

Comptes rendus

A. — Histoire de la philosophie du droit

Angel Sanchez de la Torre, *La Tirania en la Grecia antigua*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y legislacion, 1994, 202 p.

Discours de réception à la *Royale Académie* espagnole du philosophe du droit de l'Université Complutense (Madrid) qui apparaît comme l'un des plus importants spécialistes de la pensée grecque primitive et classique.

L'analyse, étayée sur un remarquable appareil critique, porte sur les concepts de loi et de constitution aux origines du gouvernement dit « tyrannique » destiné à faire échec à la violence, et ne signifiant pas de manière réductrice (créonienne) le « pouvoir personnel » ou la dictature. L'institution de la tyrannie offrirait une relation au *nomos*, à son ordre égal, qui pourrait sembler analogue à celle de l'équité, du jugement enthymématique démarqué du jugement syllogistique. Au-delà de l'examen des textes et des situations politico-historiques (v.g. : Gygès etc.), Sanchez de la Torre s'est livré à une enquête philologique et sémantique riche de connotations mythiques et symboliques (dans laquelle il est passé maître en plusieurs ouvrages), reliant certains fragments des pré-socratiques et des poètes (Archiloque ou les Tragiques) aux romanistes médiévaux et aux théoriciens du pouvoir de ce siècle. Une démonstration éblouissante, et surtout un apport scientifique de premier plan, conduit selon une méthode d'une rigueur exemplaire et quasiment archéologique dans l'établissement des sources helléniques et de l'ensemble de leurs commentateurs modernes.

J.-M. TRIGEAUD

Pedro Rivas Pala, *Justicia, Comunidad, Obediencia, el pensamiento de Socrates ante la Ley*, EUNSA, Pamplona, 1996, 378 p.

La figure et la pensée de Socrate restent difficiles à comprendre malgré la séduction que ce modèle ne cesse d'exercer. Cela tient à des difficultés historico-philologiques, puisque la principale source de notre connaissance est Platon dans les écrits duquel, et spécialement dans la trilogie, *Apologie*, *Criton*, *Phédon*, la personne de Socrate prend une ampleur qu'elle ne possède évidemment pas chez le Xénophon des *Mémoires*. Mais Socrate pose surtout un problème théorique au philosophe du droit : comment se fait-il que ce héros d'un monde qui dépasse la cité, qui se dit habité par le *daimôn*, remplisse parfaitement sa fonction de citoyen et finisse par se plier aux lois de sa cité au

point d'en accepter une mort qu'il sait injuste ? Pour résoudre cette énigme, l'auteur resitue la pensée de Socrate dans le cadre de l'évolution de la pensée philosophique de la loi. Il rappelle qu'à l'exception de Solon la pensée grecque qui s'exprime chez les auteurs archaïques ne semble pas accorder à l'ordre légal d'autres fondements que celui de la volonté des dieux. Seuls les philosophes jusqu'aux Sophistes tentent de faire percevoir dans cet ordre une rationalité. Les présocratiques soulignent l'harmonie et l'équilibre de cet ordre qui acquiert ainsi une vertu fondatrice à l'égard de la justice et de la loi. La sophistique remet tout cela en cause, de manières diverses d'ailleurs.

En réponse à cette crise, les textes qui résument la position de Socrate ne semblent pas autoriser à attribuer au père spirituel de Platon une pensée tout à fait unifiée. Pourtant, il ressort de ces textes que la justice possède un contenu matériel et n'est pas le fait d'une loi humaine ni d'une convention. Le juste et le légal diffèrent ; malgré un lien étroit entre le juste et la loi, le juste est au-delà de la loi. Un certain nombre de passages de Platon affirment nettement cette idée (*Criton* 51 c 1-3, 46 b, 49 b 9-10, *Apologie* 26 b 7, *Gorgias* 469 c 1, *Criton* 50 c 1-2, *République* I). La justice réside désormais d'abord dans le sujet qui la possède, mais elle n'en est pas moins tournée vers autrui qui est un autre soi-même, un égal. Elle est aussi mesurée par un ordre, que l'on découvre grâce à la rationalité. Elle s'insère d'abord dans un ordre humain.

La loi, de son côté, acquiert une fonction éducatrice et quasiment génératrice de l'individu qui ne peut atteindre la vie bonne que dans un contexte politique. La loi est une expression de la nature humaine. Il n'est pas possible d'affronter les lois, fussent-elles celles d'une cité donnée, sans se détruire soi-même, si la désobéissance à la loi entraîne une destruction de leur autorité. Ce qui ressort à titre principal de la leçon socratique est donc la valeur de la loi en tant que nécessité de la vie humaine tout court et de la vie humaine accomplie. À la différence de l'individualisme moderne, l'homme est ici totalement politique. Socrate n'est donc pas le héros de la conscience individuelle contre la loi politique, ce qui serait une conception beaucoup trop marquée par le romantisme individualiste. Mais si telle est finalement la leçon de la mort de Socrate, il serait intéressant de se demander si cette surévaluation de la loi n'est pas néanmoins remise en cause par l'établissement de l'immortalité de l'âme qui permet l'appel à une justice plus fondamentale. L'immortalité pourrait cependant aussi apparaître comme accomplissement de l'homme, non plus contre la politique, mais grâce à elle, et ce jusque dans le destin surnaturel de l'âme. Cette lecture montre qu'il s'agit encore d'une conception de la justice qui se cherche. Le problème de l'accord de cet ordre humain avec la nature n'est pas résolu, et il n'est pas certain que Platon l'ait lui-même résolu par l'institution d'une idée de juste. Peut-être une part trop belle est-elle faite ainsi aux sophistes, puisqu'on leur abandonne la nature non humaine ? Aristote l'a en tout cas suggéré et a essayé pour sa part de renouer avec les présocratiques en remplaçant le citoyen au sommet d'un ordre qui ne connaît pas de brisure radicale entre cosmos et humanité. Est-ce pour cela qu'Aristote a refusé à Athènes d'être un second Socrate, en appelant ainsi de la loi d'une cité injuste à celle d'une cité plus juste ? Il est vrai que l'immortalité n'a pas chez lui le même statut que chez Platon et qu'il n'avait pas été nourri par les lois d'Athènes mais par celles de ceux qu'il est allé retrouver.

Michel BASTIT

Sergio Martano, *L'idea di giustizia in Sant'Agostino*, Pref. P. Mazzarella, Napoli, Metis, 1996.

Bref et original essai reprenant la dialectique participative des trois lois, et réinterprétant le *De Civitate Dei*. S. Martano montre ainsi la genèse d'un droit international conduisant la république à sortir de ses limites et à ne pas s'enfermer dans la conception étroite de la laïcité que la modernité lui attribue. L'auteur est déjà connu par ses études sur des auteurs français, dont Montesquieu, Durkheim et Jaurès.

J.-M. T.

Averroès, *Discours décisif*, tr. inéd. M. Geoffroy, Introd. A. de Libera, Paris, Garnier-Flammarion « Bilingue 871 », 1996, 252 p.

Depuis plusieurs mois, la philosophie arabo-islamique est à l'honneur. Et ses développements dans l'ordre de la pensée proprement juridique sortent peu à peu de l'ombre. L'ouvrage suggestif de Roger Arnaldez sur la rencontre médiévale des trois monothéismes appartient déjà aux classiques (A. Colin, 1993 – pour se convaincre de l'implication mutuelle des questions philosophiques et juridiques chez les penseurs arabes, on lira avec fruit les substantielles notes que cet auteur a consacrées aux grands noms du VIII^e au XIV^e siècle, dans le *Dictionnaire des philosophes* des PUF, 2 vol., instrument de travail plus commodément accessible aux juristes chercheurs). Aujourd'hui, divers textes sont proposés au lecteur : qu'ils soient anciens, comme l'œuvre panoramique de W. Montgomery Watt (composée en 68), ou nouveaux, tel l'*Averroès (Ibn Rushd)* de Dominique Urvoy, universitaire toulousain, qui a rédigé un essai sur le métaphysicien de Cordoue afin qu'il paraisse d'abord en langue anglaise (Londres, Routledge).

Mais le plus original, dans nos perspectives, semble incontestablement le *Discours décisif* (le *Fasl al-Maqal*) récemment édité pour la première fois en France. Il s'agit d'un « jugement » élaboré par Averroès, *Qadi* de Cordoue, au XII^e siècle, afin de se prononcer, du point de vue de la foi musulmane et face à la Révélation du Prophète, sur le statut même de la philosophie, et sur la situation plus précise encore de la philosophie du droit. Rien de moins, autrement dit, par cette *fatwâ* ou cet « avis légal », relevant de la juridiction religieuse, en s'adressant aux croyants de l'Islam, que de les rappeler ici à un devoir fondamental qui est d'honorer, *proportionnellement certes à leurs facultés*, la raison naturelle, et de l'exercer dans l'interprétation de l'être et des « étants » de la Création voulue par Dieu, de manière à accéder à la compréhension des essences et des fins qui forment l'intelligibilité de l'univers. Rien de moins, ainsi, qu'un appel privilégié à l'intelligence, en sollicitant l'« assentiment démonstratif » des fidèles, avant de requérir les assentiments inférieurs, qui, dans le langage d'Aristote, reposent sur la dialectique (comme le droit), ou la rhétorique (comme la culture commune et politique) ; les syllogismes juridiques, recourant notamment à l'analogie, sont très prisés dans l'école arabe, mais ils devront être considérés dans cette optique comme insuffisants ou comme « seconds ». Rien de moins, enfin, qu'une invitation, en forme cependant d'*obligation légale* (ce qui est davantage, en fait, qu'une simple recommandation) à

ne se soumettre qu'à l'évidence de ce qui s'établit en vérité, et non en persuasion, ou contrainte, ou autorité. Que craindre des conclusions de telles démonstrations si l'esprit avide d'absolu s'en empare ? Que redouter d'un tribunal religieux ou humain, de la théologie ou du droit ? Averroès ne disserte plus, en l'occurrence, en métaphysicien réfléchissant sur les données d'une controverse savante, ni en juriste, tentant de discerner une solution acceptable selon la tradition, mais il s'érige plus dogmatiquement en ministre sacerdotal et inspiré administrant une sentence, qui est destinée à produire effet auprès du pouvoir en place, et à impressionner les « intellectuels » ; le premier sera incité à stimuler et à garantir la philosophie ; les seconds seront confrontés à la nécessité de la cultiver sans autre limite que le respect de la vérité naturelle scrutée par la raison. Dans cette dernière voie, les contradictions entre la Révélation et la philosophie ne sont guère à appréhender, car elles se dissolvent à la lumière d'une méthode d'interprétation harmonique du « sens obvie » (*zahir*) des textes coraniques et des vérités démontrées, une interprétation (*ta will*) à laquelle seuls sont aptes les « hommes d'une science profonde » (les autres risquent toujours de se méprendre, en se fixant sur l'unique sens « littéral » ou « apparent » qu'ils ont cru saisir).

Le souci d'Averroès est de chasser les peurs de ce que nous appellerions le *souçon galiléen*, ce même souci qui a puissamment animé un saint Thomas restaurant les Grecs (et Platon tout autant qu'Aristote), et Maïmonide, attaché aux mêmes sources. Ce souci est aussi d'éviter la dérive vers un fidéisme, voire vers un subjectivisme irrationaliste. Mais l'on sait que le prix payé pour cet engagement fut celui d'une autonomie plus nette encore des mouvements nés dans l'Al Andalus par rapport à ceux qui se sont déployés dans le monde moyen oriental, ralliés à Al Ghazali. Sans doute, le *logos* hellénique avait-il pénétré très tôt dans l'univers arabe, à Damas ou à Bagdad, alors que les premiers foyers d'activité philosophique étaient arabo-chrétiens ; mais, progressivement, l'Islam qui a prospéré sur ces souches s'est détourné, dans cette partie Est de la Méditerranée, de l'enseignement d'Aristote. Et c'est cet enseignement que retrouve la région occidentale du bassin, au confluent de diverses cultures d'ailleurs entremêlées, celte, ibère, berbère, arabe, à dominante islamique, mais en coexistence singulière avec des communautés chrétiennes ou juives, de mêmes origines ethniques amalgamées.

Le résultat de cette analyse est d'asseoir un statut véritablement juridique, suspendu à la loi religieuse elle-même, de la philosophie, comme devant passer avant tout autre activité de l'homme, saisissant celui-ci au plus haut, tel que le Créateur l'a façonné (ce qui pourrait rejoindre une admonestation chrétienne du I^{er} siècle, émanée de Clément d'Alexandrie, à l'égard de sectataires misologues, qui oublient la connaissance pour un émotionnalisme fanatique). Un tel statut aboutit donc à accorder à la philosophie une place élevée et à part dans la société politique, sous la protection du souverain ; mais il regarde en même temps cette expression extrême et achevée de la philosophie qu'est la philosophie du droit, appliquée aux normes du comportement ou des échanges, distributions et commutations, en relation avec des biens ou des choses, une philosophie qui se règle sur le concept d'égalité exploré par la raison prudentielle... Voilà bien un double motif d'étudier ce *Discours*.

Le commentaire autorisé d'A. de Libera vise à faire admettre que ce texte, dont il faut souligner le caractère inédit, introduit sur de nombreux points philosophiques de telles nuances qu'Averroès y apparaît très différent de ce qu'ont fait de lui, en l'adaptant et en le travestissant, les averroïsmes latin et juif, y compris dans les conséquences

qu'ils en ont tirées au plan de la pensée juridico-politique, au XVI^e siècle. Il ne semble plus guère possible de prêter en tout cas à Averroès la fameuse « théorie des deux vérités contraires », de la Révélation et de la foi, dont tant se sont démarqués (saint Thomas lui-même ou Raymond Lulle ; Renan s'imaginera pouvoir la reprendre à son tour en l'imputant à un Averroès mythique).

L'ouvrage comporte une introduction synthétique d'A. de Libera sur les divers courants de la philosophie arabe médiévale, d'amples développements assortis de multiples références, avec, en annexe, de précieux tableaux chronologiques ainsi que des cartes.

Jean-Marc TRIGEAUD

Anthony J. Lisska, *Aquinas's Theory of Natural Law. An analytic reconstruction*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

L'objectif de ce livre est clairement affiché : à la suite, relative, de J. Finnis et Henry Veatch, il s'agit de fournir à travers l'œuvre de Thomas d'Aquin une alternative crédible au libéralisme sceptique grâce à une vision réaliste de la morale fondée sur la notion de nature humaine. Comme le montre le chapitre V du livre, cette perspective permettrait de déconnecter la théorie du droit naturel de la foi religieuse, ce qui élargirait évidemment sa crédibilité.

Les thèmes de l'ouvrage découlent de cette perspective : critique de la coupure entre « *is and ought* », dérivation des droits à partir des devoirs ou de la notion de développement humain, etc., l'auteur évitant prudemment les « sujets qui fâchent » (l'avortement, l'homosexualité, etc.). Quoi qu'il en soit, ce livre montre que la doctrine thomiste peut être aujourd'hui l'objet d'une analyse proprement philosophique, sans connotation conservatrice du religieux.

René SÈVE

Avital Wohlman, *Maïmonide et Thomas d'Aquin*, Préf. Y. Leibovitz, Fribourg (C. H.), éd. Universitaires, 1995, 204 p.

Sur divers points, la comparaison entreprise intéresse le philosophe du droit : sur la définition de l'injustice, du mal, et de la responsabilité de l'homme reliée à sa culpabilité, sur la présence ou non d'une faute originelle dont toute faute procéderait, sur la possibilité ou non d'un dialogue avec la transcendance et d'une médiation dont la nature humaine marquerait les voies grâce au principe morphique qui l'inspire, sur l'incidence des régulations légales naturelles et positives et sur le respect qui leur est dû... Mais les divergences entre le philosophe juif et le philosophe chrétien s'accumulent, malgré l'analogie des démarches méthodologiques et critiques, fortifiées par les références communes à une rationalité de type aristotélicien (*via* Averroès souvent). Le contraste essentiel qui apparaît entre les deux auteurs (et qui séparera encore de manière radicale Buber et Maritain, comme Lévinas et Marcel) tient au présupposé fondamental de la théologie de la création et surtout de la chute. La différence d'interprétation à cet égard explique d'une

part le rôle dévolu à la raison, à laquelle seule l'homme doit fidélité ainsi qu'aux préceptes de la loi positive, et elle révèle d'autre part la portée accordée aux intuitions de l'esprit, qui permettent d'avoir accès à une surnature ou à la personne sous la nature ; c'est ce qui conduit l'homme, sous le regard du Tout Autre, à relativiser le savoir qu'il tire de lui-même (subjectivité de la raison pratique) par rapport à ce savoir plus haut, à ce savoir absolu qui s'ouvre à lui mais qu'il n'épuisera jamais, et qui l'amène à la prétention de la théologie et de la métaphysique de la justice...

Sur Maïmonide rapproché de saint Thomas, on lira avec fruit les articles publiés dans la revue de la Pace University (New York) : *Vera Lex*, dir. V. Black, 1990, vol. X et s. Quant à la version proposée de saint Thomas sur la faute, elle est malheureusement tributaire d'une littérature bien établie en faveur de l'aristotélisme thomiste alors que le platonisme pourrait être aussi bien soutenu ; sur la culpabilité dont se préoccupe l'éthicien et le juriste, saint Thomas s'éloigne de l'*Éthique à Nicomaque* et retrouve précisément une inspiration platonicienne qu'il réincarne dans une nature sensible : la faute repose sur l'erreur, quitte à redéfinir le sens du mot « *voluntas* ». C'est ce que développeront à leur tour, avec le sens d'autres incarnations, en référence à des facteurs sociaux et psychologiques plus étendus, et en « intégrant » et dépassant une perception plus utilitariste et eudémonologique de l'homme, Rosmini et Jung.

Jean-Marc TRIGEAUD

G. Pico Della Mirandola, *La dignità dell'uomo*, sous la dir. de G. M. Pozzo, Napoli, il Tripode, 1995, 103 p.

Nouvelle traduction et commentaire avisé du *De hominis dignitate* de Pic de la Mirandole, assorti d'autres « petits écrits », permettant de dégager la définition même de la personne qui préfigure celle de l'idéalisme historiciste néo-hégélien, définition détournant l'acte métaphysique d'exister (dans la tradition de Boèce, de Thomas d'Aquin ou de Richard de Saint Victor) vers le concept d'opérativité ou d'activité – que reformulera Vico ou que Rosmini rapatriera il est vrai à son acception plus ontologique.

C'est dans l'esprit de cette exaltation et de ce dynamisme anthropocentrique, qui rattache l'homme à ce qu'il *fait* plus qu'à ce qu'il *est* par essence, qu'ont pu s'établir les conceptions de la « dignification », opposées à celles de la dignité constituée, qui servent de base aux élaborations des droits de l'homme au cours de ce siècle ou qui se retrouvent à travers l'enseignement de l'égalité des chances... Pourtant, l'élan métaphysique de La Mirandole est indubitablement plus profond que celui de bien des humanistes fascinés par la pratique et la science ; c'est de ce point de vue qu'il entend d'ailleurs réconcilier très judicieusement Platon et Aristote et même déclarer, avec plus de pertinence encore, que le problème de l'injustice ne se poserait pas (aux juristes !) si la paix pouvait se diffuser à partir de sa source naturelle : à partir de la paix des esprits, comprendre : la paix philosophique !

J.-M. T.

T. Campanella, *Monarchie d'Espagne et Monarchie de France*, éd. G. Ernst, trad. N. Fabry & S. Waldbaum, Paris, PUF, 1997, 632 p.

Tommaso Campanella (1568-1637) est surtout connu pour avoir écrit la *Cité du soleil*, une des plus célèbres utopies que le rêve humain a conçues tout au long des siècles. Mais la *Cité du soleil* n'est, comme la désigne lui-même Campanella, que l'« appendice poétique » à une œuvre philosophique immense et encyclopédique qui fait de ce moine dominicain en rupture de ban un des auteurs les plus décisifs pour comprendre le passage intellectuel entre la renaissance et l'âge classique.

Campanella a voulu être le saint Thomas d'Aquin du nouveau siècle. Il a cherché à organiser, sur les ruines de la science aristotélicienne, la synthèse entre théologie, métaphysique, politique et nouvelle science. Il annonce ainsi la philosophie de l'âge classique. Mais ce qui distingue Campanella du carré des grands philosophes classiques, Descartes, Hobbes, Spinoza, Leibniz, c'est que sa « science nouvelle » n'est pas galiléenne, c'est-à-dire quantitative et mécanique, mais néo-platonicienne : science qualitative et dynamique fondée non pas sur la forme substantielle comme chez Aristote, mais sur la notion de force et de flux. Cette nouvelle synthèse concerne tous les domaines du savoir, physique, médical, métaphysique, théologique, mais aussi moral et politique. C'est ce dernier domaine que nous découvrons grâce à l'édition de ses deux « Monarchies ».

Les deux « Monarchies » de Campanella nous donnent une véritable leçon de philosophie politique aussi bien par la nature de son questionnement que par la méthode de sa réflexion. La question politique que pose Campanella est incontournable, même si la craintive philosophie politique de notre temps veut à tout prix l'ignorer. Qu'est-ce qui fait la puissance d'un État ou plus exactement qu'est-ce qui fait qu'un État détient l'égide ou l'Empire sur le monde ? Avec pour exemple d'abord la *Monarchie d'Espagne*, l'empire sur lequel le soleil ne se couche jamais, probablement rédigée dans les années 1590, puis, au moment où Campanella pressent le déclin de l'Espagne au profit de la France, une seconde *Monarchie* qui annonce la *translatio imperii* de l'Espagne au royaume des lys.

À cette question, Campanella répond selon une double approche qui concilie une métaphysique spiritualiste à une pragmatique politique machiavélienne. C'est cette étonnante synthèse de la pragmatique et de la métaphysique qui fait la grandeur et la force de cette philosophie.

Pragmatique la méthode campanellienne l'est assurément qui fait dépendre la puissance de l'État de la cohésion de ses possessions, de la solidité de ses institutions, de l'intelligence de ses conseillers, de la *virtus* de son aristocratie, de la discipline de ses armées, de la richesse de ses nations, de la qualité et du tempérament de ses habitants. Toutes déterminations que Campanella examine et analyse avec acribie et méthode tout au long de son ouvrage.

Mais ces qualités ne valent que parce qu'elles permettent aux États de se relier au *co-namen universale*, c'est-à-dire à la puissance universelle du monde, et de la communiquer aux hommes par le moyen de la parole, du glaive et de l'or. La pragmatique des pouvoirs conduit à la métaphysique de la puissance qui articule entre eux en un véritable

système le principe, le monde et l'homme conformément à ce que Campanella appelle les trois primordialités, c'est-à-dire avec puissance, sagesse et amour.

Dans ces conditions, la notion de monarchie prend chez Campanella un sens bien particulier par rapport à ce que la philosophie politique entend habituellement sous ce terme. Le pouvoir de la monarchie est nécessairement pour Campanella une monarchie universelle c'est-à-dire un empire qui domine, rassemble et guide sous son égide tous les autres royaumes. Ainsi définie, la monarchie a pour vocation de réunir toutes les nations pour restaurer sous un seul règne l'espèce humaine dans son unité primitive. Campanella est ici l'héritier du *De Monarchia* de Dante. Si la monarchie est bien le pouvoir de l'Un, ce n'est pas en tant que pouvoir d'un seul homme ; mais bien plutôt en tant que pouvoir de l'esprit premier et principal tel qu'il est médiatisé par le souverain en vue de l'unité de l'espèce humaine. La capacité unifiante de la Monarchie universelle ne se limite cependant pas du rassemblement géographique et ethnique des nations. La Monarchie universelle vise plus haut : elle prétend à la mobilisation totale de l'ensemble des ressources spirituelles, corporelles et patrimoniales de la communauté humaine en vue du déploiement dans le royaume de l'homme du pouvoir cosmique du monde, ce que Campanella appelle *conamen universale*.

La Monarchie universelle n'a pourtant rien d'un gouvernement mondial. L'universalité de son pouvoir repose sur la nationalité de sa souveraineté. Il appartient à telle ou telle nation, d'abord l'Espagne, ensuite la France, d'assumer l'égide et la vocation universelles du pouvoir. Cependant, le principe de nationalité dont dépend l'universalité de l'agir est étranger à ce que nous entendons habituellement sous le terme de nation depuis le XIX^e siècle. La nationalité du pouvoir, chez Campanella, ne dépend pas tant d'une fondation originelle de la communauté à partir du sang, de la terre ou de la langue, que de l'esprit des institutions, de la façon de faire en matière politique et administrative ainsi que des plis de l'agir qui forment une véritable *paideia praxeôs*, une culture politique : ce que Campanella appelle dans le cas de l'Espagne l'hispanisme. C'est assurément une grande leçon sur la constitution des pouvoirs multinationaux d'aujourd'hui.

Ajoutons que l'édition que nous propose *les Fondements de la politique* aux PUF n'est pas une simple traduction. G. Ernst, à qui nous devons l'édition, l'annotation et l'introduction de ces deux textes a accompli un travail philologique remarquable à partir de textes inédits qui permet aujourd'hui de lire le texte véritable que la raison d'État avait trop longtemps condamné à la falsification. Nous est ainsi proposé un ouvrage décisif non seulement pour la compréhension de la philosophie renaissante et classique mais aussi pour notre intelligence des formations de souveraineté à travers l'histoire.

Pierre CAYE

Samuel von Pufendorf, *Kleine Vorträge und Schriften*, Texte zu Geschichte, Pädagogik, Philosophie, Kirche und Völkerrecht, Hrg. Detlev Döring, Klostermann, Francfort sur le Main, 1995.

L'œuvre de Pufendorf, malgré l'intérêt croissant qu'elle suscite depuis une quinzaine d'années, attend encore le moment où l'Allemagne lui accordera une véritable édition historique et critique. On annonce une publication en dix tomes, mais c'est encore aux Anglais qu'il faut s'adresser pour trouver l'édition la plus sûre de ses principaux ouvrages théoriques. Le travail de Detlev Döring vient heureusement combler certaines lacunes et se révèle un authentique monument d'érudition intelligente. Les textes ici rassemblés permettent désormais de lire l'œuvre théorique dans le contexte étonnant des affaires et des engagements où se trouva pris Pufendorf tout au long de sa carrière. On y voit combien les théories modernes du droit naturel sont loin d'avoir été le produit abstrait d'études en chambre et fournirent au contraire le soutien et l'aliment d'intérêts très particuliers lors d'âpres conflits de souveraineté. La figure de l'intellectuel à gages apparaît ici sous ses traits les plus inquiétants, alors même que l'homme Pufendorf est servi avec la plus grande fidélité par le savoir tout humaniste de D. Döring. Pufendorf révèle ainsi son époque, cette transition entre la Renaissance réformiste et baroque et les Lumières du XVIII^e siècle. En politique comme pour les questions religieuses, un nouvel espace public apparaît, largement ouvert aux mouvements d'opinion comme aux techniques de manipulation et de propagande, en quête d'une pensée résolument pratique, où déjà triomphe un formalisme aveuglant.

Le livre de D. Döring présente dans leur version latine ou allemande originale, un ensemble de neuf textes qui tous éclairent les activités publiques de Pufendorf, comme conseiller scientifique ou porte-parole avisé d'une cause quelquefois indigne. On le voit défendre l'attaque sanglante de Copenhague par les Suédois en 1658, alors qu'il se trouvait au service de la famille Coyet, ambassadeur de Suède au Danemark. Pufendorf justifie la rupture brutale d'un cessez-le-feu à peine conclu, en utilisant certains concepts qu'il emprunte à Grotius. L'idée de contrat, conçue de manière strictement formelle, et habilement substituée au terme de cessez-le-feu, permet à notre auteur de construire un raisonnement contraignant au terme duquel il parvient à établir l'immunité des diplomates, qu'il fait valoir comme partie du droit naturel, c'est-à-dire comme norme intemporelle alors même qu'il s'agit de mesures particulières aux États. Marié, puis professeur à Heidelberg, c'est encore à une sombre affaire qu'on le voit mêlé. Le texte suit de peu la publication du *De jure naturae et gentium* et en montre le revers. En effet, Pufendorf est cette fois-ci convié à exposer la légitimité des prétentions du prince électeur du Palatinat à collecter des taxes auprès des paysans réfugiés sur les terres de Mayence. Le pamphlet est dur, les attaques personnelles sans scrupule. Ni le souci d'humanité pour les paysans pris en otage entre deux puissances adverses, ni le procédé réactionnaire qui consistait à exhumer une vieille réglementation médiévale ne font dévier Pufendorf de la ligne générale qu'on lui a prescrite. Bien au contraire, Mayence est dénoncée comme « une cour enchaînée à la scolastique ». Mais à quelle moderne scolastique obéit enfin la théorie du droit naturel, si elle peut aller jusqu'à justifier la ruine et le pillage d'une région et d'une ville où Pufendorf lui-même a vécu et enseigné ? Le texte le plus sulfureux est assurément celui dans lequel on voit notre philosophe défendre le roi de Suède qui attaque le Brandebourg alors que celui-ci est mobilisé pour

porter secours au Palatinat que ravagent les armées françaises. Heidelberg en flammes n'a pas eu l'heur de mener un *bellum justum* et doit périr, s'il apparaît que les traités qui avantagent la puissance française sont les seuls garants théoriques de la justice des choses. Samuel utilise les informations que lui transmet son frère Esaias, qui avait été ambassadeur de Suède à Vienne et Paris. Il distingue la guerre juste en offensive et défensive, celle-ci visant à « défendre les choses qui sont à nous », ou « extorquer ce qui nous est dû ». L'analyse manifeste déjà des tendances clairement utilitaristes.

Mais le droit naturel ne sert pas seulement une politique bien locale et particulière, il se révèle aussi l'instrument d'une visée religieuse censée assurer l'empire matériel de l'État moderne. La tolérance de Pufendorf à l'endroit des ambitions françaises manifeste aussi sa volonté de tenir en lisière les influences autrichiennes, et favorisant l'opposition de deux puissances catholiques, de mieux asseoir l'autorité de la stricte orthodoxie luthérienne. Le conflit anticatholique fait apercevoir une curieuse symétrie entre les griefs imputés à l'église de Rome et les propres menées de l'intellectuel luthérien sur ses terres. La tolérance religieuse est toujours chez Pufendorf un octroi gracieux de la puissance politique, elle-même seulement soumise à des considérations démographiques ou économiques, là encore purement utilitaires. Pufendorf justifie ainsi les Suédois de ne pas avoir accueilli les réfugiés huguenots. La controverse éclaire aussi l'hostilité de Pufendorf à l'endroit des réformés calvinistes, coupables de fonder une « secte » étrangère à la « vraie religion ». L'uniformité religieuse prônée sans relâche par Pufendorf manifeste encore une fois le schéma fondamental dégagé par René Sève : « une obligation verticale qui attache moins l'agent à la finalité de son acte qu'elle n'exige une soumission à une instance supérieure, une obéissance que l'acte fournit l'occasion de manifester » (*Leibniz et l'école moderne du droit naturel*, p. 59). Nous sommes loin désormais de la piété fervente de Melanchton ou Luther, car même la croyance religieuse obéit au principe de l'intérêt bien compris, au plan global pour consolider l'unité de l'État, au plan individuel pour obtenir de la société l'indispensable « crédit » dont doit jouir un homme de pouvoir.

Mais les convictions luthériennes de Pufendorf ne sont pas à mettre en doute. Sa position lors du dernier grand conflit anticartésien en Suède le révèle comme tenant d'une position intermédiaire qui prône l'accommodation avec la nouvelle philosophie. Il défend la séparation radicale de la philosophie et de la théologie, celle-ci étant fondée sur la seule interprétation de l'Écriture, mais ne se révèle pas un cartésien strict. Si les mathématiques sont pour lui importantes, elles ne sont pas saintes et il n'adoptera pas la méthode géométrique pour exposer sa doctrine juridique, tout comme il trouvera absurde de vouloir élaborer une philosophie chrétienne. Contre la logique où il n'aperçoit que les avatars de l'aristotélisme des papistes, il défend le seul chemin du vieux bon sens naturel.

Detlev Döring révèle enfin l'autre aspect trop méconnu de l'œuvre du juriste, dans sa formation de philologue. Jusqu'à la fin de sa vie défenseur du latin comme *vinculum commune*, Pufendorf n'est plus de ces humanistes écrivains ou poètes, et n'enseigne plus à composer des vers. La science se divise en *verba* et *res*, celles-ci demandant à être connues pour être commandées. Les nombreux protocoles conservés de ses interventions au *Collegium Anthologicum* de Leipzig durant ses études révèlent un esprit froid, soucieux de critique historique visant à « reconstruire le passé », dans l'esprit positiviste d'un Vossius, dont se souviendra Schelling. Mais alors une autre page de l'esprit alle-

mand aura été tournée. Qui sait ? Peut-être une lointaine image de Pufendorf aura-t-elle plané dans l'esprit de Jean-Paul, quand il décrira le voyage en Allemagne, en compagnie de ses rhétoriciens, du sympathique et terrible Rektor Fälbel.

Élisabeth KESSLER

Simone Goyard-Fabre, *La Philosophie du droit de Kant*, Paris, Vrin, « Histoire des idées et des doctrines », 1996, 292 p.

Immense fut et demeure l'influence de Kant sur le monde universitaire, sur la philosophie en général, et sur la philosophie du droit en particulier. Il faut donc se réjouir de voir madame Simone Goyard-Fabre consacrer un nouvel ouvrage à la philosophie du droit du professeur de Königsberg.

Peu de personnes y étaient mieux préparées, et le résultat de ses travaux est un livre de près de 300 pages d'assez grand format, au texte serré et à l'annotation abondante.

Disons que c'est le type même de l'ouvrage universitaire complet et précis qu'on aime avoir sous la main pour préparer un cours, vérifier une référence, suivre une argumentation.

Dans une première partie de 70 pages est fixée « la place du droit dans l'itinéraire philosophique de Kant » (p. 15). L'auteur rappelle avec vigueur et conviction que cette place est centrale et que, si la *Rechtslehre* fut écrite à l'extrême fin de la vie de Kant, l'idée du droit est non seulement présente mais primordiale dès le début de son œuvre.

Dans une seconde partie, de 70 pages également, est traité « le droit privé » (p. 81). Y sont envisagés successivement les sens qu'il convient d'attribuer au « droit naturel rationnel de l'homme à l'état de nature » (p. 85), la différence de portée – qui a beaucoup exercé la sagacité des commentateurs – entre le droit de la nature (*Naturrecht*) et le droit naturel (*natürliches Recht*), et sous le titre « les figures du droit privé » (p. 117), la fameuse tripartition entre « droit réel », « droit personnel » et « droit personnel à modalité réelle ». On sait que Kant donne à ces expressions des sens qui ne sont pas ceux des juristes de son temps, et que la troisième expression, qu'il a forgée de toutes pièces pour rendre compte de la nature spécifique du mariage, a beaucoup surpris. Même après les explications de l'auteur, nous avouons un certain scepticisme.

La troisième partie est, de beaucoup, la plus longue. Elle concerne « le droit public » (p. 145) dans le sens que la philosophie transcendantale donne à ce mot, comme condition d'accès à un état de sécurité pour tous, et pour chacun. Quatre chapitres s'y succèdent de longueur et d'importance inégales. Après avoir montré, avec rapidité et vivacité, que « le pacte d'union civile » est la « norme de l'État » (p. 153), et prouvé en quoi Kant se rapproche et s'écarte tout à la fois de Rousseau, l'auteur définit dans le chapitre suivant la *trias politica* (p. 179), c'est-à-dire les trois pouvoirs auxquels il donne un sens typiquement kantien. Puis chacun de ces pouvoirs est étudié séparément et longuement, dans « les effets juridiques de l'union civile » (p. 191) pour finir comme il se doit par le droit international, sous le titre « Du droit des gens au droit cosmopolitique » (p. 237).

L'ouvrage se termine sur une vibrante conclusion où l'auteur appelle de ses vœux une relecture par les juristes et par les hommes politiques de tout bord d'un ouvrage sus-

ceptible, selon elle, d'apporter à l'utilitarisme qui barre notre horizon en cette fin de siècle, le contrepoison, ou plutôt « l'espérance » (p. 277) qui lui fait cruellement défaut.

Parmi les qualités que tous les lecteurs des *Archives* connaissent – et reconnaissent – à l'auteur, nous mentionnerons la clarté de l'exposition, ce qui n'est pas un mince mérite s'agissant d'un ouvrage réputé pour sa difficulté. Avouons que les débuts en sont plus rébarbatifs que la suite, par la nature même de la chose, puisqu'il s'agit d'étudier en quoi le projet criticiste est un projet juridique, ce qui donne au sens du mot jugement, et au sens du mot droit, des accents kantien avec lesquels un non-kantien n'a pas le devoir d'être spontanément familier.

Signalons en passant, pour souhaiter que cette pratique soit imitée, que l'auteur s'oblige à donner systématiquement la double référence, française, à l'édition de la Pléiade, et allemande, à celle de l'Académie de Berlin, de ses citations et à fournir le mot allemand d'origine chaque fois que sa traduction pourrait faire difficulté.

Nous conviendrons sans réserve avec l'auteur, et avec Jean Lacroix, cité au début de l'ouvrage, que Kant est « l'homme du droit » (p. 7). Mais ce sera pour ajouter aussitôt que c'est l'homme du droit kantien. Ce n'est pas une tautologie. C'est une manière de faire entendre que le mot droit en général et tous les principaux concepts du droit – droit public, droit privé, contrat, peine, héritage – ont reçu de Kant des sens tout à fait nouveaux, et qu'ils les ont largement conservés. Kant a été le livre de chevet de presque tous les philosophes allemands et français depuis deux siècles, et de presque tous les juristes de ces deux pays. A-t-il été bien ou mal compris est une autre affaire. Mais qui peut se flatter d'avoir compris un mort ?

Kant est-il un positiviste, ou un jusnaturaliste ? L'auteur peste contre cette dichotomie. Et sans doute avec raison. Il n'empêche que la dichotomie est commode, et pédagogiquement, elle continue à rendre de grands services, à condition de ne pas en être dupe. Ce n'est pas à Simone Goyard-Fabre qu'on apprendra les besoins de la pédagogie.

L'auteur rompt quelques lances avec des contradicteurs, et notamment avec Michel Villey. Kant, selon ce dernier, aurait « tué le droit naturel » (cité p. 78). Pas du tout, répond notre auteur, il lui a donné une nouvelle vie. C'est presque, on le voit, un nouveau conflit des Facultés, entre la Faculté des Lettres de Caen et la Faculté de Droit de Paris.

Est-ce trop demander que l'on veuille bien admettre que tout l'effort de Kant, tout son effort critique de la raison pure, tend à rendre impossible de penser le droit naturel classique, c'est-à-dire un droit tiré des choses vivantes, et tend à rendre nécessaire un droit naturel purifié de tout ce qui ne serait pas un *a priori* de la raison. Un droit naturel – ou un droit de la nature – *a priori* est, pour Kant, une nécessité. Un droit *a priori* est, pour les Romains, un non-sens. On ne parle pas de la même chose.

De même, la notion de droit serait, selon Kant, inséparable de la notion de contrainte, donc d'État, faute de ne pas pouvoir passer du « droit provisoire » au « droit péremptoire ». On a beau nous expliquer que la contrainte dont il s'agit est une exigence de la raison, et non une coaction matérielle ou physique, le fisc ou le gendarme qui appliqueront le droit kantien n'ouvriront pas la *Rechtslehre*, mais vous mettront en prison ou vous ruineront sans autre forme de procès.

Enfin, nous accordons à l'auteur que Kant a beaucoup fait pour séparer le droit de la morale. Mais nous remarquerons – ce qu'elle a déjà fait, nous n'en doutons pas – que c'est ce que Villey a passé sa vie à répéter, notamment contre les thomistes qui oubliaient la laïcité du droit selon saint Thomas, en quoi il était bien plus kantien qu'il ne croyait et que c'est une des caractéristiques de notre présent droit que cette séparation. Notre droit positif est au service de tout sauf de la morale, de la bonne vieille et très classique morale – tes père et mère honoreras, tu ne voleras pas, tu ne prendras pas la femme de ton voisin... Moyennant quoi, il est de plus en plus explicitement au service de l'immoralité. Le droit kantien – dans sa forme – débouche sur des solutions qui – dans leur contenu, avortement, homosexualité – auraient révolté Kant le moraliste.

Influence immense que celle de Kant, sur la philosophie, sur la morale, sur le droit, disions-nous en commençant. Nous remercions l'auteur de nous le rappeler et de nous expliciter avec autant de soin les principes sur lesquels, peu ou prou, le monde entier politiquement sinon juridiquement repose.

Mais cette influence fut-elle bénéfique ou non ? Nous ne compterons pas sur l'auteur, trop éprise de son sujet, pour se prononcer. Tout de même, nous nous demanderons si l'Allemagne a lieu de se féliciter de ce qu'elle a fait depuis deux cents ans qu'elle pense selon Kant, ou si elle n'aurait pas mieux fait, renvoyant Kant à lui-même, de s'en émanciper ?

François VALLANÇON

M. Kahlo, E.A. Wolff, R. Zaczek éd., *Fichtes Lehre vom Rechtsverhältnis : Die Deduktion der §§ 1-4 der Grundlage des Naturrechts und ihre Stellung in der Rechtsphilosophie*, Francfort, 1992, Vittorio Klostermann.

L'ouvrage réunit les contributions présentées lors d'un séminaire qui a rassemblé des spécialistes allemands, autrichiens et italiens de l'idéalisme allemand à l'université de Francfort. Fort prometteuse s'annonçait la concentration de la réflexion sur un texte capital et relativement court, les quatre premiers paragraphes du *Fondement du droit naturel* de Fichte. Ces pages¹ représentent en effet l'un des textes spéculativement les plus denses de la philosophie occidentale. L'intérêt de la majorité des contributions va à la problématique de l'intersubjectivité. Beaucoup soulignent l'insuffisance, le défaut central de la déduction fichtéenne qui serait incapable de penser l'intersubjectivité à cause précisément tant de son point de départ dans une conscience autoconstituante que de son style déductif. Aussi Höhle préfère-t-il parler à propos de Fichte d'interpersonnalité et montre les lourds présupposés d'une telle approche (telles que la thèse d'une sorte d'harmonie préétablie entre les intériorités de différents moi). La radicalité de l'égologie fichtéenne ramène dans l'impasse du solipsisme. C. Cesa retrace le destin de l'inter-

¹ Auxquelles nous ajouterions volontiers les deux paragraphes suivants pour donner à notre appréciation tout son poids. En effet, dans les §§ 5 et 6 se trouve développée une théorie de la corporité qui nous semble d'intérêt majeur. Cf. notre « Qu'est-ce que faire violence ? Intersubjectivité, corporité et violabilité de la personne dans le *Fondement du droit naturel* » (1796) de Fichte, in *Archives de philosophie du droit*, Tome 40, 1996, Paris 1996, p. 348-389.

subjectivité dans l'ensemble de la philosophie fichtéenne, montrant les hésitations entre une véritable thèse de la priorité fondatrice de l'intersubjectivité interpersonnelle par rapport à la subjectivité égologique, et celle moins exigeante d'une fondation de la conscience individuelle ainsi que de l'ensemble (*Zusammenhang*) de toutes les consciences individuelles dans la raison absolue ou divine. Cesa montre le retrait progressif de l'approche intersubjectiviste (laquelle avait culminé dans le *Fondement du droit naturel* et offert la possibilité d'une science transcendante et rigoureuse du droit) depuis la *Doctrine de la science nova methodo* et la rupture manifeste avec elle dans les derniers écrits.

Les difficultés de la déduction fichtéenne semblent provenir d'une dualité des principes de la conscience. En effet, l'exégète fichtéanisant rencontre deux activités radicales de la conscience, le vouloir (*Wollen*) et le représenter (*Vorstellen*), et fait face dès lors à une ambiguïté fondamentale des ordres où la déduction se meut. La spontanéité primordiale du moi est-elle purement volitive et le représenter est-il un simple produit de l'autolimitation du vouloir¹ ? Les textes sont loin d'être univoques. L. Siep le montre et met en évidence les conséquences que cela a pour une fondation de l'intersubjectivité ainsi que d'une théorie du droit. La contribution de M. Köhler enchaîne sur les conceptions kantienne et fichtéenne de la contrainte juridique (*Rechtswang*) et démontre, dans des formulations extrêmement abstraites et du coup parfois peu éclairantes², la nécessité de laisser le moment de contrainte inhérent au droit s'originer à une « position rationnelle-autonome du droit » (107) et ne pas en faire un principe d'hétéronomie qui, au fondement du droit, en dénaturerait la fondation dans la raison pratique autonome. Quant à Fichte, la relation de droit relève, dans l'interprétation de Köhler, d'un impératif « simplement hypothétique » – elle est privée de l'immanence à une déduction rationnelle (*Vernunftschluß*) et est livrée à un glissement vers l'hétéronomie.

La longue contribution de A. Wildt s'intéresse à la problématique du « respect de soi » chez Fichte dans son rapport à la « reconnaissance » mutuelle des consciences libres, sujets de droit. Wildt tente de reformuler dans un langage libéré des ambiguïtés de registre (transcendental-neutre, affectif-volontatif) propre à la diction fichtéenne les syllogismes des premiers paragraphes du *Fondement*. Il débouche, sur le fond d'une discussion des thèses de Feinberg et Massey³, sur l'affirmation d'un lien de présupposition nécessaire entre respect de soi et possession de droits, c'est-à-dire d'un rapport constituant entre droit et respect de soi. Cette thèse est forte dans la mesure où elle affirme d'une manière inconditionnelle non seulement la légitimité, mais également la nécessité obligatoire de ce que l'auteur appelle l'autonomie formelle⁴. En cela il fonde la norma-

¹ Soulignons au passage que Siep voit très judicieusement un rapport entre la thèse fichtéenne d'une autolimitation de la spontanéité comme reconnaissance de l'autre et réponse à son appel (*Aufforderung*), et le concept habermassien de communication, rapprochement qui, dans la perspective d'une théorie du droit et de la violence, mérite d'être approfondi.

² Surpassant en obscure densité les textes de nos idéalistes allemands eux-mêmes.

³ J. Feinberg, « The Nature and the Value of Rights » in *Rights, Justice and the Sounds of Liberty. Essays in Social Philosophy*, Princeton 1980. Stephen J. Massey, « Is Self-Respect a Moral or a Psychological Concept », *Ethics* 93 (Jan. 1983).

⁴ Et qu'il a développé ailleurs dans *Autonomie und Anerkennung: Hegels Moralitätskritik im Lichte seiner Fichterezeption*, Stuttgart 1982 (Klett-Cotta).

tivité tant morale que juridique sur une affirmation active, un engagement conscient de la personne pour son autonomie. Sans cet engagement, la personne est condamnée, par le jeu des déductions et des reconstructions entreprises par l'auteur à partir de Fichte, Hegel et de l'école anglo-saxonne de philosophie du droit, à manquer de respect de soi et du coup à la dévalorisation morale. On a ainsi l'impression que la morale et le droit, tels qu'ils ont été pensés dans la tradition philosophique occidentale depuis le début de la modernité, se fondent sur un postulat implicite que l'auteur dégage laborieusement et qui est celui de l'autonomie formelle active. Notre morale et notre droit semblent donc non seulement présupposer une appréciation positive marquée de l'autonomie, un préjugé positif en faveur d'un autoprofilement de la personne, mais également une prise en main consciente et sans relâche de soi configurant un espace d'être-soi investi par et dans l'affirmation de droits et de prérogatives personnels. La renonciation à la *Geltendmachung* de ces droits relève d'une passivité qui détruit les fondements du respect de soi et mène hors du champ de validité du droit et de la morale. La servilité se définit alors comme la condition exactement inverse de l'autonomie formelle active. Une gradualité entre ces deux pôles ne semble pas donnée. La structure globale de notre normativité éthico-juridique moderne n'a pas de place pour un quiétisme, même associé à des valeurs, des normes ou pour l'économie affective encore sauve d'un monde de la vie. Oncle Tom s'exclut des solidarités normatives modernes par le manque marqué de respect de soi lié à sa renonciation à la saisie active de son autonomie. La sortie de la servilité est condition d'entrée dans le domaine de validité de ses normes et exige une posture générale ou fondamentale qui est celle d'une affirmation affective-volontaire de l'autonomie, de ses valeurs, des modes de connaissance et de vie qui lui sont associés. En cela la contribution peut se lire comme la mise à nue d'un présupposé culturel latent, celui de la configuration identitaire-personnelle sur la base d'une vindication consciente de droits subjectifs. Dans un sens, cependant très éloigné de l'intention de l'auteur, elle est également le découverte de sa contingence.

Ceux qui seraient tentés, sans le savoir peut-être, de lire la philosophie kantienne du droit à travers une grille trop aprioriste et d'exagérer ainsi sa proximité par rapport à la théorie fichtéenne, tireraient profit de l'étude comparative par W. Bartuschat des déductions de la légalité chez Kant et Fichte. Partant d'une distinction entre critique et doctrine, Bartuschat tente de situer avec le plus d'exactitude possible le statut du droit dans la raison pratique kantienne par le biais d'une situation précise de son concept à l'articulation entre apriorité (raison pratique pure, intériorité) et facticité (empiricité, extériorité). L'argumentation a l'intention semi-explicite de montrer non seulement la différence de deux conceptions, dont les langages et les figures déductives sont si semblables, mais en somme la supériorité de la conception kantienne. C'est là qu'elle cesse d'être vraiment convaincante puisqu'elle restitue celle-ci finalement dans sa vulnérabilité à toutes sortes d'objections liées à une construction solipsiste ou solisubjectiviste du droit à partir d'une problématique de l'appropriation isolée de choses. La doctrine fichtéenne a précisément l'immense avantage, aux yeux surtout de la critique moderne, d'être dans ses fondements une esquisse véritablement aprioriste-intersubjectiviste de la raison pratique. En se concentrant sur les ambiguïtés de l'articulation de l'apriorique sur l'empirique et sur ce qu'il considère comme une figure aporique de la reconnaissance chez Fichte, Bartuschat masque le saillant de la contribution fichtéenne.

Le volume contient en somme un certain nombre de stimulations pour une revisitation des sources idéalistes de la philosophie juridique.

J. CLAM

Vittorio Hösle, *Die Rechtsphilosophie des deutschen Idealismus*, Hambourg, 1989, Felix Meiner.

Le volume dirigé par Vittorio Hösle, un des spécialistes allemands actuels les plus en vue de Hegel¹, est le fruit d'un séminaire organisé conjointement en 1986 par l'Institut Italiano per gli Studi Filosofici de Naples et les Départements de Philosophie du Droit et de Droit Pénal et Criminologie de l'Université de Hambourg. Il réunit six contributions qui thématisent essentiellement la philosophie du droit de Hegel, ainsi que secondairement celle de Fichte et de Schelling. La problématique de la première contribution, qui est celle du directeur de la publication lui-même, est fort intéressante, puisqu'elle tente, à partir d'un exposé des théorèmes de Fichte et de Hegel sur la matière, de poser la question de « ce que l'État peut et doit punir » (*Was darf und was soll der Staat bestrafen ?*). Fidèle à l'approche qu'il développe dans son œuvre majeure sur Hegel – son *Hegels System* –, Hösle veut prendre les constructions théoriques de l'idéalisme allemand au sérieux et tenter d'en faire fructifier la pertinence pour les débats philosophiques – et en particulier jusphilosophiques – d'aujourd'hui. Son questionnement s'adresse ainsi d'une manière très directe aux deux auteurs. Il rend compte de leurs positions sur les différents sujets qui se rapportent aux actes que le droit qualifie de punissables et qui appellent une activité punitive de l'État et de ses organes. L'ensemble s'articule ici autour de la problématique inaugurée presque simultanément, dans l'idéalisme allemand, par Kant et Fichte et qui est celle du caractère permissif du droit (« *Erlaubnischarakter des Rechts* », le droit comme expression de la *lex permissiva*)². Ainsi le droit ne peut régimenter la conviction ni imposer de devoirs de vertu. Il peut encore moins punir les manquements à de tels devoirs. Le droit pénal fichtéen en prend une tournure libérale assez surprenante³ et qui contraste fort avec ses réglementations policières. Quant à Hegel qui, sans rejeter la dichotomie de la moralité et de la légalité, fait de l'État une sorte de synthèse des deux – dans la sphère de la *Sittlichkeit* –, supposant à son fondement non seulement un comportement juridique, mais également moral

¹ Voir sur l'éditeur et son travail d'hégélien mon compte-rendu de son *Hegels System*, paru dans les *Archives de Philosophie du Droit* Tome 40, 1996, p. 440-443.

² L'on sait en effet la dichotomie instituée par la *Métaphysique des mœurs* et la *Doctrine du droit* kantienne entre moralité et légalité. La première définit le domaine des devoirs catégoriques issus de l'obligation intérieure et déterminant les actes accomplis par devoir et par respect de la loi, alors que la seconde demeure restreinte aux devoirs extérieurs qui sont simplement en accord avec la loi indépendamment de toute adhésion de la conviction à la loi morale.

³ Ainsi, partant du principe *violenti non fit injuria*, Fichte établit que les actions en soi prohibées contre des sujets de droit ne peuvent être châtiées si elles sont commises avec l'assentiment de ceux-ci et si elles ont lieu dans la sphère privée (le foyer). Il est intéressant de voir que la différenciation des deux sphères (publique et privée) est comme présupposée pour rendre pleinement plausible et praticable le caractère permissif du droit.

de ses citoyens, reste ambigu quant au caractère permissif du droit. Hösle constate les points communs et les divergences des deux auteurs et se tourne ensuite vers la position de problèmes actuels et leur éclairage par les théorèmes fichtéens et hégéliens : la séparation de la morale et du droit, l'avortement et son incompatibilité avec l'ordre constitutionnel d'un État social fondé sur le respect de la dignité humaine, le maltraitement des animaux, les atteintes à l'État – et aux institutions qu'il protège (religion, famille...), les délits sexuels, les atteintes à la dignité humaine dans sa symbolique comme bien juridique central (dans le suicide par exemple).

La réflexion de l'auteur se présente finalement comme une tentative de remettre en question une orientation trop libérale du droit et de son caractère permissif. Le droit garantit certes au mieux son abstraction et sa formalité en se limitant à définir négativement les limites des sphères de disposition de chacun. La discussion de problèmes concrets – dont la liste précède – posés au droit dans nos sociétés souligne la nécessité d'une dimension d'obligation positive ou de devoirs de droit. Le repli sur des critères négatifs du type de la « nocivité sociale » (*Sozialschadlichkeit*¹) pour déterminer la limite à partir de laquelle une chose permise – du fait de son appartenance à la sphère d'arbitraire du sujet – cesse de l'être et tombe dès lors sous le coup d'une sanction négative appelant l'activité punitive de l'État², est insuffisant. C'est par le biais de cette exigence d'un ordonnement du droit à la *Sittlichkeit* – et par là à ce que Hösle appelle « la dignité métaphysique de la personne » (55) – que Hösle se retrouve solidaire des positions hégéliennes dont il ne craint pas d'affirmer la constante plausibilité, même pour les sociétés actuelles.

La contribution de Karl-Heinz Nusser, elle, se veut une interprétation de la position et du statut de la moralité dans la *Philosophie du droit* de Hegel. Il est clair qu'il n'est pas aisé de présenter une exégèse vraiment novatrice des idées fondamentales de la *Rechtsphilosophie* hégélienne. Nusser propose de nouvelles accentuations dans la lecture de la théorie hégélienne. C'est en faisant contraster celle-ci avec les constructions contractualistes de Hobbes, Kant et Fichte qu'il arrive à réaffirmer l'importance de la moralité (*Moralität* par opposition à *Sittlichkeit* la morale réalisée, dans la traduction d'Eugène Fleischmann) dans l'ensemble de la dialectique du droit. Son interprétation passe donc nécessairement par une modulation moins insistante du § 140 de la *Rechtsphilosophie*. Des remarques finales rapides renforcent certains traits de la théorie hégélienne pour en faire ressortir l'originalité : ainsi la présupposition d'une intention éthique à la base du contrat social, qui établit sa superfluité ; le dépassement par Hegel de la dichotomie kantienne moralité légalité vers une dialectique triadique d'un nouveau genre, pour conclure sur l'étrangeté de la philosophie juridique hégélienne dans le contexte actuel d'un droit décidément positif. L'ensemble manque peut-être lui-même

¹ Le problème d'une « autodétermination » sexuelle, par exemple, qui en constitue le critère auxiliaire dans le droit allemand, est celui de sa définition : fait-elle référence aux constituants rationnels et éthiques de l'autonomie telle qu'elle est comprise par les penseurs idéalistes ou pas ? Dans la négative, on chercherait en vain un autre noyau autour duquel la notion puisse se reformer.

² L'auteur souligne que l'État n'a pas seulement un droit de punir, mais bien le devoir de le faire et doit disposer, de ce fait, de critères suffisamment instructifs et déterminés pour conduire son action castigative.

de l'originalité dont la mise en évidence est l'objet de cette énième exégèse d'un texte fondamental.

« La félicité et le bien dans la *Philosophie du droit* de Hegel », la contribution de W. Bartuschat, se concentre sur une articulation essentielle dans l'œuvre hégélienne, à savoir la transition du *Vorsatz* (propos) à l'*Absicht* (l'intention). Sa thèse est que le chapitre sur la Moralité (*Moralität*) culmine dans la théorie de la félicité (*Glückseligkeit*). Le travail est un redéroulement attentif des différents moments de l'argumentation hégélienne – dont la difficulté réside essentiellement dans l'abstraction extrême des formulations. Le conséquentialisme aveugle du *Vorsatz* (propos) est ainsi contrasté avec la réflexivité de l'intention, comme il se doit dans toute interprétation de ces denses paragraphes. On aurait attendu un approfondissement de l'idée de priorité ou précédence de la contingence – du monde et de la facticité de la situation du sujet en lui – par rapport au retour en soi de la volonté (dans l'intention). L'auteur laisse son sujet mondain (*welthaftes Subjekt* 89) en plan. Il en reste à une insistance sur le droit propre de la subjectivité et de sa « déduction » autonome dans le chapitre *Moralität*, contre les tentations de la noyer dans la substantialité de la morale réalisée.

Le travail de Kurt Seelmann (auteur par ailleurs d'une brève mais utile *Philosophie du droit*¹) sur *L'imputation comme interprétation et attribution (Deutung und Zuschreibung)* – Le « Droit de l'objectivité » chez Hegel tente de faire fructifier pour la théorie de l'imputation en droit pénal les concepts et les différenciations de la Deuxième partie (*La moralité*) de la *Rechtsphilosophie* hégélienne. L'approche rappelle la pratique du hégélianisme que Hösle réclame depuis ses débuts. La thèse de Seelmann est que Hegel ne partage pas la manière de poser le problème pratiquée dans les approches plus récentes de la théorie juridique, la criminologie ou les théories de la déviance. Celles-ci partent en effet d'une analyse de l'action (*Handlung*) pour déterminer son motif et ensuite tenter de le placer à un endroit donné sur la ligne continue qui va de « libre » à « non libre ». La question de Hegel est plus fondamentale, dans la mesure où il s'interroge sur la relevance de la différenciation libre/non libre pour trancher la question de l'imputation. Celle-ci présuppose chez Hegel, tel que le lit Seelmann, une autocontradiction de l'agent ou un processus d'autocorruption.

C'est ici que commence, à la manière inaugurée et revendiquée par Hösle dans son *Hegels System*, une critique immanente de la théorie hégélienne et un essai de reconstruction qui tente de rectifier ses déviations et de la mener au point où elle puisse déployer sa véritable portée et sa fécondité. Le point archimédien qui permet de soulever l'ensemble du système et de le reconstruire est, ici comme chez Hösle, l'intersubjectivité. Celle-ci se présente en effet comme le manquement central de toutes les philosophies de la modernité, manquement que le système hégélien a été le plus près de lever. Pour Hösle, le système hégélien gravite au plus proche de cet enjeu central, sans toutefois réussir à l'atteindre et à se réaliser. Ainsi, il suffit de le réintroduire pour réussir la rectification reconstructive du système et en récolter les rétributions théoriques pour notre présent. Une telle entreprise s'assimile à une critique interne du système, soucieuse de ménager sa fertilité. Elle considère qu'il nous faut mettre à profit l'une des

¹ *Rechtsphilosophie*, Munich 1994 (Beck).

synthèses les plus grandioses de la pensée humaine – que représente le système hégélien – pour l'éclaircissement et la décision de nos débats actuels¹.

Telle est exactement la démarche de Seelmann. Il commence en effet par diagnostiquer une « erreur du système » (*Systemfehler* p. 111) chez Hegel qui l'emprisonne dans une dichotomie trop rigide : l'agent dont l'action, dans ses résultats, porte atteinte à l'intégrité des droits d'autrui, tombe sous le coup soit de l'autocontradiction – telle que Hegel l'établit dans la section *Moralité* – soit de la contrainte (l'être-agi) par la naturalité brute (de ses pulsions) – développée dans la section *Morale réalisée*. Cela rend impossible, pour Seelmann, la position garantie au prévenu par l'État social de droit (*sozialer Rechtsstaat* p. 110) qui est celle d'un « être social concret qui a droit à la compréhension et au secours » (*ibid.*)². En introduisant l'intersubjectivité au cœur même de la « morale réalisée » et comme son sens dernier – transformant ainsi radicalement la lecture de celle-ci³-, Seelmann peut reconstruire l'ensemble de la juridicité pénale dans un sens congruent à ce que les analyses des théories du « *labeling* » ont révélé de problématique dans les actes d'imputation. En posant l'intersubjectivité comme un fait transcendantal premier qui fait de l'individu dans son libre arbitre et son autonomie originaire⁴ un être toujours déjà intertissé dans ses droits et sa socialité avec d'autres, Seelmann met à découvert dans l'imputation un processus complexe d'attribution à une seule volonté particulière, déviante et anomique, d'un acte et d'une responsabilité qui nécessairement la dépassent. Dans une volonté particulière sont en effet toujours déjà constitutivement impliquées une multiplicité d'autres volontés socialement coexistantes. L'imputation est donc un processus d'abstraction ou de réduction qui élimine l'implexité des volontés sociales multiples dans la volonté particulière d'un individu et se cristallise, dans un soubassement causal de l'action, autour d'un agent individuel et de sa volonté. C'est pourquoi Seelmann introduit un terme nouveau, celui d'attribution (*Zuschreibung*) pour distinguer l'imputation telle qu'elle se fait réellement et abusivement de ce qu'elle devrait être. Il est ainsi urgent de découvrir la factualité et l'idéologicité de l'attribution et d'y voir l'expression de stratégies d'exclusion et de délinquencisation qui s'appuient sur des constructions sociales de types de méfaits et de profils d'agents, leur associant à chaque fois un degré d'anomicité déterminé. Cela rendra l'imputation juspénale à son sens intersubjectivement purifié.

La contribution de Stefan Smid est un travail comparatif des conceptions de la morale chez Schelling et Hegel – qui cependant s'intéresse très peu à ce dernier et se pré-

¹ Pour plus de détails sur le projet hégélianisant de Höhle, nous renvoyons encore une fois à notre compte-rendu cité plus haut.

² La démarche trahit ici certaines de ses faiblesses. Il s'agit surtout de la propension à juger de la pertinence d'une position philosophique – qui de plus relève d'un transcendantalisme nécessairement « métaphysique » ou nécessairement non encore post-métaphysique – d'après nos propres « sensibilités ». Cela revient à considérer notre actualité, dans ses constitutions politique, juridique, sociale et intellectuelle comme légitime en elle-même, par le fait même qu'elle est notre présent – sinon au moins lui accorder une prépondérance phénoménale et théorique que rien ne justifie fondamentalement.

³ Höhle et les adeptes de sa méthode diraient : en la rendant à son sens véritable. Ce sens est, à leurs yeux, manqué de peu dans le système et tout dans celui-ci promettait de le produire.

⁴ Tel qu'on le retrouve dans les deux premières sections de la *Rechtsphilosophie*.

sente comme une rapide revue des thèses de la *Nouvelle Déduction* schellingienne ¹. Celle-ci – l'unique œuvre de Schelling consacrée exclusivement au droit – se révèle plus proche de Fichte et de Kant que de Hegel. En effet, il lui manque tout rapport à l'historicité et à la socialité. Elle se cantonne, dans la tradition kantiano-fichtéenne, dans une problématique de la liberté d'un sujet individuel et autonome. Ses étapes d'évolution ne renvoient à nul devenir historique, mais sont des étapes « de la pensée au sein de la pensée » (121). Spécifiquement schellingien est l'absence de toute problématique de la reconnaissance mutuelle des consciences au profit d'une affirmation de soi des Moi individuels. Soulignée est également la netteté de la séparation de la morale et du droit : Schelling considère que la condition de possibilité de la morale est le « droit » (Dürfen) qu'a le moi individuel d'agir contre elle. La thèse de Smid reste elliptique dans la mesure où les apories sur lesquels finit, selon lui, la *Neue Deduktion* ne sont pas explicitées, alors qu'elles sont centrales au propos comparatiste du travail. Le contraste avec Hegel ne fait fond, d'autre part, que de l'historicité de la construction hégélienne, réduisant dès le départ les points d'adhésion possibles des deux conceptions.

La dernière contribution, de Wolfgang Schild sur *La doctrine du droit de détresse (Notrecht)* chez Hegel, est un ensemble de notes à insérer en marge du paragraphe (127) de la *Rechtsphilosophie* sur le Notrecht. Il est surtout une réflexion sur la fonction du droit d'exception dans le plan de la philosophie juridique hégélienne, à la charnière entre le bien-être (*Wohl*) et la conscience (*Gewissen*), constituant ainsi la transition de l'un à l'autre. Le travail en prend un tour parfois étroitement exégétique d'autant plus que le problème posé par la place du *Notrecht* dans l'architecture de l'ouvrage reste très secondaire par rapport aux enjeux centraux de celui-ci ².

Jean CLAM

Elie Halévy, *La Formation du radicalisme philosophique*, T. I, *La jeunesse de Bentham* ; T. II, *L'évolution de la doctrine utilitaire* ; T. III, *Le radicalisme philosophique*, Paris, PUF, « Philosophie morale », 1995.

Il faut se féliciter (ou plutôt remercier Monique Canto et ses collaborateurs) de la réédition de cet ouvrage bien connu mais introuvable, surtout qu'il est enrichi d'un ensemble impressionnant de notes et de commentaires nouveaux. Au total, c'est tout un pan de la pensée anglaise qui est ainsi tiré de l'oubli.

Cette édition, qui précède dans la même collection celle d'une anthologie de l'utilitarisme, montre qu'il existe une possibilité de renaissance de la doctrine utilitaire, qui sur

¹ Il existe une traduction française de cette œuvre très peu lue - tant en Allemagne qu'en France : elle est l'œuvre de Rivelaygues.

² Il nous faut regretter une certaine négligence dans la facture textuelle de l'ouvrage que déparent un certain nombre de coquilles - générant à plusieurs reprises un obscurcissement du sens. Les éditions Meiner ne nous avaient pas habitués à un tel relâchement de leur standard de correction - relâchement qui s'explique peut-être par l'accélération de la mise sous presse de la production scientifique, livrée de nos jours sur support magnétique et ne donnant plus lieu au travail de transcription effectué par les soins - naguère très méticuleux - de l'éditeur.

une base dogmatique minimale fournit des réponses précises à tout un ensemble de questions concrètes des sociétés contemporaines.

René SÈVE

P. Demeulenaere, *Homo oeconomicus*, Enquête sur la constitution d'un paradigme, Paris, PUF, 1996, 288 p.

Homo oeconomicus est un ouvrage à manier comme un rasoir, comme le fameux rasoir d'Occam qui ne laissait aucune des subtiles distinctions de la scolastique intacte. La théorie économique, par la rigueur apparente de ses concepts aussi bien que par la puissance de sa normativité sociale, est assurément la nouvelle scolastique de notre temps. Pierre Demeulenaere propose à son encontre une véritable critique des principes de son discours.

Le discours économique se veut évidemment scientifique. Plus les principes d'une science sont simples, clairs, évidents, et surtout abstraits à l'exemple des mathématiques, moins cette science est source d'idéologie. Or, les principes de la science économique apparaissent, au contraire des mathématiques, complexes et concrets. Ils renvoient à des présupposés anthropologiques, métaphysiques, voire cosmologiques qui vont de soi pour l'économiste mais posent question pour le philosophe. L'affirmation de la liberté essentielle des acteurs ne suffit pas pour fonder la théorie du marché. Elle requiert en outre trois postulats fondamentaux sans lesquels la doctrine de la liberté serait vaine : une morale surdéterminée du moi qui enjoint à chaque homme de devenir ce qu'il est, ce que les Anglo-Saxons appellent *self-realization*, une métaphysique de l'harmonie héritée des grandes philosophies classiques du système, et enfin une pensée du temps.

Le grand mérite de l'école néo-classique du siècle dernier, comparée aux théories libérales contemporaines, est sa modestie. Elle a restreint le champ d'application de sa théorie de l'agir humain à un certain type d'actes et à un certain type de fonction : les actes à visée patrimoniale réalisés par des hommes en situation d'entreprise. La théorie néo-classique appartient à une époque où la puissance des nations apparaît encore segmentée en sphères autonomes, – économique, politique, militaire, démographique –, aux logiques et aux calculs bien distincts les uns des autres. De son côté, l'école de Chicago a, sous le nom de catallactique, unifié l'agir humain, en considérant que si la possession monétaire n'était pas pour tous les hommes une fin en soi, elle en était le moyen indispensable qui faisait alors de chacun un acteur économique sur le modèle de l'entrepreneur néo-classique. Tout homme, que l'argent soit le but de ses activités ou simplement le moyen de parvenir à quelque autre accomplissement, est poussé par l'impérieuse obligation de se réaliser par lui-même. C'est le postulat anthropologique de toute théorie économique non seulement libérale, mais aussi marxiste. Chaque théorie prétendant donner le meilleur moyen de libérer l'homme et sa *praxis* de tout ce qui les empêche d'atteindre à leur *self-realization*, compte tenu de leurs potentialités.

Or, Pierre Demeulenaere note à juste titre le caractère idéaliste de cette conception de l'homme et la morale rationnelle (tout acte a pour principe de raison l'identité en devenir de l'homme vers lui-même) qu'elle implique nécessairement. Toute la dimension de la

passion, qui joue pourtant un rôle décisif chez Hume, est alors sacrifiée : ces passions par la pulsion desquelles l'homme excède largement son devenir-soi, pour le meilleur ou pour le pire.

Le second grand postulat auquel s'attaque la critique du paradigme économique se rattache lui aussi au principe de raison. Il s'agit du principe de l'harmonie des intérêts et de l'équilibre du marché par répartition optimum des ressources. C'est le postulat essentiel de l'économie libérale qui est ici visé, postulat qui se rattache lui-même aux grandes métaphysiques de l'âge classique, et en particulier au système de l'harmonie universelle chère à Leibniz. Pour Pierre Demeulenaere, le principe selon lequel la concurrence a pour tâche d'affecter à chaque membre d'un système social la place où il peut servir au mieux les intérêts de la société et de tous ses membres est infondé pour trois raisons. Premièrement, il n'existe pas d'harmonie universelle que réglerait une main invisible et providentielle, mais seulement une dispersion des intérêts qui au demeurant n'exclut pas leur complémentarité. Cependant, cette complémentarité est seulement indirecte. Pour l'auteur, l'articulation des complémentarités est segmentée. « *Pour certains individus, écrit Pierre Demeulenaere, les activités ou services dont bénéficient d'autres ne peuvent avoir aucun intérêt pour moi [...] On ne peut pas dire alors que chacun travaille pour tous les autres, puisque les activités de certains n'intéressent pas les autres.* » L'auteur s'appuie aussi sur la théorie de l'incertitude pour remettre en cause l'équilibre providentiel de la main invisible. Face aux situations d'information imparfaite, on ne peut faire fond sur la rationalité leibnizienne et parfaite de l'optimum que requiert la main invisible. Il faudrait atteindre le point de vue de Dieu ce que s'interdit la théorie économique au contraire de la métaphysique du système qui l'inspire. En situation de contingence et d'incertitude, il y a place seulement pour une rationalité limitée et partielle, qui permet d'atteindre un résultat satisfaisant et non pas optimal. Enfin, l'équilibre du marché apparaît aussi fictif en raison de la théorie des externalités dommageables qui ne peuvent être comptabilisées dans le mouvement de l'échange immédiat, mais continuent pourtant d'affecter et de déséquilibrer l'harmonie du marché.

Le dernier postulat auquel s'attaque la critique de Pierre Demeulenaere est celui du temps nécessaire à l'équilibre du marché. En effet, le libre-échange implique des déséquilibres partiels à court terme. Certains acteurs sont perdants sur le coup. La théorie de l'échange maximise les intérêts de chacun non pas à court, mais à long terme. Le long terme est le présupposé fondamental de la théorie économique. Ce que Mises appelle la morale, c'est précisément la *fortitudo animi* qui rend l'homme capable de supporter les sacrifices temporaires pour maximiser le long terme. Pierre Demeulenaere note à ce propos que le sacrifice et le report de la satisfaction peuvent atteindre une dimension supra-individuelle : sacrifice d'une génération au chômage pour le plein emploi de la génération suivante. Ce qui est, pour notre critique, contraire à l'individualisme et à la logique du marché qu'il sous-tend. En réalité, la durée et le sens du long terme débordent largement ce que peut un marché. La durée est nécessaire au maintien du marché, même si celui-ci ne peut l'assurer par lui-même. Le marché est alors dépendant d'une instance supérieure, précisément celle qui lui donne sa durée. Là est la tâche de la souveraineté politique.

La force de cette critique, c'est qu'elle n'a pas pour but de substituer un nouveau paradigme à un autre, mais de défaire les présupposés du discours économique de l'intérieur avec les instruments mêmes de sa rationalité individualiste et calculante. Or, cette rationalité poussée jusqu'au bout de sa logique – et c'est le paradoxe que révèle *Homo oeconomicus* – détruit les postulats fondamentaux qui pourtant la justifient dans l'ordre de la morale et de l'efficacité. Là réside la grande subtilité d'*Homo oeconomicus*, ce qui rend cet ouvrage heureusement inclassable.

Pierre CAYE

Carl Schmitt, *Les trois types de la pensée juridique* (traduction de Mira Köller et Dominique Seglard, Présentation de D. Seglard), Paris, PUF (collection Droit, Éthique, Société), 1995, 115 p.

Ce petit écrit, qui date de 1934, fait partie, avec *Staat, Bewegung, Volk* (1933 ; une traduction est en cours) et *Staatsgefüge und Zusammenbruch des zweiten Reiches* (1934), des textes les plus mal famés de Schmitt, ceux qui marquent son ralliement au national-socialisme, et dans lesquels s'exprime sans retenue le « zèle du converti ». Celui-ci se distingue néanmoins des autres, et c'est une raison de saluer vivement l'initiative de sa traduction, par son grand intérêt théorique. Schmitt y mène une vigoureuse critique non seulement du « normativisme » dont Kelsen est le représentant typique, mais aussi du « décisionnisme » dont il était lui-même, depuis la première *Théologie politique*, le porte-parole. De ces deux « types », Schmitt distingue désormais la « pensée concrète de l'ordre » ou institutionnalisme, dont Hauriou, Santi Romano et lui-même sont les hérauts. Certes, ces trois types sont présentés comme « éternels ». Néanmoins, il paraît clair que cette typologie et le changement d'épistémologie juridique qu'elle autorise entretiennent un rapport avec les événements politiques du début des années 1930 et avec la manière dont Schmitt lui-même y intervient ; ne déclare-t-il pas que « toute organisation de la vie politique entretient un rapport direct, réciproque, avec les manières de penser et d'argumenter propres à la vie juridique » ? (p. 70). Il est désormais clair à ses yeux qu'autant le décisionnisme jusqu'alors professé par lui est apte à rendre compte des mutations brutales de l'ordre juridique et de l'institution *ex novo* d'une normativité quelconque à partir « d'un néant normatif et d'un désordre concret » (p. 83), autant il échoue à penser la stabilité de cet ordre, laquelle suppose des éléments tout autres : ces configurations quasi-naturelles que sont, aux yeux de celui qui vit en leur sein, les « institutions ». De ce point de vue, l'ordre nouveau national-socialiste, pour être pensé dans la durée et non pas seulement dans la soudaineté de son émergence, doit s'inscrire dans un autre horizon que celui, trop « révolutionnaire », du décisionnisme. Bref, il paraît pour le moins plausible de considérer le passage du décisionnisme à la pensée concrète de l'ordre comme la contribution de Carl Schmitt à l'effort de stabilisation institutionnelle du régime national-socialiste mené sur tous les terrains à partir de 1934.

Pourtant, ce texte n'est pas *que* cela, et c'est le grand intérêt de la Présentation très fouillée de D. Seglard de le rappeler. Analysant de manière détaillée le contexte duquel les *Trois Types* sont issus et le contenu de l'ouvrage, elle s'efforce de montrer que l'iti-

néraire de Schmitt, malgré ses errements bien connus (il propose en 1932 l'interdiction du Parti national-socialiste pour le rallier avec éclat en juillet 1933, un peu trop tard aux yeux des nazis de vieille souche...) offre « une indéniable continuité intellectuelle » (p. 66). On pourrait penser que cette affirmation inscrit le présentateur dans la lignée de ceux, assez nombreux, qui s'efforcent de minimiser la portée du ralliement de Schmitt à Hitler en soulignant les racines qu'il a dans sa culture antérieure et, de ce fait, les limites que comporte cette adhésion ; telle est par exemple la thèse de G. Maschke, ou encore celle de H. Quaritsch lorsqu'il fait résulter la conversion de 1933 de l'interaction de trois motifs de longue date présents dans les écrits schmittiens : le nationalisme, l'étatisme et le catholicisme¹. Il faut avouer que certaines des formulations, ainsi que la tonalité impartiale de la Présentation, pourraient donner à penser qu'elle participe d'une apologétique subtile. Mais, en se demandant (sans trancher) si ce n'est pas « le noyau principal de la pensée de Schmitt qui aurait rendu possible son ralliement au nazisme sans qu'il ait eu lui-même besoin d'être nazifié » (p. 66), D. Seglard paraît entériner une tout autre interprétation, considérant que la « conversion » de 1933 était dès toujours inscrite dans l'affect anti-normativiste, pour ne pas dire anti-juridique, du théoricien de la décision souveraine. Pour ma part, je considère qu'une voie moyenne entre les deux partis peut être adoptée : considérer que rien dans les thématiques de l'œuvre antérieure n'appelait le ralliement au national-socialisme, mais qu'y faisaient aussi défaut les éléments qui auraient pu rendre celui-ci impossible. S'agit-il alors d'un pur et simple opportunisme ? Il y a quelques raisons de le penser, en tout cas sur le seul plan des faits. Mais, à supposer ce point établi, on n'est pas pour autant libéré de l'embarras que représente pour nous l'adhésion à la brutalité sans esprit de l'hitlérisme d'esprits de la qualité de Carl Schmitt ou de Martin Heidegger. La présente traduction des *Trois types de la pensée juridique*, extrêmement soignée, permet de le mesurer.

Jean-François KERVÉGAN

Ridha Chennoufi, *Droit et méthode chez Hans Kelsen*, Présentation d'Alain Renaut, Tunis, Publications de la Faculté des Sciences humaines et sociales, 1995

Comme le souligne A. Renaut dans sa Préface, l'ouvrage de Madame Chennoufi comble une lacune importante dans l'historiographie française puisque son travail de thèse constitue dorénavant la meilleure référence disponible en français sur l'œuvre de Kelsen.

Ce livre se caractérise par la précision de ses analyses et par la parfaite maîtrise de l'œuvre de Kelsen, lue dans le texte, et de la littérature germanique parallèle ou postérieure, le tout dans un style très clair, accessible même aux étudiants.

Enfin, ultime qualité, encore plus rare, Mme Chennoufi, contrairement à ceux qui portent au pinacle l'objet de leurs études, ne fait pas de Kelsen le *punctum radians* de la théorie du droit et ne cherche pas à dissimuler ses faiblesses.

¹ Voir *Positionen und Begriffe Carl Schmitts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1991.

Tous les aspects de l'œuvre de Kelsen sont ainsi passés en revue, avec peut-être une petite sous-estimation du rôle du droit international. On remarquera en particulier les très intéressantes informations sur la théorie kelsénienne de la démocratie, qui apparaît comme n'étant ni individualiste ni donc libérale. Quelques citations fortes (spéc. pp. 290-291) montrent que Kelsen n'est pas tout à fait récupérable selon nos critères contemporains.

René SÈVE

Alasdair MacIntyre, *Après la vertu*, trad. Laurent Bury, PUF, « Léviathan », Paris, 1997, 282 p.

La collection Léviathan nous fournit heureusement, et enfin, un des livres qui a le plus renouvelé les débats éthico-politiques dans le monde anglo-saxon d'abord, et bien au-delà ensuite, puisqu'il est généralement reconnu comme étant l'un des deux ou trois ouvrages fondateurs du mouvement communautarien. En réalité, sa portée est sans doute bien plus importante que celle d'un événement un peu bruyant dans le monde de la philosophie morale anglo-saxonne.

Il nous faut constater avec MacIntyre que la situation de la morale contemporaine est assez catastrophique tant dans sa pratique que dans sa théorie. Il n'est pas difficile de relever que nos discussions éthiques sont sans fin, que nous ne partageons aucuns principes ni langages moraux communs, que l'on émet des *requisits*, sans qu'il soit possible d'élaborer des raisonnements qui permettent de conclure à des choix fondés. Il faut donc se contenter de compromis, de choix arbitraires masqués souvent par un formalisme de façade.

Une enquête historique montrera les racines de cette déplorable situation présente. Pour MacIntyre en effet, contrairement à ses adversaires, philosophie et histoire sont liés en ce sens qu'il n'est pas possible de comprendre ni les théories ni les attitudes morales sans se référer à la manière dont elles se sont progressivement développées. On découvrira alors, à travers la formation des principales morales modernes, Hume, Kant, Smith, et leurs développements contemporains, Rawls, Nozick..., qu'elles sont viciées par une profonde mécompréhension de la vie morale. En effet, elles considèrent toutes que l'individu se réfère directement à des principes pour agir. Ces principes sont, soit universalisables rationnellement comme chez Kant, soit fonctionnels, soit scientifiques, soit analytiques. En réalité, aucune de ces doctrines ne permet de trancher entre des prétentions équivalentes que toutes confèrent à des individus saisis en dehors de tout contexte réel. Il existe bien, au sein même de cette tradition moderne, des essais pour se référer soit à une science des faits, soit à une rigueur analytique pour essayer de trancher des conflits moraux, mais comme chacun et chaque acte sont considérés comme équivalents, on ne voit pas comment trancher entre des prétentions égales. Le recours à la sociologie, à la rigueur formelle ne sont ici d'aucun secours. Restent l'émotion et le sentiment moral, mais que faire en face de deux sentiments en conflit ? L'effondrement de la pensée morale conduit tout droit à l'arbitraire ou à l'exaltation de l'individu qui impose ses choix par une sorte d'esthétisme aristocratique privé de fondement. Au terme, nous avons le choix entre Rawls ou Nietzsche.

Les carences que fait apparaître cette histoire critique du projet des Lumières et de leurs héritiers incitent à se tourner vers une autre tradition au sein de laquelle la vie morale n'est pas affaire de choix individuels ni d'actes isolés, mais est constituée par une pratique d'actes sédimentés en vertus et évalués en fonction de leur capacité à conduire au terme d'une vie réussie. Il ne peut donc être question ici de conflits sans réponse véritable, puisque la fin permet d'intégrer et de juger les actes qui représentent une pratique habituelle. Du même coup, la vie morale est aussi communautaire et, sous sa forme accomplie, politique. On dispose, en tout cas, de la possibilité d'évaluer les actes et de résoudre les conflits en fonction de la fin.

Bien entendu, cette fin et les qualités qu'elle requiert chez ceux qui la poursuivent connaît de nombreuses variantes historiques. La tradition classique n'est pas elle-même uniforme dans son contenu. Elle trouve ses origines dans l'âge héroïque et poursuit son développement jusqu'à l'intégration du christianisme, malgré le conflit que pouvait représenter l'opposition d'Aristote et de saint Augustin. Dans cette tradition, la place d'Aristote est première, non pas dans la lettre complète du texte du Stagirite, mais parce que son éthique politique parvient à déterminer un cadre, la fin, et des pratiques, les vertus, qui permettent un développement par résolution de nouvelles questions surgissant, par exemple, avec la morale chrétienne. La seconde place revient, dans cette tradition, à saint Thomas comme modèle d'intégration et de développement dans le cadre d'une dialectique historique. Il y a évidemment bien d'autres auteurs qui ont, au sein de cette tradition, ou de tels ou tels de ses courants, réalisé des intégrations de ce genre. En raison du caractère éminemment pratique de la vie morale en effet, il est de la nature même de celle-ci de répondre à des questions nouvelles. L'expérience historique, aussi bien que le raisonnement théorique, montre donc qu'il y a tout lieu de faire confiance à cette tradition aristotélicienne des vertus pour pouvoir répondre rationnellement aux questions que la modernité ne parvient pas à éclairer. Ici en effet, la pratique est source d'une discussion entre diverses branches d'une tradition, et ces discussions font progressivement apparaître et préciser les principes au nom desquels elles ont elles-mêmes lieu. Ces principes sont donc d'une autre nature que ceux des doctrines modernes. Ils sont découverts *in fine* et dans la pratique ; ce sont des principes de discussion et de solution des conflits et non des principes unilatéraux, fût-ce sous forme universalisable comme ceux de Kant. La fin de la vie bonne elle-même est sujette par exemple à discussion : une vie terrestre accomplie ou le bonheur éternel ou les deux ?

Seulement, étant donné l'évolution historique, on se trouve devant le paradoxe suivant. La tradition moderne semble s'être répandue dans la vie commune, alors que la tradition classique des vertus n'est plus une pratique, ce qui lui est pourtant congénital. Il n'en est pas ainsi en vérité. La vision moderne est largement incompatible avec la vie communautaire, elle n'est pratiquée que dans la mesure où cette dernière, comme il est bien connu, se dissout. Au contraire, la tradition des vertus est encore représentée dans un certain nombre de communautés, et même peut-être dans ce qui subsiste d'humain dans la société moderne. Dès lors la tradition des vertus peut, comme il est de sa nature, entrer en discussion avec son contraire et finalement, à travers ce conflit, s'étendre. La tradition classique, en tant qu'elle reste fidèle à elle-même, c'est-à-dire à la fois fondée et vivante, possède ainsi des ressources qui permettent de lui faire confiance. La suite de l'œuvre de l'auteur est elle-même une contribution à cette discussion, cf. par exemple *Quelle justice ? quelle rationalité ?*, Leviathan, Paris, (PUF), 1988.

On ne saurait trop dire combien ce livre vise juste, à la fois dans sa critique des racines et des pratiques de la modernité éthique et dans sa proposition d'une tradition classique vivante de nature principalement aristotélicienne. Ce n'est pas à dire que, même pour qui partage la plupart des raisonnements et analyses de l'auteur, il n'y ait pas encore place pour des questions. Par exemple, quelle est, dans cette perspective, la place d'une connaissance morale plus consciente que celle qui relève de la simple pratique spontanée ? Toutes les pratiques peuvent-elles s'intégrer dans le cadre d'une recherche de la fin et du discernement de la fin ? Est-il possible, comme le suggère l'auteur en vue d'une reprise de la tradition aristotélicienne des vertus, de faire si aisément son deuil du cosmos classique, n'y a-t-il pas plutôt lieu de remarquer et d'étendre les divers renouvellements scientifiques, qui apparaissent plus ou moins fragmentairement chez des auteurs comme Thom ou Bertalanffy et Uexküll ? Il se pourrait bien que les sciences modernes soient également contraintes d'entrer à nouveau dans une discussion qu'elles avaient jusqu'ici tendance à disqualifier, comme le laisserait penser l'ouvrage de Kuhn (T.S.), *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, (Champs-Flammarion), 1983.

Michel BASTIT

Jean Gaudemet, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Paris, Montchrestien « Domat droit public », 1997, 363 p.

« Qu'est-ce que « le Droit » ? Comment se forme-t-il ? Pourquoi toute société exige-t-elle un droit. D'où vient cette singulière habitude de respecter les lois, auxquelles seuls quelques « anormaux » n'obéissent que contraints ? »

De telles interrogations éveillent ordinairement les plus grandes craintes quand elles viennent en avant-propos d'un ouvrage. Rares sont les auteurs qui osent poser avec autorité de si grandes questions et moins fréquents encore sont ceux capables d'y répondre sans décevoir.

M. Gaudemet, professeur honoraire aux Universités de Strasbourg et de Paris et directeur d'études à l'École Pratique des Hautes Études offre une réponse à la mesure de ces questions dans la collection « Domat Droit public » des éditions Montchrestien (qui avaient en 1994 édité de lui une *Sociologie historique* de moindre ampleur).

L'auteur choisit de traiter les questions par thèmes, en trois étapes successives : le droit révélé (par les dieux, les philosophes et le temps), le droit créé (par le pouvoir des législateurs) et finalement le droit pratiqué, médité et enseigné (par les « orfèvres »). Chacune de ces trois parties, qui sert d'armature à l'ouvrage, cache un exposé chronologique qui, de la plus haute antiquité parvient à l'aube du XX^e siècle. Cet exercice périlleux est parfaitement maîtrisé mais la valeur de ce livre ne s'arrête pas à une savante érudition pertinemment présentée.

« Orfèvre » éminent parmi les historiens du droit, M. Gaudemet réalise ici son grand œuvre. De l'œuvre alchimique cet ouvrage a le souffle et les mystères. Il échappe d'abord à toutes les qualifications restrictives de manuel (qui se limiterait aux débutants) ou de traité savant (qui ne concernerait que les chercheurs aguerris). « Essai », peut-être, conviendrait le mieux à ce genre inédit dans la collection « Domat Droit public ».

Encore ne faut-il pas entendre par là le résultat d'une tentative inaccomplie mais plutôt, outre la liberté et l'aisance d'un ton caractéristique du genre, l'opération consistant à user d'une chose pour s'assurer de ses qualités. L'auteur use du temps, du pouvoir et de la science pour s'assurer de la vie du droit, de sa genèse à sa pratique. Dans cette entreprise, la parfaite compétence du maître évite les travers que le lecteur pourrait attendre dans le dosage de l'érudition didactique : les questions épineuses touchant à la sincérité et à l'autorité de certaines sources se trouvent traitées en notes où sont ménagés des renvois aux meilleures éditions ou commentaires.

Cette histoire des sources, puisqu'il faudra bien se résoudre à la désigner ainsi, évite, dans la forme, le catalogue vain et rapidement obsolète. Sur le fond, elle réalise l'alliance du texte et du contexte en dépassant la classique distinction de l'histoire interne et externe. La norme de droit trouve enfin, dans cet espace, les nombreuses racines qui sont les siennes, aussi variées que les tables de la loi, la cité et le peuple romain, les officines des notaires du Haut Moyen-Âge ou les chaires des Facultés de droit des universités médiévales. La source de droit n'est plus simplement saisie comme une information dont il faudrait discuter de la transparence ou de l'opacité mais comme une force d'organisation sociale. Ces genèses de la norme, qui lui font perdre toute abstraction, l'ancrent dans le monde. Le droit s'enrichit ainsi du terreau humain qui est le sien et dont beaucoup voudraient pourtant l'en débarrasser.

Cet « essai » n'a comme défauts que ceux de ses qualités. Certains titres paraîtront obscurs aux néophytes, mais les initiés apprécieront et préféreront même l'appellation d'« orfèvre » à ce que certains désignent plus scolairement sous le nom de praticiens du droit. Les béotiens reprocheront la légèreté des « nouvelles fées au berceau de la loi » qui ne visent que les conditions de l'élaboration législative. L'auteur se libère même avec une irrévérence amusée des titres juridiques officiels en intitulant sa première partie : « Un droit sans juristes ».

L'importance et la fréquence des notes, enrichies par une bibliographie internationale, récente et complète, ne rebuteront que les superficiels. Si la lecture de l'ouvrage est d'un grand profit par la richesse de son appareil critique, son utilisation est cependant contrariée par l'absence d'index des références bibliographiques et d'index thématique. L'index de l'ouvrage ne concerne que les sources ; il se révèle souvent insuffisant et toute recherche thématique ou bibliographique oblige à une relecture.

Ces menues contrariétés ne peuvent en rien ternir l'apport essentiel de cette œuvre. L'histoire des sources apparaît comme la source d'une réflexion sur le droit qui naît d'un temps, d'un contexte politique, d'une logique scientifique, mais qui se réalise parce qu'il leur échappe. Cette évasion peut être génétique dans le droit révélé ou inspiré des poètes et des philosophes ; elle peut être dirigée par une autorité politique qui a sur lui pouvoir de vie et de mort ; elle peut être expliquée par la pratique ou par l'enseignement d'un grand maître. Dans ce dernier cas de figure, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit* apparaît comme une œuvre d'évasion scientifique.

Jean-Paul ANDRIEUX

Stamatios Tzitzis, *Esthétique de la violence*, Paris, PUF, « Médecine et société », 1997, 127 p.

Oh ! le bel oxymore. Car quoi de plus laid que la violence ? Et quoi de plus propre à l'esthétique que la recherche du beau ?

Déjà avaient été étudiés naguère, de divers côtés et notamment dans les *Archives*, les rapports entre l'esthétique et le droit. Voici que Stamatios Tzitzis, Directeur de recherche au CNRS, consacre sa réflexion à l'esthétique de la violence, autant dire à la beauté des délits et des peines.

Le résultat en est un petit livre de 127 pages, de dimensions et de conception très voisines de celles des « Que sais-je ? ».

D'inspiration tantôt heideggerienne, tantôt levinasienne l'auteur commence par rappeler que l'esthétique, au sens grec classique, a un sens beaucoup plus vaste que celui qu'il a pour les modernes, spécialement depuis Baumgarten. L'esthétique était alors ce qui rend l'homme sensible à la beauté du monde, et sensible à ses difformités. En conséquence, la violence est souvent considérée comme nécessaire au rétablissement de l'harmonie, quand celle-ci a été malmenée. Esthétique et violence ne sont pas toujours opposées, mais plus souvent qu'on ne croirait, associées.

Il n'est pour s'en convaincre – et c'est le premier chapitre intitulé « Violence volontairement subie et salut » – que de remarquer sur trois exemples choisis parmi les plus célèbres de la littérature universelle – Prométhée, Jésus-Christ, Lohengrin – combien la violence peut non seulement servir l'esthétique, mais en être la condition indispensable.

Le confirmerait, s'il en était besoin, le caractère « esthétique de la guerre » envisagé par l'auteur dans un chapitre II, au titre un peu énigmatique « L'humanisme, la mémoire et l'oubli de l'histoire ». Autant il est aisé de comprendre la beauté des héroïsmes dont la guerre est le terrain – « on n'est jamais trop beau quand le canon est en fête » disait spirituellement un officier chamarré du temps de Napoléon – autant il est difficile de saisir en quoi les crimes contre les peuples entre eux, crimes contre l'humanité si l'on veut, relèveraient d'une espèce d'esthétique de la cruauté. Entend-on signifier qu'il y a là tentative d'effacer la mémoire d'un peuple, ou de gommer des peuples, de la mémoire ? Nous en conviendrons. Mais tout meurtre est par nature tentative d'un tel effacement. Tout crime est par nature un crime contre l'humanité, ainsi que le souligne d'ailleurs l'auteur avec force. Et ce n'est pas l'humanisme qui y changera grand-chose, puisque celui-ci n'a guère que le sens que chacun veut bien lui donner. L'exemple de la Bosnie que fournit l'auteur a l'avantage d'être actuel. Mais il a besoin d'être étendu à quantité d'autres pays et d'autres époques.

L'auteur repère ensuite, avec beaucoup de sagacité, que le mépris des hommes, qu'on camoufle si souvent sous le nom d'humanisme, pourrait bien avoir pour cause la substitution d'une vision rationaliste du monde et de l'homme à une conception symbolique. C'est ce qui fait le fond de son chapitre III sous le titre « Violence et crise des valeurs symboliques », qui commence par cette belle phrase (comme quoi l'esthétique n'est pas seulement dans la violence) : « L'existence humaine est brodée de symboles » (p. 52). Et il montre comment la raison raisonnante, qui prétend faire le tour de l'homme, le prédispose à l'enfermer dans une catégorie, quand ce n'est pas dans un camp de concentration, tandis que le symbole ne dévêt pas l'homme de sa part de mystère, et fait

confesser que l'homme passe infiniment l'homme, interdisant jusqu'à la possibilité de tout enfermement, pseudo-scientifique ou pseudo-positif.

Suit un chapitre IV où, sous le titre « Droits de l'homme et esthétique du droit », sont vigoureusement mais justement dénoncées les malfaisances de l'humanitarisme et du subjectivisme de la post-modernité.

Vient alors un chapitre V intitulé « Disposer de son corps » où est abordée avec courage et anticonformisme la question de l'avortement. La variété des points de vue, la rigueur des analyses, la pondération des conclusions, font regretter que les législateurs n'aient pas su écouter des philosophes du droit tels que l'auteur, mais se soient couchés sous les pressions de quelques lobbies tonitrueux. Non, souligne l'auteur, il n'y a pas solution de continuité entre l'enfant né et l'enfant à naître. Non, l'enfant conçu n'est pas le corps de la mère, mais dans le corps de la mère. Et la mère qui se fait avorter – quelles que soient les circonstances absolutoires – ne dispose pas alors de son corps, mais du corps et de l'âme d'autrui. C'est si vrai qu'à Rome un tel acte était considéré comme attentatoire au droit du *paterfamilias*.

L'ouvrage se termine sur un chapitre VI, où est analysée la portée du meurtre, et la signification – les significations multiples – de la peine de mort, sous le titre, alambiqué convenons-en : « Meurtre : la violence à l'autre. Appropriations et délivrance ». Cette fois, l'auteur montre combien le meurtrier s'approprie sans droit la vie d'autrui, et comment seule la peine de mort qui lui serait infligée le désappropriera complètement. La souillure, causée à lui-même et au monde par le meurtrier, ne peut être lavée que par le sang de celui-ci. La cité, et le monde, dont le meurtrier comme la victime faisaient partie, ne peuvent retrouver leur beauté première – esthétique d'abord ! – que par ce moyen, sauf miséricorde c'est-à-dire souffrance volontaire de la victime dont le premier chapitre nous a entretenus.

Ainsi le dernier chapitre renvoie au premier, ce qui est, rhétoriquement, d'une élégance achevée. Comme si l'auteur voulait nous montrer que c'est ceux auxquels il attache le plus d'importance. En tout cas, c'est ceux qui nous ont paru les plus neufs et les plus talentueux.

Pourquoi faut-il qu'un si bel ouvrage soit déparé d'innombrables coquilles ou incorrections ? Nous le pardonnerons à l'auteur, persuadé que ce défaut n'entame en rien la profondeur de sa réflexion.

Terminons par un autre oxymore. Ami lecteur, c'est là un grand petit livre.

François VALLANÇON

B. — Philosophie et théorie générale du droit

J.E. Penner, *The Idea of Property in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997, 240 p.

Dans ce remarquable ouvrage consacré à l'analyse du concept juridique de propriété, J. E. Penner fait sienne la philosophie de la raison pratique de J. Raz et se propose d'en explorer les potentialités en soumettant le droit de propriété à l'épreuve d'une « analyse

des intérêts ». La perception du droit réel qui en résulte se signale par une double originalité. D'une part, le droit de propriété est défini non pas par référence à une série de prérogatives spécifiques du propriétaire (user, jouir, disposer de la chose) mais comme la face positive d'un devoir de non-ingérence incombant à autrui par rapport au bien approprié. D'autre part, propriété et contrat se trouvent fermement dissociés, le pouvoir de conclure un « *bargain* » à propos de la chose n'étant pas, selon l'auteur, inhérent au droit de propriété, lequel demeurerait par ailleurs parfaitement neutre quant à la distribution sociale des richesses. Se développant ainsi à contre-courant tant des définitions juridiques les mieux assises que des courants philosophiques les plus suivis, la perspective choisie sert aussi une éthique particulière, où le droit de propriété figure comme siège de partage et de don, tandis que se trouvent dénoncés les travers des conceptions contemporaines qui, contractualistes à l'excès, n'opposeraient aucun obstacle à la réification des relations humaines.

L'analyse proposée s'élabore en trois temps.

En premier lieu, la fonction normative des droits, enseignée par J. Raz, se trouve explicitée en ce qui concerne le droit de propriété. Dérivant des devoirs corrélatifs incombant à autrui, cette fonction normative se concrétise en effet en ce qui concerne le droit de propriété en des obligations *in rem* imposés aux tiers à l'égard du bien approprié, dans l'intérêt de son propriétaire. C'est précisément ce dernier intérêt qui permet d'identifier les diverses normes qui, dans l'enchevêtrement complexe des sources du droit, constituent de façon spécifique le régime juridique de la propriété. Pareille conception de l'ordre juridique comme pouvant donner lieu à une classification des normes par leur objet, conduit J. E. Penner à réfuter la thèse du caractère nécessairement indéterminé du champ normatif (Dworkin). Mais le principe de qualification avancé oblige également à rejeter aussi bien l'approche inhérente à l'analyse économique du droit qui voit dans toute valeur quelconque, qu'elle soit chose ou service, un objet potentiel de propriété (Posner), que l'idée (préconisée, selon la distinction des *liability rules* et *property rules*, par Melamed et Calabresi) selon laquelle toute sanction d'un droit, que ce soit sous la forme de dommages-intérêts ou de pénalités, ne serait en dernière analyse qu'un mécanisme permettant de fixer le prix de sa violation.

Dans un deuxième temps, l'identification de l'intérêt que sert le régime juridique du droit de propriété permet de cerner la teneur concrète de ce dernier. L'intérêt poursuivi est, selon l'auteur, celui de déterminer l'usage ou la destination d'une chose ; il constitue le fondement ou la justification du droit réel. Or, déterminer la destination d'une chose, c'est l'utiliser soi-même ou, le cas échéant, l'abandonner, mais aussi faire en sorte que cette destination soit définie par un tiers ; aussi, le droit de propriété impliquerait-il de façon nécessaire celui de donner. Le moyen juridique par lequel le même intérêt se réalise est la faculté conférée au propriétaire du bien d'en exclure autrui ; les tiers se trouvent ainsi débiteurs d'un devoir de non-ingérence par rapport à la chose appropriée. Est-il besoin de préciser que pareille faculté contient en elle-même celle d'accorder l'accès de ce bien à des bénéficiaires déterminés, sous forme de partage ou de bail ? Encore faut-il définir le domaine du droit ainsi défini, identifier les choses auxquelles il s'applique. Ici, le critère de la séparabilité, inspiré de celui de l'appartenance contingente de MacCormick, est préféré à celui, plus couramment rencontré, de la disponibilité du bien, qui n'est logiquement en effet que la conséquence de la possibilité de concevoir ce dernier

indépendamment de la personne même de son titulaire. On distingue ainsi les choses qui auraient pu aussi bien donner lieu à une relation analogue avec un autre que le propriétaire, de celles qui se trouvent dans un rapport unique avec sa personnalité même et sont de ce fait insusceptibles d'une appropriation par autrui.

Le troisième aspect de la définition proposée était le plus difficile à poser, en ce qu'il consistait à préciser les relations entre propriété et contrat. Pour l'auteur, si le droit de propriété implique de façon nécessaire celui de donner ou d'abandonner la chose, en revanche, celui de transférer celle-ci à titre onéreux, qui protège un intérêt distinct, reste entièrement autonome. L'analyse hégélienne qui fait du contrat l'instrument de réalisation de la propriété en tant qu'il implique la reconnaissance mutuelle par les deux parties contractantes de leur statut de propriétaire, méconnaîtrait ainsi la distinction, fondamentale, entre droits *in rem* et *in personam*. D'après J. E. Penner, elle obligerait à admettre que la relation personnelle des contractants à propos de la chose ne diffère plus en substance de celle qu'entretiennent les tiers avec le propriétaire par la médiation de la chose. C'est une méconnaissance analogue de l'autonomie des catégories qui conduit chez Locke à assigner à la théorie de la propriété une fonction distributive, en admettant que le concept de propriété privée commande, en soi, la distribution sociale des valeurs économiques. L'observation du concept juridique de propriété n'en reste pas moins essentielle, selon l'auteur, pour la compréhension de l'ordre social. L'apport d'un tel exercice est en effet de livrer la perception qu'a une société donnée des biens effectivement susceptibles d'une appropriation. L'approche contractualiste dénoncée comporte à cet égard le risque que soit perdue de vue la spécificité des rapports juridiques empreints de personnalité (relations de travail, amitiés), tandis que se trouve escamoté, inversement, le rapport véritablement significatif que chacun se doit d'établir avec l'environnement réel.

L'étude ainsi menée se donne pour objet le concept juridique de propriété, abstrait du contexte national dans lequel l'institution se développe ; il ne s'agit pas de présenter la philosophie anglo-américaine du droit des biens, par rapport à celle qui peut avoir cours dans d'autres systèmes à structure juridique ou politique différente, mais de faire apparaître les traits distinctifs (universels ?) de la propriété juridique, rigoureusement distinguée, en revanche, d'une conception économique de la maîtrise des richesses. Celle-ci se trouve écartée non pas en raison d'un vice intrinsèque du raisonnement qui la sous-tend, mais parce qu'elle est inapte à fournir une réponse adéquate aux difficultés d'ordre proprement juridique que tout système social est inéluctablement appelé à affronter – notamment à celles qui affèrent à la détermination des biens susceptibles d'appropriation par autrui. Force est en effet de reconnaître que dans le débat crucial qui s'engage actuellement sur le statut du génome humain, ou quant au régime des embryons issus d'une procréation médicalement assistée, il serait à la fois vain et dangereux de prétendre y répondre par référence à un critère purement économique.

L'utilité d'un concept spécifiquement juridique de propriété acquise, il n'en reste pas moins que la démonstration menée par l'auteur se nourrit pour l'essentiel des catégories et des débats spécifiques à la *common law*. Ignorant les complexités des *choses in action*, le juriste « continental », formé à la distinction des droits réels et personnels, aura sans doute moins de difficultés à saisir, au regard du domaine du droit de propriété, le statut juridique des créances ; la qualification des droits qui, tels ceux du *cestui que trust*, ne revêtent pas tous les attributs d'un véritable *ownership*, n'aura pour lui qu'un

intérêt anecdotique. S'il ne peut que souscrire à l'analyse des rapports d'ordre impersonnel qui s'établissent entre les tiers et le propriétaire d'un bien, dont l'identité et les qualités propres restent indifférentes au regard de l'exécution par ces derniers de leur devoir de non-ingérence, le même lecteur de formation civiliste y verrait sans doute le simple effet du concept d'opposabilité. L'idée selon laquelle le droit de la responsabilité civile définit concrètement les limites du droit de propriété lui paraîtra juste mais d'un secours relativement limité, son propre *law of wrongs* ne sanctionnant pas des situations-type précises d'ingérence sur des biens (*trespass*, par ex.). En revanche, il aurait sans doute aimé connaître la nature et l'étendue des contraintes pesant sur le propriétaire dans l'exercice de son droit et qui trouvent leur sanction, de ce côté-ci de la Manche, dans le concept d'abus de droit.

Il serait donc du plus grand intérêt de voir aboutir le projet formulé par l'auteur dans sa propre conclusion, de soumettre à leur tour les institutions nées de sa connaissance du droit anglais à l'épreuve d'une réflexion comparative.

Horatia MUIR WATT

Richard A. Posner, *Droit et littérature*, trad. Christine Hivet et Philippe Jouary, notes de traducteur par ce dernier, PUF « Droit. Éthique. Société », 1996, 456 p.

Juge mais aussi professeur à Chicago – et cette localisation révèle son allégeance à l'École libérale –, Richard Posner est surtout connu comme auteur de la fameuse *Economic Analysis of Law* dont il n'existe malheureusement pas de traduction française. En attendant que soit comblée cette lacune, la collection « Droit. Éthique. Société » dirigée par F. Terré et M.-A. Frison-Roche nous a rendu le service d'éditer l'un des ouvrages les plus divertissants, au sens de Pascal comme au sens ordinaire, jamais écrit par un juriste, avec ce *Law and Literature. A Misunderstood Relation*, dans une traduction visiblement très attentive et comportant de judicieuses notes ajoutées par l'un des deux traducteurs.

Dans son introduction, Posner développe quelques-unes des raisons qui rendent le sujet particulièrement foisonnant, qui donc l'obligeront à le mutiler (et que dire alors d'un misérable compte rendu !) : parenté de la fiction juridique ou du raisonnement juridique avec la métaphore littéraire, présence des procédures judiciaires dans un nombre surprenant d'œuvres littéraires (d'*Antigone* à *L'étranger*, en passant par *Le Marchand de Venise*, *Le Rouge et le Noir*, *Alice au pays des merveilles* et bien d'autres), rôle fondamental de l'interprétation dans la recherche littéraire comme dans la recherche juridique, utilisation d'une rhétorique non pas froide (comme le croient les non-juristes) mais hautement littéraire dans un grand nombre de textes juridiques, théâtralité du procès, etc. Dès lors le sujet choisi partirait vite en tous sens si l'auteur ne l'ordonnait sagement – et sans prétendre à l'exhaustivité – selon trois axes : les thèmes juridiques de la littérature (1^{re} partie), le droit comme forme de littérature (2^e partie) et le droit et la réglementation de la littérature (3^e partie). Pour éviter un survol à hauteur stratosphérique, on ne parlera ici que de la première partie, celle que tout juriste un peu cultivé attend le plus.

Parmi ces thèmes juridiques de la littérature, figure en première place la vengeance, « prototype du droit et genre littéraire ». Posner analyse longuement *Hamlet* dont il

prétend que le déroulement doit nous inciter à recourir plutôt aux procédures judiciaires. Certes le Prince de Danemark n'a pas le choix, car Claudius comme lui-même (en tant que meurtrier de Polonius) paraissent être au-dessus des lois et ne pourraient donc être traduits en justice. Mais quel gâchis ! Il ne faut pas moins de sept morts (Polonius, Rosencrantz, Guildenstern, Ophélie, Gertrude, Laërtes et Hamlet lui-même) pour aboutir enfin à la huitième, celle de Claudius, qui lavera la pourriture du royaume. Ce que démontre cette macabre aventure, c'est la prodigieuse incapacité des particuliers à mettre en œuvre la vengeance lorsqu'ils s'en chargent eux-mêmes au lieu de la confier à des organes spécialisés. Hamlet, dans son indécision, multiplie les bévues. Pour endormir la méfiance du roi, il feint la folie, ce qui produit l'effet contraire. Effet qu'il amplifie lorsque, pour vérifier bien inutilement les allégations du spectre, il met en scène la pièce dans la pièce. Après quoi Hamlet se refuse à tuer le roi au milieu de sa prière sous prétexte qu'il irait alors droit au ciel, en ne voyant pas que Claudius, faute de repentir réel, irait quand même en enfer. Consternant bilan auquel il faut encore ajouter l'oubli de vérifier la pointe des fleurets avant le duel avec Laërtes. Pour finir, c'est par chance et par raccroc que Hamlet accomplit *in extremis* sa mission. De son côté, Laërtes, qui a lui aussi la charge de venger son propre père, pêche par l'excès contraire. Sa précipitation brouillonne l'empêche de voir que le véritable destinataire de sa vengeance doit être, paraît-il, Claudius et non Hamlet. Au-delà de cette assertion, dont on laisse la responsabilité à Posner, le lecteur garde l'impression que Shakespeare avait dû lire l'analyse économique du droit, ce qui, quelles que soient les incertitudes entourant la biographie du grand Will, paraît tout de même improbable. Trop fin pour ne pas sentir l'objection, Posner s'empresse de noter que Shakespeare n'a pas une conception unique de la vengeance, dont il traite au contraire sous des aspects divers et nuancés dans d'autres pièces, en particulier *Jules César* ou *Macbeth*. Et rappelle à toutes fins que de voir dans *Hamlet* une pure littérature de la vengeance serait dangereusement réducteur. Reste que Shakespeare marque sa préférence indiscutable pour les procédures judiciaires, notamment dans *Mesure pour mesure* et surtout dans *Le Marchand de Venise* dont Posner étudie longuement l'argumentation juridique, en apparence absurde et toute remplie d'équité grâce à la vertu prudentielle de Portia.

Si Shakespeare a finalement pas mal d'idées sur le droit, il n'en va pas de même pour Kafka, lequel constitue un thème à lui tout seul. Thème paradoxal, car si Kafka est hors sujet, il suffirait normalement de le dire et de passer à l'ordre du jour. Mais tant d'auteurs ont vu en lui un philosophe du droit qu'il faut bien les réfuter. Et d'ailleurs ces auteurs ont les apparences pour eux. Kafka avait une formation et un métier de juriste, dans sa fameuse compagnie d'assurances. Il truffe ses œuvres de références juridiques auxquelles il emprunte même plusieurs de ses titres : *Le Verdict*, *La Colonie pénitentiaire* et évidemment *Le Procès*. Pourtant – rendons grâce à Posner de le démontrer avec autant de vigueur – il n'y a là rien à glaner pour le juriste. Le droit n'est pour Kafka que le décor de son cauchemar intérieur, et le for interne échappe au droit par définition. N'est-il pas vrai toutefois qu'il a eu, comme on le prétend souvent, le pressentiment du procès stalinien ? Je le veux bien, répond Posner, mais ne confondez tout de même pas *Le Procès* avec *Le Zéro et l'infini* ! Malgré cette prescience, qui d'ailleurs n'est pas rare chez les grands artistes, *Le Procès* ne porte en lui aucune théorie du droit ou de la procédure ainsi que le montre encore la parabole des portes de la loi (lesquelles n'étaient ouvertes que pour un seul), de même que *Animal Farm* n'a rien d'un traité sur l'élevage

des cochons, ni *Moby Dick* d'un exposé sur la pêche à la baleine. Plus loin, Posner ferraille longuement contre une de ses collègues, Mme Robin West, et son interprétation marxiste de Kafka, ce qui nous vaut des passages savoureux : la scène où Joseph K. se fait subtiliser la fille qu'il convoite par un étudiant en droit qui aurait de l'avenir dans la redoutable corporation des juristes et déjà l'oreille du juge d'instruction, apparaît à cet auteur comme une condamnation du harcèlement sexuel. Posner rétablit aussitôt la vérité avec beaucoup de perspicacité et peut-être de courage : aux États-Unis, celui qui contredit une femme sur l'existence d'un harcèlement sexuel, fût-ce en littérature, prend toujours un risque. « Contrairement à ce que pense West, la scène ne décrit nullement l'exploitation de la femme, mais constitue une rêverie caustique (se terminant par une plaisanterie) sur le désir sexuel et la défiance de soi. K. aimerait croire que c'est contrainte et forcée que la femme cède à l'étudiant en droit, mais il comprend peu à peu que ce n'est pas le cas, que tous deux se moquent de lui. Il convient de remarquer que la victime de cet épisode n'est d'ailleurs pas le mari de la femme, mais K. La coercition du *Procès* existe surtout dans la tête de K. » (p. 220-221). Là-dessus, *l'analyste économique du droit* montre à nouveau le bout de l'oreille, car dit-il, « même si l'on suppose » qu'il y a eu harcèlement sexuel, celui-ci n'est de toute façon pas efficient sur le plan économique (!) et constitue même une erreur du marché (pas moins !!), ce qu'on veut bien admettre tout en se demandant si les personnages de Kafka ont vraiment des motivations aussi rationnelles. Mettons qu'il s'agisse là d'un américanisme, mais regrettons quand même que Posner utilise beaucoup de son temps, forcément limité, et de son intelligence, des plus vastes, pour réfuter les pesantes élucubrations de Mme West, dont l'absurdité éclate sans peine aux yeux du Kafkaïen européen de base. Quant à ce Kafkaïen supérieur qu'était son traducteur français, Alexandre Vialatte, il avait bien vu, comme Posner, le rôle anecdotique du droit chez Kafka : « Ses plus grandes œuvres sont des cauchemars de scrupuleux rédigés par un ironiste et un roi de la parabole sur un ton de procès-verbal » (*Introduction au Procès*, coll. Folio, p. 40). Une théorie du procès ? Que non ! Tout au plus une pratique du procès-verbal...

On pourrait, en suivant la démarche de Posner, se livrer encore à la délicieuse analyse des chefs d'œuvre. Par exemple, sous le thème « La littérature à l'assaut des injustices du droit », à l'étude des *Frères Karamazov*, où, selon notre auteur, la procédure accusatoire donne au roman un tour plus vif que dans l'inquisitorial *Crime et châtiment*. Par exemple à la méditation du *Faust* de Marlowe et de la théorie du contrat qui s'ensuit : Méphistophélès n'a pas complètement exécuté celui-ci, car à Faust qui lui réclamait une femme, il n'a fourni qu'un diable habillé en femme, aussitôt refusé par le requérant. Néanmoins les bénéfices du contrat ont été considérables pour Faust, qui dès lors pourrait difficilement exciper de sa partielle inexécution ou de son immoralité pour se dérober à ses propres engagements (il n'y songe d'ailleurs pas : c'est le tenant de l'école de Chicago qui calcule à sa place). On pourrait aussi... mais la place manque.

Dans sa conclusion, R. Posner avoue que « l'étude comparée du droit et de la littérature ne changera ni l'étude du droit, ni celle de la littérature » (p. 413). Est-ce à dire que son livre ne sert à rien ? Point du tout, car il augmente le plaisir de la littérature comme celui du droit chez tous ceux qui ont cette double attirance.

Philippe JESTAZ

Paul Ricœur, *Le Juste*, Le Seuil, 1995.

Le livre de Paul Ricœur intitulé *Le Juste* regroupe plusieurs conférences prononcées par l'auteur au cours des dernières années. La diversité des approches retenues et la richesse des références – à la philosophie grecque, à la phénoménologie, à l'herméneutique, à la philosophie du langage ou à la théorie de l'action – font de ce texte un précieux joyau. Ricœur est animé par le souci intense de soustraire l'analyse du droit à l'emprise de l'éthico-politique qui, sous la tutelle de la philosophie de l'histoire, aurait, selon lui, détourné nos esprits de la spécificité juridique. Comment distinguer la philosophie politique et la philosophie du droit ? L'hypothèse de Ricœur est la suivante : si la guerre est le « thème lancinant » de la philosophie politique, la paix serait celui de la philosophie du droit. Cette spécificité est étroitement liée à la question éthique : « comment dois-je mener ma vie ? ». Notre vie, c'est avec les autres que nous la conduisons. Selon la justice, l'autre est le chacun du *suum cuique tribuere*. Par éthique, Ricœur entend le souhait d'une vie bonne, avec et pour les autres, dans des institutions justes. Le livre se présente comme le parcours d'une quête de justice sous le régime du « tragique de l'action ». Le tragique de l'action, c'est cette fatalité qui fait qu'un jugement ne tranche pas entre le noir et le blanc, mais entre le gris et le gris, ou, plus grave, entre le pire et le mal.

La question « qui est le sujet de droit ? » inspire à Ricœur une analyse sémantique de la notion de responsabilité dont il examine les différents aspects, de l'imputation à l'ascription. En insistant sur la notion de capacité, il rapproche la responsabilité de la « disposition » aristotélicienne. L'idée de responsabilité serait aujourd'hui sujette à de fortes tensions : peu à peu, avec ce que Hegel appelle « vision morale du monde », l'idée de liberté aurait été éliminée, ce qui aurait entraîné, chez Kelsen, une moralisation et juridicisation de l'imputation. De plus, la vertu de solidarité invoquée à l'appui de la philosophie du risque tend à être délogée par l'idée même – du risque – qui l'a engendrée. Peu à peu l'action se voit placée sous le signe de la fragilité qui est à l'opposé de l'idée de responsabilité. Le champ juridique de la notion se rétrécit alors que s'élargit son champ moral, comme on le voit chez Kelsen. Aussi Ricœur espère-t-il qu'un certain ordre sortira du rapprochement entre la tentative de démoralisation de la racine de l'imputation et la tentative de remoralisation de l'exercice de la responsabilité. Il entend reconquérir l'idée de spontanéité libre dans la perspective d'une théorie de l'homme souffrant et agissant. À la lumière de la philosophie analytique, d'un côté, de la phénoménologie et de l'herméneutique, de l'autre, Ricœur propose d'adopter une conception, non plus seulement rétrospective, mais prospective, de l'idée de responsabilité.

Le sens de la justice, par une importante mutation qui s'exprime dans l'œuvre de John Rawls, aurait transité du point de vue téléologique au point de vue déontologique. Mais une théorie purement procédurale de la justice est-elle possible, demande le philosophe ? Est-il vraiment possible de se passer d'une fondation éthique de la notion de justice ? Ou bien une conception procédurale se borne-t-elle à fournir une rationalisation d'un sens de la justice qui est toujours présumé ?

À la différence de la philosophie politique, centrée sur la question de la souveraineté, il appartient à la philosophie du droit de prendre en considération la pluralité des instances de justice. À partir d'une mise en perspective des travaux de Michaël Walzer et de

ceux de Luc Boltanski et Laurent Thévenot, Ricœur s'interroge sur les possibilités nouvelles de remembrement d'une communauté politique et de sa justice, laissées ouvertes par ces deux entreprises de pluralisme juridique. Cette étude dégage une perversion majeure du processus d'évaluation des biens, à savoir la conversion induite d'un bien en un autre : de la richesse au pouvoir politique, du pouvoir politique au pouvoir religieux. La mise en évidence de cette perversion appelle un système de limitation du pouvoir, tel que l'envisage Robert Nozick.

Serait-il possible d'extraire du corpus kantien, placé sous le signe de la philosophie de l'histoire, une théorie du jugement politique qui satisferait aux termes du jugement esthétique dans la *Critique de la faculté de juger* ? La première à ouvrir cette piste, dans ce que Ricœur appelle une « magnifique reconstruction », fut Hannah Arendt qui pensa plus fructueux de dégager une conception du jugement politique de la théorie esthétique de Kant que de relier cette conception à la théorie du jugement téléologique. Pourquoi ? Parce que la pluralité impliquée par le « vouloir vivre ensemble » a une parenté avec l'exigence de communicabilité impliquée par le jugement de goût. Les directions impliquées par Hannah Arendt devraient toutefois être complétées par la *Doctrine du droit* de Kant. L'interprétation d'Hannah Arendt, fondée sur le jugement réfléchissant, a l'avantage d'empêcher la philosophie kantienne de l'histoire de verser dans une philosophie de type hégélien où l'Esprit prendrait le relais de la nature. La théorie politique n'est plus spéculative, mais critique.

Le travail d'Hannah Arendt rejoint indirectement la réflexion que Ricœur consacre aux notions antagonistes d'interprétation et d'argumentation. Tandis que Ronald Dworkin s'attaque au positivisme juridique et soutient la pertinence d'une interprétation, Robert Alexy et Manuel Atienza font le choix du formalisme juridique. La question majeure est de savoir s'il faut s'en tenir à une conception purement antinomique de la polarité interprétation/argumentation ou si, comme le croit Ricœur, une version dialectique est envisageable qui s'appuierait sur l'analogie existant entre la paire interpréter/argumenter et la paire comprendre/expliquer. Le positivisme juridique présente l'inconvénient majeur de laisser un immense pouvoir discrétionnaire du juge, qui trouve au contraire une limite si l'on considère l'entreprise juridique comme une œuvre formant un tout. C'est la position de Ronald Dworkin qui s'intéresse moins à la formalité des arguments qu'à leur substance morale et politique.

Au terme du délibéré, l'acte de juger est posé. C'est pourquoi Ricœur en propose une phénoménologie allant d'une finalité courte, en vertu de laquelle juger signifie trancher, à une finalité longue, par laquelle un jugement concourt à la paix publique. Le jugement juridique semble tout à la fois, si l'on reprend une distinction kantienne, déterminant – en ce qu'il applique la loi, et réfléchissant – en ce qu'il l'interprète. Cette phénoménologie du jugement s'ouvre sur une définition de la justice qui en fait l'acte par lequel la société enlève aux individus le droit et le pouvoir de se faire justice à eux-mêmes et dont la finalité serait, ultimement, la reconnaissance. Ainsi l'acte de juger consisterait d'un côté à trancher, de l'autre, à faire reconnaître par chacun la part que l'autre prend à la même société que lui. Et cela, par l'intermédiaire de la sanction, de la réhabilitation, ou encore, de ce geste supra-juridique et supra-éthique qu'est le pardon, geste qui nous rappelle toujours que la justice des hommes ne saurait s'ériger en jugement dernier.

À l'issue de ces fortes analyses, il apparaît que la conscience et la loi, loin de s'opposer, se conjuguent en trois mots : rigueur, intransigeance, impartialité. Et c'est alors, quand est pratiquée la sagesse de jugement, ou prononcé le jugement de sagesse, que la conscience mérite le nom de conviction.

Dominique TERRÉ

Jürgen Habermas, *Droit et démocratie*, trad. Rainer Rochlitz et Ch. Bouchindomme, Gallimard «Essais», 1997, 550 p.

La Théorie critique, à laquelle se rattache Habermas, souffre d'un grave déficit eu égard à la théorie du droit et de l'État parce qu'elle considère l'État comme un pur appareil répressif et le droit comme son principal instrument de coercition, sans base normative ni légitimité, et cela parce qu'elle a pour horizon une société transparente d'où la domination aurait disparu. Habermas, au contraire, pense que l'État de droit n'est pas un simple appareil répressif mais qu'il a sa légitimité propre fondée sur le droit, à la fois instrument de coercition et système normatif assurant l'intégration sociale. Dans la société moderne différenciée, ce n'est plus le sacré ni la tradition – facteurs extra-juridiques – qui viennent légitimer le pouvoir de l'État, c'est le droit.

Habermas reprend et développe dans cet ouvrage les résultats acquis par ses travaux précédents, sous une forme extrêmement systématique. Par exemple la question de la légitimité est reprise de *Connaissance et intérêt* et de *Raison et légitimité* ; le paradigme de la démocratie libérale se réfère à *L'espace public*, et l'importance de la théorie du langage, et en particulier de la discussion, pour fonder l'action et la morale, est soulignée dans le *Discours philosophique de la modernité* et la *Théorie de l'agir communicationnel*.

Le fil conducteur du livre est constitué par la tension entre *factualité* et *validité*. Il s'agit d'un déplacement de l'opposition juridique classique entre faits et normes – dans laquelle les termes sont dans une relation d'exclusion réciproque – qui permet de la surmonter dans le cadre de la théorie de l'agir communicationnel.

Après une présentation de sa théorie du langage qui met en évidence la tension entre factuel et validité, l'ouvrage passe à la théorie du droit en montrant que les processus d'idéalisation à l'œuvre sur un mode implicite dans la communication se retrouvent dans les processus d'intégration effectués par le droit. La conservation de l'ordre social, tout comme la transmission de connaissances, implique une référence à des présuppositions communes (monde objectif, signification commune, etc.) qui contiennent des affirmations contrefactuelles, c'est-à-dire d'une Raison transcendant les contextes. Toutefois ces affirmations sont à l'œuvre dans le processus réel de l'intégration et de la reproduction sociale, elles sont efficaces pour coordonner les relations sociales. C'est donc la référence à ces idéalizations qui est à l'origine de la tension entre factuel et validité.

Sur le plan du droit, maintenant, cette tension se manifeste dans la prétention de celui-ci, d'un côté, à créer des ordres légitimes qui peuvent être mis en vigueur grâce à l'exercice de la coercition et, de l'autre, à parvenir à des jugements à la fois rationnels et certains, c'est-à-dire prédictibles. La thèse de l'auteur est donc que dans les sociétés modernes hautement différenciées le fondement de la légitimité réside dans l'entente mutuelle entre les acteurs et les personnes concernées, ce qui implique que la régulation

et l'intégration sociales sont à la charge des procédures juridiques en tant que procédures légitimes de législation permettant de transformer les opinions publiques diffuses, « anarchiques » et « déchaînées », en décisions auxquelles il faut se conformer. En d'autres termes, sauf à déboucher sur la dissension, comment les normes, sans être imposées de l'extérieur comme dans les sociétés traditionnelles, doivent-elles être reconnues afin de rendre possible l'intégration des différents mondes vécus ? Ces normes doivent à la fois *s'imposer* à chacun tout en étant *rationnelles*. C'est ce que Habermas appelle la tension *interne* entre factualité et validité, c'est-à-dire interne au médium du droit, et qu'il distingue de la tension *externe*, entre prétention d'un ordre politique à la légitimité et stabilité de cet ordre. Cette tension externe serait surmontée si la tension interne était résolue. Dans ce cas, la question de la légitimité serait tranchée par la raison communicationnelle. Au cœur de ce dispositif théorique on trouve l'idée d'*autonomie* comme aptitude à donner des raisons.

Si, loin de nous contenter d'*observer* l'État de droit démocratique comme un fait, on se demande quels sont ses titres de légitimité normative, il faut nous interroger sur les raisons qui nous font y *adhérer* en le reconnaissant comme juste et légitime. Dans la société moderne sont reconnues comme *valides* les normes d'action auxquelles toutes les personnes concernées pourraient donner leur assentiment en tant que participants à des discussions rationnelles. Si ce qui se présente comme un fait à l'observateur ne peut plus exhiber ses titres de légitimité en recourant à une instance extérieure et transcendante, la société moderne devra trouver en elle-même les ressources qui fondent cette légitimité et la validité des normes du pouvoir politique. Le *droit* est la solution qui s'impose dans la mesure où, dans l'État de droit, ceux qui subissent la force de coercition du droit étatique en sont également les auteurs. L'État, en se servant du droit pour rendre possible l'intégration sociale, emploie dès lors un langage pouvant être compris et reconnu par la société elle-même, et celle-ci, à son tour, peut faire entendre ses exigences normatives à l'État par le canal du droit. Reste maintenant à savoir comment un droit valide est possible.

Pour résoudre cette question Habermas articule la *sociologie* et la *philosophie*, justifiant ainsi sa propre pratique intellectuelle. Le problème consiste au fond à se demander comment le droit, sans retomber dans le droit naturel qui fonde le droit sur la morale, se relie à la normativité, tout en montrant en même temps comment il sert de pivot à une théorie de la régulation et de l'intégration sociales, mais sans pour autant retomber dans le positivisme juridique ou dans le piège qui consiste à identifier le droit à un pur et simple instrument d'une stratégie de domination sociale. Il s'agit par conséquent de faire ressortir la spécificité du droit en l'articulant au pouvoir et à la justice, mais sans risquer de le dissoudre dans l'une ou l'autre de ces sphères. Du point de vue *sociologique* (cf. Weber, Durkheim, Parsons ou Luhmann), on envisagera le droit comme doté d'une force de coercition visant à imposer l'intégration sociale dans une époque dominée par le désenchantement du monde. Mais du point de vue *philosophique*, il convient de reconnaître que le droit s'appuie sur l'idée de justice, qui le légitime : il s'articule certes à la morale, mais sans se fonder sur elle car la relation n'est pas de fondation, mais de complémentarité, c'est-à-dire qu'elle n'est pas hiérarchiquement ordonnée. Dans la société moderne, le droit ne se caractérise pas seulement par l'aptitude à faire valoir ses règles par la coercition, mais par sa capacité de satisfaire discursivement ses prétentions

à la validité. C'est seulement ainsi que l'on comprendra en même temps la positivité du droit et sa prétention à être universellement acceptable.

Habermas démontre que le *principe de discussion* peut parfaitement prendre la forme d'un *principe démocratique*, à condition d'être filtré par le médium du droit (p. 146). Or c'est ce principe de démocratie qui, à son tour, vient légitimer le droit positif. Il s'énonce ainsi : « seules peuvent prétendre à une validité légitime les lois juridiques qui sont à même, dans un processus d'institution par la discussion ayant lui-même été établi dans une perspective juridique, de trouver l'adhésion de tous les sociétaires juridiques » (p. 126). Bref, le système des droits a pour foyer le principe démocratique.

Il faudra voir ensuite comment réconcilier la démocratie, avec ses valeurs propres, telles que la souveraineté du peuple et l'autonomie publique, avec d'autres valeurs politiques, telles que l'autonomie privée ou les droits fondamentaux au sens libéral.

Pour que le droit soit valide, il faut que sa légitimité lui vienne du libre consentement de ceux auxquels il s'applique. On sait que la solution libérale consiste à partir des droits subjectifs conçus comme libertés fondamentales. Selon Habermas, pour être légitimes, ces droits eux-mêmes, loin d'être des droits naturels, doivent être dérivés de procédures législatives démocratiques où les concernés, avec leurs préférences, sont confrontés à l'attente inhérente à l'orientation vers le Bien commun (p. 99). Bref, doit exister une relation étroite entre souveraineté du peuple et droits de l'homme, qui ne soit pas hiérarchiquement ordonnée. La thèse de Habermas est qu'il y a co-originarité de l'autonomie privée et de l'autonomie publique. Et il fonde cette thèse sur sa théorie de la discussion.

L'analyse peut alors se faire plus concrète et se déplacer vers les rapports droit/pouvoir, c'est-à-dire vers l'État moderne. L'État est un appareil dont le mécanisme assure la constante mise en vigueur du droit, c'est-à-dire la permanence du système des droits. Certes, l'État est un appareil de coercition, mais s'il peut être démocratique c'est qu'il a une légitimité, et que ne sont reconnues comme légitimes que les lois qui pourraient être acceptées par tous les sociétaires juridiques au moyen d'un processus de libre formation de la volonté et de l'opinion (cf. la reprise de la notion de « liberté communicationnelle » de Günther, p. 136). Afin de repérer le lieu propre du droit à l'intérieur de l'État, Habermas opère une reconstruction rationnelle de l'origine et du développement de l'État qui lui permet de justifier sur le plan génétique ce qu'il a précédemment établi sur le plan logique, à savoir que l'État est l'instance susceptible de prendre des décisions juridiquement contraignantes et organisant la société en intégrant les individus. À son tour, le droit apparaît comme le médium par lequel est organisée l'autorité de l'État, et par lequel également le pouvoir communicationnel se traduit en pouvoir administratif (p. 307). Ce faisant, on est passé de la tension interne à la tension externe entre factuel et validité (p. 312).

Enfin, puisque la démocratie comme auto-organisation du peuple est en fait un gouvernement du droit, cette analyse de l'État et de la justification du droit doit déboucher sur un exposé du processus par lequel les citoyens se gouvernent eux-mêmes en démocratie. Habermas propose à cet effet son paradigme de démocratie délibérative.

Contre le positivisme juridique, il soutient que le droit ne saurait être dissocié d'une certaine conception, fût-elle implicite, de la société. À quelle représentation de la société renvoie donc la conception du droit exposée par l'auteur ? Les deux paradigmes qui ont dominé jusqu'ici – le paradigme libéral et le paradigme républicain ou de l'État provi-

dence – sont épuisés, provoquant ainsi une *crise de légitimation*. Le modèle libéral part de l'intérêt égoïste et de la protection des libertés individuelles ; il voit dans l'intérêt égoïste le mobile du comportement politique et considère la politique comme un effort pour agréger les différents intérêts privés ; mais, pour protéger les libertés de l'intervention de l'État, un système de freins est élaboré. Le modèle républicain, lui, insiste sur la vertu civique et sur la participation active et égale des citoyens au processus de décision collective. La politique est alors considérée comme le lieu d'un processus délibératif par lequel les citoyens cherchent à parvenir à un accord sur le Bien commun. Le droit n'y est donc pas conçu comme un moyen permettant la protection des individus mais comme l'expression de la volonté d'une communauté politique. Habermas, contre le modèle libéral, rejette le postulat de la primauté de l'intérêt égoïste, mais conserve l'idée de droits individuels fondamentaux et, contre le modèle républicain, refuse l'idée d'une pratique de la citoyenneté fondée sur une conception partagée du Bien commun, qu'il juge incompatible avec une société moderne, complexe et pluraliste, mais il retient l'idée de politique délibérative.

La délibération démocratique doit permettre le filtrage des préférences, dans la mesure où le problème est de savoir si les raisons invoquées à l'appui de ces préférences pourraient – ou non – rencontrer les exigences de la justification publique, telles qu'elles ont été exposées par la théorie de la discussion. Le problème n'est plus strictement *théorique*, il est maintenant *politique*. Il doit donc être résolu par une décision politique du peuple, à l'issue du processus de délibération. Habermas n'hésite pas à reconnaître un véritable cercle (qui n'est pas sans évoquer le cercle rousseauiste du peuple vertueux grâce à de bonnes lois et des bonnes lois qui nécessitent un peuple vertueux), formulé auparavant : « sans les initiatives d'une population accoutumée à la liberté, les institutions juridiques de la liberté se désintègrent. On ne peut précisément pas contraindre une population à la spontanéité, fût-ce par le droit ; c'est aux traditions de la liberté qu'elle se régénère et dans les relations associatives d'une culture politique libérale qu'elle se conserve » (p. 149). C'est là quelque chose de décisif, car « le droit doit s'ouvrir des sources de légitimation desquelles il ne peut pas disposer » (*ibid.*). On aurait tort de voir dans cette indisponibilité une forme sécularisée du sacré, qui ferait s'écrouler tout le système et nous renverrait à la dialectique foi-Lumières repérée par Hegel. Il ne s'agit pas de l'indisponibilité d'un principe substantiel et transcendant (« paternaliste », dit Habermas), mais de l'ancrage du droit dans une politique démocratique délibérative dans laquelle il y a co-originarité de l'autonomie privée et de l'autonomie publique. En effet, les sujets de droit « ne sont autonomes que dans la mesure où ils peuvent en même temps se comprendre comme les auteurs du droit auquel ils sont soumis en tant que destinataires » (p. 435). Cela revient donc à soutenir qu'entre l'autonomie des citoyens et la validité du droit, il y a relation d'appui réciproque. Toutefois, les citoyens « ne peuvent jouir adéquatement de leur autonomie publique garantie par des droits de participation démocratique, que dans la mesure où leur autonomie privée est à son tour garantie » (p. 436). Les deux autonomies se renforcent mutuellement, permettant ainsi une véritable *Aufhebung* du paradigme libéral et du paradigme républicain. « Un ordre juridique est légitime dans la mesure où il assure également l'autonomie privée et l'autonomie civique de ses citoyens ». (p. 436), c'est-à-dire que ces deux autonomies, loin de le précéder, comme le pensent libéraux et républicains, ne sont possibles que par lui. Mais cela n'est à son tour possible que parce qu'« il *doit* sa légitimité aux formes

de communication qui seules permettent à cette autonomie de s'exprimer et de faire ses preuves » (p. 436-437), c'est-à-dire qu'elles lui préexistent.

Un droit valide est donc un droit fondé de manière communicationnelle (p. 436). La boucle est bouclée. L'ouvrage s'achève par où il avait commencé : l'agir communicationnel. La structure circulaire du livre est la forme qui révèle sa complétude conceptuelle.

On objectera sans doute que la tension entre factualité et validité est bien trop abstraite pour rendre compte de la pratique juridique, elle-même conçue de manière trop étroite par Habermas. En effet, la co-originarité des deux autonomies implique que les tribunaux se soumettent à une forme de rationalité plus haute que celle qui s'exprime dans les procès ; dès lors l'idéalisme défendu par Habermas viendrait limiter le rôle empirique des juges au lieu d'en fonder la pratique. Mais il répliquera sans doute que cela ne concerne que l'*application* de ses principes et non leur *justification*. Pourtant une théorie peut-elle être intégralement justifiée si elle n'est pas applicable ? Habermas lui-même a fait des efforts considérables pour ne pas en rester là.

Or, s'il est bien en droit de soutenir la relation de présupposition mutuelle des deux autonomies, de sorte que l'autonomie privée est un présupposé nécessaire à l'exercice de l'autonomie publique, et que l'exercice correct de celle-ci a pour but d'assurer l'autonomie privée, cela ne suffit pas à annuler la tension qui les traverse. S'il y a co-originarité des deux autonomies, cela n'implique-t-il pas qu'elles ont une racine commune ? Bien sûr, l'agir communicationnel, répondra-t-on. Mais dans ce cas pourquoi la tension n'est-elle pas tout simplement supprimée ? L'autonomie privée est bien reconnue comme une fin en soi parce qu'elle rend possible une sphère d'autonomie véritable pour la conscience. Mais comme fin en soi, n'entre-t-elle pas en conflit avec l'autonomie publique dans le monde tel qu'il est ? Il semble qu'il y a collision entre deux principes qui ne parviennent pas à être ordonnés de manière *transitive*. Le paradigme procédural de Habermas permet, certes, d'atténuer la tension entre les deux principes, mais non d'en offrir une résolution définitive, ni même leur articulation transitive dans le monde tel que nous le connaissons.

C'est peut-être la raison pour laquelle Habermas énonce son principe de démocratie sous une forme particulière : « sont valides strictement les normes d'action sur lesquelles toutes les personnes susceptibles d'être concernées d'une façon ou d'une autre *pourraient* se mettre d'accord en tant que participants à des discussions rationnelles » (p. 123). Comment passe-t-on d'une société civile, où régnerait la libre discussion, au pouvoir politique de l'État (p. 195) ? Ce n'est pas très clair. On notera simplement qu'il utilise un verbe de modalité renforcé par l'emploi du conditionnel, sans toutefois indiquer ni déterminer quelle est sa condition de possibilité. Faute de dégager la condition qui rendrait possible le passage du conditionnel à l'indicatif, et pour éviter de tomber dans un décisionnisme catastrophique pour la théorie, il redouble les conditions à l'infini sous la forme d'un « on pourrait... si l'on pouvait... puis on pourrait... ». Au lieu de servir à rapprocher le principe de discussion de la réalité juridique, les médiations de Habermas n'ont-elles pas pour fonction de le faire reculer indéfiniment de celle-ci ? En dépit des avancées considérables dont fourmille ce livre imposant, l'idéalisme de la position n'est-il pas l'indice de la faiblesse intrinsèque de la théorie ?

Dominique SÉGLARD

Matthias Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, Freiburg-Munich 1996, éditions Alber.

Ce nouveau panorama de la philosophie juridique n'est ni un traité, ni un manuel, ni non plus une initiation. Il se situe pour ainsi dire entre tous ces genres et répond aux exigences posées par la collection dans laquelle il paraît chez Alber et qui est celle du *Handbuch der Philosophie* (Manuel de philosophie). Alber a en effet tenté de renouveler le genre si traditionnellement allemand du *Handbuch*¹, qui se présentait jusque-là comme une somme rédigée par les plus grands noms de la spécialité et dont le caractère exagérément technique et extrêmement érudit en faisait un ouvrage de référence pour la science et beaucoup moins un recours pour l'étudiant. Avec le déclin de la culture historique et philologique, Alber a fait le choix d'un *Handbuch* dépouillé dans sa forme et dans son contenu². Aux doubles pages *in quarto* à la typographie très dense et à l'appareil savant fort complexe, succède un volume aéré, à grands caractères, où c'est moins la science qui, dans son objectivité écrasante et livrant la quasi-totalité de ses matériaux, se somme, qu'un chercheur qui propose une synthèse assez personnelle, « légère » tant dans son plan que dans son exécution. Il est clair que la lisibilité de ces grandes présentations ne peut dès lors qu'en être renforcée.

C'est en effet une bonne lisibilité qui caractérise en premier lieu la présentation par Kaufmann de la Philosophie du droit. Le choix d'une exposition thématique qui ne cherche nullement à s'allier artificiellement à un parcours historique permet de reconstruire un à un les problèmes centraux de la philosophie juridique et d'en découvrir le traitement par les différents auteurs classiques et modernes. Il en résulte une série de synthèses transversales, qui font qu'on retrouvera un auteur dans différents chapitres de l'ouvrage, lesquels donneront à chaque fois un éclairage différent et instructif de ses théories (A. Concept du droit, I. Doctrines du droit naturel, II Positivisme juridique, III Tentatives de combinaison et de dépassement, IV État du débat ; B. Concepts fondamentaux du droit, I Souveraineté, II Légitimité, III Liberté, IV Égalité et justice, V La peine, VI Le droit international). La gageure est, à notre avis, assez bien réussie tant de ne pas se répéter d'un chapitre à l'autre que de composer dans l'ensemble une représentation assez substantielle des doctrines exposées. Certains seraient peut-être tentés de critiquer un tel procédé et préféreraient, pour des raisons de commodité ou d'indéfectible familiarité, les exposés historiques. On les renverraient sans dommage à la multitude de travaux très complets et fort minutieux qui existent déjà et qu'on ne saurait refaire que beaucoup moins bien.

Le travail de Kaufmann n'a cependant pas l'originalité d'une interprétation personnelle des théories. Il reste dans son rôle de rapporteur, livrant des synthèses rapides et des aperçus fort accessibles. Son parti est de laisser parler la recherche, surtout la plus récente, sur les différents thèmes exposés. Sa prise en compte de la recherche est dans l'ensemble assez complète et ne néglige pas les références majeures de ses différentes composantes allemande, anglo-saxonne et française.

¹ Nous pensons bien sûr aux *Handbücher* et aux *Grundrisse* de philologie classique, de philologie romane, d'orientalistique...

² Dans le *Handbuch der Philosophie* sont déjà parus : une Philosophie du langage, de la religion.

Les théories évoquées sont le plus souvent suivies d'un aperçu fort utile de leur réception et de leur critique dans la discipline. L'un des axes thématique de l'ouvrage est la problématique de la séparabilité – ou non-séparabilité – du droit et de la morale ¹. Tout en rendant compte du large consensus qui s'est établi dans la discipline autour de la nécessité d'une séparation de principe entre les deux – dans la continuité des postulats de l'idéalisme allemand -, Kaufmann discute les apories soulevées par un rigorisme positiviste plaçant la sécurité juridique au-dessus de la justice. En effet, si la justice représente le critère de légitimation même du droit positif ², il est impossible de ne pas maintenir un lien, même ténu, entre les ordres normatifs du droit et de la morale. Kaufmann penche vers la solution alexyenne qui consiste en une « *schwache Verbindungsthese* » (thèse faible d'une liaison [entre les deux] – cf. p. 207). C'est d'ailleurs une proximité assez marquée par rapport aux positions d'Alexy et à celles qui lui sont apparentées qui est sensible à travers tout l'ouvrage.

La revue des concepts fondamentaux du droit qui constitue la deuxième partie de cette *Philosophie du droit* est certes instructive, mais n'arrive pas à éviter une répétition, en somme tolérable, de certaines questions traitées dans la première partie. On notera une discussion stimulante des concepts de liberté (positive et négative) et de justice ainsi que de l'asymétrie dans l'exigence de justification d'un interdit et d'un permis. Alors qu'est permis tout ce que la loi ne règle pas (la licence), l'interdit doit être fondé en raison et en équité à chaque fois qu'un ordre juridique y a recours ³. Le repoussement constant des frontières du licite (ou du loisible) aggrave la problématique de la justification de la norme négative en droit positif ⁴.

En s'en tenant au simple rapport et en privilégiant les solutions finalement majoritaires (ses distanciations par rapport au rigorisme kantien, au communautarisme moderne, au politisme schmittien... sont caractéristiques), l'ouvrage ne suscite aucun scandale ni critique. Le procédé a cependant l'inconvénient de faire perdre à l'ouvrage une

¹ Rappelons que la première partie de l'ouvrage est celle consacrée à la présentation des doctrines jusnaturalistes et juspositivistes et des débats instaurés entre elles. Cette première partie couvre les deux tiers de l'ensemble (220 p.), alors que la partie qui traite des concepts juridiques fondamentaux n'en couvre que le dernier tiers (120 p.).

² A moins d'enlever au terme droit toute connotation normative et le réserver ainsi à une science juridique axiologiquement neutre, ce à quoi se refuse Kaufmann.

³ Dans un autre contexte, celui d'une théorie de la justice, Luhmann avait mis en évidence une asymétrie semblable, ou plus exactement fondamentale par rapport à celle-là, entre la justifiabilité (l'exigence de donner raison) de l'inégalité, alors que l'égalité est toujours présupposée comme libre de cette exigence. Un ordre juridique juste doit, à chaque fois qu'il traite inégalement ses sujets, dire pourquoi il le fait, alors que le traitement égal – de sujets présupposés comme égaux – n'appelle aucune justification. Cette asymétrie a des conséquences systémiques importantes au niveau de la structure des systèmes impliqués.

⁴ Elle réduit énormément – pour ne pas dire paralyse les capacités répressives ou punitives de l'État. Nous rejoignons ici la problématique de Höslé dans sa contribution recensée ici même à *Die Rechtsphilosophie des deutschen Idealismus*. La désagrégation pour ainsi dire programmée des normes juridiques négatives par une sorte de « licenciement » progressive des interdits et tabous les plus divers relève d'une dynamique d'ouverture croissante de nos sociétés à la contingence et pose un problème majeur au droit et à sa notion de soi projetée dans toutes ses créations. Cette dynamique se laisse fort bien approcher par les théories de la cognitivisation du droit (d'un Luhmann ou d'un Ladeur) appuyées elles-mêmes sur les théories psychosociologiques de l'apprentissage.

certaine saillance théorique. Par sa tendance à la disqualification systématique de thèses fortes et leur rejet par des argumentations qui nécessairement relèvent de consensus normatifs mous, il l'incline parfois à occulter la problématique, voire l'aporicité d'un grand nombre de questions. A la décharge de l'auteur, on pourrait souligner que la nature de l'entreprise elle-même commande une certaine brièveté, sinon fugitivité de l'exposition, excusant ainsi son *low profile* théorique. Comment éviter celui-ci si l'on veut réussir le pari d'une présentation lisible, commode et sans aucune surcharge.

J. CLAM

Niklas Luhmann, *Einführung in die Systemtheorie*, Cours du semestre d'hiver 1991-1992 enregistré à Bielefeld, 14 cassettes, édition Carl Auer Systeme « Autobahn-Universität » Heidelberg 1993.

C'est une chose intéressante que la redécouverte de l'oralité grâce à l'approche de seuils critiques de l'« (auto) mobilité ». L'essor impressionnant du « Hörbuch » (notre « livraphone ») en Allemagne est, en effet, en bonne partie dû aux fréquents embouteillages qui encombrant l'un des réseaux autoroutiers les plus denses d'Europe, dans un des pays les plus décentralisés et les plus urbanisés du continent. Ce n'est pas un hasard si notre éditeur intitule la collection dans laquelle paraît ce cours de Luhmann « autoroute-université ». Des millions d'Allemands roulent quotidiennement au pas sur des dizaines de kilomètres¹ et tuent le temps en se cultivant.

Le cours de Luhmann que nous écoutons avec les étudiants présents dans l'amphithéâtre de Bielefeld où il a été donné, est l'avant-dernier du grand sociologue bielefeldien, émérité à la fin de l'année suivante après 25 ans de professorat à la même université (de 1968 à 1993). Il est intitulé *Introduction à la théorie des systèmes*, s'étend sur quatorze « doubles heures » – comme on dit dans le jargon académique allemand² – et reste cependant fort éloigné d'une présentation de cette théorie à l'usage des novices. Luhmann s'en excuse d'ailleurs et s'en explique à la fin du cours (Cassette 14 B fin) : il s'excuse d'avoir éveillé des attentes de présentation simplifiante et propédeutique et s'explique sur ce qui constitue au fond son projet : faire prendre conscience de l'importance de ce qu'il appelle l'architecture théorique (*Theoriearchitektur* ou *Theoriadesign*) dans un projet théorique d'envergure. Luhmann a en effet montré dans ce cours, qui s'écoute comme un ensemble de parcours à l'intérieur de réseaux de concepts, que ce qui distingue une théorie des systèmes d'une autre, ce sont souvent des décisions, des options, des dispositions théoriques qui lui donnent des orientations différentes et l'empêchent d'accéder à la capacité de saisie et d'analyse de la complexité à laquelle l'autre atteint grâce à un équipement conceptuel et argumentatif bien plus précis. L'exigence fondamentale formulée par Luhmann dans ce cours et qui s'adresse à toute théorisation – qu'elle soit systémiste ou autre –, c'est celle de l'exactitude (*Genauigkeit*)

¹ Des records historiques ayant été pulvérisés après la réunification allemande avec des embouteillages (nocturnes) de 500 km sur les grands axes nord-sud ou est-ouest.

² La *Doppelstunde* de cours allemande correspond à un exposé d'une heure et demie d'horloge.

et de la différenciation (*Differenziertheit*). Or les concepts ou les distinctions trop massifs – pour ne donner qu'un exemple, celui d'homme ou celle de société comme groupe d'individus humains par opposition à l'individu isolé¹ – bloquent l'avancée théorique. Il faut rendre ces blocages transparents, comme dit Luhmann, dans leurs motivations et leurs conséquences pour être capable d'inventer les options et l'architecture théoriques qui mènent plus loin dans l'intellection des objets.

Si tel est le « message » de Luhmann dans cette vaste exposition, les chemins qu'il emprunte pour le formuler sont fort détournés. Bien typique de la tradition allemande, l'enseignement luhmannien – et lui tout particulièrement – s'est toujours subordonné à la recherche. Le cours de 1991-1992 l'illustre bien, qui présente en un premier temps un panorama historique et thématique des différentes théories des systèmes tant sociologiques que générales et propose, en un deuxième temps, une initiation assez étendue à la version luhmannienne du systémisme. Ainsi, les trois premières cassettes présentent les efforts faits tant dans les sciences sociales que dans les sciences expérimentales pour penser des totalités organisées (systèmes clos, systèmes ouverts, cybernétique, systémisme parsonien). Les quatrième, cinquième et sixième, en présentant l'ensemble en soi très hétérogène (théories de la différence, avec Spencer Brown, G. Günther, J. Derrida, et théories de l'autopoïèse de Maturana et Varela) dans lequel Luhmann a puisé une grande partie de ses concepts et de ses intuitions, jouent le rôle de transition vers des présentations de concepts centraux du systémisme luhmannien (l'observateur (7), complexité/rationalité (8), temps (9), sens (10), systèmes psychiques et systèmes sociaux (11), couplage structurel/langage (12), communication (13), double contingence/structure/conflit (14)).

Le cours est précieux pour les discussions suivies qu'il propose des différents systémismes de ce siècle – chose que Luhmann ne fait nulle part dans son œuvre publiée. En outre, la partie amenant la transition vers les pièces purement luhmanniennes présente un intérêt particulier puisqu'elle éclaire de manière expresse les liens du systémisme luhmannien avec les philosophies et les logiques de la différence. Luhmann qui cite souvent Derrida comme témoin des développements qui mènent à la fin et à la caducité de la métaphysique, n'explicite nulle part de manière aussi directe la convergence de son systémisme avec le différentialisme derridéen. De même, la convergence plus large des théories générales du système, des théories de l'information, de la décision, de l'évolution et de l'autoorganisation vers la thèse d'un fondement différentiel se trouve éclairée de manière assez convaincante. L'invalidation et la tombée en antiquité de l'ontologie classique et de ses catégories est le thème direct de ces développements.

La pensée sous-jacente à l'ensemble est que tout dans la science contemporaine, toute description du monde aujourd'hui réclame, pour adhérer un tant soit peu aux constructions de la réalité qui nous entoure, des catégories vouées à la saisie de la différence plutôt que de l'identité. Rien ne se comprend plus à partir de ce qu'il est puisque rien n'est plus tel quel, dans la quiétude de son identité à soi et de sa coïncidence à soi au sein de l'unité qu'il constitue. Sous l'observation scientifique, tout se résout en observations et en observations d'observations, s'articulant sur des différences et non sur des identités. Le structuralisme français avait découvert quelque chose de semblable en

¹ Luhmann a vers la fin du cours cette formule : l'« humanisme c'est de l'ontologie appliquée à l'homme » (cass. 14 B).

partant de Saussure et en apprenant à voir derrière les choses dans leur unité-identité massive, des structures, des relationnements, des différences porteurs et producteurs du sens et de l'entité. Ce sont les structures et les relationnements différentiels et oppositifs sous-jacents à l'apparente fermeté de la chose qui sont les vrais signifiants fondateurs de la référence réifiée. Seules les « différences qui font une différence » (selon l'expression de Gregory Bateson) peuvent faire sens et être les supports d'une signification. Le néostructuralisme a suivi dans cette voie et s'est attaché à la mener à ses conséquences extrêmes, là où la différence tourne en rond, pour montrer l'impossibilité d'un ancrage quelconque des choses dans une substance ou une fermeté ontologique quelconque. L'entreprise s'est appelé déconstruction ¹.

Le systémisme luhmannien est un constructivisme radical originalement solidaire du différentialisme néostructuraliste. C'est un peu cela qu'aide à comprendre, entre autres liens, le présent cours. C'est d'ailleurs la profusion de ces liens qui dérouté. Aussi Luhmann s'excuse-t-il (cass. 10 A) devant ses étudiants du trouble que peut susciter en eux l'évocation d'une multiplicité de théories, qui dans son exposé se suivent à un rythme saisissant pour céder à l'architecture luhmannienne l'un ou l'autre de leurs concepts. C'est le sens même de l'entreprise, dit Luhmann, que de rassembler et d'agencer les unes aux autres les différentes pièces théoriques qui peuvent être d'une utilité pour la sociologie. Cependant, ces emprunts ne sont pas seulement problématiques par leur nombre et la difficulté de leur agencement pour constituer une théorie consistante, mais également et surtout, par le fait que les concepts importés dans le systémisme sociologique luhmannien subissent presque tous une transformation assez marquée et souvent profondément aliénante pour s'insérer dans le cadre théorique global caractérisé par la catégorialité de l'autopoïèse (voir cass. 11 A).

Comment apprécier ce cours de Niklas Luhmann ? On reste un peu perplexe devant ce long exposé si riche en stimulations, parce qu'on se demande : quel est son destinataire ? On pourrait reprendre l'interrogation de rigueur du systémisme luhmannien lui-même et se dire : pour quel « observateur » le cours « parle »-t-il ? Notre impression est qu'il est lumineux pour celui qui longtemps a pratiqué la théorie luhmannienne, l'a cultivé livresquement dans ses produits textuels et qui, là, vit une passionnante exploration à vol d'oiseau des champs architecturaux du luhmannisme. La légèreté de la présentation, la manière simple et directe de donner les clés tout à fait intuitives qui ont commandé, chez Luhmann personnellement, les constructions conceptuelles causent une cascade de ce que l'allemand appelle des « effets ah-bon ! » (*Aha-Effekte*). Luhmann livre sur le ton de la conversation la généalogie heuristique de ses concepts.

Luhmann ne lit pas un manuscrit rédigé à l'avance. Il expose à partir d'un plan et de quelques notes les grandes lignes de ses conceptions. L'exposé s'en trouve un peu ralenti. D'autant mieux, pense-t-on, puisque en dépit de la légèreté de l'exposé, des discussions *ad hoc* de thèses et de formules, de la multitude d'exemples prodigués comme autant d'aides à la compréhension, un grand nombre de passages, tout reluisants de la

¹ Nous soulignons, avec peut-être trop d'insistance, cette proximité de Luhmann par rapport au différentialisme, au détriment d'autres aspects du cours. D'une part, nous croyons que la *Differenztheorie* est le foyer le plus fondamental de tous ces rapprochements ; d'autre part, nous croyons impraticable de donner une idée, dans l'espace d'un compte-rendu, du contenu des parties proprement luhmanniennes du cours. C'est vouloir résumer *Soziale Systeme* (le grand œuvre luhmannien) en deux pages.

brillance captivante de la théorisation luhmannienne, lancent à l'auditeur (initié) des gerbes d'interrogations qui le désorientent. Si beaucoup de thèses demandent à être acceptées sans questionnement pour « voir la suite », il reste que certaines parties sont d'une luminosité toute pédagogique. Pour exemple, la généalogie proposée par Luhmann du concept de l'autopoïèse et restituée à partir de la pensée de Maturana, son inventeur dans le champ biologique, est parfaitement instructive (cass. 5).

La qualité de l'enregistrement de ce premier cours – car l'éditeur propose entre temps d'autres cours et conférences de Luhmann – laisse par endroits à désirer. D'après l'éditeur, la qualité s'est beaucoup améliorée depuis ces premiers essais. Nous penchons finalement à recommander à ceux qui veulent s'initier au systémisme luhmannien l'écoute du cours. L'oralité a les vertus pédagogiques que l'on connaît. La voix est un maître en soi et un ouvrier du sens. La possibilité de revenir à loisir sur n'importe quel énoncé du cours est tout simplement extraordinaire, quand on la compare à la triste frustration d'une intelligence qui reste sur la douleur de n'avoir saisi la parole qui, résonnant une fois, expire.

J. CLAM

Franck Tinland, *L'Homme aléatoire*, PUF « Questions », Paris, 1997, 337 p.

Avec son dernier ouvrage, *L'Homme aléatoire*, le philosophe français Franck Tinland semble réaliser la quintessence des deux principaux axes de recherche qu'il avait jusqu'alors privilégiés : une philosophie politique, entre nature et artifice, d'une part, une théorie de l'être humain d'autre part. La démarche de l'auteur tient d'une propédeutique qui, menée avec subtilité, conduit le lecteur « d'une interrogation qui nie la différence du possible et du réel pour mieux assurer l'emprise du nécessaire » à la mise en exergue d'un point de rupture, coïncidant avec la naissance des Temps Modernes, et marquant l'avènement d'un monde qui a vu « la revanche de la contingence et de l'événementialité ». Un monde contingent, un monde qui est celui-là même de notre possibilité, qui s'ouvre à l'éventail des « possibles qui dépendent de nous », qui, en dernière analyse, s'offre à l'horizon de notre responsabilité.

Si le tracé des contours de l'homme aléatoire, de cet homme pris désormais dans les mailles de l'accidentel, s'enracine à l'évidence dans une réflexion qui emprunte tant à l'ontologie qu'à la métaphysique, Tinland surprend en révélant la pertinence d'un détour par le politique : « si tous les modes coexistent au sein d'une nature pensée en termes de confrontation entre des puissances susceptibles de se seconder ou de se neutraliser, la manière dont s'organise la coexistence des hommes entre eux revêt pour eux une importance toute particulière ». En d'autres termes, l'impérieuse nécessité de repenser nos pratiques, à l'aune d'un monde désormais essentiellement chaotique et indéterminé, ne peut faire l'économie d'une analyse de l'organisation – voire de la réorganisation – des rapports de puissance en jeu dans les relations humaines.

Dans cette perspective, sont ainsi discutés et confrontés tout d'abord le modèle spinozien d'une communauté rationnelle des hommes raisonnables et celui hobbesien, opposé, d'un affrontement chaotique, généralisé et insensé des passions. Une dialectique qui ouvre très naturellement sur l'horizon d'une voie médiane, celle de l'organisation au

sein de la cité, sous l'égide de l'État, des tendances, contradictoires mais conjuguées, à la lutte et à l'harmonie. Hobbes et Rousseau sont ainsi revisités par le philosophe qui s'attache à démonter les constructions anthropologiques sous-jacentes dans la pensée politique de chacun des deux antagonistes, observant que « ce qui est en cause dérive d'une différence essentielle dans la relation des hommes à leur condition effective d'insertion dans le monde », et que « cette différence s'exprime dans la manière de concevoir les effets du changement du devenir, à la limite de l'histoire, sur la manière d'être des hommes ».

Là précisément se situe le point d'intersection entre philosophie politique, philosophie de la nature et anthropologie : l'organisation politique, comme révélateur d'une certaine conception de l'être au monde.

La philosophie de la nature de Franck Tinland est (et c'est incontestablement en quoi elle est si riche, et si difficile aussi) une pensée du changement. Non pas une pensée du changement accompli, qui ferait sienne la seule perspective historique, mais une pensée du changement s'accomplissant, qui, mettant en exergue l'indétermination inédite des phénomènes naturels – une indétermination renforcée par l'essor des technologies – révèle l'urgence d'un questionnement sur « le sens de la nature pour nous ». C'est en effet seulement à l'aune de cette interrogation fondamentale, au sens premier du terme, que pourront être définies les conditions, mais aussi les limites de notre droit d'agir. C'est donc en dernière analyse encore à l'aune de cette interrogation que devra être tracé le champ original de notre responsabilité.

Les travaux de Franck Tinland ne manquent pas à cet égard d'évoquer ceux, antérieurs, de Jean Dorst (*La Nature dénaturée*¹). Si la dénaturation a commencé, aux yeux de ce dernier, avec l'apparition de l'homme, le développement des technologies a accéléré et aggravé le processus, faisant franchir à l'homme un seuil différentiel qui modifie radicalement son rapport avec la nature. L'homme est désormais devenu, selon l'expression de Claude Allègre, un « agent planétaire déterminant »².

Mais plus radicalement encore, la recherche menée par Franck Tinland s'inscrit dans le prolongement de la pensée du philosophe allemand Hans Jonas (*Le Principe responsabilité*³). À cette pensée, l'auteur rend hommage en lui accordant un exposé remarquablement critique.

S'il fait sien le constat d'une désormais possible « appropriation du monde grâce à la médiation des techniques », de l'apparition de nouvelles dimensions de l'agir, marquées par une extension illimitée de notre pouvoir, et qu'il adhère dès lors à l'affirmation d'une responsabilité nouvelle qui incombe à l'homme et transforme la nature en « objet d'un souci éthique », Franck Tinland insiste plus encore que ne le fait le philosophe allemand sur la fonction heuristique de la puissance technologique.

Celle-ci revêt en effet une importance décisive « dans sa capacité révélatrice des structures profondes de la nature et de l'être au monde humain ». Déjà dans *La*

¹ Delachaux et Niestlé, 1975.

² *Economiser la planète*, Fayard, Paris, 1980.

³ *Le Principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, Le Cerf, Paris, 1990.

*Technoscience en question. Éléments pour une archéologie du XXe siècle*¹, le philosophe avait amorcé cette réflexion sur la technique conçue comme la marque spécifique de l'homme : « Exister d'une manière humaine, c'est [...] se reporter d'une manière singulière au monde, aux autres et à soi-même, en prenant appui sur les médiations symboliques et techniques héritées par voie traditionnelle, mais toujours reprises, réappropriées et plus ou moins transformées à travers les pratiques actuelles. »

La technique est ainsi le miroir de la singularité du mode d'être qu'est l'être humain.

Mais elle est plus encore. Dévoilant l'être humain dans sa spécificité, la technique le révèle, comme être au monde, c'est-à-dire aussi dans ses capacités d'intervention dans le monde : « L'étude des techniques et l'interprétation de la technique constitue une voie [...] vers un dévoilement de ce que nous sommes, de notre situation au sein de ce qui est, de ce que nous pouvons, de ce que nous risquons, et donc aussi de nos responsabilités. » La technique est donc un instrument heuristique, qui permet de saisir ce qu'il y a de radicalement inédit dans notre condition présente, de radicalement original dans nos capacités contemporaines d'agir, de radicalement nouveau dans notre puissance. Elle est la possibilité d'un geste efficace par lequel s'effectue l'appropriation du monde, et à ce titre le lieu d'une transformation des relations entre les hommes et l'espace.

Au-delà de ce qu'elle permet de révéler sur ce que nous sommes, en accroissant nos capacités d'intervention sur nos conditions d'existence, la technique réveille le sens de notre responsabilité. En effet, l'expansion technique, en donnant « ses caractères propres et sa puissance à notre civilisation »² a abouti à une forme d'hégémonie qui a étendu son emprise sur la plupart des pratiques humaines. Or cette tendance conduit à des risques majeurs pour l'avenir de l'humanité, des risques inhérents à la puissance que la technique met entre nos mains et qui doit nous conduire « à penser l'exercice de notre puissance sur le fond de la capacité où nous sommes d'altérer profondément ce dont nous continuons à dépendre d'une manière essentielle ». Une responsabilité pour l'avenir, responsables jusque dans le tracé de principes de jugement aptes à marquer le départ entre ce que l'on doit faire de ce que l'on a la puissance d'accomplir, telle est la rançon de la croissance technologique.

À ces réflexions très riches d'enseignements pour qui s'intéresse à la responsabilité dans une perspective de philosophie du droit sont entrecroisés des développements d'ordre ontologique, tenant notamment à l'articulation de l'humain et du biologique, et par là même à la mise en exergue des caractères spécifiques du vivant, ainsi que des modalités d'existence proprement humaines.

Fidèle donc à son titre prometteur, *L'Homme aléatoire* réalise une étude particulièrement exigeante des relations complexes qu'entretient l'homme avec la nature. De l'observation de l'émergence de nouvelles formes d'agir, rendues à la fois possibles et nécessaires en raison de l'avènement de l'événement, c'est-à-dire de l'avènement d'un monde irréductiblement aléatoire, le philosophe tire des enseignements d'ordre éthique.

¹ Le Cerf, Paris, 1990.

² *La Technoscience en question*, préc., p. 107.

Analyste tout à la fois du vivant et de l'événement, Franck Tinland révèle ainsi avec pertinence les termes du débat aujourd'hui renouvelé des conditions et de l'étendue de la responsabilité dans un contexte d'indétermination.

Sophia RAVANEL ABOUDRAR

Robert P. George (ed.), *Natural Law, Liberalism, and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

Cet ouvrage collectif porte sur plusieurs questions fondamentales de la philosophie politique contemporaine, en particulier sur l'opposition théorique entre la tradition du droit naturel et celle du libéralisme, plus marquée dans le monde anglo-saxon que dans la « philosophie continentale ».

Un premier volet de l'ouvrage est constitué par un grand article de J. Finnis et sa réponse par S. Macedo. Là où le premier argumente pour montrer que sa théorie du bon gouvernement garantit suffisamment les libertés individuelles, le second lui objecte qu'une telle protection ne peut être assurée que sur la base d'un libéralisme de type rawlsien.

Un nouveau « dialogue » porte précisément sur ce dernier. Michael P. Zuckert prétend que la *Théorie de la justice* rend possible une intrusion de l'État dans la vie privée au nom de la limitation des inégalités sociales ou économiques, ce que Jeffrey Reiman conteste.

Trois articles (par M. Sandel, J. Raz et C. Wolfe) envisagent ensuite le problème de la tolérance, fondée soit sur une sorte de scepticisme politique, soit, au contraire, sur une morale plus substantielle, qui cependant renoncerait à « forcer au bien » (les exemples utilisés par M. Sandel pour défendre le second point de vue, inspirés pour certains de saint Thomas, plaideraient plutôt pour la thèse contraire).

Enfin, d'autres contributions concernent le rôle du droit naturel dans les décisions judiciaires et ses liens, nécessaires ou contingents, avec la foi religieuse.

Même si ce livre s'alimente à des débats en France assez peu vivaces dans les milieux universitaires (la légitimité de l'avortement, le mariage homosexuel, etc.), son intérêt théorique est certain, car dans les replis du positivisme, il pose les vraies questions sur les alternatives ouvertes à la philosophie du droit.

René SÈVE

A.V. *Ethical Issues in Contemporary Society*, ed. J. Howie & G. Schedler, Carbondale/Edwardsville, Southern Illinois Univ. Press, 1995, XVIII-194 p.

Recueil de différents articles relatifs à des questions dites de « société » abordées très empiriquement mais en remontant toujours à des problématiques philosophiques ; l'on en retiendra essentiellement : Tom Regan : « Féminisme et Vivisection » ; Carol C. Gould : « Liberté positive, justice économique et redéfinition de la démocratie » ; James Rachels : « Préjugé et égalité de traitement » (étude des phénomènes de

discrimination et de racisme sous l'angle des « pré-conceptions » qui faussent le système même de l'égalité juridique propre à la réparation) ; James P. Sterba : « Comment élaborer une morale sociale ? » (partant de l'idée qu'il y a une rationalité implicite à travers tout acte moral et recherchant la conciliation des deux dimensions du possible et du nécessaire, ou plutôt du libre et de l'obligatoire) ; Louis P. Pojman « Droit des animaux, égalitarisme et nihilisme » ; David L. Norton : « Éducation à la connaissance de soi-même et à la vie digne » (tendant à démontrer la supériorité d'une pédagogie sociale centrée sur « *the quality of living* », ce qui passe plus par un apprentissage de la philosophie pour les nécessités de la vie collective que par des savoirs techniques et spécialisés).

J.-M. T.

A.V., *Pluralità delle culture e universalità di diritti*, sous la dir. de Fr. D'Agostino, Torino, Giappichelli, 1996, 380 p.

Ce volume recueille diverses contributions provenant de séminaires et de colloques organisés à l'Université de Rome « Tor Vergata » par le professeur Francesco D'Agostino sur le problème de la pluralité des cultures situé dans la perspective de la philosophie du droit et avec le projet de dégager transversalement les bases communes à une reconnaissance universelle de la validité des droits humains.

L'habitude d'entreprendre des études dites de « droit comparé » sans assumer au préalable un minimum d'exigence philosophique a suscité bien souvent des travaux qui ne permettent pas une communication des concepts qu'ils prétendent mettre en rapport les uns avec les autres et qui entretiennent les coupures ou les ruptures que l'on sait à l'intérieur d'une Europe entièrement fictive. Ce n'est qu'en remontant à l'idée inspiratrice des concepts, sous son aspect philosophique et culturel, en tant qu'elle désigne le « troisième terme » de toute comparaison possible, que les concepts positifs peuvent s'accorder entre eux et admettre leurs différences. De même, les langues sont hétérogènes lorsqu'elles sont réduites à des structures ou à des systèmes de signes, mais elles deviennent co-compréhensives si l'on y discerne l'expression d'un sens. L'oubli de cette vieille dialectique de l'Un et du Multiple explique certains discours sur l'« intégration » ou l'« exclusion », les repliements sur soi, et le développement logique des généricismes exacerbés, des fanatismes nationalistes, dans l'incapacité pour le singulier à prendre conscience de sa vraie nature et à rejoindre l'universel.

Sous une inspiration proche, Fr. d'Agostino n'a pas hésité à regrouper ici des textes sur des thèmes juridiques variés et sur les droits les plus éloignés, d'Orient en Occident, et à diversifier les angles d'approche, du droit canonique à l'anthropologie. L'essai de Fr. D'Agostino lui-même est centré sur la question de la « pluralité des cultures » et de l'« universalité des droits » et il démontre l'insuffisance d'une analyse en termes normativistes, comme de toute définition positiviste qui conduit à l'ignorance de la double dimension subjective et sociale de l'homme qui se trouve partout confirmée.

Nous ne saurions épuiser le contenu très riche de cet ouvrage. Nous y avons relevé entre autres les articles suivants : Bruno Montanari : « Sujet et pluralité des cultures juridiques » ; Andrés Ollero-Tassara : « Contrôle constitutionnel, développement

législatif et dimension judiciaire de la protection des mineurs » ; Antonio Moreno et Pedro-Juan Viladrich : « Universalité et diversité de l'expérience familiale. Les systèmes de parentèles » ; Francesco Viola : « Identité personnelle et collective dans la politique de la différence » ; Michele Cascavilla : « Le fondement de l'universalité des droits de l'homme chez Jacques Maritain » ; Laura Palazzani : « Notes pour une bioéthique transculturelle » ; Gabriella Esposito : « Le « divin » dans l'homme » ; Lorenzo Scillitani : « Dimension transculturelle des phénomènes juridiques dans la recherche anthropologique ».

J.-M. TRIGEAUD

Jean-Marc Trigeaud, *Justice et tolérance*, Bordeaux, éd. Bière « Bibliothèque de philosophie comparée, philosophie du droit », 1997, 240 p.

Poursuivant sans relâche sa réflexion philosophique sur le droit, le professeur Trigeaud vient d'ajouter à ses ouvrages précédents un nouveau volume réunissant sous le titre *Justice et tolérance* une douzaine d'articles récents disséminés dans diverses revues françaises et étrangères. Il veut approfondir toujours davantage la philosophie juridique qui fait l'originalité de sa pensée.

Les cas de violence et d'intolérance ne sont aujourd'hui que trop manifestes, avec les terrorismes, les génocides, les fanatismes religieux et politiques, les exclusivismes et sectarismes de toutes sortes. Ils dénotent une injustice fondamentale, un parti pris de partialité, traduisant une vue partielle, tronquée, de la réalité intégrale. Mais alors comment comprendre la tolérance ? Elle consiste moins dans la complaisance sceptique à l'égard de la multiplicité des opinions que dans le consentement à laisser se révéler, derrière le prestige des apparences, la vérité de la justice dans une union indissoluble de l'être et de la valeur.

À l'occasion des problèmes soulevés par la tolérance, c'est l'idée personnaliste de la justice qui, déjà dégagée dans les études antérieures, se trouve reprise et utilisée, ou plus exactement c'est la thèse établissant, avec la dualité de la notion de justice, la primauté de l'idée intuitionnée du juste personnel sur le concept rationnel du juste naturel et ordinaire, la supériorité sur le juste dikèlogique du juste prosopologique, suivant un vocabulaire dérivé du grec et destiné à éviter les ambiguïtés. Chaque homme, en effet, a bien une nature humaine, mais à titre principal il est une personne humaine. Comme sujet personnel, il constitue un être dont l'existence singulière répond à son universalité concrète, un tout unique et insondable parce que fait à l'image de Dieu, identique à soi-même dans une ipséité qui le différencie des autres hommes irréductibles les uns aux autres. Il s'incarne à travers la nature humaine, participant ainsi au genre général et générique de l'humanité et devenant alors identiquement le même que les autres hommes interchangeable entre eux. Le prochain, autrui, est par nature mon semblable, mais personnellement autre que moi. Toute subordonnée qu'elle est à la personne, la nature lui est pourtant nécessaire pour lui servir de potentialité à l'émergence de son actualisation existentielle et pour lui permettre de s'adapter à la réalité sociale. La justice dikèlogique, naturellement juste, préside à l'échange et à la rétribution sur la base de l'égalité entre les hommes, en fonction d'un type d'homme abstrait, dépendant des biens et des droits

qu'il peut se voir accorder ou retirer, uniformisant les individus dans des séries et des catégories. La justice prosopologique, supra-naturelle, émane de la personne concrètement vivante et unique en son genre : elle dévoile et met en lumière un centre d'inhérence d'une justice supérieure et dépasse les impératifs sociaux d'équilibre et d'équivalence pour accéder à la bienveillance gracieuse du don et du pardon, nullement obligatoires, mais révélateurs de la transcendance de la dignité et de la liberté de la personne. Elle n'a pas à remplacer la justice ordinaire, normalement valable et applicable, mais celle-ci, du moins, doit rester ouverte à cet appel d'en haut.

Les traditions mythologiques et culturelles personnifient ce principe de « person-néité » et de justice personnaliste. Le héros mythique ou légendaire de l'Antiquité en est la figure symbolique : à la fois justicier et justiciable, vengeur et victime de l'injustice, il représente l'accomplissement de la destinée de la personne humaine. Non pas le héros impassible de type stoïcien ou kantien, maître de soi, mais dépossédé de lui-même, dominé par une volonté toute-puissante et exclusive dans une tension qui le dépersonnalise : il n'est qu'un cas spécifique à l'intérieur d'une grille générique projetée sur la nature de l'homme. Mais les héros des épopées et des tragédies antiques, héros prosopologiques, qui ne sont exceptionnels que parce qu'ils élèvent à son plus haut degré la vie personnelle des hommes ordinaires, assumant le bien et le mal qui les habitent : faibles et faillibles, ils peuvent provoquer le malheur et la mauvaise fortune, commettre des fautes même criminelles, devenant par là responsables de ruptures dans l'intégralité de l'être et passibles d'un châtement qu'une sentence divine ou humaine jugera bon de leur infliger à moins qu'elle ne les en dispense. Mais ils sont appelés à une dignité plus haute, comme si, dans une solidarité mystérieuse de la culpabilité et de l'héroïcité, leur faute servait à les faire accéder à une justice nouvelle. Ainsi, parmi d'autres exemples, Oreste est condamnable et justifié, coupable du meurtre de sa mère pour venger son père qu'elle-même, épouse adultère, avait assassiné, mais finalement acquitté par le tribunal de l'Aréopage grâce à l'intervention d'Athéna. Dans notre XX^e siècle, certaines œuvres littéraires, dépassant le subjectivisme romantique, imaginent des héros qui, par une transposition analogique, éprouvent la hantise de la déréliction et du néant comme un pressentiment de la présence cachée de l'être : ils témoignent d'une singularité personnelle au cœur de l'universalité à laquelle ils aspirent. Mais, dans le même temps, de nombreux courants de pensée juridique, loin de favoriser le juste personnel, négligent la notion même de justice.

Cette tendance à écarter la justice dans l'élaboration des doctrines juridiques tient à la tentation d'introduire la division dans le réel, de morceler la totalité en fragments particuliers, de prendre chaque partie séparée pour un tout autonome, artificiellement indépendant de la source de son être. Déjà la justice du droit naturel, du droit de la nature des choses ou du droit de la raison naturelle de l'homme, ne reconnaît pas le juste personnel. Bien plus radicalement encore, les partisans du positivisme coupent le droit de toute attache transcendante, le réduisant au droit positif, lui-même réduit à la loi, au commandement de l'organe législatif. La justice se voit alors reléguée dans la sphère éthérée de la morale ou confondue tout simplement avec la justesse des formalités officielles. Au vide laissé par l'abandon de la justice juridique succèdent, sans le combler, les théories de l'ordonnancement juridique, théories ou méta-théories normativistes, analytiques, communicationnelles, consensuelles ou autres, parfois menacées elles-mêmes par de prétendues sciences qui cherchent à prendre leur place. Elles veulent connaître le seul droit

effectivement en vigueur, l'envisager dans sa pureté formelle, dans sa logique interne, pour construire une systématisation abstraite, c'est-à-dire abstraction faite de la substance de ses dispositions. Elles peuvent même, sous le nom de justice, proposer une règle conventionnelle du jeu social. Mais, fondamentalement, le rejet de la métaphysique du droit se retourne contre le droit lui-même. En effet, si l'on ne voit en lui qu'une forme indépendante du fond, un contenant séparable du contenu, il devient un pur et simple moyen, un instrument politique qui risque de légaliser les idéologies totalitaires et tyranniques, les pires pratiques d'injustice et d'intolérance que la justice de la tolérance ne peut pas tolérer. Dans une société humaine, malheureusement imparfaite, pour discerner les manifestations vraies ou fausses de la tolérance, se révèle nécessaire un critère objectif du sens intégral et personnel de la justice.

L'ouvrage ouvre des vues courageuses et perspicaces sur des thèmes aujourd'hui tout particulièrement graves.

Jacques DAGORY

Denys de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?* Ed. Odile Jacob, 1997, 291 p.

Attention ! Ce livre est important. Je ne verse pas dans l'hyperbole, mais je n'emploie pas non plus ce mot à la légère. Ce livre rajeunit et dépoussière, ouvre sur de vastes horizons, surtout il donne du droit une vision certes ultra-scientifique, mais pas desséchée, car immergée dans le courant des sciences humaines et toujours soucieuse de l'humaine condition. À lire donc et à méditer.

Mais, demandera le lecteur, qu'a donc inventé son auteur ? Une réponse plausible pourrait être : à peu près rien ! Denys de Béchillon, diront les grincheux, a beaucoup utilisé les découvertes des autres : celles des néo-kelséniens (Eisenmann, plus près de nous Paul Amselek et Michel Troper), des théoriciens du langage (Austin, plus près de nous Olivier Cayla), des sociologues (Max Weber, plus près de nous A.-J. Arnaud, P. Bourdieu ou Edgar Morin), des psychanalystes (Freud, plus près de nous Pierre Legendre) sans parler des anthropologues (comme Norbert Rouland, L. Assier-Andrieu ou J. Vanderlinden), etc. Oui, mais avec toutes ces pièces détachées qui semblaient n'avoir que de lointains rapports entre elles, il a construit un avion conceptuel qui décolle et atterrit, qui va vite et qui tient l'air. Le tout dans un style pétaradant et avec un sens indéniable de la formule. Ce qui, au deuxième degré, suppose tout de même de l'invention ou, à tout le moins, un certain sens du bricolage... En vérité, l'originalité de D. de Béchillon apparaissait déjà dans la thèse, très remarquée à l'époque, qu'il avait soutenue en 1993 sur la « Hiérarchie des normes et (la) hiérarchie des fonctions normatives de l'État ».

« Ceci est une théorie froide. Pas forcément grise, mais froide... Je crois que la règle de Droit n'existe pas : qu'il n'existe nulle part de définition d'elle qui vaille en tous lieux et pour tous usages, ni même de possibilité qu'il en existe une » (p. 9). Dès les premiers mots du livre, le ton est donné et la démarche intellectuelle pointée. En substance : les sociétés étatisées ont une notion et une définition de l'objet « droit », tandis que les autres sociétés ont des procédés de régulation sociale dans lesquels nous pouvons seulement voir ou non du droit, mais sans que les mots y changent grand chose

puisque'il s'agit d'un ensemble à la fois plus vaste et plus hétérogène que notre objet à nous. Alors, pourquoi définir et isoler ce qu'elles-mêmes n'isolent ni ne définissent ? Pas question, bien sûr, de mépriser ni d'ailleurs d'aduler ces sociétés, mais dans un livre consacré à la règle de droit, il faut se limiter au droit répertorié en tant que tel et se rallier à la seule position scientifiquement tenable : celle qui consiste à accepter comme droit ce que les sociétés étatisées baptisent ainsi, en se contentant de la définition qu'elles en donnent officiellement. Bien mieux, l'auteur va prendre cette définition opératoire comme l'un des objets majeurs de son étude et il renonce à chercher, même en se limitant au cadre étatique, une définition idéale et prétendument vraie, car celle-ci ne refléterait que ses présupposés personnels (des définitions du droit, il y en a des dizaines possibles et aucune qui soit fausse, mais aucune qui s'impose non plus). Va donc pour le droit de l'État ! « L'État, de par sa nature, s'emploie en effet à fabriquer pour la règle de Droit des frontières, des grilles et des catégories strictement délimitées. Il fait advenir un objet. Et c'est avec l'apparition de cet objet que s'ouvre la possibilité d'une description » (p. 14).

L'Occident a soudé et imbriqué les deux notions de droit et d'État. Alors, faisons comme lui et décrivons le phénomène ! En vertu de sa souveraineté, l'État et lui seul a ce pouvoir, qu'il ne tient que de lui-même, de nommer droit ce qu'il entend comme tel, de sorte qu'on ne peut – dans l'Occident moderne – définir le droit que par référence à l'État, lequel l'a constitué en objet spécialisé, l'a séparé de la religion et de la morale (tout en se gardant la possibilité d'intégrer au droit tel précepte moral ou religieux, mais au coup par coup), bref a définitivement encadré et maîtrisé le processus de production et de sanction de la règle juridique. Quant à savoir qui du droit ou de l'État a fait l'autre le premier, la question n'a pas plus d'intérêt que pour la poule et l'œuf au stade d'imbrication où nous sommes parvenus aujourd'hui. Car cette aporie que constitue la définition mutuelle du droit et de l'État est précisément la forme moderne de la juridicité.

Positivisme donc, mais pas le positivisme étroit (du genre : la loi, toute la loi et rien que la loi). À l'écoute de l'État, Béchillon accepte comme droit tout ce que celui-ci officialise en tant que tel, c'est-à-dire non seulement les normes qui émanent de l'appareil étatique lui-même (traité, loi, règlement, décision de l'administration *et du juge*), mais aussi les normes extérieures que l'État, réaliste par définition, est obligé de traiter comme du droit : règlement d'entreprise ou de copropriété, normes des associations, contrats surtout. Rien de plus caractéristique à cet égard que l'article 1134 du code civil : les conventions « tiennent lieu de loi », autrement dit l'État habilite les particuliers à fabriquer du droit. Bien entendu cette habilitation n'est qu'une fiction. Les particuliers, observe Béchillon, n'ont pas attendu l'an de grâce 1804 pour pratiquer l'échange au moyen de contrats qu'ils considéraient déjà comme les obligeant, mais la théorie de l'État ressemblerait aujourd'hui à la coque du Titanic sans cette fiction (d'ailleurs pas si fictive, car après tout les tribunaux de l'État annuleront les conventions quand elles ne seront pas « légalement formées »). Allant plus loin, Béchillon se garde bien de nier la possibilité d'un pluralisme juridique, mais note que le génie de l'État s'y oppose absolument et donc que tout pluralisme se construira forcément contre l'État. « En posant sa capacité absolue et inconditionnée de dire ce qui est du Droit et ce qui ne l'est pas, en imposant ainsi sa « définition » du Droit par un fait de force, l'État érige le pilier au regard duquel tout un chacun se positionne forcément » (p. 155).

Cet État, analysé dans la ligne de M. Troper, est avant tout un concept juridique, une entité purement abstraite et théorique dont il est impossible de donner une définition qui ne soit pas juridique. L'État certes est un pouvoir (et il y en a d'autres), mais qui se prétend légitime, qui s'auto-légitime par le droit tout en authentifiant celui-ci. L'idée d'État exprime que la sphère politique fait l'objet d'une spécialisation radicale. Elle implique que le pouvoir politique soit dévolu à une institution abstraite (en quoi la démocratie suppose l'État). Elle implique, enfin une puissance singulière qui, en droit (en fait, c'est parfois tout autre chose...) ne se laisse rien imposer de l'extérieur, qui en droit ne cède devant rien, qui en fait ne cède que devant une révolution ou une invasion étrangère, ou devant leur menace.

Comme on s'en doute, cette théorie de l'État repose implicitement ou explicitement sur Kelsen, en réalité sur un kelsénisme discret et tempéré. Béchillon, qui a tant parlé de la hiérarchie des normes dans sa thèse et qui en reparlera quand il aura trouvé certaines clés qui lui manquent encore, esquive ici la question. Et s'il se rallie tacitement à la construction de Kelsen, c'est faute de pouvoir y échapper en tant que construction logique traduisant implacablement la logique du droit-État. Mais son idée n'est pas d'y chercher une vision réelle et concrète du droit tel qu'il se vit (voyez plutôt du côté de l'anthropologie !), ni le modèle universel du droit en soi. Béchillon, à la différence de Kelsen, ne croit pas qu'il puisse exister une théorie *pure* du droit : il pense seulement, si j'ai bien compris, que la construction élaborée sous ce nom constitue l'incontournable fiction explicative de la composante droit-État.

Cette explication, chacun le sait, accorde une place considérable à la notion de norme. Béchillon enfourche donc à son tour ce coursier, non sans l'avoir fortement bouchoonné et réharnaché. D'abord il fait justice, dans la première partie de l'ouvrage, de l'idée répandue selon laquelle la norme se définirait par sa généralité et/ou par la possibilité d'une sanction. Puis, après cette destruction, vient la reconstruction. En résumant outrageusement, la norme est un outil psychique qui n'a pas de texture matérielle, elle ne se voit pas mais se comprend, et sa signification se décompose en deux : celle du sens et celle de la force. Or la force de la norme « est exactement proportionnelle à la quantité de pouvoir que le système juridique confère à son auteur » (p. 170) et n'a donc rien à voir avec les qualités *performatives* du langage utilisé. Mais à quoi sert cette force ? Pour l'essentiel à contraindre le ou les destinataires de la norme, lesquels peuvent être des destinataires directs ou indirects : en ce sens, la norme permissive contraint toutes personnes à respecter la permission donnée. Le destinataire direct peut aussi être unique : norme individuelle. En tout cas, la norme sert à nous contraindre, à réprimer nos désirs et nos pulsions. À l'intérieur du devoir-être, dont il donne une vision renouvelée de son opposition avec l'être, Béchillon distingue de manière approximativement kantienne (il l'avoue) entre l'obligation catégorique et l'obligation conditionnelle. La première tend à contraindre le désir (« tu dois, que cela te plaise ou non ») et la seconde à jouer sur le désir (« si tu veux ceci, fais cela ») (V. p. 206).

À cette analyse première de la norme, l'auteur apporte toutefois des nuances et précisions de la plus haute importance. Que l'impératif ne signifie pas unilatéral : même Jahweh négocie dans une (petite) mesure avec Moïse et son peuple, de nos jours le droit négocié tend à remplacer le droit imposé. Qu'impératif ne signifie pas monologique : les normes sont des phénomènes de communication qui supposent un émetteur et un récepteur ; au demeurant le pur monologue n'existe pas, car tout monologue est en réalité

un dialogue entre deux instances du même sujet. Qu'impératif ne signifie pas non plus inadaptable : les standards sont là pour prouver le contraire. Et surtout que la norme, catégorique ou conditionnelle mais toujours impérative, est un acte juridique, c'est-à-dire à la fois un *negotium* (la signification de la norme) et un *instrumentum* (son support). Encore qu'il existe parfois du droit sans acte et des actes sans droit. Le droit sans acte, c'est la coutume, – toutefois reléguée au rang de simple curiosité dans la conception étatique du droit, seule en cause ici. L'acte sans droit, c'est le droit *soft*, par exemple cette disposition de la loi du 19 janvier 1983 selon laquelle l'usage immodéré du tabac comporte des risques : voilà un énoncé juridique, puisque véhiculé par un acte, apparemment dépourvu de composante normative, affichant même une dimension descriptive, encore que cette description ne soit pas pure et s'accompagne d'un effet de type prescriptif (« je vous recommande de ne pas fumer »). Nous sommes ici aux limites du droit...

Dans sa conclusion, Béchillon observe avec Bourdieu que « l'un des pouvoirs majeurs de l'État » serait peut-être de « produire et d'imposer... les catégories de pensée que nous appliquons spontanément à toute chose du monde et à l'État lui-même » (cité p. 287). Et il se demande pour finir « ce qui a façonné les structures mentales de ceux qui ont façonné l'État de telle sorte qu'il façonne ainsi nos structures mentales. Pourquoi et comment avons-nous construit un tel objet ? » (p. 290-291). Interrogation qui boucle (presque) sur elle-même une démarche intellectuelle en tous points remarquable.

Quelques reproches tout de même. En la forme, Béchillon abuse des majuscules, des guillemets et des mots en italique, – alors qu'on comprenait ses intentions sans cela. Sur l'italique, il rivalise avec Gaston Leroux soi-même, mais cela tient sans doute à ses affinités avec Rouletabille. Sur le fond, j'exprimerai un triple désaccord concernant la norme. *Primo* sur la norme individuelle : je veux bien accepter qu'une règle puisse n'être pas générale quand elle a du moins un effet répétitif (ex : « X paiera son loyer à Y le 1^{er} de chaque mois »). Mais dans le cas contraire (du type : « X paiera 5 000 F de dommages intérêts à Y »), je ne vois plus là, à la suite de Pierre Mayer et de Jacques Héron, qu'une simple décision et non une règle. Je tiens donc qu'il manque à l'ouvrage une théorie de la décision. *Secundo* : l'idée que la norme serait une règle de conduite me paraît constituer un îlot de ringardise contrastant avec la dynamique de l'ensemble. Bien entendu je ne nie en aucune façon que la norme soit obligatoire, contraignante, tranchante, etc., y compris même dans le cas de la norme dite permissive, et je donne acte à Béchillon que cette conception n'a rien d'obsolète. Mais d'une part un certain nombre de normes ne recèlent aucune intention d'agir en quoi que ce soit sur aucune espèce de comportement et n'ont en aucun cas cet effet : ainsi la règle que la communauté se partage en deux (même si l'un des époux s'est tourné les pouces pendant toute la durée du mariage) ou que la succession *ab intestat* se partage également entre les enfants (le fils dévoué ayant la même part que le fils indifférent). Ici et dans bien d'autres cas, le code civil n'incite à rien du tout, ni en bien ni en mal, il répartit seulement et c'est là une fonction majeure de la norme. Quant à dire que la conduite prescrite consiste à partager également, cela reviendrait à exprimer d'une autre façon que la norme est obligatoire. D'autre part et surtout, les règles mêmes dont les auteurs attendent à l'évidence une incitation ou dissuasion (mettons : le code pénal) ne sont nullement catégoriques au sens de Kant, mais bien conditionnelles puisque du type « si tu as tel comportement,

telle conséquence juridique devra s'ensuivre ». Et depuis Stammler, nous savons qu'en réalité toutes les normes juridiques ont cette structure-là : présupposé, puis imputation d'un effet. Or ni les intentions dissuasives du législateur, ni l'éventuelle effectivité de la dissuasion n'autorisent à dénaturer ladite structure – surtout quand par ailleurs on ne méprise pas les analyses structurales – en prétendant que la norme *interdirait* le vol, le meurtre, etc. Le code pénal n'interdit pas, il rétribue ! Ceux qui prétendent le contraire non seulement ne l'ont pas lu, mais confondent le Parlement avec la Papauté ou la Compagnie de Jésus. La norme, à mon sens, est une règle non de conduite, mais d'imputation obligatoire. Et seul le contenu particulier de l'imputation permet de dire dans chaque cas si le comportement correspondant est souhaité, honni ou indifférent. Si tant est d'ailleurs qu'il existe un comportement correspondant, car en vérité le présupposé n'est même pas « si tu as tel comportement », mais « si tel cas se produit » (par ex. « si telle personne décède, il faudra partager sa succession de telle façon »). *Tertio* : il le faudra, à moins que les héritiers unanimes ne s'abstiennent de le demander ou ne s'entendent sur une autre répartition... Ici je reproche à Béchillon d'avoir trop mis l'accent sur le caractère contraignant du droit, – caractère qui, même constitutif, n'est pas omniprésent et sert aussi à libérer (O Lacordaire !). Soit la règle que les professeurs d'université ont leur liberté d'opinion. Elle implique, et j'en tombe mille fois d'accord, que le ministre de l'Éducation nationale ne peut me révoquer si mes idées lui déplaisent. Mais à partir de là commence la divergence, car dans cette norme, Béchillon voit d'abord le martyr du ministre brimé dans ses pulsions. Plus égoïste que lui (peut-être parce que privatiste), j'y vois surtout le bonheur d'avoir publié tout ce que je voulais depuis quelque trente ans. Comme quoi le kelsenisme revisité par la psychanalyse est un altruisme, mais cela n'allait pas de soi.

Cela dit, mon désaccord ne remet nullement en cause le mouvement général de l'ouvrage. Au crédit de celui-ci, on retiendra un esprit rigoureux et rassembleur tout à la fois, et surtout un très grand sens du relatif, même quand l'auteur décrit un monde étatique prétendant constamment à l'absolu. Car cette prétention, il la constate sans en être dupe, d'ailleurs il ne l'approuve ni ne la désapprouve. Ou plutôt, et ici l'humaniste reprend le pas sur le savant, Béchillon rappelle que l'invention du système étatique n'est pas plus arbitraire qu'une autre, que l'espace juridique ainsi créé a permis l'épanouissement de la démocratie (même s'il sert aussi, le cas échéant, aux projets les plus exécrables), qu'au demeurant le culte du pluralisme et la nostalgie des sociétés traditionnelles véhiculent souvent une idéologie rétrograde, etc. La synthèse béchillonique aura eu en tout cas cette vertu de réconcilier la réalité du droit et sa fiction ou, si l'on veut, Kelsen et l'anthropologie (alors que Norbert Rouland les opposait résolument, qui édifiait un « tombeau de Kelsen » en conclusion de ses « Confins du droit »). Pour cela et pour bien d'autres choses – pour avoir manœuvré en terrain miné avec le sang-froid d'un vieux briscard, pour avoir décapé nos idées reçues de réjouissante façon, pour avoir remis à leur place des thèses dont l'exagération nous glaçait, en somme pour avoir été à la fois dérangeant et rassurant – ce jeune auteur aura gagné quelques titres à la reconnaissance de ses aînés.

Philippe JESTAZ

Pier Paolo Ottonello, *Structure et formes du nihilisme européen, essais introductifs*, trad. de l'italien par Emmanuel Rocher et Jean-Marc Trigeaud, Bordeaux, éd. Bière « Bibliothèque de philosophie comparée », 1997, 150 p.

Dans son œuvre philosophique comme dans son enseignement à l'Université de Gênes, le professeur Ottonello se rattache avec une grande liberté d'esprit à une tradition métaphysique représentée en Italie par Rosmini et plus récemment par Sciacca, mais surtout prolongeant une inspiration platonicienne et aristotélicienne christianisée par saint Augustin et saint Thomas. Ayant entrepris de consacrer cinq volumes à l'étude du nihilisme européen, il les fait précéder d'un essai introductif dont le texte original de 1987 vient de bénéficier d'une traduction française.

L'auteur n'hésite pas à s'affirmer anti-moderne. Pour lui, comme l'indique le titre de l'ouvrage, la pensée européenne, depuis plusieurs siècles, tend à se diluer dans le nihilisme par l'oubli du sens de l'ontologie, par le manque d'attention à l'intégralité du réel, dont elle ne reconnaît plus la consistance propre. C'est que fondamentalement elle a dissous la dialectique positive du *logos* et de l'*eros*, eux-mêmes réduits l'un au rationalisme logiciste et l'autre à la pure et simple affectivité, c'est-à-dire chacun d'eux à une partie absolutisée de leur totalité respective. Elle a perdu le souci de la détermination de l'être qui fait être les êtres, la notion synthétique de l'analogie de l'être, de la distinction et de la relation entre l'être qui est l'être par soi-même et les êtres qui existent seulement mais réellement par lui et qui ont de l'être, plus précisément entre Dieu et les hommes qu'il crée par amour en les tirant d'un néant dont l'idée, en elle-même paradoxale, ne fait que rendre possible l'existence des êtres finis et multiples. En voulant rompre le lien amoureux avec le *logos* créateur et divin, le *logos* humain et créé s'efforce en vain de se rendre semblable à Dieu, ou plutôt de le supplanter, de se diviniser, alors qu'en vérité il se désagrège dans l'insignifiance. Un humanisme égolâtrique prend la place de l'humanisme théocentrique : à l'ordre harmonieux du « cosmos » créé intégrant le monde et l'homme est substitué le désordre de phénomènes chaotiques et kaléidoscopiques accommodés à des raisonnements spécieux, parfois chatoyants, toujours artificiels.

Il ne faut donc pas s'étonner de la sévérité du jugement porté sur la ligne générale de l'évolution de la pensée européenne et sur les philosophes qui la jalonnent et l'orientent. Ce n'est pas, en effet, comme un progrès que cette histoire spirituelle et intellectuelle est présentée, mais au contraire comme une décadence, et même une décadence accélérée, du moins depuis l'apparition, dans les derniers siècles médiévaux, du nominalisme et du subjectivisme, qui sont ensuite devenus prédominants. La pensée moderne et contemporaine est ainsi marquée par la dissolution de la métaphysique. Les philosophes et penseurs sont critiqués de ce point de vue : mis à part quelques-uns qui s'appuient sur la tradition classique, la plupart d'entre eux, loin de contribuer à éclairer l'esprit humain, accentuent, de quelque façon que ce soit, les illusions et les aliénations de l'homme faustien, scindé dans son intériorité, coupé du monde et de Dieu, toujours tenté par le désir séducteur et insatiable de la nouveauté, de la fuite en avant. La systématisation de la confusion, que symbolise sur la couverture de l'ouvrage la reproduction d'une vignette de Salvador Dali, se manifeste également dans l'activité artistique comme aussi dans le comportement de l'homme à l'égard de la nature : ainsi la dégradation du paysage naturel reflète celle du paysage de l'être que l'homme a effacé à l'intérieur de lui-même. Enfin, la pente du nihilisme rend équivoque l'idée de l'Europe, qui, contrairement aux

vellités vaines des européismes, doit correspondre à une réalité spirituelle et culturelle où le fonds hellénique et romain se trouve transformé et universalisé par le christianisme.

De telles considérations vont à contre-courant de la mentalité actuelle : peuvent-elles susciter un retournement, une conversion ?

Jacques DAGORY

Andrés Ollero Tassara, *Tiene Razon el derecho ? Entro metodo científico y voluntad politica*, Prol. G. Peces-Barba Martinez, Madrid, Publications du Congrès des Députés, série Monographies – 27, 1996, 516 p.

Somme magistrale du philosophe du droit de Grenade, centrée sur les problèmes nés de la confrontation des approches jusnaturalistes et positivistes dans la pratique, et la « politique », interprétative et législative, en référence aux grands courants de la littérature contemporaine. L'auteur de tendance jusnaturaliste, comme on sait, est aussi un éminent parlementaire, et son préfacier, théoricien positiviste, est ancien président socialiste de l'assemblée espagnole ; tous deux ont tenu à donner au moins le témoignage de *la supériorité du droit sur le politique*, et de la supériorité d'une réflexion rigoureusement scientifique et universitaire de philosophie et de théorie du droit sur les débats à caractère mondain, aux sources mêmes de la formation du droit, un exemple à méditer dans les pays qui pourraient être tentés d'abandonner la démocratie aux sondages et aux opinions, et donc aux pressions de groupe, en divisant science et culture, université et société civile.

L'ouvrage se compose de six chapitres. Le premier chapitre pose la question générale du rapport entre droit et science dans la « postmodernité » ; le second présente les principaux aspects d'une théorie scientifique du droit, en réexaminant certaines thèses du positivisme légaliste classique et du normativisme, et en s'interrogeant sur le destin de la « jurisprudence sociologique » et du fonctionnalisme systémique, pour remonter progressivement à l'idée d'un droit antérieur au « tribunal de la théorie pure »... ; le troisième chapitre dénonce les paradoxes et les antinomies sur lesquels débouchent les principes issus du « descriptivisme » positiviste ; le quatrième s'attache à une critique de l'interprétation, en s'ouvrant aux données issues de diverses conceptions historicistes ou ontologiques (gadamériennes) qui montrent une fois de plus les insuffisances du strict légalisme ; les deux derniers chapitres essayent enfin de dégager les perspectives d'une philosophie jusnaturaliste qui rétablirait un sens humaniste de la justice, qui assumerait des références à la nature de l'homme et à sa raison pratique, et qui accepterait surtout le contrôle d'une exigence d'effectivité et de certaines mises au point ou protocoles d'accord méthodologiques dans la création du droit : elle conduirait à articuler la raison pratique sur les mécanismes spécifiques de la volonté politique et judiciaire tendue vers la recherche des solutions topiques ou concrètes. C'est une caractéristique de la démarche d'Ollero Tassara de se tourner ainsi vers « les deux extrêmes à la fois », et de ne pas séparer ce qui inspire le droit, le sens qui l'anime, de sa vérification factuelle ou décisionnelle. Non que certaines représentations ne puissent être justes, même si le droit de

par sa structure leur résiste et leur demeure étranger, mais le juste saisi à l'intérieur du droit doit être un juste susceptible jusqu'au bout d'une application matérielle.

Jean-Marc TRIGEAUD

Juan Vallet de Goytisolo, *La interpretacion segun el titulo preliminar del Codigo Civil*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislacion, 1996, 122 p.

Leçon inaugurale des travaux de la *Royale Académie* présentée par son Président sur son thème favori : l'interprétation ; il s'agit de situer d'après les évolutions récentes les problèmes que soulèvent toujours notamment la téléologie normative, l'analogie et l'équité. Vallet de Goytisolo a déjà publié plusieurs ouvrages sur l'interprétation et sur sa méthodologie. Le Tome I de sa *Metodologia de la determinacion del Derecho* (plus de 1500 p.) a été recensé dans cette revue ; le Tome II vient de paraître (« partie systématique »), d'un volume tout aussi impressionnant : 1604 p. de synthèse de toutes les interprétations (en ce siècle principalement) de l'interprétation, au plan de la philosophie et de la théorie du droit.

J.-M. T.

Paulo Ferreira Da Cunha, *Peccata Iuris. Do direito nos livros ao direito em açcao*, Ed. Univ. Lusofonas, Porto, 1996, 248 p.

Mélanges délibérément éclectiques, maniant l'éloge et l'impertinence, savant et improvisé, érudit et synthétique, « innutri » et imaginaire à la fois, recherchant la proximité d'Érasme ou de Pessoa, alliant enfin l'épistémologie et un certain onirisme, mais avançant le jugement de lucidité finale et concluant à la faute inavouée des bonnes consciences juridiques oublieuses des intérêts supérieurs aux intérêts territoriaux et économiques : c'est au cœur de cet essai un passage de dénonciation des compromis de l'histoire (à propos des guerres récentes autour du bassin méditerranéen comme à propos de l'île indonésienne de Timor et de l'attitude d'abandon du Portugal), des compromis dont ne saurait s'accommoder le droit, – d'où l'idée sans doute de vouloir le redéfinir en le consensualisant davantage.

J.-M. T.

Miguel Ayuso Torres, *Despues del Leviathan ? Sobre el estado y su signo*, Madrid, Speiro, 1996, 192 p.

Philosophe du droit, dans la mouvance de la pensée d'Elias de Tejada, le maître de Séville, et redevable à l'influence de Vallet de Goytisolo, l'auteur s'efforce d'analyser la crise de l'État moderne et des identités nationales à travers les circonstances de l'actualité juridique (constitutionnelle) et sociale de l'heure, et à la lumière des grands conflits

(v.g. : Sarajevo) qui ont ébranlé les ordres établis : une occasion de réflexion sur les impasses et les contradictions d'un idéalisme subjectiviste et positiviste qui a progressivement perdu le sens de la « réelle communauté » politique.

J.-M. TRIGEAUD

Danilo Castellano, Giancarlo Giurovich, *Modernità della classicità. La filosofia etico-politica in Marino Gentile*, Forum, Università degli Studi di Udine, 1996, 287 p.

Le présent volume édite les dix-sept contributions du colloque réuni à l'Université de Udine, au département des sciences philosophiques et d'histoire sociale, et consacré à un des plus importants penseurs italiens contemporains, Marino Gentile. À travers ces articles et le thème général – Modernité du classicisme. La philosophie éthico-politique chez Marino Gentile – les intervenants, conduits par Danilo Castellano, ont voulu insister sur la « philosophie pratique » de M. Gentile et principalement la manière dont il aborde, en théoricien, l'expérience morale et politique, à l'aide de la pensée antique (platonicienne surtout) et médiévale (scolastique). Cette période se révèle, pour l'auteur, né à Trieste en 1906 et mort à Padoue en 1991, non seulement classique au sens le plus fort du terme, mais aussi profondément moderne.

Ainsi, toute l'expérience contemporaine est mise en exergue, non pas de manière académique, évadée de la réalité, ou pure tentative rationnelle. Car M. Gentile a été, par sa vie même, à la frontière de la philosophie et d'une activité politique très riche, marquée par une éthique humaniste et chrétienne des plus exigeantes.

Ce refus de l'attitude dictée par la « problématique pure » se retrouve dans les sujets des contributions : de l'actualité de la métaphysique classique (P. Mazzarella) ; l'étude de l'interprétation de Platon (E. Berti, G. Giurovich) ; le fondement de l'éthique (A. Poppi) ; l'héritage classique de Francis Bacon au regard de la politique et de la philosophie du droit (U. Pagallo) ; à des problèmes touchant à l'analyse des rapports entre personnes, sociétés, État, à partir des œuvres de M. Gentile sur l'État moderne, la Révolution française et la conscience européenne contemporaine (M. Bettiol) ; à la nécessité et au fondement de l'action politique (T. Serra) ; l'école et ses rapports avec l'État, sa fonction éducative chrétienne en même temps qu'inséparablement sociale (F. Tamassia). Cette contribution est particulièrement riche et actuelle en raison des risques de la *pensée unique* qui menacent la vie intellectuelle et morale aujourd'hui, la nature, la cohérence et la fonction de la famille (F. Goisis). Problèmes élargis qui demeurent constants et sont soulignés dans le domaine juridique par G. Marini et A. Scerbo.

La modernité enfin de Marino Gentile se vérifie dans la publication de sa correspondance avec Mgr G. B. Montini, le futur pape, entre 1927 et 1930.

Il reste d'autres auteurs non moins éclairants : sur la place de la ville de Trieste dans la formation du philosophe (P. Zavatta) et sur sa philosophie de l'histoire (I. F. Baldo). Thèmes résumés aussi, en quelque sorte, par la publication (p. 253-264) du « devoir des catholiques dans la culture » qui donne le ton de l'œuvre et permet au lecteur de se reporter à la source même de ce penseur et homme politique chrétien et profondément de notre temps.

Gérard D. GUYON

C. — Varia

Marie Cornu, *Le Droit culturel des biens*, Bruylant, Bruxelles, 1996

Comment définir un bien culturel, et comment en spécifier le titulaire ; telles sont deux questions centrales que pose le droit de la culture. Marie Cornu s'attelle dans une première partie de son ouvrage à dresser les contours du concept de patrimoine, « objet fuyant du droit ». Le patrimoine constitué est *in fine* une émanation de l'ensemble que forme la collectivité : cette pluralité de titulaires contribue au flou juridique d'une notion encore peu développée dans les textes, qui englobe des éléments matériels et immatériels. C'est pourquoi l'auteur plaide pour la création d'une catégorie juridique spécifique pour les biens culturels (p. 105), bien qu'elle reconnaisse qu'il est impossible d'en adopter une définition doctrinale (p. 161). L'analyse de l'émergence de la notion de collection dans la jurisprudence suggère que la protection soit détachée du caractère public de la collection ; ce qu'elle est toutefois déjà en grande partie, comme en témoignent les textes qui organisent la protection du patrimoine privé classé.

Malgré des distorsions entre le champ du droit et le champ artistique, la reconnaissance par les textes d'une hiérarchie des valeurs culturelles donne lieu à différents degrés de protection. L'étude de l'intervention du législateur dans la définition des biens qui, d'un intérêt majeur ou même mineur seulement, méritent protection, permet de comprendre quels sont les critères qui ont pu prévaloir : intérêt artistique certes, mais aussi intérêt d'histoire ou d'art, comme le stipule la loi de 1913. D'autres critères, d'une grande variété, s'y sont adjoints au fil du temps, intérêt scientifique, technique, pittoresque, esthétique etc., dont l'analyse « juridique est d'autant plus malaisée qu'ils ne parviennent au droit qu'en ce qu'ils génèrent un contentieux » (p. 217).

Dans un second chapitre consacré au patrimoine en devenir, est évoquée la question de l'appréhension par le juge de la qualité esthétique des biens, lorsque le temps n'a pas encore effectué son œuvre de tri. On connaît en effet maints exemples des erreurs commises par l'administration en matière de réhabilitation de monuments ou de quartiers ; faut-il pour autant s'en remettre au juge, et quels critères faire prévaloir, lorsque, comme l'écrit le doyen Vedel, « est manifeste une erreur qui saute aux yeux sans qu'il soit besoin d'un expert » ? On oscille alors entre la tentation d'accroître le pouvoir du juge, avec les risques qu'elle implique, et le fait de s'en tenir aux choix d'une administration toute puissante mais pas toujours visionnaire pour autant. On rencontre ici les limites de la science juridique.

Plus rassurante *a priori* est la définition du bien par des critères matériels et techniques ou par le support ; le livre est ainsi qualifié de bien culturel et dispose à ce titre d'un avantage fiscal (réduction du taux de TVA) et d'un dispositif juridique protecteur (loi du 10 août 1981), sans que le législateur n'ait à se prononcer sur le caractère culturel du texte qu'il véhicule : « le recours à la technique ou au support ont cet avantage qu'ils évacuent en grande partie les incertitudes liées à la qualification des biens culturels » (p. 265). Mais le risque demeure, lorsque l'on s'en remet au critère technique, de voir la technique « dicter sa loi au regard de ses propres impératifs » (p. 266). C'est

alors, de même que pour les activités cinématographiques ou pour l'architecture, la nature de l'activité qui fonde la reconnaissance du produit culturel.

La législation sur le droit d'auteur n'introduit pas non plus de distinction qui concernerait la qualité de l'œuvre ; toutefois l'originalité doit pouvoir être décelée, car elle est au fondement de ce droit. Mais la notion devient floue aux frontières de la sphère culturelle, pour se rapprocher celle de propriété industrielle, comme dans le cas du logiciel. Même en ce qui concerne les œuvres d'art, l'originalité n'est pas toujours clairement définie, notamment pour les multiples, estampes, tapisseries, etc. Cela pose la question du champ d'application du droit d'auteur ou du droit de suite. L'extension croissante de ces droits est critiquée, notamment en ce qui concerne l'œuvre multimédia, à laquelle Marie Cornu dénie le statut d'œuvre d'art, en considérant, position bien surprenante à notre sens, qu'elle se résume à un collage d'œuvres, textes, images fixes, ou animées, sons, préexistantes. En revanche elle appelle de ses vœux une meilleure prise en compte de certains biens qui appartiennent au patrimoine culturel, comme le produit du travail des artistes interprètes.

La seconde partie de l'ouvrage porte justement sur la propriété culturelle. L'auteur consacre un long développement aux nombreux cas où l'État est amené à restreindre le champ de l'exercice du droit de propriété, à divers degrés : expropriation, exercice du droit de préemption, interdiction de modifier le bien, ou de le vendre sans en avertir l'administration, au nom de son intérêt culturel. Le classement peut entraîner de plus la mutation des prérogatives du propriétaire en devoirs. Se pose alors la question de l'indemnisation du propriétaire privé. L'administration a en effet la charge de protéger le patrimoine en vue de le léguer aux générations futures, et ce devoir de protection concerne aussi bien les objets matériels que les œuvres de l'esprit. L'idée que l'appropriation publique constitue le mode suprême de protection est toutefois en recul, du fait de la montée du principe de libre échange en Europe, mais sans doute aussi du fait d'abus de la part de la puissance publique, lorsqu'elle a pu utiliser les dispositifs de protection à des fins d'enrichissement des collections.

Il n'en demeure pas moins que le bien privé revêt une dimension collective ; l'accessibilité du public ouvre alors « une brèche dans le monopole de l'auteur ou du propriétaire selon qu'est en question la propriété littéraire et artistique ou la propriété corporelle » (p. 465). Dans quelques pages stimulantes on rappelle les fondements récents de l'accès payant aux œuvres publiques. L'analyse du domaine public conduit à en souligner les limites, qui sont de deux ordres : exclusion de biens qui n'en relèvent pas malgré leur haute valeur culturelle, caractère excessif des sujétions engendrées. Des collections détenues par des associations (FRAC) ou des fondations échappent aux règles du domaine public (inaliénabilité, imprescriptibilité) ; l'auteur suggère que ces établissements se voient appliquer ces règles dès lors qu'ils remplissent une mission de service public. L'imprescriptibilité est à la fois lourde mais nécessaire. Si cet ouvrage pose la question de la restitution des œuvres volées, il ne s'interroge pas sur le problème posé par la position de certains pays longtemps pillés et qui réclament le retour de leurs biens (frises du Parthénon réclamées par la Grèce, affaire du codex de la Bibliothèque nationale conservé indûment par le Mexique, par ex.).

L'ouvrage montre le caractère ambivalent du droit des biens culturels, au sein duquel coexistent deux dimensions, privée, publique : les libertés privées sont bornées par l'existence d'un droit collectif, qui résulte de la constitution progressive et inégalement

ordonnée d'un droit de jouissance du patrimoine culturel pour la collectivité : l'affectation prévaut sur la propriété, de telle sorte qu'un bien privatif peut être appelé à être ouvert à tous (servitude d'accessibilité).

L'auteur souligne l'une des spécificités du patrimoine culturel, son caractère cumulatif, qui conduit à un enrichissement net ; mais elle ne s'attarde ni sur les mécanismes d'entrée et de sortie, au fondement de la définition du patrimoine, dont les contours résultent de l'application des textes (ou de leur évolution) par l'administration qui en a la charge, ni sur les incidences de cet enrichissement permanent (engorgement des institutions, coûts croissants de la conservation, de l'entretien, et de la restauration), qui ont poussé nombre de pays à l'ouverture d'une réflexion sur l'inaliénabilité des collections, sujet essentiel sur lequel elle reste allusive. Si elle entame une analyse stimulante de la notion de valeur et du fait que la valeur culturelle « absorbe la valeur économique », elle n'évoque ni les problèmes d'évaluation, ni d'encadrement juridique de l'expertise, qui constituent pourtant un élément important des dispositifs juridiques qui concourent à la définition du bien artistique, bien singulier, et de ce fait, entaché d'incertitude.

L'auteur ouvre nombre de questions, notamment au sujet du droit moral et de ses limites, lorsqu'il s'agit d'empêcher la reproduction d'une œuvre, d'un spectacle, ou la publication posthume de textes introuvables autrement. Avec beaucoup de finesse, elle dessine les contours du droit culturel, montre l'imbrication de règles spéciales et d'éléments qui relèvent du droit commun ; en construisant progressivement son objet, elle en vient à démontrer que, *si le droit culturel est spécifique, il n'est pas pour autant autonome*. L'insuffisance des ressources du droit privé face aux risques de détérioration qu'encourt le patrimoine conduit à prôner la reconnaissance de l'intérêt culturel lié au bien lui-même.

Ce considérable travail s'inscrit dans une série de publications sur le sujet (Riou, Chatelain, Mesnard *et al.*, Pontier) mais adopte un point de vue original, la recherche de l'unité conceptuelle qui prévaut dans les règles : « plus que le bien lui-même, c'est la valeur culturelle que le législateur apprécie. C'est pourquoi nous avons affirmé l'existence d'un intérêt culturel juridiquement protégé. Car, en dépit de la variété des espèces, nous ne doutons pas qu'il y ait une communauté d'intérêts » (p. 571).

L'auteur formule des remarques intéressantes au sujet des prérogatives de la Cour de justice des Communautés en la matière, du moins si celle-ci est amenée à trancher un litige au sujet d'un trésor national (encore faut-il rappeler que la définition de celui-ci relève de la compétence des États). On regrettera néanmoins le faible nombre de références aux cas étrangers, qui sont autant d'éclairages en vue de cette définition du bien que Marie Cornu entend construire, et dont on ne peut faire l'économie, compte tenu de la mondialisation du marché de l'art et de la convergence des dispositifs de protection des œuvres en Europe. L'absence de référence notamment aux travaux de Merryman J.H., et Elsen A.E. (*Law, Ethics and the Visual Arts* University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1987) peut sembler surprenante.

Dans cette recherche de la définition du patrimoine, ne faut-il pas rappeler ici ce que Lord Charteris, premier président du *National Heritage Memorial Fund*, répondit, lorsqu'on lui demanda de définir le terme *heritage* : « Tout ce que vous voudrez ». Et dans le premier rapport du *Memorial*, il est écrit « nous n'avons pas pu définir l'*héritage* national, pas plus que nous ne pouvions définir par exemple la beauté ou l'art. [...]

Nous avons donc laissé l'*heritage* se définir lui-même. Nous avons attendu que nous demandent assistance ceux qui estiment posséder une partie de l'*heritage* national digne d'être sauvegardée » (in R. Hewison *The Industry of Heritage*, Londres, 1987). De ce point de vue, l'apport de Marie Cornu est essentiel : elle montre, au terme d'une démonstration solide, la nécessaire substitution, à la notion trop floue et fluctuante de bien culturel, d'une approche en terme d'intérêt culturel (et sans doute, en arrière fond, de valeur).

Françoise BENHAMOU

François de Fontette, *Le Procès de Nuremberg*, Paris, PUF, « Que sais-je ? » n° 3221, 1996, 127 p.

Qui, mieux que l'auteur de nombreux « Que sais-je ? » si appréciés, notamment sur le racisme et l'antisémitisme (n° 1603, 2039, 2194), pouvait faire mentir le proverbe selon lequel les Français ont la mémoire courte ?

Après avoir longtemps étudié le crime, François de Fontette présente, en ce cinquantenaire de l'événement, le châtement.

C'était un peu une gageure que de faire tenir, dans les dimensions réduites imposées par la collection, le résultat de 22 volumes de débats et de 20 volumes de documents, qui constituent pour l'historien ce qu'on appelle le procès de Nuremberg, lequel se déroula dans la ville symbole du nazisme, du 14 novembre 1945 au 1er octobre 1946.

Cela n'a pas découragé l'auteur de commencer par examiner dans un chapitre I « Les prodromes de Nuremberg », c'est-à-dire des cas précédents où des chefs d'État et des chefs de guerre ont été jugés pour leurs crimes, et où du moins des tentatives ont été faites pour juguler le fléau de la guerre.

Suit un chapitre II où sont décrits « les avertissements répétés » adressés par les Alliés à leurs ennemis, et les diverses mesures précédant la mise en place d'une juridiction internationale, dès la fin de la guerre, pour juger les responsables des atrocités.

Le procès commence vraiment avec le chapitre III où l'on assiste à la mise en place du « Tribunal militaire international ». Sont précisés, de façon toute juridique, le lieu et le temps du procès, les personnes dans leurs différents rôles, avec, par ordre, les juges, le ministère public, les accusés, les auxiliaires de justice et la presse. Un dernier paragraphe décrit les « moyens techniques » mis en œuvre.

Le chapitre IV, qui retrace le déroulement de l'instance, est le cœur de l'ouvrage. Il signale les divers incidents et questions préjudicielles, qui ont été rapidement réglées, et fait un résumé chronologique du procès.

Mention est faite assez longuement des discours d'ouverture et des réquisitions. Suit la liste des différents chefs d'accusation : le complot au plan concerté, les crimes contre la paix et les guerres d'agression, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Ainsi que le note l'auteur, cette dernière notion qui avait pourtant été soigneusement définie, a été comme absorbée par celle de crimes de guerre.

Le chapitre V, au titre hugolien « Les rayons et les ombres sur Nuremberg », laisse nettement l'impression que les ombres étaient épaisses, notamment chez les

Soviétiques, du fait de certaines clauses secrètes du pacte germano-soviétique de 1939, et du massacre de Katyn, qu'on chercha, en vain, à imputer aux Allemands.

Et puis, c'est comme une marche au supplice des maîtres chanteurs de Nuremberg, que scande le long chapitre VI intitulé : « Les accusés : le verdict ». Près de 50 pages sont consacrées à retracer la carrière et les responsabilités des vingt-deux accusés, en commençant par Goering, et en finissant par Bormann.

Enfin le verdict tomba. Douze condamnations à mort, y compris Goering qui préféra se suicider, et Bormann qui avait disparu.

L'ensemble de ce petit ouvrage se lit aisément, et même avidement, ne seraient l'horreur qui en fait le fond, et la densité de plusieurs pages. L'auteur retient sa plume sur la pente de l'indignation, et veut se montrer aussi équitable que les juges de Nuremberg.

Mais on sent l'émotion contenue avec le besoin de s'en libérer de temps en temps, par une anecdote, un mot d'humour, ou un coup de griffe.

Disons que l'atmosphère générale du procès nous paraît avoir été fort bien rendue. Et que si l'auteur était tenu de se montrer synthétique, il l'a fait avec le souci du détail révélateur, le scrupule de l'historien, la rigueur du juriste. Bref, la gageure est tenue.

Il est hautement symbolique que l'ouvrage soit dédié à deux victimes illustres du régime hitlérien, une femme et un homme qui, de l'intérieur et en tant qu'Allemands, ont fait face : « Sophie Scholl et ses compagnons de la Rose blanche, et le comte Claus Schenk von Stauffenberg ».

Est non moins riche de signification le choix qu'a fait l'auteur de commencer son chapitre I par la scène célèbre où l'évêque de Milan, Ambroise, ne craignit pas de condamner solennellement l'empereur Théodose d'avoir fait massacrer la population de Thessalonique qui s'était révoltée contre lui.

Fasse le ciel que nous soient accordés de nouveaux Ambroise, et aussi de nouveaux Théodose capables de les écouter et de se repentir.

Si bien commencé, et si complet dans sa *brevitas juridica*, l'ouvrage nous fait d'autant plus regretter que l'auteur se soit montré si timide en philosophie du droit. S'il avait accepté de franchir la porte de la maison de Sophie, et de ne pas demeurer sur le seuil à contempler la lance de Minerve, et le glaive de Thémis, il aurait aperçu la plus insaisissable, mais pas la moindre des accusées – mis à part les hommes bien sûr – à savoir, *horresco referens*, la démocratie, ou plutôt cette forme très spéciale de démission politique que nous avons canonisée sous le nom de démocratie. Car non seulement les démocraties occidentales ont été incapables d'arrêter l'ascension de Hitler, mais encore la démocratie de Weimar, installée par ses grandes sœurs, a supporté sinon facilité l'élection triomphale d'un monstre. Un régime qui permet de telles choses ne mériterait-il pas qu'on s'interroge sérieusement sur lui ?

Mais ceci serait un autre procès.

François VALLANÇON

Miguel Angel Ciuro Caldani, *Estudios de filosofía del Derecho Internacional Privado*, Rosario, Fundacion para las investigaciones juridicas, 1997, 188 p.

Objet de remarquables analyses de Werner Goldschmidt, le « chauvinisme juridique » trouve foncièrement son origine dans les inquiétudes suscitées par le défi de l'internationalité. Un défi que s'attachent à relever les trois essais de ce recueil, dans lequel Miguel Angel Ciuro Caldani se pose en continuateur de l'œuvre du professeur de Tucuman. D'abord orientés vers cet objet d'étude privilégié de la philosophie du droit que constitue le droit international privé, les travaux théoriques et philosophiques du maître germano-argentin se sont vite ouverts à l'intégralité du monde juridique. Depuis 1930 et jusqu'à ses derniers moments, profitant des apports de la conception tridimensionnelle, W. Goldschmidt développa sa théorie trialiste. Le droit y est regardé comme un ensemble de répartitions de puissances et d'impuissances (dimension sociologique), décrites et intégrées par des règles (dimension normologique), règles et répartitions étant évaluées par la justice (dimension dikéologique).

Fidèle à cette œuvre, le professeur Ciuro Caldani n'y est pas pour autant asservi. La première étude en témoigne, qui présente une nouvelle version de la conception normologique de la science du droit international privé. Il n'hésite pas à engager la rénovation d'un système qu'il estime affecté par l'évolution historique. Cette conception normologique entend fournir au droit international privé, considéré comme science, un système fondé sur l'analyse de la structure logique de la règle. Dans ce système, la règle de conflit se décompose en un type légal (ou antécédent) délimitant le secteur social à régler et en une conséquence juridique contenant la réglementation, chacun avec ses caractéristiques positives et négatives, qui doivent être respectivement présentes ou absentes pour que la règle fonctionne. Si l'importance du travail « goldschmidtien » est ici reconnue, il lui est également reproché d'être trop resté marqué par les théories d'« empreinte germanique » affirmant la primauté du conflit de lois. Aujourd'hui, sous l'influence des théories anglo-saxonnes, l'importance des conflits de juridictions et procédurales s'est accrue notablement. Le secteur nucléaire du droit international embrasserait donc les trois types de conflits. Considérant que le droit international privé n'est pas un pur conflit de lois mais un conflit de droits, l'auteur actualise la conception normologique, en y intégrant surtout les problèmes de la litispendance, du déni de justice ou de la transposition procédurale. Le résultat de cette intégration, donnant son nouveau visage au système du droit international privé fait l'objet d'une rapide synthèse en conclusion d'un essai bref mais dense.

Si la première étude s'avère nettement théorique, les deux dernières seront véritablement philosophiques. Le deuxième essai est consacré au phénomène de la double attribution, analysé tout d'abord comme problème juridique général pour être ensuite mieux saisi dans le cadre du droit international privé. Les problèmes liés à la répétition des phénomènes juridiques sont bien mis en évidence tant dans la litispendance que dans la rétroactivité ou la double imposition. Si, dans un cadre national, la double attribution se présente logiquement de manière diachronique, le droit international privé est classiquement plus attaché à sa dimension spatiale. Or, l'auteur fait ici le choix de s'attarder à cette dimension de répétition temporelle. Par l'emploi de la théorie trialiste, il annonce

sa volonté d'analyser la duplication dans ses implications profondes, mais également de dégager une axiologie de la double attribution.

L'étude de cette duplication met en lumière le conflit majeur de la « postmodernité » entre États nationaux et puissances « extra-gouvernementales ». En effet, le problème réside fondamentalement dans le caractère ambivalent de la nouvelle attribution, partagée entre conservation et innovation par rapport à la précédente. Or, conservation peut aussi bien signifier sécurité face à l'arbitraire qu'immobilisme. Le refus de la duplication dans l'activité de l'État est une manière de limiter son institutionnalité, d'instaurer l'« État de droit ». Corrélativement, les attributions extra-gouvernementales se multiplient, affaiblissant toujours davantage le rôle de l'État et participant à la formation d'un « État mondial », produit de l'économie globalisée. Dans cet espace intégrateur où prédomine la valeur d'utilité, les duplications, vestiges anachroniques, tendent également à disparaître de la scène internationale. L'admission par la France, en 1974, de l'exception de litispendance en est un excellent exemple.

Face à une telle évolution historique, M. A. Ciuro Caldani rappelle que le moteur du rejet ou de l'acceptation de la double attribution internationale doit être la volonté de réaliser la justice et, au-delà, de respecter les exigences d'un véritable humanisme. La duplication étatique n'est pas nécessairement à rejeter. Par son caractère d'innovation, elle peut permettre l'adaptation requise par la réception d'une décision dans un cadre différent de sa naissance, sans s'inféoder aux valeurs utilitaires dominantes.

Appliqué à l'étude du « concours » international, véritable « complexe axiologique », le troisième essai voit une nouvelle application du schéma trialiste. Analysée au travers des relations, générales comme internationales, du crédit, de l'entreprise et du capitalisme, la question du concours amène l'auteur à approfondir les thèmes de la globalisation et des mutations de la postmodernité.

L'importance des développements accordés à ces derniers problèmes peut surprendre un lecteur non averti. Une précision liminaire serait d'ailleurs la bienvenue, qui rappellerait l'existence, notamment dans de nombreux États d'Amérique latine, de discriminations légales entre créances nationales et étrangères. Or, constitutif d'un des aspects les plus intéressants du concours international, ce protectionnisme doit et ne peut être pensé qu'à travers une réflexion sur les développements du capitalisme. Très sensible à cette question, l'auteur trouve ainsi dans l'étude du concours l'occasion d'en établir une présentation critique. Dans son dernier état, il voit la réalisation de l'idéal saint-simonien de substitution du gouvernement des hommes par l'administration des choses. S'appuyant sur les travaux de J. Schumpeter ou de M. Weber, et prenant l'Argentine pour exemple, il montre l'inadaptation d'un capitalisme né sous certaines latitudes et objet d'intégrations le réduisant à sa seule dimension consumériste.

Il ne faudrait pas trop vite en conclure que le professeur Ciuro Caldani se livre à un plaidoyer *pro domo*. Certes, il reconnaît une certaine légitimité aux mesures de protection, en l'espèce celles relatives aux créanciers locaux, mais, loin de tout chauvinisme, il insiste sur la nécessité de leur donner de solides fondements. Comme dans l'étude précédente et plus largement dans l'ensemble de son œuvre, l'auteur se fait ici le défenseur des différences culturelles, en tant qu'elles portent les valeurs suprêmes de justice et d'humanité, face au nivellement d'une certaine globalisation, produit de la seule utilité.

Cependant, les « impératifs » d'une économie mondialisée ne sont pas négligés par une analyse dégagée de tout manichéisme qui rappelle qu'Hermès et Mercure, divinités du commerce et des voleurs, sont également les messagers des dieux. Non pas fin en soi mais instrument au service de l'homme, un capitalisme bien intégré peut être un moyen d'aider à l'épanouissement de la personne.

Vincent GUÉRIN

Isabelle Quiquerez-Finkel, *Imaginaires juridiques africains. Représentations et stratégies juridiques des migrants d'Afrique Noire en France et au Québec*, Paris, CIEMI-L'Harmattan, 1995, 337 p.

À propos de son ouvrage remarquablement construit et documenté sur les « imaginaires juridiques » africains, appuyé sur des interviews approfondies menées auprès de migrants d'Afrique Noire en France et au Québec, Isabelle Quiquerez-Finkel s'explique auprès du lecteur francophone de l'idée, qui pourrait paraître étrange à ce dernier, d'associer les termes « imaginaire » et « juridique ».

Elle répond ainsi aux notions, initialement dominantes dans la sociologie du droit en France, d'un « droit imaginaire » et d'un « droit vulgaire » qui distingueraient, à propos du droit, la pensée et la pratique naïves de leurs contreparties expertes. Elle s'inscrit pourtant, ce faisant, dans un courant très actuel qui pénètre à la fois l'anthropologie du droit aux États-Unis et les recherches sur la socialisation juridique en Europe. Dans une formule célèbre, Clifford Geertz disait, dès le début des années quatre-vingt, que « le droit, ici, là, où que ce soit, est partie intégrante d'une manière distinctive d'imaginer le réel »¹.

« L'application du droit », dit l'auteur, « même si elle relève de la responsabilité de l'État, reste en fait du ressort de l'acteur lui-même, qui détermine à chaque instant, sans pour autant en avoir toujours conscience, son attitude vis-à-vis de la norme étatique ». Et elle ajoute, définissant sa prise de position essentielle à l'égard du thème auquel elle consacre son ouvrage, « le droit n'est pas de nature exclusivement instrumentale, il fait l'objet, aussi, d'un investissement émotionnel de la part des individus et des groupes qui s'appuient sur lui pour mettre au point leurs stratégies de changement social et leurs nouveaux modes de vie. La prise en compte de cette *nouvelle dimension du droit comme phénomène vivant et approprié par les individus* (souligné par nous), chargé par eux de vertus et de risques, est l'étape première et indispensable de toute politique d'insertion, et plus généralement de toute démarche visant les migrants d'Afrique Noire. L'attitude des migrants à l'égard du droit ne peut se comprendre sans cette reconnaissance de la dimension affective du droit. Elle en est la clé ».

¹ Clifford Geertz, « Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective » in C. Geertz, *Local Knowledge. Further Essays in Interpretive Anthropology*, New York, Basic Books, 1983.

L'intuition d'Isabelle Quiquerez-Finkel rejoint ainsi partiellement l'hypothèse présidant aux recherches effectuées aux États-Unis par les anthropologues¹ et les sociologues² sur la conscience du droit (*legal consciousness*) ainsi que celle des recherches que nous avons nous-même effectuées en France, en Pologne, en Russie et en Hongrie sur la socialisation juridique des individus dès avant l'âge adulte³. Il s'agit bien, pour que le droit devienne opérationnel au niveau des individus composant la société, que se déroule chez les individus une « appropriation » du droit dans laquelle la dimension cognitive est inopérante sans une dimension affective. Les chercheurs en droit se réapproprient ainsi les découvertes de Piaget en psychologie cognitive. Comme toutes les représentations du monde social entourant les individus, les représentations que ces derniers se forment du droit sont toujours régies par une double dimension affective et cognitive. C'est cette dimension affective et cognitive qui permet une réelle *appropriation* du droit.

Dans un numéro récent de l'*Année sociologique*, Alain Clémence et Willem Doise⁴ montraient d'ailleurs comment les individus transformaient dans la pratique les informations relatives aux droits puisées dans le droit positif. Loin de dénoncer ces pratiques en les attribuant à des raisonnements défaillants ou à une information lacunaire, ils affirmaient au contraire que ces processus étaient générés « par la nécessité d'actualiser la signification des informations pour les utiliser dans divers contextes sociaux ».

L'hypothèse théorique d'Isabelle Quiquerez-Finkel relative à la question de l'imaginaire juridique et des représentations du droit que développent les individus, ici les migrants d'Afrique Noire, s'appuie sur une théorie des représentations « juridiques » bien étayée par les travaux sociologiques et anthropologiques sur les représentations sociales. Elle y joint une réflexion sur le pluralisme juridique car, « pour les migrants africains, la norme étatique n'est pas la seule référence juridique ». Soucieuse de ne pas se limiter à cet égard aux développements traditionnels, elle aborde cette question avec prudence : « sans vouloir les considérer à tout prix pétris de coutumes et de droits traditionnels, on ne peut nier l'existence d'une culture juridique africaine à la fois spécifique et diversifiée, fondée sur une histoire juridique particulière ».

¹ David M. Engel & Frank W. Munger, « Rights, Remembrance, and the Reconciliation of Difference », *Law and Society Review*, 1996, vol. 39, n° 1, p. 7-53 ; Frank W. Munger & David M. Engel, « Civil Rights and Self-Concept : Life Stories of Law, Disability, and Employment », *Droit et Cultures*, n° 35 (sous presse).

² Susan S. Silbey, « Un jeu d'enfant : une analyse culturelle de la conscience juridique des adolescents américains », *Droit et Société*, 1992, n° 19, p. 243-257 ; Susan S. Silbey & Patricia Ewick, « Devant la loi : la construction sociale du juridique » in Chantal Kourilsky-Augeven, *Socialisation juridique et conscience du droit : attitudes individuelles, modèles culturels et changement social*, Paris, MSH-LGDJ, 1997 ; Patricia Ewick & Susan S. Silbey, « A Case-Study of Legal Consciousness », *Droit et Cultures*, n° 35 (sous presse).

³ Chantal Kourilsky, « Socialisation juridique et identité du sujet », *Droit et Société*, 1992, n° 19, p. 259-275 ; Chantal Kourilsky-Augeven (en coll. avec Marina Arutiunyan & Olga Zdravomyslova), *Socialisation juridique et modèle culturel. L'image du droit en Russie et en France*, Paris, LGDJ, « Droit et Société », 1996.

⁴ A. Clémence & W. Doise, « La représentation sociale de la justice : une approche des droits dans la pensée ordinaire », *L'Année sociologique*, « Le juste : normes et idéaux », vol. 45/1995, n° 2, p. 37-400.

L'ouvrage constitue une démonstration brillante des hypothèses de départ formulées par l'auteur. Particulièrement clair, il semble de plus répondre à un souci d'être accessible tant au chercheur qu'au lecteur profane. Il est construit en trois parties dont chacun des titres est explicité par un sous-titre facilement accessible : « Les représentations juridiques (les manières de penser le droit) », « Les comportements juridiques (les manières de faire) » et « Lien juridique, lien social (les manières d'être) ». Qu'il s'agisse de l'imaginaire juridique ou de l'imaginaire judiciaire, des conflits et de leur règlement, de la place que le migrant ressent être la sienne dans la société d'accueil et de ses stratégies d'insertion, la profusion des exemples tirés d'interviews de migrants africains en France et au Québec en accroît le caractère vivant.

Le seul défaut de l'ouvrage réside paradoxalement dans l'extrême souci de clarté de l'auteur qui la pousse à créer de multiples subdivisions, rompant ainsi la fluidité d'une pensée à la fois exigeante et séduisante. Défaut mineur dû sans doute à la forme de la thèse à l'origine de l'ouvrage et qui ne saurait tempérer les compliments qui doivent être adressés à Isabelle Quiquerez-Finkez.

Chantal KOURILSKY-AUGEVEN

Luigi Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milan, 1996, IX + 167 p.

Luigi Mengoni, après avoir été professeur de droit civil à l'Université catholique de Milan, est aujourd'hui juge de la Cour constitutionnelle italienne ; au sommet de son parcours de juriste, il a réuni dans *Ermeneutica e dogmatica giuridica* certains essais qu'il avait déjà publiés dès 1978 à 1994, et il a révisé son travail précédent en ajoutant de nouvelles parties. Il propose surtout une analyse globale de la matière qui confère à l'ouvrage une solide unité et qui en fait une véritable et pertinente introduction à une notion spécifique d'interprétation normative, l'*herméneutique*, et à une forme de science juridique, la *dogmatique*.

Son premier essai est la clef de lecture de l'ouvrage entier. Il est consacré à l'herméneutique juridique comme espèce de la notion philosophique d'herméneutique ; Mengoni l'expose à partir de l'héritage de la philosophie romantique et d'une ligne de développement de Heidegger à Gadamer. Gadamer a notamment affiné l'idée heideggerienne que le rapport entre un texte et sa signification, indiqué comme le cercle herméneutique, doit nécessairement inclure aussi le sujet qui met en action le cercle lui-même. Ainsi, on parle de la sphère existentielle qui est la compréhension préalable du texte, une compréhension originale (*Vorverständnis*), car elle désigne la modalité ontologique de l'interprète comme sujet ; mais l'attitude visant à bien se placer dans le cercle herméneutique est déjà d'aller au-delà de la donnée existentielle ; il s'agit d'un comportement qui renvoie à des règles normatives. Donc, Gadamer a dévoilé les liaisons entre la vérité (de l'étant) et la méthode dans l'interprétation, en nous offrant un outil herméneutique déjà prêt pour l'analyse juridique.

La compréhension d'un texte ne peut jamais être étrangère à un moment historique déterminé ; la seule compréhension possible est liée à une situation déterminée, et chaque situation renvoie à sa propre compréhension. On peut dire, comme l'ont dit

Tullio Ascarelli et Giovanni Tarello, qu'il y a une différence logique entre le texte normatif et la norme, car le texte normatif doit être interprété et le résultat de l'interprétation est la norme ; avant l'interprétation, il n'y a pas de normes (significations). Comprendre est toujours mettre en pratique le sens d'un texte qui peut évoluer dans le temps (au fil des mutations des situations sociales, politiques...), mais il peut aussi varier en même temps (si l'on change d'abord les interprètes, et quant au même interprète en fonction du domaine d'application du texte qui conduit à des normes différentes). Mengoni dépasse ainsi la thèse du positivisme du siècle dernier qui voulait identifier le texte normatif avec la norme ; il dénie l'idée que les lois s'expliquent d'elles-mêmes ; il range au niveau des catégories herméneutiques la notion de *diritto vivente* (à la lettre, « droit vivant »), illustrée comme *nomos émpsychos*, une notion souvent utilisée par les tribunaux italiens, de la Cour constitutionnelle aux juges du fond, afin d'indiquer les décisions qui font le « précédent » de la jurisprudence en évolution. Mengoni illustre encore les argumentations du juge constitutionnel et il dégage les coordonnées permettant d'encadrer la portée de l'argument utilitariste, en nous offrant un regard intérieur à la Cour constitutionnelle, mais toujours capable de relier les cas d'espèces du droit positif aux sources philosophiques de l'activité de l'interprète juridique.

La dogmatique juridique est l'autre sujet de la réflexion de Mengoni, tout à fait lié à la fonction de l'herméneutique. Dans sa signification originale, le mot « dogme » peut signifier soit avis, doctrine, soit thèse fondamentale, mais la notion de dogme est toujours normative, fondée d'un côté sur l'autorité rationnelle, de l'autre sur l'autorité légitime. Par la suite, la notion de dogme devient un mélange des deux sens et indique une vérité qui ne peut pas être vérifiée par la raison : mais il y a des nuances importantes, comme les *regulae dogmaticae*, des règles qui peuvent être dites vraies ou fausses, dont d'abord les règles de la mathématique, opposées par Pascal aux sciences historiques (parmi lesquelles la jurisprudence), car « ils dépendent seulement de la mémoire, n'ayant pour objet que de savoir ce que les auteurs ont écrit ». En opposition avec l'idéologie de la jurisprudence comme rhétorique, on a connu l'idéologie de la jurisprudence comme science « dure », où le juge est la « bouche de la loi », car *in claris non fit interpretatio*. Ainsi, la science juridique allemande du siècle dernier modifie le rôle de la dogmatique : elle assume le rôle d'illustrer le droit positif, *i. e.* la législation, selon un certain regard déterminé. Le but final de la dogmatique est d'aboutir à l'unité globale du droit positif qui est une donnée presque « physique » ; finalement, du droit naturel caractérisé par des valeurs et principes, on en est arrivé à un droit positif caractérisé par des concepts et une axiologie neutre.

Le parcours historique de la dogmatique juridique concerne les juristes professionnels, mais aussi bien des philosophes juristes (sans oublier les théologiens juristes de la fin du Moyen Âge) comme Leibniz, Wolff, Kant : à son arrivée, après la crise du positivisme législatif, la découverte de l'herméneutique a redéfini encore le rôle de la dogmatique. Cette partie de la science juridique est devenue un moyen de dégager des nouveaux critères de choix, à l'intérieur du cercle reliant interprétation et dogmatique : quand l'argumentation interprétative nous fait plonger dans les contradictions, l'outil dogmatique recherche, par un processus de connaissance globale, de nouveaux signes, à partir de la totalité du système juridique, afin de qualifier une situation qui *prima facie* est sans qualification cohérente. Finalement, la dogmatique est la compréhension originale et préalable du juriste en face du texte législatif, elle est aussi la délimitation des

conditions de la possibilité abstraite juridique, c'est-à-dire l'ensemble hypothétique des cas d'espèces abstraites.

Entre science dogmatique et herméneutique juridique, l'ouvrage de Mengoni est un défi au positivisme légaliste émané d'un juge qui n'a pas d'apparente nostalgie pour l'ancien droit naturel, bien que pour lui la doctrine romaine soit un modèle d'interprétation herméneutique, mais il s'agit aussi d'un juge qui veut trouver dans la Constitution les valeurs historiques (et non pas métaphysiques) qui fondent un système juridique. Sans doute, le droit naturel n'était-il pas étranger à l'histoire, mais à coup sûr, la lecture de l'ouvrage de Mengoni nous apporte des éclaircissements concernant d'un côté la théorie générale de l'interprétation, de l'autre l'attitude juridique d'un juge qui fait partie de l'une des cours constitutionnelles du Vieux Continent.

Luca PARISOLI

A. V., *L'integrazione delle scienze per una società ordinata*, M.A. Raschini (dir.) Genova, L'Arcipelago, Soc. internaz. per l'unità delle scienze, Biblioteca dell'Arcipelago, 1996, 224 p.

Actes des trois derniers colloques annuels à la Spezia de la section italienne de l'« Archipel » (Société internationale pour l'unité des sciences), dont le projet est de développer l'esprit d'une nouvelle encyclopédie à fondement ontologique et cognitiviste en parallèle à l'encyclopédie du même nom qui s'est engagée dans une voie néo-empiriste et analytique. Sous la direction du prof. M. A. Raschini, et selon le maître-mot de dépasser l'*aut-aut* kierkegaardien (d'assumer dialectiquement les contradictions de la culture sans les fuir dans un dogmatisme), les contributions se répartissent autour de trois thèmes fondamentaux : la recherche de l'interdisciplinarité scientifique au regard des exigences sociales et politiques, ce qui met en évidence le rôle médiateur du juridique dans le prolongement de l'économique et par le biais d'une anthropologie ; la réflexion sur la notion de positivité, ce qui fait ressortir l'apport des divers savoirs scientifiques, mais en même temps leurs limites ; l'ouverture à une sorte de « cité parfaite », enfin, pour reprendre l'expression néo-platonicienne et campanellienne, mais organisée selon les schèmes d'une raison positive et calculée, dont le droit procure la meilleure démarche et dont l'espace structuré du « jardin » manifeste, plus sans doute que l'architectonique du bâtiment, la projection métaphorique. Ont collaboré à ce volume : philosophes, esthéticiens, politicologues, anthropologues, physiciens et astrophysiciens, mathématiciens, architectes et urbanistes.

J.-M. T.