités apparues entre voisins européens.

Mais deux observations méritent réflexion.

Notre code civil, ce n'est un secret pour personne, repose pour l'essentiel, sur des principes philosophiques reçus de la Prusse, et essentiellement de l'idéalisme kantien (au demeurant adopté par Savigny) ; quant au code allemand, qui n'a été promulgué qu'en 1899, sur la base du droit des divers « Länder », il reproduit, à l'opposé les principes d'un droit romain qui n'est guère volontariste ou subjectiviste et qui s'est conjugué avec les coutumes gothiques (d'où la transition trouvée par les écoles hégéliennes de l'utilité sociale à l'encontre du juridisme idéaliste et prussien – bataille significative contre l'*animus domini* possessoire afin de le remplacer par l'*animus rem sibi habendi*).

Mais au-delà de ces considérations, l'esprit même d'une culture où le droit n'est pas que la seule réponse (d'expression hellénique et occidentale) à fournir au problème de la justice, qui peut en recevoir de mieux organisées selon une morale de la parole donnée ou de la persuasion ou selon des mœurs plus ritualistes, doit permettre de relativiser la portée d'un code dont l'application semble presque réservée à une véritable marge de la société du point de vue de sa « justiciabilité » possible. Une communication entre les deux univers mentaux ne peut s'opérer alors que par ce qui les rapproche et non par ce qui les sépare : par l'idée nécessaire de justice, et non par le concept contingent du droit.

Jean-Marc TRIGEAUD

*Diritto e Cultura*, 1-1995 : *Carl Schmitt e la scienza giuridica europea*, Naples, Edizioni Scientifiche Italiane.

Depuis le début des années 1970, l'Italie est un des hauts lieux des études schmittiennes ; récemment encore, ce pays a vu paraître, à la suite d'une longue série de travaux importants, une des études majeures qui ont été produites sur Schmitt : le monumental *Genealogia della politica* de Carlo Galli<sup>1</sup>. Pourquoi cet intérêt puissant et durable pour une pensée que l'on est tenté de juger datée, sinon obsolète, tant elle paraît arc-boutée à des situations et à des représentations pré-modernes ? Les raisons de cet intérêt sont complexes ; mais l'une des principales tient certainement au fait que les divers courants incarnant la gauche, voire l'extrême gauche, se sont saisi de la pensée schmittienne et en ont fait, dès la fin des années 1960, un élément du débat public. L'excellente revue *Diritto e Cultura*, qu'animent notamment les Professeurs Carrino et Racinaro, a publié en 1995 une livraison consacrée à « Carl Schmitt et la science juridique européenne ». Elle est bâtie autour d'une traduction de la conférence « Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft », qui date des années 1943-1944, et qui fut reprise

<sup>1</sup> C. Galli, *Genealogia della politica Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologne, Il Mulino, 1996, XLII + 936 p.

dans un recueil en 1958<sup>1</sup> ; ce texte est également traduit en français<sup>2</sup>. Plus intéressante et novatrice pour le lecteur français est la publication d'une correspondance inédite entre Schmitt et Norberto Bobbio, qui couvre principalement les années 1948-1950 ; elle concerne notamment l'interprétation de Hobbes (Bobbio publia en 1949 une édition italienne du *De Cive*) et le concept d'État, dont Schmitt rappelle qu'il n'a à ses yeux de valeur et de sens que « de Hobbes à Hegel » (p. 65).

Par ailleurs, la livraison comporte cinq articles. Celui d'O. Beaud (p. 83- 114) n'a pas besoin d'être présenté, puisqu'il s'agit d'un extrait de sa Présentation de la *Théorie de la Constitution* aux PUF. De même, l'article de Stanley Paulson « The Schmitt-Kelsen Dispute on the Guardian of the Constitution » est une version augmentée d'un texte déjà paru en français dans le volume *Le droit, le politique. Autour de M. Weber, H. Kelsen, C. Schmitt*, publié en 1995 sous la direction de C. M. Herrera chez L'Harmattan. L'article de M. Kaufmann, « Statalismo e critica della ragione » (p. 139-167) reprend les thèses de son ouvrage *Recht ohne Regel* (Alber, 1988), à savoir que l'attaque schmittienne contre le libéralisme est inefficace et contradictoire ; cet article présente au demeurant un des traits caractéristiques de la littérature consacrée à Schmitt en langue allemande : l'ignorance des travaux publiés dans d'autres langues, qui sont pourtant (je pense à l'Italie, aux États-Unis, à la France...) d'une qualité moyenne au moins égale à ce qui se fait en Allemagne, et qui ont moins tendance à sacrifier au genre moralisant... Un article très fouillé de Paolo Becchi, « La lunga umbra del Leviatano » (p. 115-137) retrace et analyse les relations avec Carl Schmitt du philosophe allemand Karlheinz Ilting, grand spécialiste d'Aristote, de Hobbes et surtout de Hegel, dont il édita peu avant son décès, en s'appuyant sur des cahiers d'étudiants, les leçons sur la philosophie du droit. L'objet principal des échanges entre Ilting et Schmitt a été Hobbes ; mais, étant donné le rôle majeur d'Ilting dans les études hégéliennes, l'article offre aussi une contribution au thème inépuisable «Schmitt et Hegel». Enfin, un article en français de l'infatigable bio-bibliographe de Schmitt, Piet Tommissen, fait le point, dans une optique plutôt indulgente, sur le thème des rapports de Schmitt avec le nazisme. Au total, le point sur lequel cette livraison apporte le plus est sans doute le nouvel éclairage qu'elle jette sur la position singulière, silencieuse et centrale, occupée par Schmitt dans les débats intellectuels du XX<sup>e</sup> siècle.

Jean-Francois KERVEGAN

Carlos-Miguel Herrera, *Théorie juridique et théorie politique chez Hans Kelsen*, Paris, Éditions Kimé, 332 p.

Si Kelsen est l'auteur bien connu de la *Théorie pure du droit*, sa pensée politique est restée dans l'ombre, surtout en France, sans doute parce que la plupart de ses travaux en la matière, ouvrages et articles, rédigés en allemand ou en anglais, n'ont pas fait l'objet

<sup>1</sup> Voir *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlin, Duncker & Humblot, p. 386-429. Signalons que la traduction italienne a été reprise en un petit volume, accompagnée d'une étude documentée et très perspicace d'A. Carrino : C. Schmitt, *La condizione della scienza giuridica italiana*, Introduzione di A. Carrino, Rome, Antonio Pellicani, 1996, 94 p.

<sup>2</sup> « La situation de la science européenne du droit », *Droits*, 14 (1991), p. 115-140.

de traductions. C.-M. Herrera, qui, juriste et philosophe de formation, enseigne à l'Université de Cergy-Pontoise, contribue à combler cette lacune : dans sa thèse de doctorat, il analyse et met en valeur la théorie politique de Kelsen, en témoignant d'une connaissance approfondie de toute l'œuvre kelsénienne et de son environnement culturel.

Théorie politique et théorie juridique sont, chez Kelsen, les deux faces d'une théorie unitaire reposant sur le principe d'un relationnisme anti-subjectiviste qui les anime et le relativisme éthique qui en découle, sur la volonté de les purifier de tout concept ontologique substantialisant la chose publique, notamment l'État, le peuple, la volonté générale, la souveraineté, et de voir dans les institutions politiques et juridiques des constructions formelles, artificielles, simplement instrumentales. L'État, dont la théorie englobe la théorie politique dans son ensemble, n'est qu'un moyen technique d'organisation de la vie sociale. À l'encontre des définitions sociologiques ou personnificatrices, il s'identifie à l'ordre juridique qu'il crée, à l'ensemble unitaire et centralisé des normes juridiquement obligatoires, à l'organe qui dispose du monopole de régulation de la contrainte. Ainsi transforme-t-il tout ce qu'il touche en dispositions de caractère juridique. Le pouvoir se dissout, mais ne disparaît pas dans la technicité du droit. De son côté, le droit ne se distingue pas de l'État, il est l'organisation rationnelle du pouvoir étatique ; et si Kelsen a tendance à préconiser la primauté du droit international sur le droit étatique, c'est dans le cadre ébauché d'un État mondial. Il n'y a pas de dualisme de l'État et du droit, pas de droit naturel transcendant et supérieur au droit positif et étatique qui se devrait de le respecter, pas d'État de droit opposé à un État qui ne serait pas juridique. Tout État, même l'État bolchevique ou l'État nazi, est un État de droit, quelle que soit la finalité estimée juste ou injuste qu'il poursuive. Les formes de l'État tiennent au mode formel, au procédé, autocratique ou démocratique, de la création des normes. Le régime démocratique et le parlementarisme sont des procédures faisant participer les citoyens au pouvoir par l'élection des dirigeants et appliquant pour les choix politiques la règle de la majorité précédée par la pratique de la discussion et du compromis. La liberté démocratique réside moins dans la liberté des individus que dans celle de l'État lui-même dont ceux-ci sont les membres : elle implique, au nom du relativisme des valeurs, la reconnaissance de la liberté intellectuelle et la protection de la minorité, mais ne coïncide pas nécessairement avec l'idéologie libérale. La démocratie ne permet pas de préjuger du contenu des décisions ni de minimiser le pouvoir de domination et de contrainte, mais elle correspond à la moindre contradiction entre l'individu et l'État.

La théorie kelsénienne se veut scientifique, distincte de la philosophie sociale jugée toujours empreinte d'idéologie, mais elle n'est pas sans fondements philosophiques. Kelsen lui-même se rattache délibérément à la philosophie néo-kantienne, non pas tant à celle de l'école badoise de Windelband et Rickert qu'à celle de l'école de Marbourg illustrée par Hermann Cohen et Natorp : il en retient le criticisme et le formalisme de la théorie de la connaissance qui exclut la spéculation métaphysique en même temps qu'elle autorise la science à constituer son objet et garantit la positivité scientifique, le dualisme de l'être et du devoir-être, du *Sein* et du *Sollen*, considérés comme catégories originaires de la pensée, d'où il dégage sa distinction entre la réalité et la validité, entre la science causale qui étudie soit la nature soit la société comme le fait la sociologie, et d'autre part la science des normes caractérisée par la relation formelle d'imputation. Mais il estime être plus fidèle à ces principes méthodologiques que Kant et les néo-kantiens, dont les conceptions morales et sociales réintroduisent les idées métaphysiques de transcendance,

de justice et de droit naturel. Il veut se garder de dépasser la connaissance purement scientifique, celle de la science moderne, et s'inspirant de l'épistémologie de Mach et du cercle de Vienne, se sent attiré par l'empirisme de Hume. Cette démarche intellectuelle va de pair avec une anthropologie pessimiste qui porte la marque de Schopenhauer, comme elle existe aussi chez Freud, dont la psychologie matérialiste et l'affirmation de la nécessité de la contrainte sociale pour contenir les pulsions confirment Kelsen dans sa vision de l'homme et de la société. Sur cet arrière-fond philosophique se détache la doctrine allemande de droit public dont Kelsen s'est imprégné au cours de sa formation juridique et dont il recueille l'héritage. Les auteurs qui la représentent, Gerber, Laband, Jellinek, se réclamant du positivisme juridique, ont entrepris de constituer une science autonome des institutions juridiques de l'État moderne, de les structurer dans un ordre logique de principes et de conséquences, d'en construire une systématisation rationnelle au moyen de concepts généraux expurgés de tout jugement de valeur. Mais ces juristes publicistes font de la science juridique une science causale et ils restent les interprètes du régime de l'Empire allemand nouvellement établi. Aussi, tout en prenant leur suite, en dehors même de divergences particulières, Kelsen se situe d'emblée à un tout autre niveau.

C'est souvent par la confrontation avec les idées politiques de son temps que Kelsen précise sa propre théorie politique, et surtout par la critique qu'il fait de trois grands courants doctrinaux, dans lesquels il trouve des contradictions constituant des symptômes de leur caractère idéologique. Au marxisme il reproche d'abord sa confusion méthodologique entre l'analyse sociologique de la réalité et le recours à des postulats éthiques qui sont d'un autre ordre. Sur le fond, il dénonce l'utopie anarchisante d'un dépérissement de l'État dans la société communiste : il est impossible de concilier le dirigisme de la planification économique et l'absence d'autorité politique, d'organiser une administration des choses qui ne soit pas en même temps un gouvernement des hommes ; il est, plus profondément encore, impossible de voir dans la fin de l'exploitation économique celle de la nécessité d'une domination politique, dans l'élimination de la propriété privée capitaliste celle des passions qui sont inhérentes à la nature humaine et rendent inévitable un pouvoir de contrainte. Du reste, dans le régime soviétique, la thèse du dépérissement de l'État et du droit a fait place à celle de leur renouvellement et de leur renforcement. À l'inverse du marxisme, la pensée conservatrice, sans doute moins dogmatique, est accusée de vouloir masquer et sauvegarder les structures de la société capitaliste. Kelsen rejette la notion, imaginée par des juristes allemands comme Schmend, d'une communauté organique unifiant les individus en les intégrant dans un État substantialisé. Il polémique avec le plus brillant des théoriciens conservateurs, Carl Schmitt, dont le décisionnisme contredit le normativisme kelsénien, à l'occasion de controverses concernant l'interprétation de la Constitution allemande de Weimar de 1919 et principalement le contrôle de constitutionnalité. Pour ce qui est du libéralisme politique, l'appréciation de Kelsen est complexe : son désaccord porte, non pas sur le relativisme éthique et le pluralisme politique, sur la liberté des opinions, dont il est au contraire un fervent défenseur, mais sur le libéralisme assimilé à une doctrine essentiellement idéologique. Celle-ci, à son avis, exprime encore le point de vue d'une classe sociale et enseigne l'individualisme absolu, la prédominance des droits subjectifs et modelés sur le droit de propriété, la méfiance envers l'État tenu pour un mal nécessaire dont il faut limiter et surveiller les pouvoirs. Voilà des thèses incompatibles avec la théorie kelsénienne.



À côté de ces divers refus, il convient de prendre en compte les options positives de Kelsen. Il est favorable à une forme de socialisme, à un socialisme qualifié de libéral par certains commentateurs en raison de la présence d'éléments libéraux, mais sans éviter l'ambiguïté sur la notion de libéralisme, et qu'il est préférable de qualifier de démocratique. Kelsen, quant à lui, a toujours manifesté sa sympathie pour la social-démocratie : tout en s'abstenant par indépendance d'esprit d'y adhérer formellement, il se sent proche du parti social-démocrate ; il en apprécie, sous le marxisme de principe qu'il met évidemment de côté, le réformisme pratique, du moins dans l'aile droite du parti qui, à la différence de l'aile gauche jugée trop radicale et révolutionnaire, penche vers la modération et l'adaptation aux circonstances. À ce titre, après la première guerre mondiale, dans la république autrichienne succédant à la monarchie, il est chargé de rédiger le texte de la Constitution de 1920, puis siège pendant dix ans à la Haute Cour constitutionnelle. Il participe à des publications d'inspiration social-démocrate, auxquelles il communique son prestige de juriste reconnu en Autriche et en Allemagne. Pour lui, la social-démocratie signifie le prolongement de la démocratie politique en démocratie sociale, la synthèse d'une économie socialisée avec la garantie des libertés publiques, la confiance dans l'action parlementaire et légale de l'État pour transformer la société. Il développe des thèmes qui se retrouvent chez plusieurs théoriciens et dirigeants de la social-démocratie autrichienne, tel Renner, premier chancelier en 1918-1920 de la nouvelle république et futur président de la République en 1945, et ceux de la social-démocratie allemande, comme Kautsky, Bernstein ou d'autres encore. Il y a entre eux et Kelsen, avec des textes antérieurs ou postérieurs les uns aux autres, des confluences, des influences réciproques. Mais alors que les sociaux-démocrates se considèrent encore comme marxistes, interprètes de la pensée de Marx, Kelsen, lui, a la conscience et la volonté de critiquer le marxisme, que, du reste, les sociaux-démocrates délaissent de plus en plus. Pour échapper au régime nazi, Kelsen s'installe en 1940 aux États-Unis, dont il acquiert la nationalité : sans y avoir d'activité politique, il n'abandonne pas sa croyance en la compatibilité du socialisme et de la démocratie.

La théorie politique de Kelsen est concrètement située dans son époque tout en faisant partie intégrante de sa propre systématisation.

Jacques DAGORY

Miguel Reale, *Teoria tridimensional del derecho*, Madrid, Ed. Tecnos, 1997, trad. et introd. Angeles Mateos.

Cette édition récente de la « théorie tridimensionnelle » mérite l'attention, car elle témoigne du dynamisme de l'école réalienne en pays hispanique. L'œuvre de Reale a fait l'objet de diverses traductions en espagnol (notons celles de son *Introduction au droit*, par J. Brufau Prats, en 1976, qui a déjà reçu une dizaine d'éditions, et celle de sa *Philosophie du droit*, par A. Herreos, en 1979 – ouvrage monumental qui en est à près d'une vingtaine d'éditions à São Paulo).

Mais il s'agit ici du titre qui caractérise sans doute le mieux l'originalité du penseur brésilien dans un domaine de synthèse entre la philosophie spéculative et la théorie proprement juridique d'élaboration de la norme. De plus, ce livre est publié à l'initiative d'une jeune philosophe du droit madrilène, Angeles Mateos, qui a consacré sa thèse

remarquée de doctorat (Université Complutense) à *La Théorie des valeurs chez Miguel Reale*.

Certes, l'on peut voir dans l'auteur du « tridimensionnalisme », comme le rappelle Zdenek Koirim, le principal responsable de « l'émancipation intellectuelle » du Brésil moderne (in « L'œuvre philosophique de Reale », Ed. Univ. Salamanque, 1979 – et c'est une occasion de mentionner la parution d'*Expérience et culture* en fr. aux éd. Bière, Bordeaux, trad. G. Dell'Anna, en 1990, sous l'égide de l'Unesco).

Mais, au-delà de son importance au plan philosophique (ce qui vise surtout son « culturalisme » et son historicisme axiologique, ses références à des « invariants transcendants » de l'expérience juridique, dépassant le néo-kantisme et le positivisme sociologique), et au-delà de la valeur de son témoignage au plan pratique (au regard de ses contributions législatives et institutionnelles, suivant un cheminement tourmenté – depuis une certaine orientation trotskiste des années 30 !), l'on ne saurait méconnaître l'apport décisif de Reale à une conception de la formation et de l'interprétation des sources du droit qui unit les dimensions ontologiques et sociales : la réflexion métaphysicienne et l'analyse de sciences humaines.

Ce n'est donc pas un hasard si Angeles Mateos en fait, comme tout un mouvement avec elle, un guide sûr, même dans l'approche critique des questions scientifiques et technologiques contemporaines, qui laissent tant de juristes en désarroi, à la recherche d'une éthique comportant plus d'exigences et de rigueur intellectuelle que n'en supposent les « éthiques de la responsabilité » abandonnées à l'opinion et à l'histoire et les jeux verbaux d'un analytisme égaré dans une méthode sans objet.

Jean-Marc TRIGEAUD

Vittorio Frosini, *Saggi su Kelsen e Capograssi. Due interpretazioni del diritto*, Milan, Giuffrè, 1998.

L'auteur, titulaire d'une chaire de philosophie du droit à Rome, est bien connu par ses travaux de philosophie et de sociologie juridique sur la société technologique et informatisée (dont nous avons recensé un titre dans cette revue : 1982, p. 495 et s.), et sur les problèmes de la théorie de l'interprétation.

Il s'agit en l'occurrence de la seconde édition, dix ans après, d'un recueil de synthèse, comportant des additions sur Romano et Betti (et donc sur les aspects herméneutiques). L'on y appréciera des rapprochements suggestifs entre Kelsen et divers auteurs (outre Capograssi) en des registres variés : de Dante à Freud. L'on s'y instruira sur l'ancienneté et la richesse d'une littérature critique du kelsénianisme en Italie, qui pourrait n'avoir pour équivalent que ce que les pays hispaniques ont publié sur ce plan depuis plus d'une soixantaine d'années : mais la bibliothèque entière sur un tel sujet semble totalement ignorée à l'heure où l'on croit pouvoir s'improviser dans le commentaire ici ou là, en langue anglaise ou française, des textes de Kelsen (en feignant d'en oublier également les graves utilisations historiques et politiques, qui remontent aux années d'avant-guerre).

La confrontation avec Freud laisse cependant sur une déception, puisque les options de Kelsen (dont l'article sur l'amour a fait date) seront de franche rupture avec tout *eros* (et donc tout *muthos*) dans la préférence, même si c'est à regret, pour le *kratos* bourgeois

et pour son formalisme. Il n'est guère possible d'imaginer à ce compte que celui qui était l'ami de Freud ait pu suivre ce dernier dans ses passions archéologiques et ses aventures italiennes qui le conduisaient chez quelque antiquaire en plein Vatican (comp. à cet égard le récit émouvant et révélateur d'Edmund Engelman, *Berggasse 19 – Wien*, Ed. Seuil).

Un développement particulièrement intéressant est à relever sur la portée du concept de souveraineté chez Kelsen, – ce qui permet rétrospectivement de mieux situer sans doute la pensée de C. Schmitt.

Mais ce sont les passages consacrés à Giuseppe Capograssi (très étudié en Italie : voir encore Mario D'Addio, Francesco Mercadante...) qui devraient le plus susciter la curiosité du lecteur français, Capograssi étant une figure de ce siècle encore à découvrir chez nous. Philosophe formé à l'idéalisme néo-hégélien, dans la tradition transalpine la plus classique, Capograssi s'est préoccupé d'un dépassement de tout idéalisme, accusé de réductionnisme abstrait et de formalisme, afin de retrouver l'existence et le concret : d'où l'intérêt de sa réflexion sur la notion d'« expérience » comme « acte » de l'esprit (à la structure de laquelle Frosini consacre un chapitre entier et qu'il faut dissocier de ce que Gentile comprend sous ce mot dans son « actualisme » de type hégélien) ; d'où son attachement au droit, dans lequel il perçoit l'expérience la plus complète, la « pratique » de l'esprit la plus achevée, de sorte qu'il pourrait suffire, pour remettre la philosophie sur le chemin de la vérité, de reprendre, d'analyser et d'explicitier à fond l'expérience intégrale du droit : le projet capograssien est de « désimpliquer » la philosophie du droit en la présentant comme le développement nécessaire et interne du droit lui-même qui en révèle la « cause première ».

Vibrante, et rythmée, en hommage à l'art du droit, mais conduite par un dialecticien puissamment spéculatif et habitué au conceptualisme idéaliste, l'œuvre originale de Capograssi, assume sans cesse le souci de la réalité sociale, et elle paraît influencée par le style de Péguy (jusqu'à un certain mysticisme, d'ailleurs). La comparaison avec Kelsen prend d'autant plus de relief, marquant un parallélisme des sources et des évolutions intellectuelles opposées. Mais les responsabilités prises permettent un autre approfondissement inattendu de l'analogie, puisque, de même que Kelsen fut membre de la Cour Suprême autrichienne, pour connaître ensuite le sort tragique de l'exil, ce qui lui fut une occasion de refonte internationaliste de sa pensée (à la veille de la création de l'ONU), le destin pour le moins surprenant de Capograssi fut d'appartenir à la Cour Suprême italienne en 1955, charge qu'il n'accepta qu'en prenant le conseil de l'Ordre rosminien – l'année même de l'anniversaire de la mort de Rosmini, dont la philosophie tout à la fin le fascinait, et dont la vision constitutionnaliste et européanisante l'enthousiasmait ; il y déploya aussitôt quelque énergie, mais à la manière discrète d'un philosophe absolu dans sa réflexion : de celui, même si cela paraît anecdotique, dont il ne fut guère possible de trouver une seule photo à publier dans la presse lors de sa disparition l'année même qui suivit.

Jean-Marc TRIGEAUD

Maria Gabriella Esposito, *Diritto e vita. La lezione di Capograssi*, Milan, Giuffrè, 1997.

Divers articles ont été réunis dans ce livre, composés et publiés, sous la stimulation des auteurs précédents (D'Addio, Frosini, Mercadante...), et qui sont particulièrement éclairants sur des thèmes originaux : qu'il s'agisse du rapport critique de Capograssi avec certains auteurs historiques (v.g. : Hobbes, jusnaturalistes, théoriciens de l'interprétation...), ou de son approche de questions variées (l'initiation ou l'apprentissage de la réflexion philosophique chez le jeune juriste, libéré des carcans idéologiques ou d'opinion ; la laïcité de l'État ; la guerre et la paix ; la personne et l'individu ; la justice et le rôle des tribunaux ; le droit et l'économie ; la littérature et la religion sous l'angle juridique).

L'idée de « vie » semble indiquer la ligne de force de tous ces essais, démontrant la sensibilité augustinienne, pascalienne, léopardienne, d'un auteur tourmenté par les contradictions de la philosophie et de l'histoire, hanté par le dépassement de l'idéalisme comme par le spectacle de l'holocauste, ou par la domination des techniques formelles qui nuisent à la relation d'immédiateté de l'homme avec lui-même, avec son esprit à retrouver dans sa source pure, et avec le monde, avec les réalités sociales comme avec celles de la souffrance et de la mort ; ce que Capograssi nomme le rapport « de la vie à la vie ».

Dans le prolongement de la vie, se trouve l'action. Non comme simple « faire l'histoire » au sens où l'entendait Vico (repris par Habermas) ou comme simple *praxis*, dans une acception marxiste. L'action paraît attester, jusque dans le travail du juriste et du politique, le besoin *d'objectivation et d'universalisation* de l'esprit, mû par une exigence avant tout *éthique* (ce qui subordonne d'emblée l'économique, contrairement au néo-libéralisme fasciste).

Mais, en même temps, l'action prend un aspect toujours *individuel* qui la fait en quelque sorte descendre dans ces profondeurs de l'existence qui font basculer de leur piédestal les jusnaturalismes de la raison. Le discours de Capograssi possède à cet égard des résonances qui le rattacherait à Arendt, et qui montrent le parallélisme de l'influence philosophique d'un Jaspers. L'on peut uniquement regretter le peu de cas qui en a été fait au plan bibliographique en comparaison de ces auteurs mieux divulgués.

L'« action vivante » traverse l'expérience qui l'éprouve et la révèle : elle reflète cette capacité qu'a la personne d'opposer son témoignage de la valeur *comme sa volonté de recréer plus fortement encore ce qui a été détruit*. C'est ainsi que des expériences les pires de la douleur et de l'injustice (l'histoire même de l'Italie n'a-t-elle pas souvent tourné au cauchemar sanglant ?) renaissent sans cesse des actions individuelles pures, radicalement solitaires, et reconstructrices, signe de l'impérissabilité de la « vraie vie » ou de la *vita attiva* : de la force ou vertu de justice au cœur de l'homme meurtri.

Jean-Marc TRIGEAUD

René Quan Yan Chui, *La pensée juridique ou le droit et son enseignement selon Léon Husson*, PUAM, 1998, 136 p.

Philosophe de formation tôt passionné par le droit, Léon Husson, professeur à la Faculté des Lettres de Lyon, a longtemps été le collaborateur des *Archives*. C'est de son œuvre juridique, dispersée en une trentaine d'articles, que René Quan Yan Chui se propose ici de rendre compte. L'interdisciplinarité exigeante cultivée par Léon Husson et la diversité des sujets abordés par ses écrits rendait cette tâche bien délicate. Mais, sans tomber dans le piège des synthèses réductrices, l'ouvrage réussit la gageure de réorganiser cette pensée sans en entamer le dynamisme. Le plan y est pour beaucoup, qui s'articule judicieusement autour des trois thèmes du « Droit en général », de « la science du Droit » et du « Droit et son expérience ».

Attaché à dégager la rationalité du droit, Léon Husson a toujours été très respectueux de la réalité du phénomène juridique. Si le droit se place à la confluence d'un « ordre de causes réalisées dans la nature et dans l'histoire » et d'un « ordre de raisons pensées par l'esprit », son étude ne doit pas se limiter à l'une des deux approches. C'est là le risque d'une certaine sociologie ne considérant que les causes ou, à l'inverse, de l'attitude des juristes traitant le droit comme une œuvre de pensée explicable par des raisons. Pour Léon Husson, l'articulation des raisons aux causes s'opère dans la « pensée des hommes qui revendiquent, élaborent ou appliquent le Droit ». De l'observation d'une « pensée juridique » née de l'expérience du droit spontané, il faut ensuite s'élever à un niveau supérieur de réflexion.

C'est à la science juridique, « conscience réfléchie du Droit », qu'il revient d'organiser méthodiquement la réflexion juridique. Cette élaboration rationnelle attendue du juriste exige l'assimilation de « l'acquis culturel » d'un droit fondé sur des croyances. Mais cette rationalisation participe directement de la pensée juridique, dont elle n'est que l'expression la plus haute. À la différence des sciences dites « positives », la science juridique s'intègre ainsi à son objet.

L'intérêt porté par Léon Husson à la théorie de l'argumentation de Perelman est la conséquence logique de cette spécificité de la science juridique. Il partage avec le logicien belge cette conviction qu'« on ne peut espérer formaliser ni même axiomatiser le Droit, et même pas lui donner une structure déductive rigoureuse ». Mais, précise-t-il immédiatement, cela n'implique « aucunement que la science du Droit ne saurait prendre une forme rationnelle ». Cette conception nuancée, opposée à une rationalité sèche, est profondément révélatrice d'une philosophie générale que l'on retrouve par ailleurs dans son idée d'une « systématique » du droit. Le respect des choses et la prise en considération des processus de compensation y sont présentés comme correctifs à la systématisation matérielle, trop statique, d'un Dabin ou au formalisme kelsénien, dédaigneux des sources réelles. Le caractère sociologique de ces développements est nettement affirmé. Mais, et l'auteur a su le faire clairement ressortir, chez Léon Husson, le sociologue et le juriste sont en constant dialogue avec le philosophe.

C'est sur la question des valeurs qui, avec la réalité empirique du donné juridique sont un des deux pôles de la science du droit, que cette attitude est la plus sensible. Très

intéressés à ce problème, les sociologues y ont apporté des réponses souvent divergentes. Ainsi, Durkheim considère les jugements de valeur comme objets de science. À l'inverse, si la sociologie de Max Weber leur attribue un rôle essentiel, son inspiration néo-kantienne l'amène à renvoyer leur choix dans le champ de la libre subjectivité.

Pour Husson, il s'agit de dépasser ces deux approches. La recherche sur les valeurs ne relève pas de la science juridique mais de la philosophie du droit, seule capable d'en entreprendre un examen rationnel. Pour autant, il s'oppose fermement à ce qu'une philosophie de la connaissance prétende modeler un droit suivant de seules exigences *a priori*. Si la constitution des normes doit s'appuyer sur une lecture « de l'expérience à travers la grille d'un système de valeurs », ces valeurs auront elles-mêmes été révélées par les fins du droit. On pourra ici regretter que l'auteur ait négligé l'étude globale de l'œuvre philosophique de Léon Husson. Une rapide présentation de ses influences aurait déjà été d'un très grand bénéfice.

L'analyse du philosophe lyonnais se ressent en effet remarquablement de la pensée de son maître Jacques Chevalier. Dans l'introduction à son *Histoire de la pensée*, ce dernier présentait l'histoire de la pensée humaine comme nous découvrant, « par-delà les causes, les raisons », « derrière les symboles, les occasions, les instruments, les choses elles-mêmes dans leur réalité vraie », « derrière les concepts humains, les idées divines à l'œuvre dans le monde » et enseignant « l'usage de la liberté par la soumission à l'ordre ». On voit tout ce dont peut lui être redevable la notion de « pensée juridique », chère à son disciple. Mais Chevalier lui aura surtout transmis son indéfectible passion pour l'œuvre de Bergson. De plus, comme l'avait fait son maître, alors en précurseur, Léon Husson adopte une certaine approche aristotélico-thomiste, qui aurait été celle du grand auteur de *La pensée et le mouvant*.

Du Stagirite, il retient la définition de la nature d'un être vivant comme « puissance de développement orientée », enveloppant « certaines virtualités » et en excluant d'autres. Quant aux travaux de Bergson, ils lui ont enseigné qu'à la différence des lois physiques du monde inerte, « les lois de la vie n'expriment pas des nécessités de fait se réalisant immanquablement, mais les conditions auxquelles, en vertu de ces nécessités, se trouvent subordonnés la durée et le développement de l'être qui les subit ».

De ces lectures, il ressort que, être capable de connaissance, l'homme est véritablement appelé à découvrir, dans une structure du monde qu'il n'est pas maître de changer, les valeurs primordiales susceptibles d'assurer son épanouissement. Être libre, il demeure certes toujours exposé à gâcher ses chances. Mais cette dimension tragique ne confère que plus d'importance à un droit « inscrit dans l'intervalle qui sépare la vocation de l'homme dont il est l'instrument de ce destin de l'homme auquel il tente de nous arracher ». Ainsi, l'homme n'est pas inexorablement soumis à son *fatum*. Il ne suit pas une route tracée d'avance, mais l'adapte en fonction de ses objectifs et des difficultés du réel. La valeur, véritable appel de l'Être à l'existence, ne peut elle-même forcer sa liberté. Et la capacité d'initiative dont l'homme fait ici preuve autorise à relier la diversité des droits positifs à l'existence de principes généraux du droit.

C'est au philosophe qu'il appartient de découvrir, derrière *le devoir-être relatif* impliqué par les règles juridiques, un *devoir-être absolu* fondé sur l'*être* de la nature humaine. C'est le même *être* que l'on retrouve visé par le droit naturel, ce « donné normatif » expression de « l'essence de l'être humain, dont il définit les conditions de réalisation ». Mais, induits de droits positifs qu'ils « portent », les principes généraux constitutifs du droit naturel sont eux-mêmes « appelés à être retouchés au fur et à mesure que leur expérience des Droits existants s'étend ». Aussi peut-on dire que, pour Léon Husson, le donné du droit naturel demeure fondamentalement respectueux d'une essence dont les divers modes de réalisation sont toujours à redécouvrir dans son existence.

Devant l'imbrication complexe du construit et du donné, la philosophie ne peut se contenter d'un travail de systématisation des valeurs. Si elle conserve l'ambition de corriger efficacement le droit, il lui faut pénétrer le processus de la dégradation de l'idée générale en un *devoir-faire* contingent à la réalité empirique. Mais il ne sera donné aux philosophes d'accéder au « salon de la philosophie du Droit » que lorsqu'ils auront accepté de passer par « la cuisine de la pratique judiciaire » et d'intégrer les enseignements du droit.

Ces développements trop rapides de la pensée de Léon Husson laissent cependant deviner une grande subtilité et un long mûrissement. Le mérite de René Quan Yan Chui est d'avoir su transmettre ces qualités dans le cadre resserré de son ouvrage. L'auteur a su retourner cette contrainte à son bénéfice en évitant les exégèses superflues et en confrontant directement le lecteur aux écrits de Husson. Et s'il ne revenait pas à cette étude de s'intéresser à l'ensemble de son œuvre, elle aura cependant atteint son but en nous incitant à la redécouvrir.

Vincent GUÉRIN

#### B. — Philosophie et théorie du droit

Sergio Cotta, *Le droit dans l'existence, Élément d'une ontophénoménologie juridique*, trad. Emmanuel Rocher, éd. Brière, 1996.

M. Jean-Marc Trigeaud avait, dans le numéro 31 des *Archives de philosophie du droit* (1986, p. 406 s.), commenté l'important essai de M. Sergio Cotta. Il avait bien montré l'importance essentielle de la démarche constructive de l'auteur permettant à celui-ci d'échapper au normativisme formaliste de Kelsen et au réalisme factualiste américano-scandinave, s'élevant contre le « non-cognitivism éthique actuel ». On recommandera en conséquence la parution de cet ouvrage en traduction française.

François TERRÉ

Bruno Oppetit, *Droit et modernité*, PUF « Doctrine juridique », 1998, 299 p.

Menant contre la maladie un courageux combat, Bruno Oppetit aura sacrifié ses dernières forces à la poursuite d'une œuvre déjà considérable, afin de faire profiter plus largement encore juristes et philosophes de son immense savoir et de la hauteur de sa réflexion. Travaillant sans relâche, il parvint ainsi au cours des derniers mois de sa vie à réunir certains de ses travaux précédemment publiés, enrichis de réflexions nouvelles (*Essai sur la codification*, PUF, 1998 ; *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998 ; *Droit et modernité*, PUF, 1998) et à achever de surcroît la rédaction d'un Précis de *Philosophie du droit* (Dalloz, 1999). C'est donc avec un double sentiment de tristesse et de reconnaissance que l'on se doit de signaler aux lecteurs des *Archives* la parution de *Droit et modernité*, dont Bruno Oppetit n'aura malheureusement vu que les épreuves.

Inaugurant – on ne peut mieux – la collection *Doctrines juridiques*, l'ouvrage propose « de décrire les tendances, considérées à travers certaines des manifestations les plus caractéristiques de la vie juridique, d'une société gagnée à la modernité et saisie par le doute » (Préface, p. 1). C'est, à travers ces propos liminaires, l'auteur tout entier qui se dévoile : modestie du discours, tant il est vrai que la réflexion proposée dépasse singulièrement la simple description annoncée ; connaissance sans faille de la matière juridique, dont les techniques parfaitement maîtrisées stimulent la pensée sans jamais l'asservir ; aptitude assez rarement égalée à saisir dès leur apparition même des phénomènes nouveaux, d'en mesurer les implications diverses, les causes et les conséquences, d'en déceler les contradictions ; volonté affirmée de placer la réflexion au niveau le plus haut de la pensée juridique, sous l'angle de la théorie générale ou de la philosophie du droit.

Dans cette perspective, l'ouvrage s'ouvre sur la présentation d'une modernité en crise dont le droit offre de surcroît une vision contrastée. De là naissent sans doute les tensions, les incertitudes, les contradictions même qui traversent le système juridique et dont l'auteur, au fil d'une observation attentive entreprend l'analyse. Tel est le cas de ces tendances contraires, magistralement décrites, où coexistent l'image d'un droit strict, autoritaire, fortement hiérarchisé et celle d'un droit mou, flexible, relatif même ; où, en marge du modèle étatique et bureaucratique de production des normes juridiques se manifeste une sorte de renouveau du droit spontané ; où face à l'émiettement des règles, un mouvement de réunification du droit se fait jour... Droit interne, droit européen, mais surtout droit international illustrent le propos par des thèmes choisis : l'illicite, la corruption, la *lex mercatoria*, les principes généraux... Parallèlement, d'autres incertitudes sont mises en lumière aussi bien sur le sens de l'évolution du système (développement et déclin du droit, tendances régressives) que sur le contenu des règles, imposant de déployer toutes les ressources qu'offre l'herméneutique juridique pour découvrir le sens du droit. On signalera tout particulièrement aux lecteurs des *Archives* les pages consacrées à la question de savoir si le concept de développement s'applique au droit (p. 95 et s.) ou à la découverte du sens en droit positif (p. 129) ; d'autres leur sont déjà connues, publiées ici même, sur les relations entre droit et économie, droit et art, pour témoigner d'une certaine primauté des valeurs matérielles, au détriment d'objectifs supérieurs et permanents. Sombre tableau, s'il n'était là aussi nuancé : l'impression créée par ces traits dominants du droit moderne est en effet tempérée par des courants transversaux qui, de la tentation du droit naturel (v. la belle galerie de portraits consacrée à ces juristes philosophes que furent Portalis, Gény et Motulsky) aux phénomènes



d'internormativité (l'éthique, l'honneur) révèlent que le seul positivisme juridique ne saurait malgré tout suffire à rendre compte de notre système juridique et de l'action des juristes.

À cette sommaire présentation, on aura du moins compris qu'on ne résume pas un tel livre. Précisons de surcroît que même pour les lecteurs familiers de la pensée de l'auteur, la réunion de certaines pages déjà publiées dans ce projet d'ensemble les fait redécouvrir : les écrits seuls étaient dispersés, non pas la réflexion d'une rare cohérence. De celle-ci nous ne bénéficierons plus désormais. Ce n'est pas seulement à ses nombreux amis que Bruno Oppetit manque déjà.

Dominique BUREAU

Jean-Luc Petit, *Solipsisme et intersubjectivité*, Paris, Cerf, 1996.

Une quinzaine de leçons sur Husserl et Wittgenstein, ont été recueillies dans cet ouvrage d'une écriture claire et ferme, scrupuleux et nuancé, qui posent à leur manière, quoique très indirectement, le problème de la fondation d'un ordre de coexistence politique et juridique, dans la double perspective de la phénoménologie et de l'analytisme saisis à leur source : parce qu'ils posent le problème du passage du « je » à « l'autre », de l'isolement à la société, et à possibilité de la structuration de celle-ci.

Un regret seulement : qu'il ne soit guère fait de place, en comparaison, à la pensée du phénoménologisme ontologique de la « convivencia » d'Ortega y Gasset, dont le vitalisme de l'être et de la valeur conduit à une conception originale du droit, comme « première expression » du sujet personnel, qualifié de *res existens* et « se relationnant » aux autres, – puisqu'avant de la développer dans son exil au Mexique, Ortega enseigna cette même conception dans les universités allemandes des années 20, en réaction au néo-idéalisme husserlien (l'enseignement de Heidegger sur des thèmes proches lui est postérieur ; voir sur la « relation » chez Ortega, l'article de Mme Emmanuelle Berthaud publié dans cette revue, t. 40, p. 328 et s.).

Certes, comme le démontre M. Petit, un véritable *solipsisme* est avéré chez Husserl et Wittgenstein, et dans les deux mouvements qu'ils inaugurent. Mais il ne fait pas obstacle à la formation d'un droit, étayé sur des concepts précisément relationnels et intersubjectifs, bien au contraire. Cependant, le droit en tant que *monde objectif* unissant les sujets entre eux, procède toujours d'une *intersubjectivité* qui se noue dans la *transcendentalité* issue du sujet lui-même : *c'est dire qu'il est transcendentalement établi à partir de cette subjectivité*. Et c'est donc aussitôt l'idéalisme qui s'y glisse, en dépit des prétendus dépassements, ou des positions relativistes affichées parfois avec une passion interrogatrice (carnets de Wittgenstein). À cause de cet idéalisme, le droit subit les limites de tout enfermement rationaliste : s'il a besoin de recourir au « Même », il en demeure prisonnier ; car le traitement qu'il réserve au « Même » aboutit à nier « l'Autre » en dehors de sa grille (ce qui se retrouve dans le discours sur « l'égalité des chances ») ; en réalité, « l'Autre » est défini comme étant le « Même », et le sens de ce « Même » va jusqu'à dépendre, dans l'analytisme, d'un acte de langage qui est « donateur » d'une intelligibilité toujours partielle ou individuelle.

La critique husserlienne des bases de l'idéalisme cartésien, du *cogito* lui-même, n'empêche pas un solipsisme transcendantal de se reconstituer, le moi se ramenant à

l'acte de la connaissance qui désigne tout l'être. Si les notions d'*in-der-Welt-sein* et de rapport de solidarité avec l'expérience de l'univers et des « objets » semblent promettre l'épanouissement du sujet dans le « monde de la vie » (*Lebenswelt*), ces notions restent suspendues à celle d'intersubjectivité ; or l'*intersubjectivité* ne traduit que la relation à mon semblable, et elle suppose exclusivement ce que je pense de moi-même afin de pouvoir penser l'autre d'après cette pensée. N'y change rien le recours à l'« empathie » (à l'*Einfühlung* – qui a toutefois permis de débarrasser les études d'esthétique de la justice, au début du siècle, d'un excès de formalisme kantien ; comp. Hartmann, Rümelin, Radbruch...).

Quant à la critique wittgensteinnienne de tout « sens », réduit à un état sans cesse contingent qui nous met en lien avec des objets dont la consistance s'évanouit dès que nous tentons de les universaliser, elle débouche sur un solipsisme plus radical encore ; le « je » s'est individualisé empiriquement dans un acte de connaissance dont la forme uniquement subsiste et est généralisable. L'intersubjectivité fait à nouveau illusion, en suscitant non plus un monde dans sa structure substantielle, mais une simple « forme de la vie » (*Lebensform*) ; la seule réalité, communicationnelle il est vrai, y devient la *langage*, et la seule *coexistence* à y envisager est celle de la superposition et de l'accord des langages, et d'autant de langages qu'il y a d'individus, autrement dit de subjectivités, ou de « croyances » comme l'enseigne Russel : bref, d'états qui se succèdent. *Le langage de l'ensemble de ces langages* s'élabore en une « forme » de synthèse dont l'interprétation, ou plutôt l'herméneutique, est juridiquement à exploiter, et qui tend à refléter une communauté instantanée, toujours mobile et éphémère, de conventions et de pratiques, en entretenant une fiction provisoire d'unité et donc de paix.

Dans les deux cas, chez Husserl et chez Wittgenstein, qui, à des degrés différents, font le procès de la métaphysique, le sens de l'existence personnelle concrète pourrait s'être tragiquement perdu, la personne retrouvant cette « existence d'ombre » dont parlait Scheler – ce qui laisse le champ à tous les orgueils d'une pensée de l'être pur de type heideggérien, et permet toutes les manipulations qui ont l'alibi de la technique. *L'altérité* qui est soustraite à une expérience sensible vire à la *ressemblance* que la raison perçoit. L'on comprend donc mieux pourquoi une culture imbue des deux courants à la fois, mais surtout aujourd'hui du dernier, a été portée par les élans de *l'intentionnalité* ou du mouvement proversif de la conscience, mais s'est en même temps laissée ébranler par la découverte que ce mouvement pouvait en arriver à dissoudre toute possibilité même d'un objet stable à saisir dans l'être. C'est l'origine de son impuissance à s'attaquer aux causes des horreurs contemporaines, en encourageant la passivité du droit : comment affronter l'expérience des intolérances concrètement subies alors que le « monde de la vie » et la « forme de la vie » peuvent les protéger sans les voir ? « La douleur que je sens est la seule réelle », affirme Wittgenstein. Tout ressentiment soi-disant moral face à l'injustice en raison même de laquelle il se trouve qu'il y a un droit, destiné à y répondre, s'enferme tout autant et irrémédiablement dans une subjectivité hors de prise, le seul point ultime qu'il est donné à la raison d'enregistrer comme une certitude.

Jean-Marc TRIGEAUD

Mariachiara Tallachini, *Diritto per la natura, Ecologia e filosofia del diritto*, éd. Giapichelli Editore, Turin, 1996.

Quel mot plus polysémique que celui de nature ! Toute l'histoire de la philosophie du droit peut, d'une certaine manière, être ordonnée sur le passage d'un sens à un autre, à commencer par le droit naturel classique pour passer au droit naturel moderne. En suivant le fil des siècles, on voit bien que la nature du monde n'est pas la nature de l'homme et que celle-ci s'est volontiers effacée devant la nature des choses. Il n'en est que plus intéressant de s'interroger à partir des développements contemporains de l'écologie. Tâche délicate, car l'horizon est brouillé par quantité de considérations politiciennes qui polluent la réflexion. Si l'on dépasse ces vains discours, on voit s'affirmer l'intérêt d'une approche renouvelée en termes originaux par rapport à l'esthétique ou à la philosophie politique. C'est pour cette raison principale que le livre de Mariachiara Tallachini mérite une particulière attention. L'auteur y montre comment l'écologie entretient des rapports éclairants avec la philosophie du droit. La philosophie de l'écologie – l'« écophilosophie » – la plus significative entraîne nécessairement un changement des plus notables sur le terrain tant de l'épistémologie que de l'éthique. L'orientation de la pensée consiste à envisager nécessairement la nature non comme un objet de droit, mais comme un partenaire dans une relation créative. Il en résulte de multiples conséquences dans les divers secteurs du savoir, tout spécialement quant au rôle de la juridicité dans la crise écologique. D'où de multiples questions posées en droit de l'environnement et des interrogations fondamentales sur certains concepts traditionnels souvent nés avec les temps modernes, tel celui de droit subjectif. Voilà posé une sorte de manifestation d'un éternel retour, comme si l'on en revenait à une observation, de type aristotélicien, du devoir-être dans l'être de la nature. Mme Mariachiara Tallachini présente, dans cette matière si périlleuse, une étude de grande qualité.

François TERRÉ

- (1) Baecker, Dirk, ed., *Kalkül der Form*, Francfort, 1993, Suhrkamp.
- (2) Baecker, Dirk, ed., *Probleme der Form*, Francfort, 1993, Suhrkamp.
- (3) Luhmann, N., Maturana, H., Namiki, M., Redder, V., Varela, F., coaut., *Beobachter : Konvergenz der Erkenntnistheorien*, (2 éd.) Munich, 1992 (1e éd. 1990), Wilhelm Fink.

Une recension groupée des trois ouvrages semble recommandable. En effet, les deux premiers ont pour objet la « logique de la forme » de Spencer Brown et sont conçus dès le départ comme deux ouvrages parallèles. Le troisième prolonge la problématique de la paradoxité de la « forme » brownienne en la confrontant aux théories de l'autopoïèse.

(1) *Kalkül der Form* (Calcul de la forme) rassemble les contributions de sociologues, anthropologues, psychiatres, linguistes, épistémologues et philosophes attentifs à la proposition d'une « logique de la forme » faite à la fin des années soixante par George Spencer Brown<sup>1</sup>. L'originalité du travail de Spencer Brown est telle qu'elle a dérouté la

<sup>1</sup> George Spencer Brown, *Laws of Form*, (2e éd.) New York, 1977.

majorité de ses collègues (mathématiciens et logiciens). Curieusement, ce sont les sciences humaines et l'épistémologie qui se sont montrées réceptives à une logique qui prétend surmonter les paradoxes classiques (du menteur), simplifier à l'extrême la logique moderne (deux axiomes, pas de différence entre opérande et opérateur, un seul foncteur) et rendre sa mathématisation expansive superflue (lois de condensation de toutes les expressions logico-mathématique à un seul signe). Les « *Laws of Form* » de Spencer Brown sont un petit livre de 140 pages d'une extrême densité. Passionnément lu par les cybernéticiens et les théoriciens des systèmes, il a eu une influence décisive sur une sociologie comme celle de Luhmann ou une épistémologie comme le constructivisme radical. L'ouvrage dirigé par Baecker – lui-même sociologue issu de l'école de Bielefeld et auteur d'une sociologie systémiste de l'économie<sup>1</sup> – fait fonction d'un guide de lecture à un ouvrage dont l'accès est quasi impraticable pour le non-initié.

Ainsi la contribution de Fritz Simon – qui s'inspire de la logique brownienne pour concevoir l'agir psychothérapeutique – est simple dans sa disposition (un compte-rendu du contenu des *Laws of Form*) et tout à fait adaptée, dans sa clarté, à introduire à cette logique. Un caractère introductoire un peu plus exigeant, mais tout aussi instructif – clarifiant au passage quelques subtilités, entre autres linguistiques, du texte de Spencer Brown – est la contribution de M. Varga v. Kibéd et R. Matzka. Elle a le mérite de bien mettre en évidence le caractère « protologique » de l'approche brownienne – une sorte d'émergence de la logique à partir des intuitions et des orientations dans le monde les plus simples. Lumineuse se révèle la contribution d'E. Esposito<sup>2</sup> qui, dans sa concision, évacue toutes les ambiguïtés des rapports entre la logique brownienne et la néocybernétique qui en fut le récepteur essentiel. Son travail est une démonstration des limites de cette logique qui certes fascine, mais dont il faut reconnaître, par une étude sérieuse de son texte logico-mathématique lui-même, qu'elle ne fait que pointer dans la direction d'une logique de la complexité sans en réaliser le programme. La célèbre figure du « *re-entry* », tant discutée dans toutes sortes d'approches de la paradoxité immanente aux savoirs scientifiques, est ramenée à ce qu'elle est, à savoir à un renvoi à la possibilité structurelle d'ordres d'observations plus efficaces. La mise en évidence d'une correspondance exacte entre les langages informatiques travaillant couramment avec des grandeurs imaginaires correspondant à la non-identité d'un objet avec lui-même d'une part, et la grandeur infinie provenant du « *re-entry* » chez Spencer Brown, est tout aussi intéressante. La contribution est une leçon d'herméneutique exigeante : elle enseigne une certaine abstinence face aux tentations de spéculation induites par la grande prégnance, et parfois l'étrangeté, des définitions nominales ainsi que des parties textuelles commentant le calcul algébrique brownien et parcimonieusement distribuées dans son exposé. Intéressant est également le travail de K. Junge, qui tente un rapprochement entre la figure du « *re-entry* » avec la médiologie néocybernétique. Ce rapprochement est surtout instructif quant aux limitations topologiques et temporelles de l'opération d'in-formation. Junge montre qu'une telle application de la forme à elle-même suppose des interruptions temporelles et spatiales correspondant à la nécessité d'une régénération du médium – contraintes bien connues du génie informatique qui pour élaborer des mémoires doit

<sup>1</sup> *Information und Risiko in der Marktwirtschaft*, Francfort, 1988.

<sup>2</sup> Auteur d'un *L'operazione di osservazione : Costruttivismo e teoria dei sistemi sociali*, Angeli, 1992.

coupler des (Nor-gates de) transistors de manière à raccourcir le plus possible les délais temporels nécessaires à la reconstitution de la réceptivité du médium. Le style heideggerisant de la contribution de Kaehre ne se justifie pas. La greffe d'une célébration du mystère du sans raison sur la logique brownienne est précisément une dérive typique de celles auxquelles une théorie aussi originale peut inviter<sup>1</sup>. Le risque est de noyer cette logique sous un « sur-projet » philosophique et de lui faire dire bien plus qu'il n'est sensé, pour elle, de dire.

Quant à Luhmann, il revient dans son texte « La paradoxe de la forme » sur un leitmotiv de son œuvre qu'est le thème de la paradoxité de toute observation, c'est-à-dire de l'impossibilité pour tout observateur de s'assurer de la légitimité ou de la « fondabilité » de son propre site – toute tentative de le faire créant un nouvel observateur à un niveau supérieur pour lequel le paradoxe se répète. Cette paradoxité n'est pas une contradiction logique, mais une impossibilité de totaliser une observation du monde qui serait alors une vision du monde et la vision de cette vision même (observation et observation de l'observation). Cette paradoxité est loin de bloquer le fonctionnement ou l'opération de la communication humaine, elle en est plutôt une condition. En effet, le paradoxe « se déploie » (*entfaltet sich*), distribue ses moments non totalisables sur des dimensions spécifiques et élude ainsi le blocage des esquisses de sens dans le monde. Luhmann distingue trois dimensions de « déparadoxisation » de l'autoobservation du monde : 1. la praxis comme dimension de l'observation elle-même qui n'est pas une proposition ou une représentation théorique, mais tout simplement l'accomplissement d'une injonction – l'observation du monde fait partie d'une vie actuelle dans le monde qui nous enjoint d'y projeter du sens ; 2. le temps (suivant en cela Spencer Brown et sa conception de la temporalisation comme déploiement du « *re-entry* ») permet la successivité des opérations d'observation et élude l'impossible jonction ou la fusion de l'observation avec ses propres présupposés ; 3. la communication sociale dans la mesure où elle renvoie toutes les observations à leurs sites respectifs, les organise en systèmes et leur ouvre une carrière indéfinie d'apprentissage. Si l'on évite ainsi le blocage du sens par sa paradoxité, l'on ne peut cependant susciter l'espoir d'une conciliation ou d'une totalisation des observations du monde en un site donné. « À chacun de voir comment s'en tirer dans les circonstances qui sont les siennes » (209). Ni la science ni la rhétorique (du paradoxe qui fut celle du XVI<sup>e</sup> siècle qui l'utilisait comme stimulant culturel) ne peuvent nous tirer d'affaire. La vitalité surprenante de la religion en cette fin de siècle suggère une affinité entre foi et paradoxe.

L'intérêt du volume est sans conteste. En rassemblant des contributions assez courtes et de caractère, pour la plupart, explicatif, il éclaire tant le projet général de la logique brownienne que certains de ses aspects les plus controversés.

(2) Les contributions de *Probleme der Form* sont dans leur propos différentes de celles de *Kalkül der Form*. S'il s'est agi dans ce dernier ouvrage d'expliquer, de commenter et d'ouvrir à la compréhension de la logique brownienne dans des études dont la référé-

<sup>1</sup> Kaehre ne relève pas par contre l'isomorphie, évidente, de certaines figures paradoxiques chez Spencer Brown et Heidegger – par exemple celle, chez ce dernier, de l'inatteignabilité du verbe de l'être dans l'étant, de même que n'est pas atteignable, chez Spencer Brown, une appréhension simultanée de la distinction et du distinguer qui la fonde.

rence reste principalement le texte de *Laws of Form*, la perspective du premier est surtout celle de l'impact et des possibles usages de cette logique dans les sciences sociales. Il faut donc se mettre sur les traces de N. Luhmann qui fut le premier à faire un usage aussi intensif et aussi central de cette logique en sociologie.

La contribution de David Roberts revient sur deux approches systémistes de la littérature – directement influencées par la sémantique historique luhmannienne – et met en évidence, en s'appuyant sur la théorie luhmannienne de l'art moderne, le rôle joué par le roman dès le XVIII<sup>e</sup> siècle dans l'autonomisation du système littéraire. Ce n'est plus le monde qui donne à l'avance à la littérature son antiterme réel, mais c'est à l'intérieur de celle-ci et dans le cadre d'une fictionnalisation désormais sans référence en dehors d'elle-même, que se trace désormais la frontière entre illusion littéraire et réalité.

Ce sont de telles intégrations de la compétence, du pouvoir et de la légitimité du distinguer à un seul des termes de la distinction que la figure brownienne du « *re-entry* » permet d'éclairer. De telles intégrations sont caractéristiques de notre modernité et de l'absence de fondement de ses ordres axiologiques ou fonctionnels. Le monde se dissout dans sa naturalité et sa réalité pour n'être plus que la construction de systèmes autocentrés, incapables de transcender l'angle d'observation du monde qui les constitue.

La contribution de Luhmann sur le signe comme « forme » (forme au sens de Spencer Brown) est une exploration systémiste menée sur le domaine de la linguistique et de la sémiotique. La question qu'elle pose est celle de la fertilité du signe : qu'est ce qui permet au signe de signifier tant de réalités diverses et de le faire si souverainement ? Luhmann distingue trois processus dont la conjonction explique cette fongibilité universelle : isolation des termes de la distinction signifiant-signifié de toute association naturelle entre eux ; arbitraire du signe ; enfin redondance de la signification du signe par sédimentation de ses usages concrets<sup>1</sup>. Ces trois moments sont constitutifs de toute « forme » et en accomplissent le déploiement. L'étude arrive par ailleurs – et presque accessoirement – à des élucidations qui intéressent les lecteurs les plus sceptiques de Luhmann. En effet, elle est l'occasion de synthétiser des approches restées dispersées dans l'œuvre : on apprend ainsi que le concept de « forme » se laisse exposer, au-delà de la logique brownienne, dans quatre cadres théoriques différents et quasi équivalents : (1) celui de l'opposition medium-forme (projeté dans les années vingt par Fritz Heider<sup>2</sup>) ; (2) celui, linguistique, de l'opposition entre signifiant et signifié ; (3) celui, phénoménologique, de l'opposition entre sens actuel et horizon potentiel de ce sens ; (4) celui, systémiste, de l'opposition entre système et environnement. Voilà de quoi unifier la vision d'un grand nombre de textes luhmanniens et faciliter la tâche des interprètes.

La contribution d'Elena Esposito est, à l'instar de celle qu'elle fait parallèlement au premier volume, remarquable par sa clarté et la promotion de la compréhension des textes dont elle traite. Esposito a face aux textes et aux problèmes de logique ou de paradoxologie générales et browniennes en particulier, la posture qui nous semble la plus adéquate : elle ne présuppose pas comme allant de soi les formulations de thèses et fait

<sup>1</sup> L'isolation correspondrait à l'arbitraire du signe chez Saussure, l'arbitraire à sa conventionnalité symbolique chez Pierce, la redondance à la répétition ou l'itération chez Derrida.

<sup>2</sup> Fritz Heider, « Ding und Medium », in *Symposion. Philosophische Zeitschrift für Forschung und Aussprache* 1/1926/109-157.

tout un travail de distinction et de classification qui restructure les problèmes autour de termes et de relations qui sortent les textes de leur équivoque. Alors que d'autres se complaisent dans les formules récurrentes et sibyllines, elle tente de faire rendre sens à chacune. Esposito s'attaque, dans le prolongement du travail de Luhmann sur le signe, à une figure de la théorisation autopoïétologique proposée par H. Maturana, à savoir celle de l'agencement orthogonal de deux différences fondatrices du système : celle qui le distingue de son environnement et le clôt sur lui-même, d'une part, et celle qui fait qu'à l'intérieur du système lui-même il n'y a que des différences et jamais des composantes substantielles, de l'autre<sup>1</sup>. La comparaison avec la théorisation saussurienne permet d'éclairer de manière très pertinente ce point. Par-delà, elle montre une affinité très profonde entre les deux théorisations, linguistique et autopoïétologique.

Rudolf Stichweh<sup>2</sup> s'interroge sur ce qui fait l'unité de l'idée et de la réalité historiques de l'université. C'est un travail de sociologie historique qui passe en revue les formes prises par l'idée universitaire en Occident. Son recours à la conceptualité brownienne est tout à fait accessible et pertinent. Il y va de l'autodéfinition de l'université, de sa capacité de s'organiser autour de distinctions fondamentales (universel/local ; privilégié/non privilégié ; recherche/enseignement) et d'évoluer autour d'elles – de même que de son besoin d'un pôle externe d'hétérodétermination qu'est l'État. Le système universitaire américain se révèle, à l'analyse systémiste, comme le plus contextuel. Sa complexité, sa variété interne, en hébergeant le plus grand nombre de différences, lui donne une flexibilité remarquable et lui permet de projeter une identité de l'université qui a l'amplitude nécessaire aux sociétés fonctionnellement différenciées. Dans ce contexte théorique s'insère très bien le débat anglo-saxon du « *loose coupling* » ou « *decoupling* » qui est une approche de la problématique universitaire dans les termes de la théorie des organisations.

Helmut Willke nous propose un aperçu qui résume l'idée centrale de son *Ironie de l'État* (Ironie des Staates<sup>3</sup>). Il s'agit de la problématique de la désorientation issue de la positivisation des ordres normatifs et cognitifs. Willke se fait l'avocat d'une posture « ironique » (dans le sens de Rorty) et réclame une dédramatisation de l'opération (l'agir) : l'action doit se doubler d'une observation, d'une réflexion qui serait une prise de conscience de ses contingences. L'emploi que fait Willke des concepts d'opération et d'observation est trop éloigné de leur sens dans les approches théoriques d'origine pour être pertinent. Le recours à ces approches se révèle, dans ces conditions, comme un peu forcé.

<sup>1</sup> Notons qu'Esposito fait injustice à Benvéniste en prenant la défense de Saussure et de sa théorie de l'arbitraire du signe. Benvéniste est, en effet, bien celui qui distingue les perspectives d'observation de l'usager de la langue et de son théoricien – au lieu de les confondre comme le lui reproche Esposito p. 103.

<sup>2</sup> Auteur de plusieurs monographies sur l'évolution de l'université dans la modernité occidentale, dont *Der frühmoderne Staat und die europäische Universität. Zur Interaktion von Politik und Erziehungssystem im Prozess ihrer Ausdifferenzierung*, Francfort, 1991, Suhrkamp.

<sup>3</sup> Helmut Willke, *Ironie des Staates : Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft*, Francfort, 1992, Suhrkamp. Nous avons rendu compte de cet ouvrage ici même (Tome 41).

Les contributions de Japp et Corsi sont suggestives et stimulantes. La projection de la matière sociologique sur le cadre théorique de référence de la logique brownienne rend l'approche inventive. Des questionnements du type suivant y ont lieu : quel est l'autre à partir duquel, ou par distinction duquel se conçoit (s'autoconçoit) un mouvement social ou une carrière<sup>1</sup> ? Les réponses sont surprenantes et l'on se rend compte que ces altérités inspecifiées, mais déterminantes de la chose indiquée sont très rarement prises en compte. De même, les distinctions secondaires qui structurent la communication dans ces domaines ouverts par la distinction originelle sont extrêmement instructives, mais restent le plus souvent à décrypter comme telles. Partout cependant – tant dans les deux contributions discutées qu'en règle générale dans l'ensemble des approches, le choix des distinctions n'est pas discuté, des alternatives ne sont pas examinées et rejetées. Il manque une recherche argumentative qui mène à l'identification de la distinction directrice. Celle-ci est le plus souvent brutalement présentée, sans déduction aucune. C'est là que naît l'impression d'artificialité ou d'arbitraire face aux distinctions proposées.

La contribution de Simon est une bonne introduction à la psychologie systémiste et à sa conception de la maladie et de la santé, de la manière de les approcher comme phénomènes communicationnels, dans une perspective théorique et thérapeutique. L'emploi de la logique brownienne est ici intéressant dans la mesure où elle mène à une inversion de la perception courante des phénomènes. En effet, alors que les concepts thérapeutiques classiques partent toujours d'une conception de la santé comme de l'état marqué (positif, plein) de la distinction et le laissent du coup dans son « évidence » inquestionnée, la psychologie systémiste observe la maladie comme étant l'état marqué et recommande des avancées vers le « marquage » de la santé elle-même. Ce n'est que par ce biais que l'on peut échapper aux pièges de la « thérapie infinie » – fréquents dans la psychanalyse, ou plus généralement, dirions-nous, à l'acharnement thérapeutique inhérent à nos systèmes médicaux.

Les contributions de Baecker<sup>2</sup>, Lauermaun et Schorr sont d'un accès extrêmement ardu (en particulier celle de Schorr). Elles présupposent non seulement une importante familiarité avec les cadres théoriques tant logique que sociologique, mais une capacité d'empathie avec leurs approches respectives<sup>3</sup> dont peu de lecteurs sont capables. Elles laissent pressentir les effets de malcompréhension issus d'une tournure relativement ésotérique du luhmannisme. La contribution de Michael Hutter sur la monnaie primitive est originale, mais pose le problème d'une exploitation rapide et imprécise de l'abstraction logique. On a l'impression d'un usage trop large des concepts de forme, de distinction, d'observation... où ceux-ci perdent en précision du contour.

Le volume est dans l'ensemble d'un accès plus difficile que le premier (*Kalkül der Form*). La question au fond est la suivante : la logique de Spencer Brown apporte-t-elle des outils de compréhension décisifs aux sciences sociales, à la théorie de l'art ou de la

<sup>1</sup> Un mouvement social s'identifie par opposition à « la société », et une carrière par opposition à l'âge ou au vieillissement. Dans la contribution de Simon, la maladie est comprise comme l'« état marqué » – c'est-à-dire le concept plein, l'indication positive -, et s'oppose à la santé comme le « *unmarked state* ».

<sup>2</sup>Baecker tente de construire un concept du jeu comme modèle du social. Le résultat est un concept hyperbolique du jeu et une compréhension incertaine de la communication sociale modelée sur lui.

<sup>3</sup> Conceptuellement idiosyncrasique.



littérature ? Son insertion dans les cadres théoriques ou interprétatifs de ces sciences est-elle de nature à en augmenter la capacité d'élucidation ou plutôt à en hypothéquer les chances ? La réponse est ambiguë : comme nous venons de le voir, selon les contributions, l'on penche vers l'une ou l'autre alternative. Certains énoncés résultant de la projection de phénomènes sociaux sur la grille brownienne peuvent en effet paraître tout bonnement ahurissants. D'autres, par contre, se révèlent extrêmement stimulants. Ainsi, trop d'abstraction ruine l'abstraction. Les contributions stimulantes restent celles qui arrivent à éclairer le concret par les renversements caractéristiques de la logique brownienne. Aussi, toutes les figures browniennes ne sont pas également fécondes dans leur application. La sémiotique saussurienne semble, par comparaison, d'un apport bien moins problématique. Notre avis est qu'il reste beaucoup de travail à faire pour expliciter la portée, le sens et les contenus de la logique différentialiste et paradoxologique de Spencer Brown, avant que son intégration aux modèles théoriques des sciences sociales ne soit fiablement positive. Jusque-là, son usage peut cependant demeurer extensif dans les théories spéciales de la désintégration moderne des ordres naturels du sens.

(3) Les travaux (de Luhmann, Maturana, Varela et Namiki) réunis dans *Beobachter* (Observateurs) et thématissant la « convergence des théories de la connaissance » (sous-titre) sont intéressants d'abord parce qu'ils contribuent à faire le point sur des approches pluridisciplinaires qui n'ont cessé de s'enrichir depuis des décennies. Maturana et Varela, qui élaborèrent ensemble, dans les années soixante-dix, la théorie de l'autopoïèse, ont effectué, dès les années quatre-vingt, des parcours distincts, mais ont continué, chacun de son côté, à approfondir la théorie. Les deux chercheurs ont été absorbés par la tentative de donner une cohérence épistémologique à leur approche. C'est dans le constructivisme radical et la néocybernétique qu'ils ont cherché et trouvé l'outillage théorique nécessaire pour concevoir l'autorécurtivité des processus biologiques comme fondatrice du phénomène vital. De là, Maturana s'est orienté vers un cognitivisme biologique conceptuellement exigeant ; quant à Varela, il s'est voué à l'élaboration d'une logique globale de l'autonomie ainsi qu'à la cartographie des tendances – au fond autopoïétologiques – inhérentes aux sciences de la cognition. Luhmann, lui, a dès les années soixante accompagné de très près l'évolution des différentes théories systémistes. Il s'est très vite détourné des concepts, qui paraissent aujourd'hui fort restreints, du premier systémisme pour intégrer à sa théorie de la société les tentatives théoriques de Maturana et Varela. Il a surtout contribué lui-même à des affinements considérables de l'épistémologie systémiste<sup>1</sup>. Namiki est un microphysicien japonais dont le discours est beaucoup moins systémiste, mais qui rejoint ses coauteurs dans la reconnaissance du caractère construit de la réalité. Le rappel des développements de la microphysique de notre siècle est un témoignage en soi de la primauté de l'observation sur l'observé, l'observation représentant une décision de construire l'objet de telle ou telle manière (comme particule, comme onde ou comme un hybride des deux...).

La contribution de Varela passe en revue les différents modèles adoptés actuellement dans les sciences cognitives. Partant de l'inclusion du connaissant (de l'observateur) dans le monde observé, ces sciences révèlent deux tendances : le computationnalisme et

<sup>1</sup> Surtout dans *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, qui constitue une sociologie systémiste de la science d'un niveau d'élaboration considérable.

l'évolutionnisme. Ces deux modèles (celui de l'ordinateur et celui de l'émergence par sélection) restent pour Varela en défaut : ils ne peuvent rendre compte – ou ne le font que partiellement – des trois processus fondamentaux de la cognition comme fait organique : 1. le caractère intrinsèque de l'auto-organisation biologique en réseau ; 2. la modularité et le caractère non optimalisant de ces réseaux ; 3. l'enchevêtrement de l'organisme et de son environnement – particulièrement prégnante dans le système immunitaire où ce système et son environnement moléculaire sont pour ainsi dire coproduits. La synthèse de ces trois prémisses établit une circularité dont l'enseignement épistémologique est que la cognition (comme fait biologique où le connaissant est à la fois son propre objet de connaissance et son propre instrument de connaissance) n'a pas de fondement en dehors d'elle-même. Ce manque de fondement est pour Varela le défi de la recherche biologique d'aujourd'hui.

La contribution de Maturana est la plus ample du volume. Elle témoigne d'un très grand soin dans sa forme : il y a là une volonté de proposer une présentation rigoureuse et une formulation prégnante de la théorie. On y retrouve l'ensemble des énoncés essentiels du cognitivisme biologique maturanien ainsi que les chemins argumentatifs et conceptuels qui y mènent. La diction est quelque peu alourdie par cette exigence de rigueur même, Maturana s'abstenant de tout raccourci conceptuel et déployant à chaque occurrence ses dispositifs notionnels, dont l'ampleur va croissant à mesure que l'exposé progresse. Cependant, il faut lui en savoir gré de ce texte et de sa précision méthodologique. En effet, c'est un texte sur lequel on pourra revenir pour étudier une approche dont la circularité sans cesse autoenglobante est à la fois thème et acte de la recherche elle-même.

Le noyau théorique de l'exposé n'est pas en lui-même nouveau chez Maturana : il y a là la thèse qui assimile le processus vital à la cognition (« *to live is to know* ») ; le constructivisme du jugement scientifique qui ne s'indexe pas sur une réalité objective extérieure indépendante, mais n'est que le reflet de « cohérences opérationnelles » de la pratique de vie de l'observateur ; l'élaboration d'un concept d'« objectivité entre parenthèses » qui s'oppose à celui d'objectivité réelle ; position dès lors non pas d'un *universum*, mais de *multiversa*, corrélatifs de distinctions cognitives initiales différentes entre elles <sup>1</sup>□; la clôture des systèmes (en particulier vivants et autopoïétiques) déterminés exclusivement par leur structure interne et ne pouvant être perturbés que de l'extérieur, le long de couplages ou de canaux interactionnels précis.

Le programme de la seconde partie de l'étude est ambitieux. Maturana s'attaque à une définition biologique du langage, comme production d'une coordination consensuelle de coordinations consensuelles d'actions. Le processus est récursif. Il se cristallise dans les objets qui sont les objets de nos environnements quotidiens. Ceux-ci sédimentent le « *languageing* » comme coordination consensuelle d'actions qui fonctionnent comme des « *tokens* » pour des coordinations consensuelles d'actions. Le langage comme phénomène biologique et premier par rapport au langage comme transmission d'information, symbolisation, dénotation... s'ancre « *in the living of the living system that lives it* » (94). Le langage est ainsi primairement la conséquence d'un « *co-ontogenic structural drift under recurrent consensual interactions* ». L'échange langagier se révèle comme

<sup>1</sup> Cela veut dire qu'il y a autant de domaines d'existence que d'observations ou d'observateurs possibles.

fondé dans notre corporalité. Les objets sont donc des condensations, interactionnelles opacisantes, qui obscurcissent les coordinations consensuelles d'action qui sont à leur base. Derrière les objets on ne voit plus ces coordinations primaires. Enfin le cercle se clôt quand on se rend compte que cet obscurcissement par les objets des actions consensuelles est précisément celui qui est à la base de l'illusion d'objectivité toujours déjà projetée dans notre langage et notre manière de voir. Cette illusion nous empêche de voir derrière les objets les constructions, les distinctions, les observations, les indications qui permettent de les construire tels qu'ils nous apparaissent. Elle inhibe leur représentation comme constructions de l'esprit et substitue à l'opération de construction un résultat inerte.

La biologisation maturanienne de la cognition et du langage réimplante la cognition et le langage dans la corporalité. Le langage n'est plus abstrait, il est organique. De là, le passage vers une fondation biologique de la socialité est tout tracé. C'est le concept de « *self-consciousness* » qui sert de médiation. Le raisonnement est simple : il n'y a pas de conscience de soi, d'individu en dehors du langage. La conscience de soi est un phénomène social, un individu isolé, bien que cognitivement opératif, ne pouvant avoir ni de dedans (*inside*) ni de dehors (*outside*). Dedans et dehors sont constitués dans les interactions (coordinations consensuelles d'actions) que l'individu accomplit avec son entourage. C'est l'existence tant individuelle que sociale qui se trouve ainsi biologisée. La systématité de l'approche est telle que la proposition peut être renversée : la biologie se trouve de son côté existentialisée. En effet c'est par le langage organique, biologique, corporel que l'histoire entre dans la vie et devient signifiante pour l'autopoïèse. « *Without observers nothing exists, and with observers everything that exists exists in explanation [in languaging explanation]* » (107). La perspective finale s'ouvre sur une société devenant « poésie » (*poetry*, 112) et responsabilité : « *every thing is cognitive, every thing is human responsibility* » (116). « *Nothing that we do as human beings is trivial* », c'est pourquoi la « *human responsibility in the multiversa is total* » (116). Le final laisse incertain sur l'option globale de Maturana. Est-ce un humanisme, un nihilisme ou un humanisme désespéré à la manière de l'existentialisme français. En effet, la nature, le monde, la science, la religion, l'espace physique, les arts... « *they only exist as a bubble of human actions floating on nothing* » (116).

La contribution de Luhmann s'intitule « Sthenographie »<sup>1</sup>. Le néologisme est ambigu. Il fait référence à la gorgone Stheno, celle qui inspire faiblesse, dont le regard paralyse. La métaphore est filée par Luhmann tout au long de cet article où il s'intéresse à la paradoxie du savoir. La paradoxie est au centre des systèmes sociaux contemporains. Ces systèmes tentent de l'invisibiliser. Il s'agit donc de ne pas rencontrer le regard de Stheno, et d'être frappé de torpeur sous son effet. L'enjeu est de comprendre les paradoxes comme des « constructions qui doivent inciter à des reconstructions du savoir » (121). Pour cela Luhmann propose un concept, celui de la récursivité. La récursivité est la qualité basale de toute opération systémique. Elle est au centre du système et représente la propre effectuation (*Vollzug*) de celui-ci. Si elle ne permet pas de dépasser les problèmes logiques liés à son autofondation dans son simple fait, elle permet par contre

<sup>1</sup> Une version un peu plus développée de la même étude est parue sous le titre : « Sthenographie und Euryalistik » dans Gumbrecht, H. U., Pfeiffer K. L., edd., *Paradoxien, Dissonanzen, Zusammenbände : Situationen offener Epistemologie*, Francfort, 1991.

de monter en complexité cognitive. Luhmann oppose ainsi, symbolisées par les figures mythologiques des deux gorgones, deux manières de concevoir et de se comporter face au paradoxe fondamental donné au départ de toute position de sens – ou, dans le langage brownien, de toute distinction – : sthenographie et euryalistique, le paradoxe qui paralyse et le paradoxe qui élargit la vision.

Luhmann se fait fort de montrer que la théorie des systèmes est capable de traiter de manière adéquate et fertile la paradoxie fondamentale. En ne se laissant pas paralyser par le paradoxe, elle le comprend comme une position de différence entre un système et son environnement dont l'unité est logiquement impossible (parce que paradoxale), mais opérativement fondamentale et fertile parce qu'elle lance le système dans la construction autonome de son environnement. La différence qui fait naître, et inscrit un dedans systémique au sein d'un dehors environnemental, est la vie même du système. Elle est à la base de toutes ses opérations. C'est ainsi que ses opérations, à leur premier degré, sont paradoxales, mais de manière cryptée, car à ce niveau la paradoxie est « invisibilisée » et n'arrive pas à expression. C'est au second degré, alors que la paradoxité et la contingence de l'observation se révèle de manière éclatante, que la théorie des systèmes intervient – avec une théorie expresse de la paradoxie – pour arracher à la stupeur paralysante de la récursion (de soi en soi). Elle constitue ainsi un site d'observation qui permet de voir comment la première observation invisibilise son paradoxe, qui est sa condition de possibilité. Ce processus se révèle, à partir de ce site, qui reconstruit la compréhension logique du paradoxe, comme la transformation d'une complexité indéterminée en complexité déterminée, permettant ainsi de transformer des charges infinies de traitement de l'information en charges finies – dans la terminologie de Klaus Krippendorff. La répétition de la paradoxie au deuxième niveau d'observation invite à une transformation analogue garante d'une montée en complexité et d'un élargissement des perspectives de la vie systémique.

En conclusion de cette revue des trois ouvrages, un mot reste à dire sur l'intérêt de leurs débats pour le juriste. À première vue, la masse de connaissances philosophiques, sociologiques et de logique formelle nécessaires pour entrer dans les énoncés des différents travaux semble rédhitoire. De plus, la complexité, le raffinement des débats épistémologiques actuels sont tels qu'ils exigent une initiation spéciale et de plus en plus longue aux états de la question. N'est-ce pas assez pour décourager les meilleures intentions d'intéressement ? Nous pensons que le droit, de même que l'ensemble des sciences appelées autrefois normatives, n'a pas le choix de la curiosité ou du désintérêt. En effet, même un repli sur une pratique de la pure technique juridique n'est que difficilement praticable. Les sciences normatives ont changé de statut et de structure dans le courant des transformations radicales des conditions de la cognition dont nous sommes les témoins. Elles sont devenues des sciences humaines, exposées aux mêmes insécurisations épistémologiques que celles-ci. Avec l'accumulation de connaissances sur la cognition elle-même, l'enchevêtrement des problématiques est devenu inextricable. Surtout, et cela touche particulièrement le droit, ce sont les attentes normatives dans nos sociétés qui sont les premières à être déstabilisées par la crise de la fondation de la cognition – crise qui paraît à première vue devoir se cantonner aux petits cercles de ceux qui sont capables d'en poser les problèmes. L'insécurité cognitive a vite fait de dépasser

le site de ses débats dans la recherche fondamentale. Elle mine les « raisons fortes » – dans les termes de R. Boudon – qui sont derrière les comportements individuels et collectifs les plus évidents et les plus quotidiens. Elle empêche ces raisons de se cristalliser autour des rationalités axiologiques (*Wertrationalität*) porteuses de schèmes normatifs solides pour l'orientation de la communication sociale. C'est ainsi que la position, l'observation et l'interprétation des normes juridiques devient très problématique. Prendre la mesure des paradoxes qui, dans les conditions d'ébranlement doxique et épistémique qui sont les nôtres, minent tant le fait que la norme, semble une nécessité incontournable.

Jean CLAM

Jean Clam, *Droit et Société chez Niklas Luhmann, La contingence des normes*, Paris, PUF « Droit, Éthique, Société », 1997.

Comment réduire la complexité d'une œuvre complexe ? C'est là une question capitale au sein de la théorie de Niklas Luhmann, théoricien de la réduction de la complexité. Jean Clam, commentateur de Luhmann, a dû se la poser. Il y répond en pratique qu'il convient de se tenir au même niveau de complexité que la théorie considérée. Comment dès lors réduire la complexité du commentaire de l'œuvre ? Car nous sommes prévenus : il est hors de question de faire une présentation « popularisatrice » des thèses de Luhmann, « le systémisme ne se laisse pas écrire ni exposer dans la langue de Pascal ou de Bergson » ! S'il s'agit d'en finir avec les philosophies simplificatrices, hâtives et moralisantes, qui prennent volontiers le droit en otage – proie facile –, la démarche est louable, peut-être même salutaire. Mais fallait-il vraiment, pour prouver la sophistication des travaux luhmanniens et le sérieux d'une approche théorique en droit, n'épargner aucun néologisme, aucune intrusion de l'appareil technique luhmannien dans le commentaire ? Cela rend la lecture souvent très difficile. Il reste qu'il faut savoir gré à Jean Clam d'avoir introduit Luhmann en langue française. Quiconque s'intéresse aux sciences sociales contemporaines connaît l'importance et la profonde originalité du grand théoricien qu'est Luhmann. Son contradicteur le plus connu, Jürgen Habermas, bien mieux introduit en France (pour des raisons qu'il vaudrait la peine d'approfondir), n'a-t-il pas écrit à son propos : « il pousse à l'extrême l'adhésion néo-conservatrice à la modernité sociale, en même temps qu'il élève à un niveau de réflexion où tout ce que les avocats de la post-modernité ont pu s'ingénier à avancer est déjà anticipé, sans aucune intention accusatrice et d'une manière bien plus différenciée »<sup>1</sup> ?

L'ouvrage comporte trois parties. L'auteur adopte, par souci de clarté, une présentation chronologique de l'œuvre de Luhmann relative au droit.

1. La première partie porte sur la sociologie de l'organisation. Dès ses premiers travaux, Luhmann jette les bases de son analyse fonctionnelle. Celle-ci « désagrège le

<sup>1</sup> J. Habermas, *Le discours philosophique de la modernité*, trad. par C. Bouchindhomme et R. Rochlitz, Gallimard, Paris, 1985, p. 419 ; pour une discussion philosophique approfondie de la théorie luhmannienne, voir pp. 434-454.

*concept d'essence* ». Comme la fonction remplace l'essence dans l'analyse des phénomènes sociaux, il devient impossible de hiérarchiser les phénomènes. Tous sont comparables et interchangeables, l'analyse s'efforçant de découvrir partout et toujours des équivalences. La société n'est à la rigueur qu'un immense champ de virtualités et d'équivalences. L'acteur, la motivation et l'intime conviction n'ont aucun rôle à jouer dans ce contexte : l'analyse fonctionnelle se distingue de toutes les sociologies fonctionnalistes de l'acteur<sup>1</sup>. Faut-il en conclure que cette analyse est une analyse purement instrumentale, hostile à l'individu ? L'un des grands mérites de Clam est de dissiper cette confusion, qui sert généralement à écarter à peu de frais et sans effort de lecture l'option théorique proposée par Luhmann. Tandis qu'une analyse instrumentale tente de justifier la manipulation des individus au profit de l'institution ou du système, l'analyse fonctionnelle se contente de prendre au sérieux et de tirer toutes les conséquences de la distinction observée entre le niveau privé des personnes et le niveau social du système.

Au centre de cette sociologie se trouve en effet cette distinction fondée sur le processus de « *différenciation fonctionnelle* » de la société. On désigne par là une fragmentation de plus en plus poussée entre niveau individuel et niveau social et, au sein du social, entre différents systèmes de plus en plus complexes, spécialisés et autonomes, dotés chacun d'une fonction propre (économie, politique, droit, morale, religion, etc.). L'expression de « société complexe » acquiert ainsi une signification très précise : sa caractéristique principale est d'être dépourvue de tout centre nerveux, aucun système (pas même le système politique, pas même le système juridique !) ne détenant le privilège d'en être le régulateur central.

Pour illustrer ces thèses, cette sociologie naissante les applique à un type particulier d'organisation : l'administration. J. Clam rappelle à bon escient que Luhmann fut avant tout fonctionnaire, avant d'être juriste et théoricien de la société. « Le problème que pose Luhmann en sociologie du droit est celui d'une réformabilité du système administratif d'une société complexe » : l'administration est conçue comme un système autonome capable de recoudre des problèmes spécifiques. Là elle trouve sa légitimité, et non dans la fiction classique d'une administration étatique extérieure à la société civile, simple exécutant des volontés législatives.

L'étape suivante est une lecture fonctionnaliste des droits fondamentaux. Chez Luhmann, l'individu est une fonction de l'ordre social. Les droits individuels fondamentaux sont dépouillés de leur charge symbolique et absolue. Rappelons que cette thèse a un contexte : l'Allemagne des années soixante et du catalogue constitutionnel des droits fondamentaux ! Le droit de propriété est garanti non parce qu'il protège l'individu en tant que tel (formulation classique), mais parce qu'il protège le système économique : ce n'est d'ailleurs plus le propriétaire qui est visé, mais l'agent économique. On pourrait multiplier les exemples. L'important est que les droits fondamentaux ne peuvent plus être conçus comme des droits « supérieurs et transcendants », qui auraient une fonction de légitimation sociale. De fait, la question de la légitimation de chaque système social ne se pose plus ; elle est toujours déjà supposée et résolue par le fonctionnement du système lui-même. Croyance en des principes, recherche d'un consensus rationnellement

<sup>1</sup> On pense en France à l'ouvrage très influent de M. Crozier & E. Friedberg, *L'acteur et le système*, Paris, Seuil, 1981.

motivé ou recours à des valeurs, sont sans effet dans la société complexe (et, par conséquent, dans le droit d'une société complexe).

On ne sera donc pas étonné d'apprendre que Luhmann est partisan d'une ontologie antimétaphysique. À l'identité, il oppose la différence ; à l'onticité et à la conservation du sens, la contingence et la variation de la communication sociale. Cette adaptation des catégories ontologiques de la théorie de la connaissance à la théorie de la société est très éclairante. Elle fonde le projet d'une « *sociologie post-critique* » : il ne s'agit plus de découvrir les idéologies cachées au sein des processus sociaux à l'aide du « soupçon », mais de s'imposer un « *détour* », en laissant « les phénomènes être ce qu'ils sont – pour précisément ne pas les saisir tels qu'ils se donnent ». Elle vise à élaborer une compréhension abstraite, c'est-à-dire en termes de systèmes, des processus sociaux.

2. La deuxième partie de l'ouvrage aborde la sociologie du droit proprement dite. La fonction du droit moderne est de stabiliser les attentes sociales déçues (Clam emploie l'anglicisme qui revêt une connotation un peu différente d'« *expectations sociales* » ; le droit étant une « *structure expectative spécifique de la société* »). Cette définition simple emporte de lourdes conséquences. À sa suite, tous les thèmes centraux de la philosophie du droit subissent une réinterprétation fonctionnaliste : la question de l'évolution et de la positivisation du droit (chap. 2), la légitimation du droit par la procédure (chap. 3), les rapports du droit, de la force et du pouvoir (chap. 4), les rapports entre droit et Justice (chap. 5). Nul doute que ces développements impressionneront. Il est impossible de les détailler. Retenons deux exemples. Celui, d'abord, de la place attribuée à la procédure judiciaire au sein du système juridique : « la procédure doit être autre chose qu'une espèce de piège ou sont attirées des personnes à qui on extorque un consensus légitimant » ; elle vise la construction de l'identité personnelle autour d'un rôle social déterminé. D'où la thèse luhmannienne suivant laquelle « le droit n'est plus un combat – même plus un combat de *topoi* et d'arguments –, mais un ordre abstraitement réglé » : il ne s'agit donc ni d'atteindre une vérité judiciaire, ni d'assurer la conservation « hypocrite » de certains intérêts<sup>1</sup>, mais de tenter de maîtriser la complexité sociale<sup>2</sup>. L'exemple, ensuite, du « *scandale* » de l'interprétation systémiste de la Justice. Loin de représenter une norme éthique de rang supérieur, la Justice est renvoyée « à la complexité adéquate du système juridique ». Dissoute comme Idée régulatrice et universelle, comme fin axiologique du droit, elle ne consiste plus qu'en une exigence de consistance interne du système juridique.

Est-ce à dire que notre système juridique, et plus généralement notre société, sont figés dans des « *valeurs froides* », insensibles à toute évolution, prisonniers des logiques systémistes de grande échelle ? « Bien au contraire, il faut y voir des chances de stabilisation tout à fait "inespérées" de l'agir social à un niveau inouï de potentialité, c'est-à-dire de liberté ». Ce dernier point est fondamental, souligné par Luhmann, cité par

<sup>1</sup> Voir en ce sens les travaux de P. Bourdieu, *La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique*. Actes de la recherche en sciences sociales, n° 64, 1986 ; « Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective », in *Normes juridiques et régulation sociale*, J. Commaille et F. Chazel (éd.), Paris, L.G.D.J., 1991.

<sup>2</sup> Pour plus de détails sur la théorie luhmannienne de la procédure, on pourra consulter l'ouvrage collectif édité par K. F. Röhl & S. Machura, *Procedural Justice*, Dartmouth, Oñati International Series in Law and Society, 1997.

J. Clam : « il y a peu d'indices qu'on puisse changer de fond en comble la société dans laquelle on vit. Il y a par contre beaucoup d'indices que l'on pourrait mieux tirer profit de ses possibilités ». Thèse qui va même plus loin : ce sont les tentatives critiques pour imposer des « valeurs » qui, en menaçant de réduire la différenciation sociale, produiraient des phénomènes d'exclusion sociale <sup>1</sup>.

3. La dernière partie de l'ouvrage présente la dernière sophistication de la théorie de Luhmann : sa reformulation dans le langage de l'autopoïèse. Clam fait justement remarquer que les intuitions fondamentales de l'œuvre ne sont pas remises en cause par ce changement de paradigme ; il s'agirait plutôt d'un ultime raffinement. On lira avec profit le chapitre III sur « Le droit autopoïétique », qui fait la synthèse des caractères principaux du système juridique selon Luhmann.

4. La conclusion générale offre deux points intéressants. Le premier est une discussion nécessaire, mais à peine esquissée, des fondements philosophiques de la théorie luhmannienne. L'auteur s'explique sur les affinités et les différences de cette théorie avec la phénoménologie husserlienne. Le second est sans doute la partie la plus originale du livre. C'est là qu'est exposée la tension entre un aspect instrumental et un aspect symbolique du droit. Cette tension, déjà suggérée dans un article sur *Phénoménologie et droit chez Niklas Luhmann* <sup>2</sup>, quel juriste sérieux et conscient des enjeux de l'époque ne la recherche, ne la poursuit depuis toujours ? Comme le philosophe d'après Deleuze, le juriste de l'avenir est en même temps « l'explorateur des vieux mondes, cimes et cavernes, et ne crée qu'à force de se souvenir de quelque chose qui fut essentiellement oublié » <sup>3</sup>. De quoi s'agit-il ? Clarifions les enjeux, au risque de les simplifier grossièrement. D'un côté, la société moderne est dominée par « le primat fonctionnel de l'économie ». Or, « le système économique incite les autres systèmes à une analogisation de leurs structures par rapport aux siennes ». Il en résulte une fonctionnalisation généralisée à l'ensemble des systèmes sociaux, et en particulier le fait que, à l'intérieur du système juridique, « l'idée de justice (...) a perdu sa signification opérative et, partant, sa normativité ». D'un autre côté, le droit semble encore doté, à la différence des autres systèmes sociaux, d'un « quelque chose » comme une « valeur symbolique propre ». C'est là ce que Clam appelle la « *polémicité* », exprimée dans « *un sentiment du droit* ». L'ouvrage démontre qu'il est impossible de donner de ce « *sentiment* » une présentation qui soit conforme à la théorie des systèmes telle que l'utilise et la déploie N. Luhmann. Or, les illustrations de cette ambiguïté dans le champ du droit contemporain sautent aux yeux. Surtout, on ne voit pas ce qu'il resterait de la légitimité du droit sans cette « *expressivité symbolique* » fondamentale. Signalons que cette ambivalence a

<sup>1</sup> Sur ce point, voir également N. Luhmann, « *Quod omnes tangit*. Remarques sur la théorie du droit de Jürgen Habermas », *Actuel Marx*, n° 21, PUF, 1997, p. 29-48.

<sup>2</sup> J. Clam, « Phénoménologie et droit chez Niklas Luhmann. De la déphénoménologisation de la sociologie à la dépolémisation du droit », *Archives de philosophie du droit*, t. 39, 1995, p. 335-375.

<sup>3</sup> G. Deleuze, *Nietzsche et la philosophie*, Paris, PUF, 1965.



déjà fait l'objet d'exploitations significatives par quelques auteurs importants<sup>1</sup>. En quoi l'approche proposée ici s'en distingue-t-elle ?

Suivant la méthode fonctionnaliste, elle emprunte un « détour » : elle ne va directement aux possibilités de légitimation disponibles à l'échelle d'une société non différenciée (de type morale ou éthique), elle fait d'abord le grand détour par les systèmes fonctionnalisés et la multiplication d'ordres autonomes. De la sorte, elle s'interdit toute « *externalisation* » hors du système juridique, qui chercherait à en revenir à un fondement civique ou moral traditionnel<sup>2</sup>. Mais elle demeure avec la question suivante : comment retrouver l'autonomie normative du droit, qui constitue sa valeur ajoutée, dans notre société complexe qui tend à la dissoudre ?

Le fait que tout ce qui relève du droit ait une double face (symbolique/instrumentale) offre des difficultés tout à fait extraordinaires dans tous les domaines du droit confrontés à une forte pression de faits ou de logiques non juridiques. Dans tous ces domaines, il y a le risque d'une instrumentalisation, de s'écarter des critères normatifs du droit, de tendre vers le point « où le droit finit »<sup>3</sup>. Or, la science juridique contemporaine n'a pas encore réussi à formuler clairement cette tension, qui est pourtant fondamentale<sup>4</sup>. Pour la résoudre, on a vu qu'il était impossible de faire appel à la morale ou à toute autre référence extérieure au droit. Il faut revenir au droit, à sa mémoire, à ses valeurs et à sa technique. En ce sens, il est temps d'opérer un « *ressourcement* » – mais non, comme semble le souhaiter J. Clam<sup>5</sup>, dans les « *publicités bourgeoises* » (l'espace public du XVIII<sup>e</sup> siècle comme incarnation d'un principe moral chez Habermas) ou « *citoyennes - antiques* » (le forum grec comme modèle idéal du politique pour Arendt). Ce ressourcement a lieu au sein de et par la tradition juridique elle-même<sup>6</sup>. N'est-ce pas de là maintenant que la recherche doit repartir ?

Loïc AZOULAY

<sup>1</sup> Ainsi que le montre de façon tout à fait convaincante la théorie des systèmes, le droit dans la société moderne ne jouit d'aucune autorité spéciale pour proposer un discours dominant : il ne conserve plus qu'une « faible force symbolique ». Mais il conserve tout de même de la tradition un statut particulier, qu'il est très difficile d'interpréter correctement : peut-être comme le résultat de ses liens avec « l'homme » (M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994 ; P. Legendre, « Ce que nous appelons le droit », *Le Débat* n° 74, 1993), comme une « omniprésence » (J. Lenoble, *Droit et communication*, Paris, Ed. du Cerf coll. « Humanités », 1994) ou comme le fait de sa « position médiatrice entre le système et le monde vécu » (J. Habermas, « Médias de communication et espaces publics », *Réseaux*, CNET, 1991 ; et surtout *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, traduit par R. Rochlitz et C. Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 1997).

<sup>2</sup> Telle serait l'erreur de Habermas d'après Luhmann ; voir « *Quod omnes tangit...* », *op. cit.*

<sup>3</sup> D'après C. Stone, *Where the Law Ends. The Social Control of Corporate Behaviour*, New York, Harper & Row, 1975.

<sup>4</sup> Voir cependant, pour le droit économique, L. Boy, *Normes*, à paraître, 1998.

<sup>5</sup> J. Clam, « Qu'est-ce qu'un bien public ? Une enquête sur le sens et l'ampleur de la socialisation de l'utilité dans les sociétés complexes », *Archives de philosophie du droit*, t. 41, 1997, p. 264.

<sup>6</sup> En ce sens, G. Farjat, « La notion de droit économique », *Archives de philosophie du droit*, t. 37, 1992, p. 27-62.

Jean-François Perrin, *Sociologie empirique du droit*, Préface de Jean Carbonnier. éd. Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 161 p.

On peut remonter très loin dans le temps pour découvrir les manifestations premières de la sociologie du droit. L'auteur de l'ouvrage commenté relève que « le droit, en tant que discipline du savoir humain, est pratiqué depuis des millénaires ». Assez naturellement, même de manière peu systématique ou scientifique, un recul s'est opéré dans les esprits, un passage de ce que M. J.-F. Perrin appelle une « définition prescriptive » (ce que le droit doit être) à une « définition descriptive » (ce que le droit est). Plus l'on remonte le cours du temps, moins l'on discerne cependant une distinction du droit comparé et de la sociologie juridique, surtout au temps d'Hérodote, de Strabon ou de Tacite. Les racines sont pourtant là. Mais, après Montesquieu et Rousseau « précurseurs de la sociologie », puis Comte, Durkheim et Max Weber, c'est au XX<sup>e</sup> siècle, plus précisément dans sa seconde moitié, que la sociologie juridique s'est développée.

Dans le même temps que s'affirma en France le rôle essentiel du doyen Jean Carbonnier – « sociologie du droit sans rigueur » (*Flexible droit*, 9<sup>e</sup> éd. 1998) ou sociologie empirique, surtout législative –, M. Jean-François Perrin a dirigé, au sein du laboratoire sociologique de la Faculté de droit de Genève, le « Centre d'étude, de technique et d'évaluation législative » (CETEL). C'est le fruit de sa pensée et de son expérience irremplaçable que contient d'une manière remarquable, tant par sa pénétration que par sa concision, cette « Sociologie empirique du droit ». On y trouve d'abord des analyses du « modèle théorique, des modes de production des normes juridiques, du pluralisme juridique, de la typologie des groupes sociaux » – Gurvitch revisité et clarifié –, ainsi que des phénomènes d'« internormativité » dans la ligne des analyses du doyen Jean Carbonnier. Suivent « Les méthodes de la sociologie du droit » comprenant une description précieuse et rigoureuse de l'enquête de sociologie du droit. Après quoi est développée une étude convaincante de l'« utilité de la sociologie empirique du droit », fidèle aux leçons de Renato Treves et, dans cet esprit, distincte d'« une pure spéculation intellectuelle » dont le préfacier relève justement « le risque pour une sociologie ainsi découplée de l'empirisme ».

François TERRÉ

Wolfgang Sofsky, *Traktat über die Gewalt* [Traité de la violence], Francfort, 1996, Fischer Verlag, 238 p..

L'ouvrage, paru en 1996, en est déjà à sa deuxième édition allemande. Il est disponible en français dans une traduction parue aux éditions Gallimard (1998) et a fait l'objet d'une recension dans *Le Monde des Livres*. C'est dire qu'il a été bien reçu. Le thème en effet très préoccupant dans nos sociétés où la violence est de plus en plus présente : dans les banlieues, les médias, la musique, la culture en général. *Le Traité de la violence* qui nous intéresse est une suite de douze chapitres qui thématisent, chacun, un aspect de la violence et en proposent des aperçus phénoménologiques : l'ordre, l'arme, la passion, l'angoisse et la douleur, la torture, le spectateur, l'exécution, le combat, la chasse, le massacre, la destruction d'objets, la culture sont passés en revue et décrits dans leur rap-

port essentiel à la violence. L'effort de l'auteur va à une explicitation du sens des gestes, des mots, des relations, des interdépendances, des présuppositions qui sont sous-jacents à ces phénomènes et que nous avons tendance à ne pas voir ou à refouler. La démarche emprunte les voies de l'essai et sa documentation scientifique, assez restreinte, est reportée dans les notes à la fin de l'ouvrage.

Le choix est donc fait d'une présentation qui va directement aux phénomènes où elle puise son donné et sur lesquels elle exerce alors un questionnement qui met en lumière les intentionnalités, les portées et les paradoxes du sens qui y est enfoui. Un choix tout à fait légitime, qui fut celui des éblouissantes analyses et des tours de force stylistiques d'Elias Canetti dans *Masse und Macht* (Masse et pouvoir). Malheureusement l'ambition tant phénoménologique qu'essayistique de l'auteur est mal servie par la monotonie d'une incrimination générale, un style relativement blême, un ton de jérémiade invariante. En ce sens l'ouvrage « fatigue ». L'ennui naît, en dépit d'un bon nombre de trouvailles phénoménologiques authentiques, d'une espèce d'impressionnisme inimaginatif qui ressasse une complainte allégorisante. Les phénomènes typiques thématiques sont mis en scène dans un espace neutre d'une généralité problématique par moment. Ils auraient gagné à l'être moins anonymement : une modulation historique aurait donné une certaine profondeur et beaucoup de nuance aux analyses. Enfin, aucune problématisation ne touche le propre humanisme de l'auteur qui fait défiler la phénoménalité de la violence dans une extranéité radicale par rapport à l'observateur qu'il est. Il est clair dès lors qu'il ne puisse contempler les spectacles qu'il déploie que dans un état de consternation monocorde.

Jean CLAM

Antonio Punzi, *Discorso Patto Diritto. La comunità tra consenso e giustizia nel pensiero di K. O. Apel*, Milan, Giuffrè, 1996, 359 p.

Il ne s'agit pas seulement de la reconstruction critique de la pensée de K. O. Apel et sous l'angle de la philosophie du droit, le livre d'Antonio Punzi, publié par la prestigieuse collection de l'Institut de Philosophie de Droit de l'Université de Rome, est aussi une lecture de la pensée du philosophe allemand à partir des grands problèmes de la philosophie de ce siècle. Ce livre est le fruit d'une recherche approfondie, menée de l'Italie à l'Allemagne, ce qui offre aux lecteurs une très ample et très utile bibliographie des écrits de K. O. Apel.

En particulier dans le dernier chapitre - *Il diritto oltre il discorso. Per una critica della giustizia procedurale (Le droit au-delà du discours. Pour une critique de la justice procédurale)* – mais conséquemment à une ligne de lecture du texte présente à chaque chapitre, Punzi dépasse la pure interprétation critique des écrits de Apel et suggère un discours philosophique personnel sur le droit (une reconstruction critique comme l'expression d'une conception propre de la question du droit était déjà l'option que suivait Punzi dans son tout dernier ouvrage *Il dominio della comunicazione e la comunità assente. Riflessioni filosofico-giuridiche su Adorno e Fichte*, Turin, Giappichelli, 1998).

Le point de départ de Punzi, dans sa reconstruction de l'œuvre de Apel, consiste en la critique de la conception réductionniste du langage dans la tradition philosophique occi-

dentale, critique qui tend toujours à maintenir une conception objectiviste du langage, Ce réductionnisme dans la conception de Apel, correspond, sur le plan de la philosophie du sujet, à la conception solipsiste de la genèse de la conscience et du sujet ainsi qu'à une explication solipsiste et précommunicative du sens. Le point de départ de Apel, qui se veut non réductionniste et construit à partir de la critique que nous venons d'indiquer, entend se fonder sur la dimension intersubjective de la communication et, parallèlement, sur la dimension intersubjective et linguistique de la conscience.

Cette ligne de recherche, développée par Apel, selon Punzi, prend sa source dans les œuvres de deux penseurs, appartenant à des traditions philosophiques différentes mais aussi centrales à la philosophie du siècle, Wittgenstein et Heidegger.

Le premier est critiqué pour sa conception réductionniste-reproductiviste du langage. Punzi note, par exemple à la page 29 que, tandis que pour Wittgenstein « une proposition du type "le livre est sur la table" exprime seulement une relation sujet-objet comme reconnaissance d'un état de chose indépendant de l'homme (observateur), et qui se réduit à la tautologie  $A = A$  de la mathématique excluant par principe toute auto-réflexivité, inversement, pour Apel, cette proposition renvoie au sujet de la signification qui peut reconnaître que "ceci est un livre" et que "ceci est une table" ... »

Une telle conception réductionniste du langage, privée de sa dimension de communication intersubjective, qui présuppose un langage objectivable et toujours déjà donné dans son rapport aux choses (expression d'une tradition philosophique remontant à Aristote et que l'on retrouve encore chez Leibniz, pour ne citer que deux des innombrables auteurs appartenant à cette tradition et que Punzi relève) se conjugue avec cette philosophie de la conscience (au sein de laquelle sont inscrits Descartes et Husserl) qui présuppose que le sujet puisse - de lui-même - reconnaître son objet conduisant alors au solipsisme méthodique comme à une toute aussi radicale négation de la dimension intersubjective sur le plan de la constitution de la conscience.

En ce sens, la même résolution heideggerienne de dépasser la conception de la connaissance comme commercium sujet-objet (ou l'analytique existentiel de la période de Marbourg, qui « semble frôler le lien constitutif entre intersubjectivité et langage », p. 57), finirait par déboucher également chez Heidegger sur une sous-évaluation du langage, en tout cas pour ce qui concerne la perspective transcendantale de la constitution intersubjective et communicative du sens.

C'est à ce niveau philosophique profond que se situe donc la reconstruction philosophique de la pensée de Apel, selon Punzi et dont nous avons seulement proposé un exemple. Suite à l'analyse de la réception transcendantale kantienne effectuée par la sémiotique de Peirce et suite à la théorie de Austin, conduite conjointement par Apel, cette reconstruction philosophique porte à considérer comme centrale chez Apel la théorie de la double structure, propositionnelle et performative, du langage. Cette théorie, qui se veut être celle à partir de laquelle se refondrait la pensée de Apel, est inscrite dans un débat critique, permanent entre les principaux courants de pensée contemporains, maintenant le projet spécifique qu'est celui de l'interprétation non réductionniste du langage. Ce projet a pour finalité, en particulier à partir de la reprise bien analysée par Punzi de la catégorie de la validité et de la réflexion, d'essayer de reconstruire la rationalité linguistique et intersubjective.

La tension entre la communauté réelle et historique de l'argumentation idéale et l'idée de la communauté idéale (selon Apel immédiatement transcendantale normative) semble ainsi définir l'espace public et intersubjectif de la communication. Trouve ainsi un fondement l'idée de *consensus idéal*, entendu comme consensus universel de la communauté illimitée de l'argumentation pour quiconque argumente à partir des quatre énoncés de validité (vérité, sens, sincérité et correction). Trouve également un fondement l'idée de processus intersubjectif de la communication, entendu comme la procédure par laquelle l'on peut intersubjectivement parvenir à un fondement normatif des présupposés implicites dans l'acte même (entendu de manière non réductionniste) de l'argumentation. Un tel moment normatif de la rationalité, situé dans l'acte même de l'argumentation et de la communication, porte une valeur éthique et procédurale permanente tout comme il permet le passage logique de l'espace de la rationalité à la sphère de la normativité. Sur cette base fondatrice du livre de Punzi sont analysés attentivement les débats épistémologiques et éthiques inscrits dans un tel geste philosophique, en particulier le fondement d'une rationalité linguistique normative entre, par exemple, Apel et Lyotard, Rorty, MacIntyre mais aussi Albert, Habermas, Levinas.

Dans la seconde partie de l'ouvrage, Punzi analyse donc comment la récupération par Apel de la dimension normative de la rationalité pose la question du rapport entre raison pratique et raison théorique et ce à partir de la normativité intrinsèque des présupposés de l'argumentation.

Punzi soumet à une évaluation critique ce processus, et contre le relativisme, qui peut impliquer, c'est l'intention de Apel, un modèle pour un fondement rationnel des jugements de valeurs et indique alors les conséquences de ce modèle tant pour la question du fondement que pour la question de la compréhension du droit. Référence est faite, encore une fois, à la théorie propositionnelle et performatrice du langage qui, flanquée dans sa structure sémantique d'une fonction pragmatique, montre son caractère normatif. Ce qui signifie que l'homme se trouve déjà situé dans la dimension argumentative qui assume ainsi une dimension normative et éthique.

L'éthique formelle et procédurale de l'argumentation devient ainsi le présupposé incontournable de toutes les résolutions possibles des conflits vitaux et réels provoqués par les égoïstes intérêts humains, mais à travers une éthique à « deux niveaux », où les directives d'action sont déléguées aux discours des sujets impliqués. Le fondement de la construction intersubjective du sens est obtenu par une rationalité procédurale qui se distingue, sur le plan de la philosophie, tant du modèle utopique que du modèle réaliste stratégique mis en œuvre par d'autres philosophies.

À ce stade, la reconstruction de la pensée de Apel laisse place à la possibilité, avancée par Punzi, de la représentation d'une « philosophie discursive du droit » qui partirait à la découverte de l'implicite normativité du discours. Une telle perspective pourrait être conçue, par exemple, comme « l'expression de revendications particulières au sein d'une proposition argumentée et soumise à la décision d'une communauté de sujets qui argumentent idéalement et qui sont orientés vers un modèle de juge impartial » (p. 256) ; le droit serait alors conçu comme « fondé rationnellement parce que reconnaissance réciproque de sujets qui portent leurs propres conflits devant un tiers impartial » (p. 263). La notion de « pacte » qui en résulte est radicalement non contractualiste mais fondée sur le modèle de la rationalité éthico-discursive et telle que la représente Apel : en ce

sens précis, la reconnaissance de la métanorme du fondement consensuel des décisions rendrait possible la coexistence des sociétés pluralistes contemporaines sur le plan des valeurs. La perspective éthico-normative du « juste discours public » pourrait être alors ce qui différencie l'État d'une bande de brigands. Dans une telle perspective le droit réalise une médiation entre morale et politique et n'est pas simple fondement subjectiviste utilitariste des décisions publiques, tel qu'il se présente dans les démocraties libérales.

À cette vision de Apel, où un fondement idéal de toute norme positive réside dans le principe procédural de la possibilité d'une universalité argumentative du langage, à ce fondement du droit au sein même du discours, donc, Punzi attribue, dans sa précise conclusion critique, un formalisme encore excessif. Ce caractère excessif se manifeste dans la question de l'application des normes, à laquelle sa critique du formalisme renvoie (p. 299-300). Punzi retrouve ainsi un thème actuel extrêmement important, tant sur le plan de la morale que sur le plan du droit, en particulier lorsqu'il individualise dans la philosophie de Apel le risque d'une possible réduction de l'Autre. Ce risque est que l'Autre vienne en sa qualité de sujet à être reconnu non ontologiquement en tant que personne mais, et comme le note judicieusement Punzi, simplement « comme partenaire de la discussion » (p. 234). En ce sens, Punzi retrouve ici, dans la pensée de Apel, une interprétation réductive du discours humain, c'est-à-dire la potentielle survalorisation des raisons du Nous accompagnée d'une sous-évaluation des raisons d'Autrui.

Nous pouvons adhérer pleinement, et ceci en guise de conclusion, à cette recherche d'une nouvelle anthropologie non nihiliste, toute orientée vers une compréhension de la condition humaine et fondée sur une lecture de l'intersubjectivité, aussi, mais non seulement, linguistique. Une telle recherche peut assurément affronter avec succès le défi que représente la « chosification de la personne » comme la « dissolution informative du discours public ». L'étude de A. Punzi est certainement un brillant et vigoureux ouvrage.

Paolo HERITIER

Nelson Saldanha, *Filosofia do direito*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, 219 p.

L'ouvrage de Nelson Saldanha, professeur de Théorie de l'État et de Philosophie du Droit à Pernambuco (Recife), est une véritable introduction complète à la philosophie du droit, qui vise l'argumentation herméneutique plus comme référence métaphysique que comme simple outil de la théorie de l'interprétation : le plan suivi par Saldanha est manifestement théorique, mais il ne nous demande pas de faire tomber un certain nombre de données et de références historiques. Elles sont toujours une part importante du travail philosophique, surtout dans un cadre où la politique et les faits juridiques sont le matériel de l'analyse conceptuelle. Saldanha nous illustre un panorama théorique constitué par un réseau de questions épistémologiques et axiologiques qui vont déboucher dans une série de considérations concernant tout d'abord l'herméneutique des valeurs originelles, et ensuite sa spécification juridique.

Au début de son analyse, l'auteur essaie de définir l'objet de la philosophie du droit, en considérant l'attitude de la pensée à différentes époques : au Moyen Âge la philosophie juridique était surtout une philosophie politique du droit public (opposé au simple

droit, le droit privé) et son objet était le droit naturel ; par la naissance de la dichotomie droit public-droit privé, le droit naturel allait se fracturer dans les droits naturels de l'homme et la philosophie du droit étudiait quelque chose qui était différent des lois ; sous la pression des positivistes, on a essayé de nier qu'il y avait un objet spécifique de la philosophie du droit, en proposant une appellation alternative et plus étendue de « théorie générale du droit ». Finalement, la philosophie du droit ne peut être assimilée à la science juridique, notamment la science dogmatique, en dépit de l'illusion de la « philosophie comme science rigoureuse » de Edmund Husserl : au contraire, la philosophie du droit est « la connaissance des fondements » des problèmes (cas d'espèce) juridiques. Cette discipline juridique doit illustrer les sciences en relation aux hommes, dans le contexte du cercle herméneutique qui les relie, et le droit ne peut pas être réduit au système, ou à la forme, ou bien à la norme : il est un ensemble de concepts et de conceptions qui renvoient à une herméneutique générale et globale.

L'idée de relation donne à Saldanha la clef pour comprendre les relations entre la morale et le droit : après avoir refusé les différences avancées par le jusnaturalisme classique comme par le juspositivisme contemporain, il faut dire que la morale et le droit sont l'ensemble des relations qui existent entre la politique et la religion (la référence est ici à l'ouvrage de Carl Schmitt), la religion et l'économie, la politique et l'économie. Finalement, le droit va se constituer par l'apport des normes et des valeurs qui se manifestent dans ces relations : le législateur met les valeurs (économiques, politiques,...) dans les lois qu'il approuve, et on ne peut pas faire une différence rigoureuse entre le droit et la morale, car ils sont tous les deux constitués par des valeurs (ainsi, la faute est une notion juridique et morale bâtie sur la valeur primitive de la « faute »). La qualification de « fondamentale » est le signe de la reconnaissance du fait qu'une certaine norme est plus essentielle ou plus originelle que les autres à l'intérieur d'un cadre de référence de valeurs : ainsi, le pouvoir doit être fondé sur quelque chose, c'est-à-dire qu'une fois tombée la référence théologique à la source du pouvoir il faut justifier le pouvoir lui-même et sa légitimité. Nous retrouvons ici un lexique du pouvoir constitutionnel, car le pouvoir absolu n'a pas besoin de justification : le pouvoir absolu est un acte de la seule volonté, et la volonté est sa propre justification.

Chez Saldanha, le droit naturel est notamment un droit idéal : le rapport entre le droit naturel et le droit positif (le droit établi par une volonté humaine, selon la notion du droit canon) n'est pas un rapport entre des ensembles comparables de normes. Au contraire, le droit naturel est le modèle idéal du droit positif, étant donné qu'il n'y a une seule norme de droit naturel qui puisse être encadrée parmi les normes du droit positif : le droit naturel, quand il n'y a plus une volonté divine qui fonde les normes naturelles, devient un ensemble de principes qui ne peuvent pas être réduits au niveau des normes positives, mais qui sont le point idéal du système juridique positif. Le droit positif, comme la nature chez Spinoza, devient une vague dans l'histoire : il est *ordinatus* (c'est l'aspect du système statique des normes positives) et aussi *ordinans* (c'est l'aspect du pouvoir légitime qui fait la loi). On pourrait ajouter au discours de Saldanha que sa dichotomie nous rappelle celle de pouvoir ordonné et pouvoir absolu employée par les théologiens juristes au Moyen Âge. Mais finalement il faut souligner que toute l'analyse de Saldanha vise à bâtir un droit naturel qui n'est pas fondé par référence à une volonté qui n'est pas humaine : il va poursuivre l'œuvre d'un Pufendorf, mais je ne suis pas sûr qu'il poursuive aussi l'œuvre d'un Vitoria (bien qu'il puisse en avoir le senti-

ment). Certainement, il arrive à une science du droit naturel qui doit être qualifiée d'herméneutique : bien plus, la science du droit doit trouver ses sources en individualisant les principes du système normatif, à l'aide de cette intelligibilité (des choses) qui est le caractère de toute connaissance humaine.

Luca PARISOLI

Andrés Ollero-Tassara, *Droit « positif » et droits de l'homme*, traduit de l'espagnol par Denis Pohé Tokpa, Bordeaux, Éditions Bière « Bibliothèque de philosophie comparée, Philosophie du droit », 1997, 204 p.

Dans la ligne de la tradition espagnole de philosophie du droit, le professeur Ollero-Tassara, qui enseigne à l'Université de Grenade, est l'auteur de nombreux travaux, parmi lesquels deux ouvrages publiés à Madrid, l'un intitulé *Interprétation du droit et positivisme légaliste*, l'autre *Le droit a-t-il raison ? Entre méthode scientifique et volonté politique*, et dont il a été rendu compte dans les *Archives* (1984, p. 437-440 et 1998, p. 421-422 par J.-M. Trigeaud). Récemment, il a rassemblé dans un recueil traduit en français une dizaine d'articles rédigés au cours d'années antérieures et traitant d'une question majeure : la signification de l'ambivalence de la pensée juridique de notre temps, qui tout à la fois affirme la prépondérance des droits de l'homme et, d'autre part, bien souvent, se réclame du positivisme juridique.

Celui-ci, au nom du rationalisme scientifique, n'admet l'existence que du seul droit positif, défini par les règles que posent les autorités compétentes de l'État, sans considérer leur contenu, les valeurs qui les inspirent et qui sont tenues pour extérieures à la sphère juridique. Diverses sont les théories se plaçant dans cette optique : le normativisme kelsénien pour lequel le droit positivement existant consiste dans un devoir-être spécifique, composé d'un ensemble de normes ayant force obligatoire en vertu de leur validité purement formelle ; le courant anglo-saxon de la jurisprudence analytique ; le réalisme scandinave qui, par un empirisme poussé à l'extrême, conçoit, selon la formule d'Olivecrona, le droit comme fait et critiquant la notion kelsénienne de validité jugée encore marquée de métaphysique idéaliste, ne s'attache qu'à la simple effectivité du droit ; le fonctionnalisme systémique de Luhmann qui ne se préoccupe même plus de savoir ce qu'est le droit, mais seulement d'observer comment il fonctionne en tant que système particulier de régulation autonome dans le cadre du système global de la société. Sous les variations du positivisme juridique apparaissent ses difficultés intrinsèques qui entraînent finalement son échec. Elles tiennent à sa méthodologie, ou plus exactement au parti pris idéologique qu'il y mêle : en constituant l'objet de la science du droit qu'il se propose d'édifier, il exclut toute autre forme de vérité, alors qu'il ne saurait logiquement nier ce qu'il s'est obligé à exclure de son champ d'investigation. Il laisse une place vide qui, par opposition ou complémentarité, fait découvrir une réalité juridique plus large.

Où situer, dès lors, les droits de l'homme ? À une place éminente, sans aucun doute : à défaut d'être toujours et partout respectés, ils imprègnent la mentalité dominante, ils sont célébrés et invoqués comme possédant par eux-mêmes une valeur juridique. Cependant, pour le positivisme juridique, ils ne sont pas inclus, par leur origine



et leur essence, dans le domaine du droit, mais renvoyés dans celui, tout différent, de la morale : pour lui, il n'est pas acceptable juridiquement d'accorder une quelconque réalité à des droits, à des libertés qui appartiendraient à l'être humain comme tel et que l'État se devrait de mettre en œuvre, à un droit naturel qui les révélerait dans leur transcendance au-dessus du droit positif, à des droits subjectifs qui seraient supérieurs au droit objectif établi par les autorités publiques. Faut-il donc voir en eux, dans cette dénomination même de droits de l'homme, une notion contradictoire, rappelant dans une version moderne et modifiée la doctrine philosophique de la double vérité ? Ils sont, certes, susceptibles de recevoir officiellement, en dehors même de textes internationaux, une consécration étatique, constitutionnelle, garantie par un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois dans un certain nombre de pays favorables au libéralisme politique, comme c'est le cas de l'Espagne avec la Constitution de 1978 et le tribunal constitutionnel dont il est normal que fasse mention un ouvrage espagnol. Mais le problème reste posé de savoir si de tels droits dépendent d'une création, d'une concession de l'État, ou s'il y a pour lui une obligation juridique de les reconnaître. Une solution facile consiste à se satisfaire du consensus dont ils sont l'objet, mais l'accord généralisé semble bien impliquer une vérité sous-jacente.

Il convient, en effet, de prendre une vue renouvelée du processus de positivation du droit, où se découvre l'impossibilité de séparer la manière de le poser d'avec la matière substantielle de son contenu, où se dissout le faux dilemme lié à l'idée d'un dualisme du droit positif et du droit naturel et résultant d'une scission artificielle de la réalité juridique. Le véritable droit positif, que doit poser le législateur ou le juge, ne se réduit pas au droit du positivisme juridique, pas plus que la science du savant à celle du scientisme. Dans le droit lui-même, concernant la conduite humaine, l'éthique est nécessairement présente, manifeste ou cachée. Pour éviter l'impasse où aboutit le positivisme juridique, il n'est pas recommandé de revenir aux systèmes, apparemment contraires, élaborés par un jusnaturalisme rationaliste dont les constructions abstraitement codifiées ont préfiguré les codifications positives. Il n'y a pas en réalité deux niveaux juridiques, celui du droit naturel, séparé et supérieur, parfait et achevé, et d'autre part celui du droit positif, subordonné, devant se contenter de le reproduire et de l'officialiser, mais bien plutôt une implication mutuelle des éléments naturels et positifs, une démarche juridiquement orientée qui tend à dégager et actualiser, au milieu des conditions concrètement existantes, les virtualités de la nature de l'homme, à discerner le juste et l'injuste par une recherche prudentielle dirigeant la décision volontaire de l'autorité juridique dans une adaptation continue et progressive. À ce titre, les droits de l'homme sont juridiques comme étant les fondements de la coexistence sociale.

Cette réflexion sur les droits de l'homme conduit à une connaissance plus approfondie de ce qu'est, ou plutôt de ce que doit être la positivité du droit.

Jacques DAGORY

*Las secundas jornadas hispanicas de derecho natural.*

Créées en septembre 1972 par le très regretté professeur Francisco Elias de Tejada, les « journées hispaniques de droit naturel », qui avaient alors rencontré un large succès, ont connu une seconde édition due à l'efficace activité du président de la Fondation Elias

de Tejada, le professeur Miguel Ayuso, de l'université Comillas de Madrid. Elles se sont déroulées du 14 au 19 septembre 1998 à Cordoue. Y participaient plus de trente spécialistes, universitaires de multiples nations, les unes appartenant à l'hispanité bien sûr, comme le Chili, l'Argentine, le Brésil, le Portugal et l'Espagne elle-même, mais d'autres n'y appartenant pas directement, comme la France, avec quatre représentants, MM. Bénétou, Sériaux, Vallançon, Bastit, l'Italie, l'Allemagne et même les États-Unis.

Présidées par le professeur Juan Vallet de Goytisolo, président de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislacion, elles furent encore remarquables tant par le climat d'amitié intellectuelle qui y régna que par le sérieux et la valeur des communications présentées. Celles-ci furent consacrées à resituer les fondements historiques et ontologiques du droit naturel hispanique comme un prolongement original de la tradition aristotélicothomiste, à en décrire la méthode propre et la pédagogie, à le distinguer du pseudo-droit naturel moderne en montrant l'accord entre la nature, le bien et la liberté, à le situer au carrefour des questions éthiques, politiques et juridiques, à en illustrer la fécondité et l'incidence dans les domaines du droit public, pénal ou privé, enfin à en évaluer la présence dans la culture juridique des divers pays. Une importante conclusion fut prononcée par le professeur Guido Soaje Ramos directeur de l'excellente revue *Ethos*, trop méconnue en France.

Cet événement manifeste la vigueur d'un courant, le droit naturel classique, et d'une école, celle qui fut fondée par Francisco Elias de Tejada, qui est consciente de la richesse de son patrimoine et de la possibilité d'y trouver les principes des réponses aux nombreux problèmes éthico-politiques qui se posent à la post-modernité après la dissolution désormais acquise du funeste positivisme juridique. Il témoigne de la possibilité de conjuguer harmonieusement le meilleur des acquis du classicisme grec, la conviction de l'existence d'un ordre éthico-juridique et ontologique présent au sein même des réalités humaines mouvantes, et la plus grande tradition catholique qui voit en cet ordre le sage résultat de l'activité créatrice de Dieu. Par cela même il montre sa capacité à ordonner le divers et donc à éclairer efficacement les grandes décisions éthiques devant lesquelles nous placent les questions de l'heure comme la place du mariage, la défense de la vie, la recherche d'une éthique commune pour la cité, etc. Le droit naturel ainsi conçu, puisant à la source classique revivifiée au sein même de la tradition catholique, souvent hispanique, est alors à même de prendre sa valeur suprême proprement théologique comme reconnaissance d'autrui et de la transcendance et sous la forme de loi naturelle comme principe extérieur de l'action humaine orientée vers sa fin la plus haute.

Les actes issus de ce colloque original aussi bien que fécond seront bientôt édités et permettront à chacun de prendre toute la mesure de sa valeur intellectuelle. Il est à prévoir et à souhaiter qu'elle poussera les participants et les organisateurs à renouveler plus souvent ces très riches rencontres.

Michel BASTIT

José Miguel Serrano Ruiz-Calderon, *Familia y tecnología*, Madrid, Universidad Complutense, 1996, 81 p.

L'ouvrage de Serrano Ruiz-Calderon est une très claire défense de la conception classique de la famille, notamment encadrée dans une perspective catholique qui fournit à la famille ses repères de valeurs. La méthodologie suivie est ainsi appelée « éthique juridique », une science qui nous illustre les valeurs que le droit doit défendre et faire appliquer par sa législation, tout d'abord la valeur de la personne, puis une conception normative de la famille (non empirique, non sociologique) : si nous voulons traduire cela dans des termes positivistes, Serrano est engagé dans un parcours de politique du droit, en choisissant d'argumenter en faveur d'une famille traditionnelle contre l'attitude d'un législateur assez réel qui prône une nouvelle forme de la famille, laquelle est aux yeux de Serrano, une nouvelle forme opposée à celle traditionnelle (la référence est faite à Luigi Lombardi Vallauri, notamment à son ouvrage *Terre* de 1989). La démonstration de Serrano est vigoureuse : il ridiculise la prétendue démarche de qualifier comme étant un droit de l'homme telle ou telle conduite sexuelle, et il ne peut que se trouver (comme chaque catholique fidèle) en opposition au laxisme sexuel (qualifie aussi d'« autonomie de la volonté ») de notre siècle. Mais je trouve que l'intérêt de son ouvrage est justement dans le fait de montrer une défense engagée d'un système de valeurs très explicite et pointu : il peut nous apparaître persuasif ou pas du tout, mais il nous donne l'occasion de vérifier la force de l'argumentation en faveur d'une certaine politique du droit. Finalement, c'est beaucoup mieux que de se borner à croire qu'il n'y a pas une véritable politique du droit dans l'action du législateur, mais seulement une façon raisonnable de régir la réalité : cette thèse est la meilleure façon de cacher les choix de valeur que l'on n'aime pas voir discuter.

Serrano nous dit que « le lieu ou la personne est considérée en force de sa dignité est le mariage, fondement de la famille » et aussi que le caractère le plus essentiel du mariage est l'acte de donation gratuite ; il nous fournit donc des énoncés normatifs, mais il nous renvoie aussi à leur fondation naturelle, en disant que « la pérennisation de l'espèce demande la maternité », qui, étant donné le principe personnaliste, ne peut pas être disjointe de l'acte humain. À l'instar de saint Thomas, Serrano peut ainsi détailler les principes que le droit positif doit défendre par l'institution du mariage : tout d'abord, les nécessités économiques, mais bien plus important le refus d'une idée de personne réduite à la conscience subjective de soi-même et de même le refus d'une liberté réduite à l'anarchie de faire n'importe quoi. L'acte suprême de liberté, au contraire, doit être une donation absolue de soi. Serrano fait une référence très rapide à la famille comme élément primaire de la société politique, mais il ne développe pas l'argumentation thomiste : c'est une manière de laisser de côté une entière tradition de la théologie du Moyen Âge, chez saint Thomas comme chez Duns Scot, et un signe assez éclairant du fait que l'option personnaliste chez Serrano conduit l'auteur à se placer dans une optique ciblée de la tradition chrétienne. La justification originelle de l'institution familiale est selon lui la personne, et non pas les exigences des valeurs poursuivies par une société (bien que fondée sur des principes irréprochables).

De ce choix théorique découle tout naturellement l'attitude de méfiance radicale en face des technologies biologiques visant à remplacer l'un des sujets de l'acte reproductif. Il en découle aussi la condamnation la plus ferme de la pratique de l'avortement :

« l'avortement intentionnel est un homicide, et une atteinte grave à la transmission de la vie ». La polémique de Serrano vise les prétendus droits de la femme qui vont cacher l'existence même de la vie qui est en train de sortir dans le monde externe. Cette polémique vise notamment « toute pratique qui se caractérise par la justification d'une société qui exprime une attitude contraire à la vie ». La référence aux politiques démographiques des régimes politiques totalitaires est très intéressante : elle nous montre que l'avortement n'est pas seulement une possibilité de choix individuel (comme n'importe quel comportement social), mais aussi un outil du pouvoir législatif en vue d'une certaine politique sociale, un outil aussi pour remplacer les croyances morales des individus par la morale prônée par l'État. Serrano essaie de nous montrer que l'avortement n'est pas une question qui regarde l'intimité des consciences, mais une pratique destinée à influencer le développement de la société elle-même : il ne fait pas référence à un ouvrage de Richard Posner, *Sex and Reason* (1992), peut-être parce qu'il le déteste de tout son cœur, mais je crois qu'il y a plusieurs raisons de comparer ces deux travaux. D'un côté, ils partagent l'idée que la réglementation des activités de la sphère sexuelle n'est pas un choix « neutre » du législateur, mais une expression de sa volonté impérative ; d'un autre côté, Serrano nous renvoie au royaume des valeurs, au contraire Posner refuse l'existence de toute valeur et nous renvoie au royaume de la nécessité économique. Ils peuvent ensemble comparer l'avortement à l'infanticide, mais Serrano le condamne, Posner en illustre les finalités. Nous sommes en face de deux choix radicalement opposés : le choix de Serrano est celui de la *Veritatis splendor* (1993).

Luca PARISOLI

A. V., *Post-modernism and Christian Philosophy*, ed. Roman T. Ciapalo, American Maritain Association, Washington, The Catholic University of America Press, 294 p.

Le post-modernisme, désormais tombé dans le domaine public, a atteint un stade de maturité. Face à lui, sortis brutalement de leur « sommeil dogmatique », les tenants de la modernité ont allumé quelques coupes feux se traduisant en un réinvestissement des grands maîtres européens de l'âge classique. Un autre groupe de philosophes, dont font partie notamment les réalistes et thomistes chrétiens, aborde la philosophie post-moderne, et avec d'autant plus de détachement qu'il a pris l'habitude de penser en franc-tireur. C'est ainsi que l'American Maritain Association nous offre un volume rassemblant des contributions aux thèmes fort divers, à l'image des travaux de leur inspirateur, Jacques Maritain (rappelons que vient de s'achever la publication de ses œuvres complètes – plus de 15 000 pages). Les articles peuvent être regroupés, un peu arbitrairement, autour de trois pôles allant du général au particulier :

1. La philosophie thomiste et le post-modernisme entretiennent une relation de répulsion-attraction : la première trouve dans le second à la fois un subjectivisme supplémentaire et un soutien d'occasion. À l'inverse, si le post-modernisme fait peu de cas de la doctrine médiévale, il la défend en tant qu'exemple d'une régionalisation, d'une *contextualisation* des savoirs dont il est le défenseur originaire. On retrouve ici un débat

qui agite le thomisme depuis un siècle : vaut-il mieux s'en tenir à saint Thomas, au médiéval à l'état chimiquement pur (tendance Gilson), ou au contraire, s'appuyer sur lui, et sur ses commentateurs, pour tenter de répondre aux défis modernes (tendance Maritain) ? Le propre de cette alternative est justement d'être déjà post-moderne (voir « *Quid sit postmodernismus ?* », de John Deely ; et pour l'approche historique, « *Thomism and postmodernism* », de J.-M. de Torre). Elle révèle quelles analyses peuvent être faites de la situation philosophique actuelle : soit on craint un ébranlement des bases mêmes de la pensée, notamment par la remise en cause de son universalité, avec comme corollaire, pour un chrétien, la tendance au fidéisme (« *Unreliable Tools* », de J.W. Koterski) ; soit on opte délibérément pour le post-modernisme, en tentant d'y insérer un supplément d'âme avec les aléas que suppose ce genre de greffe (voir, sur l'*internal realism* de Putnam, « *Catholic philosophy, realism, and the postmodern dilemma* », de D.T. Asselin ; pour la critique de Lonergan, « *Postmodernism : a lonerganian retrieval and critique* », de J. Marsh).

2. Les thèmes plus techniques satisferont le lecteur européen, qui retrouvera des marques bien connues. Avec, en premier lieu, Heidegger et ses héritiers. Là encore, deux voies s'offrent au philosophe chrétien : tenter une conciliation avec la phénoménologie, en partant des intuitions communes (« *Heidegger and Aquinas on the self as substance* », de Michael Baur ; « *Aquinas and Heidegger : personal Esse, Truth, and Imagination* », de R.E. Wood) ; ou bien investir la post-modernité pour la guider selon une herméneutique chrétienne (la thèse de Jean-Luc Marion est étudiée dans « *Reflections on "Negative theology" in the light of a recent venture to speak of "God without Being"* », de D.B. Burrell). L'une et l'autre paraissent bien fragiles, ne serait-ce qu'à cause du refus de la phénoménologie de s'ouvrir à une sagesse qui la dépasserait. Plus intéressante, à notre sens, est la question que pose l'existence du thomisme à la phénoménologie : lavé, ne serait-ce que partiellement, d'une accusation de constitution onto-théo-logique (comme Marion l'a, avec courage et lucidité, reconnu ; voir aussi sur le pseudo *a priori* métaphysique thomiste, « *A Heideggerian critique of Aquinas and a Gilsonian reply* », de John F.X. Knasas), son statut métaphysique échappe aux yeux heideggeriens. C'est qu'il se place fondamentalement dans une attitude de réception du réel, et de réception respectueuse, équilibrant les aspects subjectifs et objectifs de la connaissance (sur l'opposition à Nietzsche quant à cette question, voir « *On postmodernism and the "silence" of St Thomas* », de J.V. Schall. Et aussi « *Derrida and Maritain on identity* » de B. Sweetman, et « *Onto-theo-logical straw : reflections on Presence and Absence* » de M. Westphal).

Le lieu méthodologique de l'opposition au post-modernisme demeure donc la connaissance : à mi-chemin – ou au-dessus si l'on préfère – de l'universalisme kantien et du contextualisme radical post-moderne, le thomisme abstrait l'intelligible de l'individuel, et, par suite, contient en puissance une anthropologie, une épistémologie, et une métaphysique (« *Contextualizing theoretical reason: Thomas Aquinas and post-modernity* », de Gregory M. Reichberg). Une application très éclairante pour le juriste se trouve dans la morale des vertus, notamment celles de justice et de prudence. Leur articulation chez l'Aquinate se révèle beaucoup plus satisfaisante que celles tentées par le positivisme, le jusnaturalisme moderne, ou encore l'instrumentalisme de la règle de droit (voir, dans le sillage de Pieper, Nelson et MacIntyre, « *The Revival of Prudence* », de

Thomas Hibbs). La prudence est cette vertu permettant le passage du théorique au pratique sans déperdition de la valeur de la norme ni violence pour le particulier. L'agir ne reçoit pas la norme comme hétéronome (légalisme) et ne fait pas remonter ses conflits de devoir au plan théorique (nihilisme).

3. Le post-modernisme fait aussi l'objet d'études plus spécifiques dont il n'y a pas lieu ici de développer la thématique : en philosophie des sciences, « The end of Philosophy and the end of Physics: A dead end », de Benedict Ashley et « Maritain and post-modern science », de M.S. Pugh ; un article sur la querelle des genres : « Feminism, postmodernism and thomism, confront questions of gender » de Rosalind S. Edman ; et, enfin, « Deconstruction and Artistic creation : "Maritain and the bad boys of philosophy" », de G.J. Kerr.

Emmanuel PERRIER

Alain Sériaux, *Droit canonique*, Paris, PUF « Droit fondamental », 1996, 902 p.

Le droit canonique comprend l'ensemble des règles, ou canons, régissant les relations à l'intérieur de l'Église catholique qui, tout autant qu'une communauté spirituelle, est aussi une société structurée par un ordre juridique propre et autonome. Ayant pris forme au cours des siècles, avec le développement de l'Église elle-même, dans des textes de plus en plus nombreux et complexes, il a finalement été codifié : aujourd'hui, dans le prolongement du concile de Vatican II, le code de droit canonique promulgué par le pape Jean-Paul II en 1983 remplace celui de 1917 et contient le droit commun général de l'Église, sous réserve du code des canons des Églises orientales unies à Rome et dont le droit est partiellement dérogatoire au code de 1983.

Jusqu'à une date récente, la matière ne faisait pas l'objet d'une étude spécifique et actualisée dans les collections françaises de manuels juridiques, où elle n'était abordée qu'en histoire du droit pour la période médiévale. Cette lacune est désormais comblée. Depuis quelques années il existe un Précis Dalloz de « Droit canonique », œuvre de plusieurs canonistes sous la direction du doyen de la Faculté de droit canonique de Paris, devenu depuis lors recteur de l'Institut catholique, Mgr. Patrick Valdrini (Dalloz, 1989, 750 p., 2e édition largement remaniée, fin 1998) : il traite successivement du droit canonique et de ce qu'on appelle le droit civil ecclésiastique, c'est-à-dire du statut de l'Église dans le cadre du droit étatique français. Plus récent, un *Droit canonique* est paru aux PUF dans la collection « Droit fondamental » : son auteur, le professeur Alain Sériaux, de l'Université d'Aix-Marseille, déjà bien connu pour ses travaux de droit civil et de philosophie juridique, acquiert désormais une place toute particulière dans la science du droit canonique dont il se fait une haute et forte conception.

Ce nouveau manuel, exclusivement consacré au droit canonique proprement dit, imprimé sur 900 pages en caractères serrés, constitue une œuvre imposante par ses dimensions, mais aussi par son contenu. Il donne une présentation rigoureuse et précise du code de 1983 ; il fait une stricte analyse de ses dispositions selon une méthode exégétique, en suivant l'ordre de ses sept livres et de ses 1 752 canons ou articles-règles et en s'appuyant constamment sur des citations littérales traduites au plus près de l'original

latin, sans négliger du reste les comparaisons avec le code oriental. Après une large introduction définissant les sources formelles du droit canonique ainsi que ses sujets et acteurs (livre I du code : normes générales), il étudie, dans une première partie, l'Église dans son organisation, sa constitution : le statut des fidèles, laïcs ou clercs, la hiérarchie cléricale représentée par le pape et par les évêques dans leur rôle collégial et dans leur office de gouvernement de leur Église particulière ou diocèse, et enfin l'état de ceux qui, clercs ou laïcs, choisissent un mode de vie communautaire suivant une règle spéciale (livre II du code : le peuple de Dieu, canons 204-746). Une deuxième partie envisage l'Église dans son action, sa réalisation : sa fonction d'enseignement par l'évangélisation et l'éducation, sa fonction de sanctification par le culte liturgique et notamment par les sept sacrements longuement réglementés dans le code, les biens temporels de l'Église, les sanctions pénales ecclésiastiques dont la plus forte est l'excommunication, les procès jugés par les juridictions ecclésiastiques et relatifs le plus souvent aux demandes en déclaration de nullité de mariage (livres III à VII du code, canons 747-1 752). Tout au long du manuel, le texte est complété par de très nombreuses notes apportant des remarques et des précisions, et par de multiples références à des ouvrages et articles surtout italiens ou espagnols fort importants en la matière. À la fin des chapitres, de substantielles considérations, tout particulièrement intéressantes, font le point sur des positions doctrinales et sur des questions d'actualité et invitent à pousser plus loin la réflexion.

Dans le droit de l'Église, il faut faire la distinction, que ne connaissent pas les droits profanes, entre les principes inclus dans la Révélation, fondateurs de ce qui est en lui d'institution divine et portant sur la structure hiérarchique de l'Église, le pouvoir de gouvernement du pape et des évêques, l'essence du sacerdoce, la nature des sacrements, et d'autre part les règles humaines établies par les autorités ecclésiastiques et qui en sont les conditions de mise en œuvre, les compléments à la fois nécessaires et adaptés à la vie de l'Église. A d'autres points de vue, certains traits, sans lui appartenir à titre exclusif, sont caractéristiques du droit canonique : ainsi, l'importance particulière qu'il donne, notamment dans le sacrement de pénitence, au for interne et à la conscience morale, même si, comme le fait tout autre ordre juridique, qui du reste n'ignore pas la moralité intérieure, il s'attache principalement par définition au for externe, à la justice, au comportement extérieur et social des membres qu'il régit. Remarquable aussi est la souplesse dont il fait preuve, en dehors même du régime des censures ecclésiastiques, par la faculté qu'il prévoit d'accorder des privilèges et des dispenses et, d'une manière générale, dans les modalités d'application de la loi.

Si le code de 1917 reflétait l'ecclésiologie du premier concile du Vatican de 1870, la récente codification continue et renouvelle en même temps la tradition juridique de l'Église, en tenant compte des apports du concile de Vatican II de 1962-1965. Les nuances nouvelles sont perceptibles dans la simplification de la réglementation sur de multiples points du droit canonique, dans la place faite aux laïcs, aux droits et devoirs fondamentaux qu'ils ont à égalité avec les clercs en tant qu'ils sont tous, les uns comme les autres, des fidèles, des baptisés membres de l'Église, dans le rôle réservé à la collégialité. Suivant cette dernière perspective, peut-être la plus apparente, le nouveau code met en valeur les organes collégiaux, tels le synode des évêques auprès du pape, les conciles particuliers et les conférences épiscopales dans le cadre des nations, les synodes diocésains, le conseil presbytéral et le conseil pastoral auprès de l'évêque diocésain, et

dans la paroisse, éventuellement, le conseil pastoral auprès du curé. Il reste bien clair que ces organes collégiaux ne portent pas atteinte à l'organisation hiérarchique de l'Église.

Malgré une séparation qui s'est depuis longtemps accentuée à l'époque moderne, le droit canonique saurait difficilement éviter tout rapport avec le droit étatique, d'abord et principalement avec le droit civil. Il lui arrive parfois de faire tout simplement renvoi, sous réserve d'exception, au droit civil des États pour la théorie des contrats et autres actes juridiques, le régime des biens, les effets patrimoniaux du mariage. Mais il peut au contraire s'en voir dissocié. C'est précisément le mariage lui-même, comme union matrimoniale, qui pose le problème le plus délicat : si, pour prendre l'exemple français, les règles du mariage canonique ont, du moins partiellement, inspiré celles du mariage civil dans le code civil de 1804, elles se trouvent aujourd'hui débordées et contredites par la législation qui facilite le divorce, le remariage, ou même le concubinage, et qui s'oppose à la nature du mariage sacramentel. En d'autres matières, le droit canonique régit un domaine commun avec celui du droit étatique des libertés publiques : ainsi pour la liberté de conscience et d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de culte, la liberté d'enseignement, pour lesquelles coïncident plus ou moins le droit de l'Église et le droit des États.

Intermédiaire entre la théologie et la pastorale, le droit canonique établit le statut de ce corps social qu'est l'Église terrestre et des êtres humains qui la composent, en vue de les faire parvenir à leur perfection ultime, le salut des personnes en Dieu étant la loi suprême.

Ce droit de l'Église, peut-être trop méconnu, intéresse pourtant tout chrétien pour sa propre vie, ainsi que tout juriste porté à la réflexion juridique.

Jacques DAGORY

René Metz, *Le nouveau droit des Églises orientales*, Paris, Cerf, 1997, 240 p.

Si la plupart des catholiques sont intégrés dans l'Église latine et donc régis par le code de droit canonique de 1983, il existe des catholiques relevant de plusieurs Églises orientales unies à Rome et dotées depuis 1990 d'un code des canons des Églises orientales. Le professeur René Metz, de l'Université de Strasbourg, après avoir contribué à sa préparation, en présente un exposé délibérément sommaire dans le seul ouvrage français disponible à l'heure actuelle en la matière.

Ces Églises, issues des toutes premières communautés chrétiennes, ont leur territoire de base en Orient et comprennent une quinzaine de millions de fidèles incluant une diaspora installée à l'extérieur, en France et surtout en Amérique. Possédant d'anciennes traditions auxquelles elles sont attachées, elles ont suivi le mouvement général de codification du droit canonique : après un projet de 1948 partiellement mis en application, un nouveau texte prenant en compte le concile de Vatican II est devenu le code promulgué par le pape Jean-Paul II en 1990. Il concerne les vingt-et-une Églises orientales catholiques, dont six sont des patriarcats, et qui toutes sont qualifiées Églises *sui juris*, Églises de droit propre : précisément intitulé « Code des canons des Églises orientales », il reconnaît, sous l'autorité suprême du pape gardien de l'unité ecclésiale, en



même temps que leur patrimoine commun, leur autonomie, leur spécificité par rapport au droit de l'Église latine et la diversité qui les distingue les unes des autres.

Le code, dans ses 1 546 canons regroupés en trente titres correspondant à la forme des anciennes collections canoniques et à la mentalité orientale, régleme notamment : le statut des fidèles et des trois états de laïcs, de clercs et de religieux ; les catégories d'Églises selon qu'elles ont à leur tête un patriarche, un archevêque majeur, un métropolitain ou un hiérarque ; la structure de l'éparchie, ou diocèse oriental, ressort de l'évêque ; les sacrements ; le droit judiciaire ; le droit pénal. Cette législation fait évidemment apparaître de nombreuses concordances avec le code latin, enracinées qu'elles sont dans l'unité et la communauté de foi. Signalons plutôt quelques différences : l'existence des patriarches, intermédiaires entre le pape et les évêques, et l'importance des Églises patriarcales ; le principe de l'élection par les synodes d'évêques, sous réserve de l'assentiment pontifical, pour la désignation des patriarches et de la plupart des évêques ; l'exercice en commun par ces synodes épiscopaux et les patriarches du pouvoir législatif et judiciaire ; l'organisation du monachisme, dont l'influence est traditionnelle dans l'Orient chrétien ; la possibilité pour les hommes déjà mariés d'être ordonnés comme diacres ou prêtres, mais non pas comme évêques ; le mariage réalisé ordinairement, non par les époux échangeant leur consentement devant le représentant de l'Église, mais par le prêtre lui-même, ministre du sacrement. D'une manière générale, le code de 1990 renvoie à maintes reprises au droit particulier de chacune des vingt-et-une Églises, en leur laissant ainsi une grande marge de liberté ; d'autre part, il cherche à favoriser les rapprochements avec les Églises chrétiennes orthodoxes héritières des mêmes traditions.

Il est utile de rappeler l'existence des Églises catholiques orientales et le régime juridique qui leur est propre.

Jacques DAGORY

Tomasz Galkowski, *Il « Quid jus » nella realtà umana e nella Chiesa*, Ed. Pontificia Università Gregoriana, Rome, 1996, 370 p.

L'analyse du « quid jus » concerne le fondement et la nature ontologique du droit, mais aussi la réalité phénoménologique de l'expérience juridique, même quand elle est envisagée dans sa dimension historique. Selon la terminologie scolastique du Moyen Âge, la réponse au « quid » renvoie à la construction d'un principe d'identification qui est apte à individualiser l'objet « droit » parmi les autres objets de l'expérience humaine : selon une terminologie contemporaine, le but de la recherche de Galkowski (qui est le résultat de son doctorat en droit canonique) est la légitimité du système juridique, la validité de ses normes et la définition même du « droit » : une tâche que l'École de Giovanni Tarello a située dans le domaine linguistique et a même repoussée en la qualifiant de pseudo-question à l'instar de la philosophie positiviste. Au contraire, selon Galkowski, une définition de l'idée de droit est à replacer dans sa sphère ontologique, en précisant le lien entre la réalité sensible et l'ordre des normes.

Galkowski, membre de la Congrégation des Passionistes, ne manifeste aucune sympathie pour la thèse de la séparation entre l'ordre de la moralité et l'ordre du droit : implicitement, mais avec assurance, son travail de reconstruction historique des sources du droit canonique au Moyen Âge et son examen de l'expérience des comportements

sociaux visent à établir un ensemble de données (parfois très érudites, parfois imprécises) qui conduit à établir la dimension juridique des actes humains. Ainsi, la norme ne trouve pas son fondement ontologique dans sa procédure de formation : elle découle de l'action humaine elle-même, où le mot « action » doit être compris dans sa signification thomiste qui renvoie au sujet de l'action, voire à l'agent moral. Galkowski n'est pas non plus en syntonie avec un regard volontariste sur la sphère normative : il lui suffit d'une petite page pour se débarrasser de la notion de droit comme faculté morale, l'idée qu'elle est à la source de la notion de droit subjectif (pp. 173- 174). Le reproche de confondre l'ordre ontologique et l'ordre psychologique est pourtant vicié par une sévérité et une précipitation un peu excessives : l'auteur veut arriver rapidement à donner la bonne définition du droit, mais peut-être vaudrait-il mieux ignorer l'option volontariste plutôt qu'avancer une critique que les meilleurs partisans de saint Thomas n'ont jamais employée de façon aussi brutale face à Henri de Gand ou Suarez. La précipitation avec laquelle Galkowski dit que la seule contribution de la théologie scolastique qui soit étrangère au droit romain est la notion de droit subjectif (p. 132), ne répond pas à notre attente de comprendre ce rôle de la théologie comme facteur de transmission du droit romain et, pourquoi pas, de l'importance de la répercussion de cette nouvelle idée.

La volonté de créer un pont entre l'expérience humaine et les normes est plus forte que l'intérêt de notre auteur pour une théorie explicite du droit : les idées que 1) les normes du droit naturel ne sont pas déterminées de façon absolue, 2) la déduction des normes positives à partir des normes naturelles n'est pas permise, 3) le seul lien entre le droit naturel et le droit positif est analogique, et 4) on trouve des modes de « dérivation » (entre guillemets) du droit naturel au droit positif (*modum conclusionis*, *modum terminationis*) – cf. pp. 254-255 – demandent quelques précisions supplémentaires afin d'être envisagées comme une proposition persuasive de la science juridique. Le lecteur croyant est soulagé de retrouver enfin un fondement ontologique du droit qui peut être proposé à un très large public : la dignité de la personne humaine spécifiée dans sa liberté, son intelligence, sa nature sociale, qui sont des valeurs fondées sur la création, pourrait être aussi dégagée d'une morale bâtie sur les déclarations universelles des droits de l'homme. Si on veut reprocher quelque chose à Galkowski, on pourrait lui opposer que son point de départ est théologique, que ses étapes sont historiques et phénoménologiques, mais que l'unité de son discours n'est assurée ni par une volonté de définition philosophique-théologique du droit, ni en alternative par une définition philosophique-phénoménologique du droit.

L'ouvrage de Galkowski a parfois l'allure d'un important travail préparatoire pour répondre d'une manière satisfaisante à la question « qu'est-ce que le droit ? » : l'analyse historique est riche, et l'approche phénoménologique pointue. Je trouve que sa lecture est un moyen valable pour se convaincre que la solution positiviste n'est pas la réponse lapalissienne à l'effort de comprendre la sphère juridique. Mais il y a encore un pas à franchir pour que beaucoup de chercheurs soient convaincus par l'idée que le droit est constitué de normes positives et de normes naturelles : il faut éviter des approches équivoques qui ne tranchent pas entre la proclamation de vérités théologiques et la plongée dans l'élaboration des normes positives, toujours historiques et changeantes d'une société à l'autre. Une théorie du droit naturel qui se voudrait persuasive doit être unitaire

sans être totalitaire, comme l'était, selon Galkowski, le droit canon dans l'Europe du XIV<sup>e</sup> siècle.

Luca PARISOLI

Antonio Tarantino, études réunies par, *Per una dichiarazione dei diritti del nascituro*, A. Giuffrè, Milan, 1996, 213 p.

Le recueil nous offre les travaux préparatoires d'un groupe d'Italiens, philosophes du droit et philosophes de la morale, qui se sont réunis à Otranto (Lecce) afin d'élaborer le texte d'une proposition d'un statut normatif du fœtus humain, voire du sujet avant sa naissance, dès sa conception. Cette proposition de loi était destinée à l'O.N.U. ou plus généralement encore aux instances du droit international afin que soient reconnus les droits de l'enfant à naître. Selon la science juridique traditionnelle il était suffisant de fixer l'acquisition de la capacité juridique au moment de la naissance : actuellement, suite aux progrès des techniques médicales, il faut revoir l'efficacité d'une pareille règle, car de nouvelles situations sont possibles alors qu'elles étaient simplement impensables au début de ce siècle. L'évolution de la société demande des nouvelles normes. Afin d'éviter la prolifération d'une législation incohérente, il faut donc s'interroger sur les limites des actes licites et des actes illicites. Deux principes fondamentaux ont été considérés comme point de départ de cette démarche de politique du droit : le droit à la vie, et le droit au développement de ses propres capacités. La différence anthropologique entre « personne », et « être humain » est encore une polémique souvent évoquée. Elle a eu pour résultat de permettre une protection juridique de la personne et de priver l'être humain de toute protection. Cette position a conduit plusieurs systèmes juridiques à refuser une complète protection aux sujets les plus démunis, les enfants ou les vieillards, les handicapés ou les malades qui n'ont ni conscience d'eux-mêmes, ni rationalité suffisante, ni sentiment moral minimum. Au contraire, les chercheurs guidés par Tarantino proposent d'affirmer avec vigueur l'unité de la personne et de l'être humain, avec une protection correspondante, égale et commune. Les positions *prima facie* persuasives d'un Engelhardt, qui établissent un lien entre la personne et sa rationalité, ont pour conséquences néfastes de conduire aux thèses d'un Singer, celles de « purification ethnique », de la suppression des sujets sans conscience d'eux-mêmes.

Il faut ainsi refuser une définition de la personne qui réduit cette dernière à ses capacités et à sa conscience. La personne n'est pas un sujet qui peut faire un ensemble d'opération, mais elle est un sujet qui nous renvoie à l'être humain (ou à l'humain, si on préfère mettre en valeur la source métaphysique du discours). Donc, étant donné que chaque individu humain est une personne, et que le fœtus est un individu humain, il s'ensuit que le fœtus doit être protégé, notamment quant à son droit à la vie. Ce droit très général à la vie peut être détaillé de la manière suivante : 1) le droit à la santé, déjà reconnu par la jurisprudence italienne grâce à la création prétorienne du « *danno biologico* » et par la jurisprudence du fond dans le cadre de la responsabilité délictuelle ; 2) le droit au *status* de fils et à la succession, déjà établi par le droit traditionnel européen ; 3) le droit à la subsistance de la part des parents, notion classique mais qui peut être interprétée de façon plus large ; 4) le droit à la conservation du patrimoine matériel et moral.

Le but final de cette argumentation est de refuser la licéité juridique de l'avortement, qui doit être à nouveau rangé parmi les délits pénaux ; cependant les auteurs de ce nouveau statut du fœtus humain proposent plutôt une nouvelle politique de la famille. Sommes-nous en face d'une nouvelle stratégie du refus de l'avortement qui propose les arguments traditionnels de la doctrine catholique, et des autres religions du Livre, ou le groupe de travail de Tarantino nous offre-t-il une véritable nouvelle approche des politiques familiales qui nous sont souvent proposées par des stéréotypes culturels, mais qui ne sont pas justifiées par des doctrines explicites de moralité civile ? L'honnêteté scientifique (sans parler de celle du discours argumentatif) nous impose de considérer cette importante proposition des droits du fœtus humain comme un enjeu majeur de la politique familiale des années à venir.

Maria Michela MARZANO PARISOLI

Vincenzo Ferrari, *Giustizia e diritti umani. Osservazioni sociologico-giuridiche*, Franco Angeli, Milan, 1995, 309 p.

L'ouvrage de Vincenzo Ferrari nous offre une importante contribution dans le cadre traditionnel de la sociologie du droit : nous disposons de plusieurs recherches ciblées sur la notion sociologique de justice, mais beaucoup plus rares sont les essais d'une analyse expérimentale de la perception sociale de la justice. Le point de départ de cette analyse est que les résultats d'un traitement statistique des données empiriques peuvent être un signe important du sentiment juridique, éthique et politique de la population. Pour ce qui concerne cette étude il s'agit de la population de certaines villes de l'Italie. Évidemment, l'étude de Ferrari ne se prétend pas l'aboutissement d'un travail ainsi conçu, mais seulement comme une étape provisoire dans un projet visant la société dans sa globalité, un projet qui est encore à bâtir.

Finalement, la recherche fait référence à la seule population universitaire de certaines villes italiennes de 1986 à 1988 : la base statistique est limitée, cependant les résultats sont quand même proposés au public car ils peuvent éclairer la perception des idées de justice distributive et de justice commutative, et ensuite celle de l'obéissance aux lois et de la force des droits de l'homme, sans pourtant avoir jamais l'ambition de généraliser abusivement. En ce qui concerne la justice distributive, on a voulu éclairer l'attitude de personnes interviewées face à la notion libérale d'économie (laisser-faire, laisser-passer, ou limitation, ou refus radical) : en ce qui concerne la justice distributive, Ferrari a voulu vérifier l'orientation des personnes entre les différents critères de distribution (la référence est la proposition de Chaïm Perelman, dans *La Justice* (1963), de l'égalité des choses distribués à la suprématie de la prévision législative).

Les résultats des interviews nous donnent une perception de la justice commutative qui montre une légère préférence en faveur du laisser-faire, qui est liée à l'origine sociale des personnes interrogées : dans le cadre de la justice distributive, on trouve une primauté *prima facie* du critère égalitaire, mais si les questions posées aux étudiants sont formulées en soulignant la nécessité d'une sélection naturelle, alors la majorité des personnes choisit le critère du mérite. Enfin, Ferrari nous illustre les réponses aux questions concernant l'obéissance aux lois et les droits de l'homme comme le témoignage de

l'affaiblissement de la rigidité du principe d'obéissance par le développement des sociétés démocratiques, avec la naissance de l'idée de la dérogation particulière à la loi (l'ancienne *dispensatio*, qui était une dérogation *ad hominem* et qui, dans les sociétés contemporaines démocratiques, devient une norme qui permet au médecin de ne pas pratiquer l'avortement contre sa conscience). L'essor des droits de l'homme n'est possible que dans des sociétés qui acceptent l'idée de dérogation particulière, parce que le seul fondement du statut normatif d'une semblable disposition législative est la confiance dans des droits de l'homme qui ne sont pas limités par le principe strict d'obéissance législative.

Le but du travail de Ferrari est de démontrer que les droits de l'homme sont le réflexe normatif des jugements moraux de la société : les droits de l'homme dérivent de la manifestation du sentiment moral social, et ce n'est que grâce au développement du système des droits humains que nous pouvons affirmer le progrès moral de la société.

Maria Michela MARZANO PARISOLI

Olsen A. Ghirardi, *El Derecho Natural en Alberdi*, Córdoba, Ediciones del Copista, 1997, 168 p.

Avec son troisième ouvrage consacré à Juan Bautista Alberdi (1810-1884), le professeur Ghirardi poursuit un travail de redécouverte de l'œuvre du penseur et polygraphe argentin. Si son influence dans le mouvement romantique national contribua largement à sa gloire, Alberdi se présente d'abord comme le principal inspirateur de la Constitution argentine de 1853, en vigueur aujourd'hui encore.

Cette étude s'intéresse avant tout au jeune auteur de la théorie du droit naturel, publiée dès 1837 dans les *Fragments préliminaires à l'étude du droit*. Cependant, préalablement à l'exposition de la théorie alberdienne du droit naturel, les trois articles présentés en ouverture de ce recueil dressent le tableau des diverses influences intellectuelles du jeune philosophe. La domination sans partage exercée par la pensée française sur cet esprit en formation pourra surprendre. Mais ce succès n'est que la conséquence logique du prestige dont jouissait alors l'esprit révolutionnaire dans une nation récemment libérée de la tutelle espagnole. Et l'on ne s'étonnera donc pas du chapitre consacré à Volney, Idéologue de la fin des Lumières et première lecture philosophique d'un Alberdi qui n'en retira, semble-t-il, que peu de profit.

En effet, à l'esprit analytique dépassé de Destutt de Tracy ou d'Helvétius, Alberdi oppose très tôt le besoin d'une pensée synthétique pour le nouveau siècle, la construction devant succéder à la critique destructrice. Cette nouvelle attitude synthétique, la jeunesse argentine l'a découverte au lendemain de la révolution parisienne de 1830, dans la longue liste des auteurs qui déferlent alors sur le pays. Loin d'encourager son goût pour la philosophie purement spéculative, la lecture de Cousin, Michelet, Leroux ou Lamennais conforte Alberdi dans son intention première de « penser pour l'action ». Mais surtout, il trouve là des doctrines adaptables à la spécificité sociale, morale, politique et religieuse de l'Amérique du Sud.

L'éclectisme de Théodore Jouffroy, disciple original de Victor Cousin, le séduit particulièrement. Pour sa théorie du droit naturel, Alberdi ne lui emprunte rien de moins que la doctrine du fondement moral du droit. Selon Jouffroy, le problème essentiel est celui de la destinée de l'homme. Cette fin connue, nous pourrions alors rechercher les règles de vie, constitutives du droit naturel, qui y conduisent. Sa quête d'une loi obligatoire pour l'homme, seule capable de fonder une science du droit, va le confronter à la multitude des systèmes philosophiques « négatifs » qui en récusent l'existence. Enfin, au terme d'une longue analyse, il situe le fondement du droit dans ce bien moral qui « n'est rien d'autre que la conformité des résolutions d'un être rationnel à la loi obligatoire que lui présente la raison ».

Alberdi ne peut qu'avouer sa dette lorsqu'il reprend l'idée d'une opposition entre un ordre absolu, ouvert à l'universel et socle de la loi morale, et l'ordre du relatif, de l'historique, du personnel. Jouffroy pourrait être l'auteur de sa définition du droit naturel comme « loi morale du développement harmonieux des êtres ». Les deux penseurs sont profondément unis par le même souci de l'individu, être social marqué par l'historicité et visant l'universel. Certes, le jeune Argentin tentera de se démarquer du maître parisien. Ainsi, il réduit la conception très extensive du droit naturel proposée par ce dernier à une « science de la conduite obligatoire de l'homme dans ses relations avec l'homme et les choses ». Religion naturelle et morale personnelle sont donc écartées de la sphère d'un droit qui retrouve ses frontières habituelles.

Mais Alberdi ne peut jamais véritablement s'affranchir d'une pensée qu'il a trop célébrée. Il se contente le plus souvent de la réajuster à sa mesure, et réussit l'exploit de découvrir quelques traits pascaliens au spiritualiste Jouffroy. Cet exemple illustre la tendance du jeune philosophe à trop vouloir réunir des doctrines inconciliables.

Sa double adhésion à la pensée historiciste et au droit naturel n'est pas la moindre de ces incompatibilités. Olsen Ghirardi veut la justifier en y voyant l'influence d'un historicisme philosophique plus ouvert que celui des juristes, et il résume d'une phrase : « Jouffroy a été plus lu que Lermnier ». Par ailleurs, Savigny n'a-t-il pas lui-même reconnu sur le tard que le droit poursuivait une fin universelle ?

L'historicisme d'Alberdi nous paraît surtout refléter l'importance de son imprégnation par les nouveaux idéaux du romantisme français. La même année 1830, la première d'*Hernani* et les journées de Juillet ont marqué la rupture avec « l'ancien régime » littéraire et politique. Du mouvement individualiste, très aristocratique, officiellement monarchiste et catholique qu'il était jusqu'alors, le romantisme se fait progressiste et libéral. Nouvel art populaire, il refuse l'individualisme exacerbé, affirme sa foi dans les nouvelles prophéties sociales et encourage les mouvements des nations. L'histoire n'est plus pour lui le reflet des vanités humaines mais un guide au service de l'action. Nous découvrons là tous les thèmes dominants de la philosophie du jeune romantique argentin, mais également l'origine de ses faiblesses.

En effet le romantisme moderne, s'il ne se libère pas totalement de son ancien esprit, a nettement exprimé son refus du passé : dès 1834, Hugo nous parle de sa foi comme d'« une religieuse et poétique ruine ». Pourtant, le désir de synthèse incite Alberdi à

méconnaître l'ampleur des reniements. Il croit encore pouvoir dépasser les contradictions et unir les convictions de sa jeunesse à ses nouvelles certitudes, mais il lui est bien difficile de concilier sa foi avec le socialisme utopique d'un Pierre Leroux ou avec les thèses de l'école historique allemande.

Ainsi, le manque de cohérence, voire la grandiloquence d'une philosophie tout ensemble « démocratique, progressive, populaire, américaine, chaleureuse et prophétique », et qui, tournée vers une *praxis*, doit à cette fin se pénétrer de l'ensemble « des nécessités sociales, morales et intellectuelles » de son pays, pourra parfois prêter à sourire. Cependant, l'ambition palliant la maladresse originelle, cette pensée va mûrir dans l'esprit d'Alberdi, qui finira par en extraire les bases institutionnelles de l'Argentine moderne. Et si la réussite d'une philosophie n'assure pas de sa qualité, le cas est suffisamment rare pour que l'étude de sa genèse retienne l'attention du lecteur.

Vincent GUÉRIN

Association française pour l'histoire de la justice, *Les ministres devant la justice*, préface de Robert Badinter, Arles et Paris, Actes Sud, 1997, 272 p.

Le recours à la justice pour juger les fautes des détenteurs du pouvoir politique a toujours posé un problème délicat à résoudre. Le cas du chef de l'État étant mis à part, il est possible que soit engagée la responsabilité pénale des ministres. Après la révision effectuée sur ce point en 1993 de la Constitution de 1958, l'Association française pour l'histoire de la justice a organisé en 1996 un colloque sur « Les ministres devant la justice de l'Ancien Régime à la Libération » : les actes en sont publiés sous la forme de douze articles de différents auteurs.

La responsabilité pénale soumet les ministres au risque éventuel d'une sanction répressive. Déjà sous l'Ancien Régime, elle a donné lieu, sur l'initiative du roi, pour des faits inclus dans le *crimen majestatis*, à plusieurs condamnations, à celle notamment de Fouquet en 1661. Mais depuis la Révolution, elle est devenue, avec des formes diverses, dépendante des Chambres élues. Au cours de la Restauration et de la Monarchie de Juillet, en escomptant le résultat déjà obtenu en Grande-Bretagne par la menace d'une procédure d'*impeachment*, l'idée de mettre en accusation les ministres a pour but de les écarter du pouvoir, d'accélérer l'établissement devant les Chambres de leur responsabilité politique, qui commence à s'instaurer dans la pratique, avant de faire l'objet d'une reconnaissance constitutionnelle par la Troisième République en 1875. Une évolution semblable apparaît dans plusieurs États européens tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle. La responsabilité politico-pénale peut servir à discréditer d'anciens ministres : ainsi la tentative manquée de poursuivre Villèle en 1828, ou la condamnation de Malvy en 1918 pendant le temps de guerre pour défaitisme. La volonté de vengeance politique est plus forte dans le jugement de dirigeants d'un régime déchu : dans la condamnation en fin 1830 de Polignac et des autres ministres de Charles X signataires des ordonnances ayant déclenché la révolution de Juillet, dans le procès finalement suspendu de quelques ministres de la Troisième République sous le régime de Vichy, dans les condamnations des ministres de ce régime de Vichy après la Libération de 1944 à 1960. À côté de cette responsabilité pénale générale, il existe aussi une responsabilité pénale spécifique pour les abus de

fonctions ministérielles en matière financière. Restant théorique sous la Révolution et l'Empire malgré les agissements douteux de ministres des finances, elle atteint par la suite d'anciens ministres : Teste en 1847, Baihaut dont la condamnation en 1893 permet de laisser impunis tous les autres hommes politiques impliqués dans le scandale de Panama, Péret jugé pour ses liens avec la banque Oustric et acquitté en 1931. Ces procès à caractère financier ne sont pas toutefois sans revêtir une coloration politique.

Les règles de la mise en jeu de la responsabilité pénale des ministres sont plus ou moins variables selon les régimes politiques qui se sont succédé. Le jugement est confié à un organe rentrant dans deux ou trois catégories : soit, à l'exemple de la Grande-Bretagne, la seconde Chambre parlementaire, Chambre des Pairs selon la Charte de 1814 et son texte révisé en 1830, Sénat de la Troisième République ; soit une Haute Cour de justice, elle-même composée de quelques hauts magistrats et de jurés choisis parmi les élus départementaux comme le prévoient les Constitutions de 1791, de l'an III, de l'an VIII, de 1848, de 1852, ou seulement de hauts magistrats et de représentants de corps constitués comme dans le sénatus-consulte de l'an XII, ou pour la Cour suprême de Riom créée par le gouvernement de Vichy, avec des solutions intermédiaires pour la Haute Cour de la Libération formée en 1944 de hauts magistrats et de jurés élus par les parlementaires et, après 1945, de membres tous parlementaires. La mise en accusation dépend d'un vote de la première Chambre saisissant la seconde Chambre, ou d'un vote parlementaire saisissant la Haute Cour, ou d'un vote du Sénat sous le Second Empire, ou alors d'une décision de l'exécutif pour saisir la Cour de Riom ou la Haute Cour de la Libération. Cette résolution préalable s'est même révélée inutile dans l'affaire Teste jugée directement par la Chambre des Pairs comme étant liée au procès d'un pair par voie de connexité, et dans l'affaire Baihaut jugée par la cour d'assises de la Seine dont fut admise la compétence en concurrence avec celle du Sénat. Cette dernière exception étant faite, l'organe de jugement, seconde Chambre ou Haute Cour, dispose d'une large autonomie dans la procédure, dans la définition des crimes et le choix de la peine à infliger. Sa marge de liberté est plus grande pour se prononcer sur la trahison politique, la forfaiture, la violation des devoirs de la charge ministérielle, même avec la référence à des dispositions du code pénal, mais accommodées aux circonstances ; elle est plus limitée, mais non négligeable, en matière de concussion, de corruption, de trafic d'influence. C'est la Constitution de 1946, puis celle de 1958, qui imposent le principe de la légalité des délits et des peines pour le jugement des ministres par la Haute Cour de justice qu'elles ont instituée.

En définitive, une étude historique montre qu'en dehors de périodes troublées, les ministres ne sont à peu près jamais pénalement sanctionnés. Cette abstention s'explique par la répugnance de la classe politique à condamner l'un des siens, mais aussi par la difficulté de distinguer nettement la responsabilité pénale d'avec la responsabilité politique. La Cour de justice de la République créée en 1993 modifiera-t-elle cette situation, en évitant à la fois le harcèlement et l'impunité des ministres ?

Jacques DAGORY



C. — *Logique et herméneutique juridiques*

Antonio Osuna Fernandez-Largo, *La Hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer, (L'Herméneutique juridique de Hans-Georg Gadamer)*, Valladolid : Secretario de Publicaciones, Universidad, D.L.1992, 137 p.

L'œuvre du Professeur Hans-Georg Gadamer a déjà suscité de multiples commentaires et études. Si l'on a cependant davantage présenté les écrits du professeur d'Heidelberg comme une vision d'ensemble et systématique de ce qu'est l'Herméneutique juridique, l'on s'est moins intéressé à ce que pouvait être cette notion plus précisément. Telle est ici l'ambition d'Antonio Osuna Fernandez-Largo. Après avoir exposé longuement la théorie de Gadamer sur l'Herméneutique en général, dans la lignée de la tradition philosophique heideggerienne, M. Osuna F. Largo s'applique à en faire ressortir les éléments-clefs pour une Herméneutique juridique qui se veut nouvelle.

Dès le départ, l'Herméneutique gadamérienne se veut confrontée à la totalité de l'existence humaine. L'expérience nous confronte à la totalité du monde, entourage vital de notre propre existence. L'Herméneutique devient alors un système philosophique qui donne à l'interprète d'atteindre ses propres implications humaines dans l'interprétation elle-même, c'est-à-dire que l'acte de comprendre devient un acte historique. Dans la lignée de la tradition du *Dasein* heideggerien, en tant que « possibilité de son être-au-monde », Gadamer affirme ainsi que « toute compréhension est un *se-comprendre* », car qui se comprend projette les possibilités de soi-même. L'ouverture au monde du *Dasein* est aussi la condition génératrice de l'acte interprétatif : exister, c'est comprendre et interpréter. Dès lors la phénoménologie de la compréhension s'identifie à la phénoménologie de l'existence humaine.

Dans tout processus de l'activité compréhensive existent néanmoins des précédents qui manifestent en celui qui comprend un état de pré-décision et de pré-compréhension. Ce sont les « préjugés ». Gadamer met à l'écart le sens péjoratif du terme – le préjugé n'est plus ce dont il faut se libérer, – pour désigner ce qui devient légitime dans l'acte de la compréhension. Il fonde ainsi le jugement de l'intelligence humaine sur la condition existentielle du sujet et non sur son niveau de fidélité à ce qui est objectif. L'exigence de l'usage de la raison pure et neutre, revendiquée par les Lumières, et à leur suite par l'École Historique du siècle dernier, en opposition à la tradition et à l'autorité, se trouve contestée par Gadamer : il n'accepte point une science qui marginaliserait l'historien et accepterait la seule valeur du document ou texte historique. Faire abstraction du présent pour revenir au passé, c'est le restaurer mimétiquement selon la tendance de l'historicisme romantique ; et oublier la richesse accumulée par l'histoire des peuples et l'expérience de la revendication de leurs droits, c'est tomber dans les pièges du jusnaturalisme rationaliste. Au contraire, la nouvelle herméneutique gadamérienne entend-elle affirmer que la compréhension préalable – ou « pré-compréhension » – à tout acte de penser est la première de toutes les conditions herméneutiques et que les préjugés d'un individu, beaucoup plus que ses jugements, sont la réalité historique de son être.

La *quaestio disputada* de toute herméneutique est donc l'incorporation du sujet à la chose interprétée, en fondant la pré-compréhension dans l'*interpretandum*, et en proposant *in fine* qu'il n'y ait de compréhension sans ce qui procède du sujet lui-même. Tel

est le sens nouveau du concept de « l'objectivité historique » selon Gadamer, et celui de « la conscience de l'histoire en train de se faire », lesquels nous permettent d'entrer dans l'horizon historique du passé et de le capter dans son individualité propre.

Dès lors, l'interprète juridique implique sa situation historique dans la compréhension historique de la norme. S'il ne peut y avoir une compréhension originaire de la norme et une application postérieure et dogmatique de celle-ci, c'est que la seule interprétation suscitée par la condition de l'interprète entraîne un processus circulaire avec la traduction même du texte. L'interprète projette ainsi son auto-compréhension dans la compréhension originaire de la norme. De cette manière, l'herméneutique touche à la dimension expérimentale du droit : ce n'est plus tant la compréhension juridique des lois sans référence à la situation du sujet interprétant ou du juge applicateur de la norme qui importe que la signification et le sens qui sont *hic et nunc* pour ces derniers. Il ne s'agit pas de rendre compte de ce que *dit* le texte, mais de ce qu'il *veut dire*. Comprendre une norme, c'est comprendre son signifié *hic et nunc*.

L'Herméneutique juridique de Gadamer favorise donc une prise de position ontologique, distante des positionnements positivistes. Fondée dans l'être de la personne interprète et conditionnée par la révélation des sens enfermés dans le texte, elle s'oppose à ne voir dans la norme que ce qui est statiquement donné et inexorable pour le sujet de droit. Quant à réduire toute la réalité juridique à la simple connaissance des énoncés normatifs, cela est insoutenable, car seraient hors du droit la situation de l'interprète et la valeur conditionnante de l'histoire du texte, aussi bien que sa tradition jurisprudentielle et que sa ligne de compréhension envers les destinataires de la norme. Pour cela, dire la loi, la compléter, accomplir les normes et se comporter en conformité avec elles revient à vivre l'acte de compréhension de la norme et à créer un droit vivant. Toute interprétation est une création, mais qui ne part pas de zéro. Interpréter, c'est réfléchir, récupérer, réhabiliter ce qui était préfiguré, c'est instaurer un processus dialectique entre le texte et l'interprète, entre le passé et le présent. L'Herméneutique juridique de Hans-Georg Gadamer prétend ainsi s'insérer dans une continuité vitale opératrice et toujours créatrice, comme réontologisation du droit et fondement humaniste de la connaissance juridique.

Emmanuelle BERTHAUD

Vincenzo Marinelli, *Ermeneutica giudiziaria, modelli et fondamenti*, Milan, Giuffrè editore, 1996, XIV-332 p.

Au vu de l'abondance des publications relatives à cette technique de la lecture qu'est l'herméneutique, l'on serait tenté d'adjoindre à cet art le titre de « tonique de l'écriture ». Espérer apporter aujourd'hui un éclairage nouveau, à défaut d'une franche originalité, sur une question déjà objet de si savantes études apparaît sinon imprudent, du moins quelque peu audacieux. On imagine donc à quelle gageure s'est exposé Vincenzo Marinelli en choisissant pour sa contribution le titre ambitieux d'« *Herméneutique judiciaire. Modèles et fondements* ». Mais cette ambition se comprend bien mieux, même elle se légitime si l'on prend garde à l'intégralité de l'énoncé. Car si, comme tant d'autres, cet ouvrage s'attache notamment à analyser la technique interprétative adoptée dans l'exercice de la fonction juridictionnelle, il est délicat de le rattacher à l'habituelle production

de l'herméneutique contemporaine. En effet, l'auteur est plus précisément intéressé à un essai de fondation historique-critique de l'herméneutique judiciaire entendue comme une « catégorie de l'existence ». Il s'agit de remonter à la définition du statut philosophique de la fonction juridictionnelle, pour enfin découvrir les « modèles et fondements » rationnels de l'herméneutique judiciaire.

Les interprétations tant « logicistes » que « politistes » des relations du juge à la loi, bien que contradictoires, sont semblablement schématiques et sophistiques. Afin de dépasser leur unilatéralisme, il est indispensable d'en passer par une confrontation avec le phénomène du « droit vivant ». À vocation universelle, la recherche ici menée ne pouvait se contenter d'une confrontation avec les systèmes juridictionnels « continentaux ». Aussi, dans sa première partie consacrée à des aperçus historico-comparatifs, l'ouvrage s'ouvre largement à l'examen des systèmes de *common law*.

En exposant au centre de ces analyses la technique du précédent judiciaire, l'auteur n'aspire pas à révéler le manichéisme d'une opposition entre jurisprudence « continentale », sans conscience d'elle-même, et son équivalent « conscient » de la *common law*. Par ailleurs, de la méconnaissance par nos systèmes de la règle du *stare decisis*, fameuse outre-Manche, il ne suit pas que l'on doive reconnaître aux précédents autorité *de iure* dans les ordres de *common law* et simple autorité *de facto* dans les autres. Bien au contraire, cette comparaison vise à découvrir, au-delà de la diversité de ses articulations concrètes, l'unité foncière du phénomène du précédent et, par là même, les fondements de la légitimité de la jurisprudence dont il constitue l'expression la plus significative.

Dans cette recherche des aspects unitaires de l'exercice juridictionnel, la nature inévitablement interprétative de la jurisprudence s'en présente dès l'abord comme un des caractères les plus flagrants. Confrontée à l'inachèvement des dispositions législatives, cette jurisprudence en est un indispensable correctif. Inéliminable *ex ante*, cet inachèvement se heurte pourtant au dogme de la complétude législative, dont participe la très représentative théorie kelsénienne de la fiction des lacunes. Selon Kelsen, la présence de lacunes ne remet nullement en cause la cohérence d'un système normatif autonome. Simples fictions destinées à éviter l'application trop rigoureuse des lois, les « lacunes » conduisent le législateur à accorder au juge une dérogation pour l'application d'une norme individuelle. Mais, outre que cette théorie ne satisfait guère à ses propres exigences en ce qu'elle méconnaît l'absence d'une norme individuelle précise, elle reconnaît corrélativement et implicitement la nécessité d'une détermination jurisprudentielle d'une telle norme. Cependant, si le travail jurisprudentiel de correction est toujours le lieu d'un arbitraire plus ou moins vaste, l'interprétation judiciaire « ne peut s'avancer au-delà des limites posées par les textes écrits, et, plus généralement, par la relation avec une réalité préexistante ». On se heurte ici à la réalité profonde du phénomène jurisprudentiel.

En effet, « une interprétation judiciaire trop affranchie des liens et des limites de n'importe quel type se heurterait à ce trait saillant de la juridicité qu'est la préparation de la règle, ce « disposer pour le futur » ». Sans la règle, nous voilà renvoyés au commandement, propre à l'état de nature hobbesien. Avec la règle, passé, présent et futur, ces trois modes par lesquels la conscience saisit la temporalité, se voient rassemblés dans la durée. Prescription réursive, cette règle repose sur les caractères indéfectibles de

durée et de « paradigmaticité », et se distingue ainsi d'une loi rapportée essentiellement à une généralité absolutisée par la culture illuministe et positiviste.

La règle doit donc être regardée comme la raison d'être du précédent judiciaire. Mais dès lors que, loin de se contenter d'une stricte application des règles, le jugement en établit lui-même, la vision traditionnelle des rapports entre position et application des règles se trouve bouleversée.

Constatant la regrettable nécessité de l'interprétation judiciaire, Beccaria proposait déjà ses remèdes pour tenter de préserver la cohérence de sa conception syllogistique du jugement. Il s'agira tout d'abord de légiférer avec clarté, mais également de prendre garde à « cet axiome commun qu'il faut consulter l'esprit de la loi », funeste « digue rompue au torrent des opinions ». Dans ce même esprit, le juge ne devra pas se laisser fourvoyer par des précédents judiciaires qui ne représentent pas la simple exécution de ce que la loi a prévu. Mais la méfiance ici manifestée à l'égard du précédent ne doit pas être exagérée, cette rigidité étant avant tout soutenue, comme le précise l'auteur, dans les matières pénales.

Élaborée par Dworkin, maître de la métaphore juridique, la théorie de la « *chain of law* », remporte aujourd'hui un succès qui illustre l'intérêt pour une prise de distance d'avec ces réductionnismes dépassés. Dans le respect de la « force gravitationnelle » des précédents, Dworkin propose de suivre une voie interprétative moyenne, en résistant à la tentation « conventionnaliste » de la certitude et d'une continuité jurisprudentielle déséchante, mais en s'abstenant à l'opposé des excès de « pragmatistes » créatifs mais incohérents.

Mais si une créativité minimale se mêle toujours à l'œuvre prudentielle, la question demeure posée de sa conciliation avec son caractère d'application de règles déjà données. Pour l'auteur, cette créativité judiciaire n'est pas ordonnée à elle-même, à l'inverse de ce qui peut être dit de la créativité esthétique. Créativité « structurée » et « systémique », elle est filtrée par la règle et orientée vers une adaptation aux exigences des canons juridiques. Cet encadrement de l'innovation judiciaire dans nos systèmes continentaux doit peut-être conduire à moins y redouter les dérives « pragmatistes » que la sclérose « conventionnaliste ».

De l'examen de la créativité judiciaire, il est naturel de passer au débat, très classique mais toujours âpre, sur le statut de la jurisprudence, conçue comme source ou simple autorité du droit. En soutenant la thèse de la jurisprudence comme « source de connaissance », une certaine doctrine insiste sur le rôle du juge dans la mise au clair des prescriptions juridiques. Mais celle-ci doit être rejetée pour dire trop peu de l'aspect pratique et créateur d'une jurisprudence tournée vers « la réalisation du droit dans les situations de vie ». À l'inverse, à trop vouloir dire, la thèse d'une jurisprudence « source de production » s'avère inadaptée pour des systèmes de *civil law* dans lesquels la jurisprudence ne peut, au mieux, que prendre la place qui revient à la source évoquée par la décision. On comprendra alors que la définition du statut hiérarchique général de la jurisprudence proposée par l'auteur se réduise à la formule moyenne, « souple et nuancée » de « facteur du droit ». Si cette définition peut apparaître décevante, elle marque en fait la nécessité

de poursuivre dans une autre direction la quête du permanent du phénomène jurisprudentiel.

Cette nouvelle voie sera celle de la reconnaissance de l'indispensable fonction jurisprudentielle d'« intégration prescriptive du droit », dans laquelle le précédent joue un rôle directeur. La conformation des juges aux précédents « persuasifs », pourtant non contraignants, se fonde rationnellement sur un besoin de certitude et de prévisibilité. Et en ce sens, le précédent se pose en « médiateur du caractère de durée de la règle », une durée entendue comme « constance ou stabilité du sens ». On constate donc l'utilité du précédent pour l'élaboration d'une phénoménologie de la jurisprudence. D'autant que les nombreuses vertus du précédent seront également employées pour éviter le glissement vers l'équité cérébrine ou mieux asseoir l'égalité de traitement.

Il ne s'agirait cependant pas de réduire la fonction judiciaire à l'usage de ce procédé. Victime de sa « mauvaise inertie » qui le « rend incapable d'un rapport authentique aux choses et aux autres exigeant une empreinte originale », le précédent est en effet incapable « de pensée divergente ». Mais cela ne saurait en rien entamer son statut prédominant au sein des techniques jurisprudentielles, « l'équité elle-même n'excluant pas la valeur des précédents, mais au contraire la réclamant ».

Vincent GUÉRIN

Juan Vallet de Goytisolo, *El razonamiento jurídico : la analogía y la equidad*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1997, 108 p.

Dans sa monumentale *Metodologia de la determinacion del Derecho*, le Président de l'*Académie Royale* espagnole avait déjà accordé d'importants développements aux thèmes de l'analogie et de l'équité. L'analyse du raisonnement juridique proposée par cette Leçon inaugurale ne pouvait éviter un retour sur les deux notions qui en attestent le mieux l'originalité.

Des siècles durant, la domination de la tradition réaliste héritée des juriconsultes romains a favorisé l'épanouissement d'une telle spécificité. Avant d'opérer syllogistiquement, le juriste veillait alors à l'adéquation essentielle des règles avec la réalité des choses. Mais le nominalisme survint, qui s'annonçait comme le précurseur de toutes les contestations ultérieures de la singularité du raisonnement juridique.

En effet, le développement des nouvelles conceptions rationalistes, négatrices d'un ordre des choses et imprégnées de doctrines volontaristes, ne pouvait aboutir qu'au rejet absolu de l'antique *ars aequi*. Cependant, toutes les tentatives visant à substituer une pure concaténation de syllogismes à l'antique méthode des juristes latins devaient s'avérer vaines. Les déconvenues successives de la *Begriffsjurisprudenz* ou de l'École de l'exégèse, fameuses entre toutes, trouvent fondamentalement leurs origines dans le caractère général et non universel des normes juridiques. Cette simple généralité des lois implique leur incapacité à saisir tout ce champ du réel qui sépare le général de l'universel. De là dérive directement l'inadaptation au droit d'une logique formelle que l'Auteur, reprenant Vico, compare à ces routes qui, de loin, donneront l'illusion de connaître une contrée qu'on n'aura qu'effleurée. Fondée sur ce miroir, parfois déformant,

de la réalité qu'est le langage, une telle logique se condamne à une vaine poursuite de l'universalité, de la richesse des choses.

Tout discours sur le raisonnement juridique doit d'abord passer par une réflexion sur les mécanismes linguistiques les plus aptes à éviter cette mutilation de la réalité. Face à un concept général-abstrait kantien dont la généralité estompe l'individuel, le général-concret hégélien et, plus encore, l'universel aristotélico-thomiste accueillent tous les singuliers. Seule une nouvelle méthodologie, typologique, sera susceptible d'intégrer l'éventail des possibilités ouvertes par ces nouveaux instruments.

Point médiateur entre le particulier et le général, le type se distingue par sa grande capacité d'accueil. À une impossible subsomption de l'intégralité des phénomènes juridiques sous des normes abstraites, la pensée typologique oppose sa compréhension profonde de la nature des choses et son fort caractère analogique. Désormais, par l'intermédiaire du type, la situation abstraitement conceptualisée dans la norme se trouve reliée, mise en analogie avec la situation concrète. La subsomption se réduit alors au renvoi du fait concret sous la conclusion de l'analogie. Pour cette œuvre de *typification* du monde, le juriste trouve un appui inattendu dans une conception « moderne » de la topique, considérée par Vico comme l'art d'observer une chose par tous ses lieux communs. La topique permet d'en préciser les différences et les ressemblances avec d'autres choses, facilitant ainsi le recours à l'analogie. Nous retrouvons alors l'attitude des juristes romains recherchant la « *ratio* » de leurs « *responsa* » suivant une même logique analogique et d'équité, fondée sur la ressemblance et visant au juste.

*Analogon* selon Aristote, *aequum* pour les Latins, le droit est affecté dès l'origine par cette étroite relation de l'équité avec l'analogie. Relation dans leur emploi respectif, chacune s'appuyant sur l'autre afin de se justifier, mais aussi relation des origines. D'après la conception réaliste, toutes deux se fondent dans la raison naturelle et la nature des choses, en relation au droit positif. Mais le nominalisme, ramenant tout à la pure subjectivité, les en séparera totalement et marginalisera une équité réduite à un simple jugement individuel et arbitraire. Oublieux de l'analogie, l'idéalisme rationaliste imbu d'esprit scientifique échouera également dans sa recherche d'un fondement stable de l'équité. Totalement discréditées quand ce n'est pas niées par les divers normativismes ramenant tout à la volonté du législateur, les deux notions se voient aujourd'hui récupérées par ces mêmes tendances. L'argument par analogie est alors réduit au rôle de simple variante du syllogisme, d'instrument logique. C'est oublier qu'il ne peut être dissocié de *l'analogie de l'être*, donc de la nature des choses.

Cependant, il ne faudrait pas croire que cette étude se complaît dans une vision manichéenne, imputant à la seule pensée « moderne » l'ensemble des vicissitudes de l'analogie ou de l'équité. Le long développement sur l'évolution des conflits entre l'équité et la loi, des Glossateurs jusqu'aux successeurs de Bartole, suffira à nous convaincre. Approfondissant les remarquables travaux que Meijers avait consacrés à cette question, cet exposé manifeste l'ancienneté d'oppositions doctrinales dont nos droits positifs se ressentent encore.

Ainsi, d'aucuns s'identifieront aujourd'hui à un Bulgarus dont le disciple Rogerius n'hésitait pas à dénommer *stulti* ces égarés rêvant d'une impossible application *contra legem* de l'*aequitas rudis*, « l'équité brute » ; les autres inclineront en faveur de son adversaire, Martinus, tenant de la légitimité d'une telle interprétation judiciaire, pourvu que, respectueuse des prérogatives princières, elle fût « *necessaria sed non generalis* ». Cette seconde thèse, réaliste, prévaudra longtemps à travers les versions de Placentin et Karolus. Mais surtout, tous s'accorderont à reconnaître là les termes du futur débat relatif à un article 4 du code civil susceptible de reconnaître implicitement au juge le pouvoir de statuer en équité.

À défaut de pouvoir extraire l'article 4 de la légalité dans laquelle, selon l'expression du Doyen Carbonnier, « la méthode exégétique s'est appliquée à le faire rentrer », ce bref mais riche ouvrage saura certainement extraire de leurs certitudes les Bulgarus contemporains, détracteurs d'une impossible équité.

Vincent GUÉRIN

Olsen A. Ghirardi, *El razonamiento judicial*, Lima, Academia de la Magistratura, 1997, 304 p.

Le raisonnement judiciaire est susceptible de deux approches. Un premier point de vue, centré sur l'aspect « substantiel », analyse la détermination par les juges des prémisses justificatives de leurs décisions. Le second, seul retenu dans le présent ouvrage, s'intéresse exclusivement à l'aspect formel du raisonnement, à sa « correction logique ». Par cette présentation introductive de son dernier écrit de logique, Olsen A. Ghirardi, professeur à l'université de Córdoba (Arg.), laisse deviner ses réponses à une recherche dont les perspectives sont établies d'emblée.

L'examen des fondements logiques du procès est l'occasion d'un vaste panorama historique. Étayée sur une interprétation critique des travaux de Lukasiewicz, l'étude de la syllogistique aristotélicienne inaugure toute une série de développements consacrés notamment à la dialectique, à l'importance du dialogue ou aux rapports de la topique avec la rhétorique. À l'issue d'un exposé clair et synthétique, l'auteur propose sa théorie du raisonnement judiciaire. Si ce raisonnement « pratico-prudentiel » s'oriente vers la forme déductive du syllogisme, on ne peut toutefois l'y réduire. En effet, la tâche « cyclopéenne » de fixation des prémisses, dans laquelle le juge se voit assisté par toute la palette des procédés non déductifs, ne peut être négligée. Mais, partie intégrante du raisonnement judiciaire, les processus mentaux ainsi visés n'en sont pas moins distingués des raisonnements explicités dans les motifs. Perelman aurait lui-même précisé l'importance respective de ces deux dimensions en renvoyant au champ du raisonnement en général les arguments non relatifs à l'interprétation de la loi.

Le professeur Ghirardi tire la conséquence de cette séparation en réclamant l'organisation d'un « contrôle de logicité ». Première dans la lutte contre l'arbitraire, l'exigence de motivation doit aujourd'hui être renforcée par une surveillance de la correction logique des raisonnements. Il faut poursuivre cette marche vers la rationalisation de décisions

judiciaires dont la clarté ou le style lapidaire sont trop souvent critiqués. À l'heure où nombre de logiciens formalistes affirment leur incapacité à analyser dans son intégralité la pratique juridique, l'idée peut sembler présomptueuse. Mais la force de cette théorie tient à ce qu'un tel contrôle n'exige pas une explicitation totale, peut-être impossible, des mécanismes du raisonnement juridique.

L'auteur ne poursuit pas une démarche analytique. Sa compréhension de Perelman a certes pu l'amener à grandement restreindre le champ de l'originalité du juridique, mais il n'en reconnaît pas moins sa spécificité. Quant à la logique formelle, elle se limite à déterminer le « raisonnement correct », indispensable accès au vrai. Cette conception l'autorise à tirer pleinement argument de l'enseignement de la logique aristotélicienne ou leibnizienne, dont les principes de non-contradiction ou de raison suffisante sont les acquis intangibles. Il faut bien sûr parer à la critique issue d'une éventuelle confrontation de ces principes avec les instruments spécifiques du raisonnement juridique. Mais le danger est évité par la limitation du contrôle de logicité à la simple sanction des motifs logiquement erronés. « Motifs des motifs », les arguments proprement juridiques sont renvoyés à la pragmatique. Se dévoile alors le projet séduisant de ce que l'on serait tenté de qualifier « contrôle des motivations manifestement illogiques ».

Cependant, on voit mal comment cette entreprise peut éviter la dérive formaliste. Malgré les affirmations du professeur argentin, il semble vain d'affirmer le cantonnement d'un contrôle de logicité à la seule forme. Ainsi comprise, la logique formelle a en effet un caractère inévitablement totalisant. Uniquement apte à distinguer raisonnements corrects et incorrects, il est impossible à cette science de délimiter son objet suivant d'autres critères. Elle doit considérer l'intégralité du donné qui lui est soumis car elle méconnaît la distinction des raisonnements selon leur caractère général ou juridique. Un éventuel conditionnement des principes par l'objet, n'étant pas intrinsèque aux principes eux-mêmes, ne peut alors être que le fait du juge. Or, si l'on veut éviter son arbitraire, ce juge doit se soumettre à l'élément objectif, en l'espèce le donné des motifs. Sinon, tout contrôle devient superflu, une subjectivité chassant l'autre.

Placé devant le moindre argument analogique ou *a fortiori*, participant du raisonnement juridique et présent dans la motivation, quelle sera alors l'attitude de ce « contrôleur » ? Le refus de la sanction implique la contradiction avec le système qu'il est chargé d'appliquer, le raisonnement juridique étant évidemment incorrect selon la logique considérée. La tentation peut exister de justifier cette décision par le renvoi de ces arguments à la sociologie ; mais une telle attitude marquerait tant la négation de la réalité des motifs que le retour d'un arbitraire décrié. Si le juge veut échapper à ces griefs, il doit sanctionner, au prix de son immixtion dans le champ de ce « substantiel » qu'il était censé méconnaître. Le contrôle de logicité institue alors la forme en juge d'un contenu qu'elle prétendait respecter comme inconnaissable.

La viabilité d'un tel contrôle paraît bien exiger le rejet foncier d'une rationalité propre au droit. Le choix d'une voie moyenne, ici privilégié, semble donc intenable. Mais, que l'on tienne le droit pour une science ou pour un art, l'ouvrage conserve une grande part de son intérêt. Tout art a ses règles, et leur théorisation peut être d'un grand secours aussi longtemps que l'on n'en surestime pas la portée explicative. Sous cette



réserve, la typologie des erreurs *in cogitando* dégagée en conclusion constitue un intéressant instrument qui, au service des juges du contrôle, sera susceptible d'améliorer leur lecture des motifs.

Vincent GUÉRIN

Miguel Angel Ciuro Caldani, *Filosofía de la jurisdicción, con especial referencia a la posible constitución de un tribunal judicial del Mercosur*, Rosario, Fundación para las investigaciones jurídicas, 1998, 128 p.

Où manquent « une loi fixe et un juge commun » règnent l'état de nature « et tous les inconvénients de celui-ci ». Les propos de Locke portés en épigraphe introduisent excellemment à la problématique centrale de l'ouvrage. Quatrième espace commercial du monde réunissant quatre pays d'Amérique latine (Argentine, Brésil, Paraguay, Uruguay), le Mercosur souffre aujourd'hui de ces « inconvénients ». Les rapports de force économiques y constituent le principal mode de règlement des conflits et Locke aurait certainement pu voir là une violation de la loi de nature, signe du triomphe de la faiblesse humaine. Le grave déficit institutionnel dont souffre actuellement le Mercosur ne permet pas de remédier à cette situation préoccupante. Devant l'absence de juridiction commune, le professeur Caldani ébauche des solutions qu'il fonde sur une réflexion philosophique générale.

La juridiction est analysée selon un schéma trialiste dans ses trois aspects sociologiques, normologiques et dikèlogiques. Bien que l'intégration européenne ait indéniablement servi de modèle au Mercosur, il n'existe pas d'« institutionnalités miraculeuses » susceptibles d'un transfert pur et simple d'un continent à l'autre. Certes, l'efficacité des juridictions de l'Union Européenne ne peut qu'être reconnue. Mais si l'interprétation téléologique qui y prime favorise un travail de synthèse, sa soumission à l'utilité risque d'accroître les carences dikèlogiques du système. Surtout, il faut bien mesurer l'analogie entre les deux mondes. La globalisation de l'économie tend à générer l'illusion d'une simplification des ajustements nécessaires aux réceptions de droits, alors qu'une juridiction commune ne peut guère dépasser le niveau moyen des tribunaux de la région.

Loin de toute « ingénuité prémachiavélique », l'auteur ose croire en un progrès de l'institution judiciaire sur le continent sud-américain. Il n'en exprime cependant pas moins sa crainte de voir se constituer une simple apparence de tribunal qui se contenterait de « recouvrir d'un vernis judiciaire des décisions purement partisans ». Les multiples dispositifs juridictionnels connus sont présentés dans leurs avantages et inconvénients respectifs, le critère d'appréciation majeur résidant dans leur capacité à faire triompher la justice. Du respect de ce principe suprême dépendra l'attribution à chaque individu de la sphère de liberté nécessaire à son plein développement. La dimension utilitaire d'un organe judiciaire spécifique, indispensable au développement du processus d'intégration, n'est pas non plus négligée par cette étude.

L'analyse reste très attentive à tous les particularismes locaux qui sont autant de résistances à la réception de mécanismes juridiques étrangers. Dans les États membres du

Mercosur, héritiers de la culture hispanique, la difficulté quant au choix d'une juridiction commune peut se retrouver dans la tentative d'une intégration des idéaux de Don Quichotte et de la réalité de Sancho Pança. Comme le conclut M. A. Ciuro Caldani, un échec signifierait le triomphe de l'inefficacité ou de la corruption. Ses mises en garde puissent-elles être entendues.

Vincent GUÉRIN