

Comptes rendus

A. — Histoire de la philosophie du droit

Angel Sanchez de la Torre, *La tyrannie dans la Grèce antique*, trad. de l'esp. par Delphine Pasquet, Bordeaux, Bière « Philosophie du droit » n° 15, 1999, 200 p.

Ce texte correspond à la version française du discours de réception du professeur Angel Sanchez de la Torre, directeur du département de philosophie du droit de l'Université Complutense de Madrid, à la *Royale Académie espagnole de législation et de jurisprudence*, (Section de Philosophie droit). L'auteur avait déjà fait paraître en 1987 dans la même collection, la version française (tr. Etienne Douat) de son essai : *Le droit l'aventure européenne de la liberté*. La présente publication a été symboliquement choisie au moment où Angel Sanchez de la Torre recevait à l'Université Montesquieu de Bordeaux le doctorat *honoris causa*, au titre la philosophie du droit et à l'occasion de la commémoration du 250^e anniversaire de *l'Esprit des lois*, ayant beaucoup écrit sur Montesquieu. Et si d'ailleurs la passion intellectuelle de l'auteur est tournée vers les Grecs, l'on ne saurait oublier que c'est grâce à eux qu'il a étudié Montesquieu, comme il a traité le thème de l'Europe – les Grecs marquent souvent la transition avec la Méditerranée orientale d'où a émergé l'Europe classique,... quand un taureau qui n'était pas hispanique s'en est mêlé.

D'une longueur inhabituelle, les développements de ce livre sont aussi d'une extrême densité d'érudition et d'une subtile acuité d'analyse. Angel Sanchez avoue avoir exposé là les résultats de plus vingt années d'intenses recherches, ce que vérifie la variété de ses registres documentaires : dans l'ordre historique et linguistique comme dans l'ordre de la philosophie juridico-politique, il s'agit sans doute là de l'une des synthèses les plus richement informée, qui permet de mieux saisir la portée d'approches déjà connues de Finley à Strauss, Vernant ou Cl. Mossé.

Mais bien au-delà des curiosités d'une enquête située, la portée plus générale de cet ouvrage n'échappera pas au lecteur. Sans reprendre les vieux débats, abordés sur le mode littéraire ou dialectique, de Kafka à Arendt, et que véhiculent encore tant de « critiques » de la « démocratie », l'auteur, philosophe et sociologue, porte ici un diagnostic renouvelé sur les structures permanentes du phénomène tyrannique. Il s'est employé à élaborer une sorte de portrait de la tyrannie d'où ressort un type psycho-comportemental assez caractérisé pour être tristement reconnaissable à travers certaines mœurs du pouvoir qui n'ont guère changé, quand les références juridiques et institutionnelles de complaisance et la rhétorique vide du politique servent de paravent au moins avouable des mobiles : à la destruction narcissique de l'altérité au nom du « lien social ».

Jean-Marc TRIGEAUD

Philippe Nemo, *Histoire des idées politiques dans l'Antiquité et au Moyen Âge*, PUF, 1998, 784 p.

Sur la base de son enseignement, Philippe Nemo, professeur au Groupe École supérieure de commerce, a entrepris d'écrire une « histoire des idées politiques ». Des deux volumes prévus le premier, paru récemment, en fait l'étude « dans l'Antiquité et au Moyen Âge ». Il s'annonce comme étant un manuel élémentaire parce qu'il évite les interprétations et discussions particulières aux spécialistes, mais loin d'être sommaire, il s'impose par l'ampleur et la richesse de ses développements.

Trois grandes périodes successives sont tout naturellement distinguées : la Grèce, qui invente le modèle de la cité étatique, du citoyen et de la vie civique ; Rome, adaptant l'influence grecque à sa propre pensée juridique et politique ; l'Occident chrétien qui, au Moyen Âge, veut concilier la tradition gréco-romaine et l'apport original du christianisme. À toutes les étapes du parcours, l'exposé des idées politiques se trouve précédé d'un rappel du cadre historique, afin de les situer dans leur contexte concret, de les mettre en rapport avec l'esprit des institutions et l'atmosphère intellectuelle constituant le fond sur lequel elles se détachent. Elles sont elles-mêmes présentées dans les thèmes caractéristiques d'une époque, dans les théories des penseurs politiques et leurs œuvres majeures qui font l'objet d'une analyse détaillée et d'une lecture explicative, contenant, pour en favoriser une connaissance plus directe, des citations nombreuses et substantielles ou du moins des résumés de passages trop longs pour se voir reproduits dans leur intégralité.

*
* * *

C'est en Grèce, dont traite l'auteur dans la première partie, précédée d'une introduction sur l'anthropologie politique, que naît la pensée rationnelle sur la politique, et non pas dans les États du Proche-Orient ancien où les monarchies sacrées relèvent d'une mentalité magico-religieuse, qui, du reste, aura des résurgences dans les sociétés ultérieures, et même actuelles. Avec la cité contemporaine du miracle grec, apparaissent les notions de *logos*, à la fois parole et raison, d'ordre social, de justice, de libre discussion publique, d'isonomie ou de loi égale pour tous les citoyens : encore peu perceptibles chez Homère et Hésiode, elles s'affirment au V^e siècle, déjà chez Hérodote, mais surtout chez Périclès et dans l'éloge qu'il fait de la démocratie athénienne selon le grand discours que lui attribue Thucydide. Peu après pourtant, la démagogie démocratique donne prise aux critiques d'Isocrate, de Démosthène, et provoque par réaction l'intérêt porté à la discipline spartiate par Xénophon, attentif aux règles de la direction de toute organisation, et aussi par Platon.

Les théories politiques de Platon ainsi que celles d'Aristote acquièrent une portée permanente par la profondeur de la réflexion philosophique qui les anime. Les dialogues platoniciens que sont *La République*, *Le Politique*, *Les Lois*, déterminent l'essence de la justice dans la société et dans l'homme, construisent le modèle idéal de la cité parfaite, ou presque parfaite, gouvernée par un roi-philosophe ou par une élite strictement sélectionnée et formée par une longue éducation à la connaissance de la vérité transcendante, toute différente des opinions de la foule, à la contemplation de la réalité intelligible, bien

que les régimes politiques existant dans le temps historique ne puissent pas éviter de suivre un schéma cyclique de dégradations successives. La grandeur de l'entreprise ne réussit pas à effacer le danger, dans le domaine politique, de la pensée apriorique et apodictique, de la tentation de l'absolu, du totalitarisme éclairé qui débouche sur une société close et immuable. Aristote, quant à lui, familier des sciences biologiques, recherche le bien politique par une méthode expérimentale et le rattache à sa conception de la nature définie pour tout être vivant concret par la finalité intrinsèque le portant normalement à parvenir à la plénitude achevée de sa forme substantielle. Dans son traité de *La Politique*, il voit dans l'homme, en tant que doué de parole, un être non seulement social mais civique ou politique, et dans la cité le cadre délimité nécessaire pour qu'il réalise son humanité, mène une vie bonne, pratique dans sa relation avec les autres membres de la communauté la justice englobant elle-même les autres vertus. Partant de là, il établit une typologie des constitutions, une distinction des fonctions à l'intérieur de l'État, une classification des changements politiques selon leurs causes contingentes. Il préconise en définitive une politique modérée, un régime mixte, équilibré et équitable, tenant un milieu juste entre les solutions excessives ou défectueuses, prenant en compte les forces et les intérêts en présence : il inaugure ainsi un courant, qui ne disparaîtra pas, d'un humanisme politique d'inspiration aristotélicienne.

À l'époque hellénistique, au temps de la décadence de la cité et des conquêtes d'Alexandre, se répandent de nouvelles philosophies. À côté du cynisme qui rejette la vie politique et de l'épicurisme qui s'en désintéresse, le stoïcisme prédomine dans la société : il fait de l'homme un individu participant de l'ordre cosmique et divin, appartenant à une cosmopolis coextensive à l'univers, se conformant à la loi naturelle qu'il possède en lui par sa raison et à laquelle il donne son adhésion. Une telle vision favorise une double possibilité en matière politique, un choix entre l'acceptation d'une monarchie absolue tenue pour l'instrument de l'ordre universel ou le retrait du sage n'ayant égard qu'au seul gouvernement divin. Dans la société composite des nouveaux grands royaumes grecs proche-orientaux, le souvenir persistant des monarchies sacrées se mêle à la culture philosophique et civique de la Grèce dans un amalgame dont va hériter l'Empire romain.

*

* *

À Rome, les idées politiques, comme le montre l'auteur qui les aborde dans une deuxième partie, doivent être mises en rapport non seulement avec l'évolution historique allant de la cité et de la République à l'Empire absolutiste et s'étendant à l'ensemble du monde alors connu, mais aussi avec le milieu juridique qui les conditionne. Le droit romain élabore progressivement des mécanismes abstraits et polyvalents, des concepts tel celui de la personnalité juridique, permettant de constituer, dans l'ordre que fait régner la paix romaine, un schéma unique de relations sûres et régulières pour des peuples très diversifiés. Ainsi en est-il du droit des institutions publiques, politiques et administratives, centrales et provinciales. De même, le droit privé, grâce à la souplesse et aux innovations des actions judiciaires prétoriennes, aux avis autorisés des jurisconsultes, aux constitutions impériales, passe du vieux droit quiritaire à un droit des gens, c'est-à-dire un droit commun aux différents peuples. Ce droit est finalement concentré dans le

corpus juridique de Justinien, qui retrouvera, du reste, bien plus tard une nouvelle importance.

Comme les juristes, les écrivains politiques subissent l'emprise culturelle de la Grèce conquise par Rome. Sous la République, Polybe est lui-même un Grec romanisé justifiant le régime et l'expansionnisme romains. Il convient surtout de réserver une place primordiale à Cicéron, Romain hellénisé, en raison de l'assimilation qu'il effectue des sources grecques en s'inspirant moins de Platon, même s'il l'admire, que d'Aristote et, plus encore, du stoïcisme, et de l'immense influence qu'il exercera sur toute la longue tradition de l'humanisme moral et juridique. Dans son traité *Des devoirs*, il expose l'idéal de perfection et de beauté morale correspondant au souverain bien, il en montre la réalisation dans l'accomplissement des vertus de prudence, de force d'âme, de tempérance et tout particulièrement de la vertu de justice incluant la bienveillance et l'amitié en même temps que le respect de la propriété et des contrats, prééminente parce qu'elle permet aux hommes de vivre ensemble. Dans les dialogues *De la République* et *Des lois*, imitant Platon dans leurs titres et leur forme, mais non pas dans leur contenu, il examine le droit et l'État, dont la fonction consiste à garantir de telles exigences humaines : le droit dans ses principes fondamentaux, la loi naturelle inhérente à la nature sociale et rationnelle commune à tous les hommes et que la loi positive doit respecter et faire respecter, sous peine d'être injuste ; l'État, ou la chose publique, et le régime politique mixte combinant des éléments monarchiques, aristocratiques et démocratiques, idéalisant celui de la république romaine, alors que se profile la figure de l'Empire.

Sous l'Empire, et d'abord sous le Haut-Empire, le principat instaure une monarchie absolue tout en conservant les apparences républicaines : l'empereur, ou le prince (*princeps*), est le premier personnage de l'État, gouvernant théoriquement dans le cadre stable des lois ; le culte impérial fait de lui un héros providentiel et sacré, quasi divin, lui assure une aura religieuse associée toutefois à celle de l'État lui-même. Telle est l'idéologie célébrée, avec des nuances variées, par le poète Virgile dans l'*Enéide* en faveur d'Octave Auguste, par le philosophe Sénèque et par l'historien Tacite malgré leur pessimisme, par le haut fonctionnaire Pline le Jeune dans son *Panegyrique de Trajan*. Mais peu à peu les apparences civiques s'effacent au profit d'une monarchie impériale reproduisant un gouvernement divin du monde, et dont témoigne déjà Dion Chrysostome dans ses *Discours sur la royauté*. Sous le Bas-Empire, ou dominat, l'empereur est le maître (*dominus*), un pur et simple autocrate. Suivant l'exemple déjà donné par les monarques hellénistiques orientaux, il est divinisé dans sa propre personne et, bien plus, il n'est même pas un dieu parmi les autres dieux : sous l'effet de la propension du syncrétisme religieux à dégager dans le foisonnement divin un dieu suprême, tel le dieu solaire, il est l'image terrestre de ce dieu céleste. Avec l'Empire chrétien, comme le proclame Eusèbe de Césarée dans son *Éloge de Constantin*, il devient le représentant, non plus d'un dieu suprême à l'intérieur d'un polythéisme hiérarchisé, mais du Dieu unique affirmé par le monothéisme chrétien, du *Logos* divin que la théologie chrétienne reconnaît en Dieu : la souveraineté de l'empereur reflète celle de Dieu.

*

* *

L'Occident chrétien, auquel l'auteur arrive dans la dernière partie de l'ouvrage, ajoute aux traditions d'Athènes et de Rome un troisième élément, le christianisme, dont l'origine se trouve à Jérusalem. Dans ses aspects politiques, la pensée biblique apporte des principes nouveaux se rattachant à la foi juive de l'Ancien Testament et à la Révélation chrétienne du Nouveau Testament : le sens d'une justice sainte et attentive aux humbles ; la réinterprétation du pouvoir temporel qui peut se voir rabaissé par sa soumission à la souveraineté de Dieu, ou limité par la distinction évangélique d'un domaine spirituel d'où il est exclu, ou au contraire renforcé dans la doctrine paulinienne par son fondement divin ; la notion d'un temps historique orienté vers la réalisation du règne de Dieu dans l'attente, pour le messianisme eschatologique judéo-chrétien, d'un brusque avènement d'une ère définitive de justice et de paix, peut-être à la suite d'un millénium de bonheur d'après l'apocalypse johannique, ou bien plutôt, d'une manière générale, dans la croyance en un progrès continu de transformation de l'homme et de la société.

Le christianisme se répand dans l'Empire romain : après son opposition au culte de l'empereur païen, il se trouve soumis à la tutelle pesante de l'empereur devenu chrétien, ce qui suscite des protestations de l'Église. Mais, alors que l'Empire oriental dérive vers le césaro-papisme byzantin, l'Occident latin tend à mettre en valeur la supériorité de l'Église. Saint Augustin, surmontant son pessimisme par sa foi en la grâce de Dieu, distingue, dans son grand traité de *La Cité de Dieu*, la cité de l'amour divin et celle de l'égoïsme humain, fait du pouvoir politique une rançon du péché et un service purement ministériel, et de l'État chrétien le seul État authentique, confié en toutes circonstances à la Providence divine.

Pendant le Haut Moyen Âge, les royaumes barbares, officiellement christianisés, succèdent d'abord à l'Empire, sans le remplacer, malgré la renaissance carolingienne, puis la création du Saint Empire romain germanique qui durera jusqu'aux temps modernes. En cette période troublée, l'augustinisme politique réduit la distinction augustinienne des deux cités à celle de l'Église et de l'État et entend assujettir l'État à l'Église, plus précisément au gouvernement des évêques, comme le propose Hincmar de Reims. Ensuite, la structure féodo-vassalique de la société efface largement le concept d'État, et la royauté sacrée, bien qu'elle en maintienne une certaine survivance, notamment dans la dynastie capétienne, présente des aspects magico-religieux : l'une et l'autre, confondant le pouvoir temporel et le pouvoir spirituel, renforcent le sentiment de fidélité aux différents seigneurs ou au suzerain royal. Pour les étudier, il faut, en l'absence d'une véritable pensée politique élaborée à l'époque, recourir aux représentations mentales et aux rites symboliques qui les caractérisent.

Au Moyen Âge classique, du XI^e au XIII^e siècle, la Révolution papale, inaugurée par le pape Grégoire VII, réagit vigoureusement et légitime la plénitude du pouvoir de l'Église romaine, la monarchie pontificale, contre les pouvoirs séculiers, féodaux, impériaux ou royaux, et même dans l'Église à l'égard des évêques. La papauté veut former, non seulement des chrétiens, mais un monde lui-même chrétien. Elle utilise le renouveau du droit romain, qui favorise le développement du droit canonique, mais qui provoque aussi la redécouverte des sources antiques et païennes et la remontée du pouvoir étatique, entraînant des conflits entre le pape et l'empereur ou les rois. Pourtant, saint Thomas d'Aquin réalise la synthèse doctrinale de la foi et de la raison, de la théologie chrétienne et de la pensée d'Aristote, de Cicéron et des juristes romains. Inversant la

perspective augustinienne, s'il considère bien l'ordre naturel comme subordonné à l'ordre surnaturel, il montre la valeur intrinsèque, même imparfaite, de la nature humaine, blessée sans être détruite par le péché et restaurée par la grâce divine dont elle est le support, et donc aussi celle des vertus naturelles en matière morale et politique. À l'intérieur de cette œuvre magistrale qu'est la *Somme théologique*, dans le traité « des lois », il rattache la loi à la raison et au bien de la communauté, en examine les diverses espèces, la loi naturelle découlant de la loi éternelle divine et présente dans les créatures et tout spécialement dans l'homme en tant qu'être rationnel, la loi humaine qui l'actualise et l'adapte aux circonstances, en mettant à part la loi divine révélée, celle de l'Ancien et du Nouveau Testament. Dans le traité « de la justice », il établit la légitimité, dans son ordre propre, de la justice naturelle dans toute communauté politique normale ; il étudie les problèmes de la propriété, du commerce et du juste prix, du prêt à intérêt. Quant au régime politique, il préconise la royauté en raison de l'unité de son principe directeur, mais surtout un régime mixte, juste et modéré. La synthèse thomiste inspirera le catholicisme jusqu'à l'époque actuelle.

Dans les deux derniers siècles du Moyen Âge, se dessine déjà l'État moderne dans ses traits essentiels. Il se distingue de la personne même du prince et voit s'éveiller un sentiment national. Il se veut laïc, indépendant du pape et de l'Église : cette laïcité est revendiquée par Dante et, plus encore, par Marsile de Padoue et par Guillaume d'Occam pour l'empereur romain germanique. Autonome dans son ordre et détenu par un prince qui s'affirme chrétien, le pouvoir étatique se décléricalise, mais tend à s'affranchir aussi de la morale au nom de l'intérêt public, tendance que renforcent les légistes. Il subsiste, certes, une fonction de conseil, reconnue à des organes venant du droit féodal, et même intensifiée dans le courant ecclésiastique du conciliarisme : elle est justifiée par des penseurs comme Nicolas Oresme, Jean Gerson, Nicolas de Cuse ; mais elle n'empêche pas le pouvoir de devenir progressivement souverain et absolu.

Il convient de remarquer que, tout au long du Moyen Âge, surgissent périodiquement des mouvements millénaristes, dérivés de l'eschatologie chrétienne et du désir de faire advenir l'ère de mille ans de bonheur selon l'interprétation littérale de l'apocalypse johannique : tantôt ils prennent une forme spirituelle et pacifique comme chez Joachim de Flore ; tantôt, comme avec le Libre Esprit, ils suscitent des agitations, qui peuvent se faire violentes et insurrectionnelles, comme avec les Taborites, annonçant les anabaptistes de Münster du XVI^e siècle et, bien plus tard, les idéologies révolutionnaires des XIX^e et XX^e siècles. Ils s'opposent à l'idée d'un progrès obtenu par un effort rationnel, d'où sortira le courant du libéralisme.

À la fin de l'ouvrage, un index des noms et des matières fournit d'utiles repères de lecture.

Jacques DAGORY

Francesco d'Agostino (éd.), *Ius divinus. Fondamentalismo religioso ed esperienza giuridica*, Giappicelli, Turin, 1998, 394 p.

Autour de la contribution de Fr. d'Agostino, l'éminent maître de la philosophie du droit de la Faculté de droit de l'Université de Rome, consacrée à « La teologia del diritto alla prova del fondamentalismo » (p. 113-123) qui pose, en particulier, la question des rapports du droit et de la prophétie, de la foi et de la justice, de nombreux auteurs apportent de fortes réponses à cette question du fondamentalisme qui reste un des problèmes les plus brûlants auxquels sont confrontés pratiquement tous les peuples de cette fin de millénaire.

Savatore Amato, « Fede e fedeltà : fondamentalismo e principio di legalità » (p. 1-24) traite du problème du savoir erratique, de la suggestion absolutisée, de l'assujettissement de la vérité qui repose sur l'incapacité à tenir séparé l'absolu qui transcende tout et les divers niveaux où se situent, par exemple, la démocratie et la raison.

Juan Ignatio Arrieta, « Libertà e comunione nella società ecclesiastica e nel governo della Chiesa » (p. 25-39) à partir d'une esquisse du contexte général de la question, depuis le concile Vatican II jusqu'aux lois fondamentales de 1983, de la place de la liberté humaine dans un droit unanime de l'Église, ou, sur le plan plus spécialement canonique, de la conformité des législations particulières avec les lois universelles de l'Église.

Sergio Belardinelli, « Fondamentalismo religioso ed esperienza giuridica. La prospettiva socio-politica » (p. 41-48) relate les variations des pouvoirs théocratiques historiques et modernes, mais insiste surtout sur les risques contemporains du fanatisme et communautarisme des nouveaux barbares ethniques.

Salvatore Berlingo, « La prospettiva canonistica : profili ontologico-normativi del diritto di una Chiesa » (p. 52-76). Catholique ne signifie pas exclusion, mais au contraire ouverture dans une confrontation interculturelle et interreligieuse sur la base du thème des droits de l'homme, de la liberté de conscience face aux intégrismes et exclusivismes.

Alfonso Catania, « Fondamento del diritto e prospettiva normativista » (p. 77-86). Aux bases du droit de type religieux, fondamentaliste, dans la formation des États modernes en Europe aux XVI^e et XVII^e siècles, les États occidentaux libéraux, démocrates, opposent une séparation de type scientifique entre droit et justice, la conscience de la nature instrumentale du droit. Il en résulte un fondement substantiel du droit défectueux et déficitaire.

Georges Chantraine sj., « Entre fondamentalisme et rationalisme : loi et Verbe incarné » (p. 87-101). Contre les interprétations des médias modernes confondant Vatican et États islamiques intégristes, opposant démocratie et fondamentalisme, il faut rappeler les grands modèles d'interprétations religieuses dans l'histoire : Torah, Coran et les pathologies interprétatives fondamentalistes et rationalistes. Contre ces dernières il y a place à la médiation rationnelle, la liberté de la personne et surtout celle du médiateur : Verbe de Dieu incarné.

Francesco Compagnoni, « Fondamentalismo cattolica tra "contemptus mundi" e "presenza sociale della Chiesa" » (p. 103-111). Le fondamentalisme contemporain peut prendre des formes archaïques opposées à la modernité sociale et politique. Il peut être un

contemptus mundi, relever d'une séparation entre monde propre culturel et monde propre spirituel.

Pierfrancesco Grossi, « Fondamentalisme religioso ed esperienza giuridica » (p. 125-141) pose au regard du droit public et privé moderne la question de la compatibilité entre la religion musulmane et la liberté religieuse, ses garanties constitutionnelles, à propos de la majorité, la tutelle, le célibat, le statut matrimonial, l'esclavage.

José A. Ibanez-Martin, « ¿ Educar en convicciones atenta contra el espíritu democrático ? » (p. 143-164). Autour de quatre thèmes : celui de la neutralité de l'État ; des conditions et du développement humain ; du concept de fanatisme ; du statut spécial des convictions religieuses.

Gaetano Lo Castro, « Il mistero del diritto divino » (p. 165-200). Questions essentielles autour du droit divin et de la construction systématique du droit. Les multiples thèses doctrinales. Le Dieu législateur. La foi et la raison dans la connaissance des mystères divins. Les prépositions humaines dans le droit divin, la place de la liberté de l'homme confrontée à son caractère obligatoire et l'historicité de l'être.

Andrés Ollero, « Tolerancia, fundamentalismo y laicismo » (p. 201-215). Sans liberté, pas d'accès à la vérité. Le rôle de l'argument d'autorité. La frontière public/privé. L'autonomie morale dans la formation de la personne. La transformation du laïcisme en fondamentalisme. La nécessité de recherche la parité ontologique de la personne.

Teresa Serra, « Tradizione e legge fondamentale » (p. 217-255) souligne les caractéristiques de l'homme contemporain qui a perdu le sens commun et exalte les particularités dissolvantes qui lui font perdre toute identité, annulant le passé et le futur. Elle s'appuie sur les philosophes de la Restauration (de Bonald, de Maistre). Les valeurs chrétiennes sont aussi celles qui sont inscrites dans la nature de l'homme ; d'où la nécessité contemporaine de se référer à la *veritas*, valeur légitimante de l'être même et de son existence.

Sergio Stamatì, « Stato, libertà, corpi intermedi nella prospettiva del fondamentalismo religioso (sul fondamentalismo forte) » (p. 257-297). À partir des considérations théoriques et de l'expérience pratique, historique, du fondamentalisme, l'auteur aborde les questions des variantes du fondamentalisme majoritaire, minoritaire, sa structure interne dialectique ; sa confrontation à l'expérience juridique, à la validation juridique de la règle. Il traite de l'application du doctrinarisme fondamentaliste, de ses aspects institutionnels étatiques, de la place de la liberté, des corps intermédiaires, des conflits ouverts.

Johannes Strangas, « I rapporti tra fondamentalismo religioso ed esperienza giuridica in quanto modo di emergenza del problema dei rapporti tra morale e diritto » (p. 295-340). L'analyse des sens du terme fondamentalisme dans ses éléments historiques, théologiques, dans une synthèse des concepts et des moyens méthodologiques juridiques apparaît propre à limiter les conflits, en promouvant une perfection pratique, une perfection cognitive, tant chez le citoyen que dans la structure juridique et constitutionnelle de l'État.

Jean-Marc Trigeaud, « La justice divine entre nature et personne ou le fondamentalisme à l'épreuve » (p. 341-382). Dans un sommaire abondant, on peut retenir : la source du mensonge fondamentaliste, le repère essentiel dans l'être, le fondement sociologique immédiat de la convention, le fondamentalisme rationaliste et historique, le terrorisme de la forme, autorité et connaissance directe, le destin de l'homme en Dieu.

Vicenzo Vitale, « Fondamentalismo, diritto, libertà. Tre modelli ermeneutici » (p. 383-392) souligne les caractères de la théocratie intégraliste de l'Islam et de l'autocratie athéistique auxquels s'oppose le trinitarisme libérateur chrétien.

Gérard D. GUYON

Christian Lazzeri, *Droit, pouvoir et liberté. Spinoza, critique de Hobbes*, Paris, PUF, 1998, 401 p.

Plus que toute autre philosophie, la philosophie classique née de la révolution galiléenne de la physique ne se comprend qu'en nouant le dialogue riche et profond que ses quatre penseurs principaux, Descartes, Hobbes, Spinoza et Leibniz, ont mutuellement entretenu. Mais jamais non plus, dans l'histoire de la philosophie, des auteurs partant de prémisses physiques, anthropologiques et théologiques voisines ont su concevoir des systèmes aussi singuliers et distincts les uns des autres. Christian Lazzeri questionne ainsi le problème du droit et de la politique dans la philosophie classique en comparant les systèmes de Hobbes et de Spinoza et en montrant comment Spinoza, tout en acceptant les principes de la révolution hobbesienne du Politique par rapport à la cité aristotélicienne, les déplace et les critique pour concevoir un système politique radicalement différent voire contradictoire de celui de Hobbes.

Christian Lazzeri définit la constitution du système juridique et politique classique en trois étapes :

1) La première étape est juridique. Le politique se fonde en premier sur le droit naturel. Le droit naturel repose lui-même sur une anthropologie. De fait le droit naturel ne définit rien d'autre dans la philosophie classique que la capacité d'action de chaque homme en vue de sa conservation. Le droit naturel s'identifie à la force propre de chacun. La *summa divisio* entre le droit et le fait n'est pas encore opérée. Ce sont les contradictions entre la force et les intérêts de chacun qui suscitent la constitution du droit civil, de la cité et de son organisation politique, afin de résoudre les conflits des forces entre elles. Mais quelles que soient les médiations que le droit civil est amené à opérer, il doit toujours respecter le droit naturel, c'est-à-dire la tendance naturelle de l'homme à exercer sa capacité en vue de se conserver et de se perpétuer. C'est la base de toute politique jusqu'à aujourd'hui.

2) La deuxième étape de la constitution civile de la société est elle aussi juridique. Il s'agit non plus de la naturalité du droit, mais de son institutionnalité. La question essentielle consiste ici à légitimer le passage et le transfert d'un ordre à l'autre : de l'ordre naturel de l'exercice de la force à l'ordre positif du droit civil. Se détermine ici le principe même de constitutionnalité de la société, c'est-à-dire ce qui légitime le passage de l'ordre naturel à l'ordre positif que médiatise la constitution au sens essentiel du terme.

3) La troisième étape quant à elle est politique. Elle s'attache à définir la nature de l'État que constitue ce transfert de droit, ainsi que l'essence de sa souveraineté.

L'auteur montre bien que Spinoza, tout en reprenant les principes généraux de ces trois étapes, modifie radicalement les perspectives hobbesiennes, et mieux encore ren-

verse Hobbes au lieu même de sa propre révolution épistémologique en matière de droit et de politique. Cette révolution suit donc scrupuleusement ces trois étapes.

1) Comme le note l'auteur, « Hobbes comprend le droit naturel, à la suite de Grotius, comme droit naturel subjectif définissant pour l'individu un principe de liberté d'action en rapport avec la fin qui lui est nécessairement fixée par son effort constant pour assurer sa conservation » (p. 103). Spinoza part lui aussi du droit naturel subjectif, mais il l'entend de façon radicalement différente puisqu'il le rapporte d'abord à la productivité infinie, nécessaire et absolument libre de cet individu naturel qu'est la substance divine. Ce qui ne signifie pas au demeurant le sacrifice de la dimension anthropologique du droit naturel chez Spinoza, mais justifie au contraire son amplification. Il ne s'agit plus pour se conserver et se perpétuer d'arriver, comme chez Hobbes, à une isosthénie entre les forces internes de l'homme et les forces externes qu'il rencontre, mais d'aller jusqu'au bout de sa puissance, c'est-à-dire d'accomplir l'ensemble des effets dont l'essence de l'homme est capable en vertu précisément de sa participation à la substance divine. On comprend, dès cette première différence, que l'essence de l'État ne peut être identique chez Hobbes et chez Spinoza. Le premier a une conception statique et équilibrée de l'ordre politique, le second au contraire dynamique et instable.

2) Cette première distinction modifie nécessairement le sens du transfert de l'ordre naturel à l'ordre civil, puisque Hobbes peut s'autoriser à suspendre la force naturelle tandis que Spinoza s'interdit évidemment de contraindre et de mettre entre parenthèses le *conatus* issu de la substance divine. C'est pourquoi Spinoza rejette la théorie hobbesienne de la représentation parfaite du peuple par le souverain, comme si le peuple était un mineur sous tutelle, au profit, note l'auteur, « de la construction d'une unité de la multitude par une composition des puissances individuelles orientées vers le consentement à l'égard des actes de gouvernement » (p. 8).

3) C'est la notion même du politique qui change radicalement de signification. Hobbes a cherché à déterminer une sphère autonome du politique affranchie de tout ce qui n'est pas elle, une sorte d'arche par rapport à tout effet de pouvoir étranger à la rationalité juridique des actes, tandis que Spinoza de son côté essayait de penser le politique comme la totalité des activités et des efforts de la société. Il s'agit pour lui, comme le note l'auteur, de « construire une philosophie politique qui ne soit pas fondée sur l'autonomie de la sphère politique, elle-même réduite à un ensemble de rapports juridiques suspendus à l'obligation morale rationnellement fondée d'un sujet de droit, et de penser le système social dans son ensemble, différencié et articulé, ainsi que les rapports des puissances par lesquels il est détruit ou stabilisé » (p. 10). Comme si l'autonomie du politique constituait une sorte de réduction et de dépression du *conatus* universel et total de la substance divine mise en acte par la société. Spinoza reprenant d'une certaine manière le thème du *conamen universale* de Campanella qui juge tyrannique tout dispositif divisant et plurifiant les principes et les sources de l'activité du monde.

Leggere L'Esprit des lois, stato, società e storia nel pensiero di Montesquieu, a cura di Domenico Felice, Liguori editore, Naples, 1998, 286 p.

Présentées par Domenico Felice dans le cadre de la célébration du 250^e anniversaire de l'édition de *L'Esprit des Lois*, ces six contributions rappellent l'intérêt inépuisable de la pensée de Montesquieu pour les philosophes du droit contemporains, mais aussi qu'elle reste une référence et même un antidote efficace face aux menaces toujours actuelles contre les valeurs de liberté et d'humanité fondatrices de notre culture et de notre communauté politique et civile : Domenico Felice, « Una forma naturale e mostruosa di governo : il dispotismo nell'Esprit des lois » (p. 9-102) ; Sergio Cotta, « Montesquieu e la libertà politica » (p. 103-135) ; Rolando Minuti, « Ambiente naturale e dinamica delle società politiche : aspetti e tensioni di un tema di Montesquieu » (p. 137-163) ; Eluggero Pii, « Montesquieu e l'esprit de commerce » (p. 165-201) ; Lorenzo Bianchi, « Montesquieu e la religione » (p. 203-227) ; Umberto Roberto, « Diritto e storia : Roma antica nell'Esprit des lois » (p. 229-280).

Gérard D. GUYON

Marc Régaldo, *Montesquieu et la religion*, Académie Montesquieu, Bordeaux, 1998, 127 p.

Dans cette conférence publiée qui garde une grande élégance de ton et la marque de sa forme première qui lui confère un extrême agrément, Marc Régaldo entend traiter de l'attitude de Montesquieu devant la religion. Champ vaste, où les cohérences, mais aussi les hésitations, les contradictions de l'auteur dont bien mises en valeur, tant en ce qui concerne la religion du point de vue philosophique et politique, que de la religion même de Montesquieu. Cette religion s'inscrit pleinement dans le champ intellectuel des élites du XVIII^e siècle. Celui d'une antiquité mythique, néo-épicurienne, néo-stoïcienne. Si Montesquieu n'est pas si mordant que Voltaire, il est contre la bigoterie universelle et sévère à l'égard du christianisme comme du judaïsme et de l'Islam, marqués à ses yeux par le péché originel de l'intolérance. Anticlérical, il l'est abondamment, dans ses *Pensées*, les *Lettres persanes*, contre les réguliers surtout, les Jésuites (selon M. Régaldo, la haine de la société de Jésus semble être héréditaire chez les Secondat !). Les théologiens sont nocifs, mais notre auteur n'est pas tellement à l'aise dans ces débats et en bon conservateur répugne à innover en matière de dogme, car c'est ouvrir la porte aux disputes, renoncer à la garantie des siècles. Les institutions divines doivent être immuables. La religion doit proposer un idéal, ce qui relève bien de sa conception d'un Dieu philosophe et de son esprit positif, désacraliseur et sceptique comme de sa religion humaine. Son déterminisme qui le conduit à ses fameuses théories politiques s'applique aussi à la religion qui dépend du climat, du temps, de l'histoire, de l'état social. Retenons cet aphorisme weberien : « Ils sont catholiques, enrichissez-les et vous les ferez protestants. » Cette religion, Montesquieu la voit aussi instrumentale, utilitaire. Le Prince doit séparer rigoureusement le champ civil et religieux, sous peine d'intolérance et de troubles publics. Mais la religion est le meilleur et ultime rempart

contre l'absolutisme, encore que Montesquieu laisse planer des doutes en séparant tolérance intérieure et tolérance extérieure. L'Église doit être limitée dans ses richesses et son autorité, mais elle est utile, tant l'hostilité de Montesquieu à l'égard de l'athéisme est viscérale. Comme Dieu est le fondement et le garant de la grandeur de l'homme, elle est garante de l'ordre moral et social.

Dans cet ouvrage, admirablement écrit, Marc Régaldo nous livre une des principales clés de la pensée de Montesquieu qui marquera profondément les temps futurs de la religion naturelle, même si, sans doute, dans ce stoïcisme avoué publiquement, Montesquieu ne met pas toute sa foi.

Gérard D. GUYON

Stephan Meder, *Urteilen. Elemente von Kants reflektierender Urteilskraft in Savignys Lehre von der juristischen Entscheidungs- und Regelfindung*, Francfort-sur-le-Main, Klostermann, 1999, 287 p.

Faisant suite à deux livres qui éclairaient la genèse de certains cancers observables aujourd'hui dans le traitement des problèmes de droit civil et commercial, la dernière étude de S. Meder tente une remémoration du chemin de pensée emprunté par F. C. von Savigny (1779-1861), fondateur de l'école historique du droit en Allemagne. Le problème est actuel : les transformations profondes dans l'application du code de droit civil et les débats contemporains autour d'une codification juridique européenne nous contraignent à examiner la portée et la valeur des décisions formulées dans les tribunaux. Les sources du droit sont de plus en plus extérieures à la loi, la complexité croissante des affaires à connaître interdit de se fier aux prévisions du législateur et impose au juge une charge toujours plus considérable. Or, il n'est pas de mois où l'opinion publique n'en appelle à de nouvelles lois, ne réclame une nouvelle intervention de l'autorité publique pour encadrer des pratiques de plus en plus opaques au sens commun. Faut-il continuer à voir dans le droit une œuvre de culture et l'âme vivante d'une société prospère, ou bien ces phénomènes ne forment-ils qu'un avatar de plus, dans ce que l'on nomme depuis plus d'un siècle : la crise de la culture ? Le mérite du dernier livre de S. Meder est de porter à l'expression, avec une clarté exemplaire, en quel sens le droit et ses pratiques peuvent au contraire éclairer et favoriser la conscience cultivée appelée par notre temps.

Car la modernité d'aujourd'hui doit répondre à des exigences toutes semblables à celles qui se formulaient pour Savigny, quand les innovations d'une époque antérieure semblaient tourner court, sans pourtant que fût ouverte nulle voie de retour. Alors peuvent naître les classiques. Dans l'ordre littéraire, Valéry a montré que Baudelaire est un classique, parce qu'il surplombe et rassemble dans une forme exemplaire les tentatives poétiques qui ont précédé son propre avènement. De même, Savigny est un classique, lorsqu'en 1814, il oppose un refus décidé à la prétendue « vocation de notre temps pour la législation et la science du droit ». Il exprime la plus vive sensibilité aux violences que souffre la liberté, au moment même où le pouvoir de codifier et d'unifier les textes législatifs apparaît dans toute sa force. Savigny estime la liberté menacée sur deux fronts : 1. – Quand l'acte de juger cesse de relever d'aucune connaissance scientifique du

droit. 2. – Quand les sociétés modernes en viennent à rompre toute conscience et toute continuité historique. Le livre de S. Meder met en lumière l'intrication, dans l'œuvre de Savigny, de ces deux soucis en apparence nettement différents, que sont d'abord l'affirmation du primat de l'acte juridique sur toute réglementation préalable et faussement considérée comme « donnée », ensuite *et sur le même plan*, la constante mise au jour de la continuité historique vivante du droit, condition pour fonder la validité et la fécondité des décisions de droit pour l'ensemble de la société. C'est reprendre au commencement la dynamique des Temps Modernes : d'une part la pleine revendication de la liberté de penser, avec l'autonomie complète du droit et de la politique à l'égard des anciens ordres théologiques et naturels ; d'autre part, le souci de fonder une institution durable, telle que l'on puisse la transmettre et l'enseigner. Ce projet inséparablement théorique et pratique de la modernité va susciter en fait dans tout le mouvement rationaliste des Lumières jusqu'à Kant y compris, une rigidité conceptuelle sans précédent qui va entraîner le contraire du but visé : l'autonomie rationnelle vire en abstraction, vécue de manière d'autant plus dogmatique qu'elle exclut de ses procédures logiques et argumentatives toute instance irrationnelle, comme l'affectivité ou la considération de ce qu'il y a de singulier en chaque situation concrète.

Sous couvert de lutter contre l'arbitraire personnel, l'immense pulsion de codifier, qui se poursuit jusqu'à nous aujourd'hui, paralyse dans les faits l'évolution harmonieuse de la société et du droit. Elle transforme en mécanique inconsciente et instrument inerte un acte qui doit pourtant constituer le terme et la visée de toute l'exigence moderne de liberté : le jugement personnel et fondé en raison de l'homme de loi. Savigny n'est nullement hostile à toute législation nouvelle, un bon texte de loi peut se révéler fécond. Mais le besoin d'unifier de manière impérative en un nouveau code de lois la diversité des textes législatifs en vigueur sur le sol allemand lui apparaît comme destructeur de culture et d'intelligence. L'unification ne doit pas venir des codes et des lois, mais des actes concrets et singuliers de décision juridique. C'est dans la réalité vivante du droit, et non dans sa détermination générale et imposée d'en haut que doit être préservée et fortifiée, pour les modernes, la liberté d'entreprendre leurs affaires et de façonner leur vie commune.

Savigny va se trouver, à l'heure où on pouvait la croire disparue pour longtemps, au point de résurgence d'une longue tradition de jurisprudence, qui remonte aux premiers commencements de la Renaissance, avec Nicolas de Cues. C'est en effet la figure de l'« Idiot » qui porte le mieux les traits de cette nouvelle *force* requise pour le droit moderne : la force du jugement, *Urteilstkraft* ; tout autre chose qu'une simple faculté. Une force *sui generis* est requise pour contenir, sans les nier, les éléments d'irrationalité incompressible dans toute décision réelle. Irrationnel en effet, et pourtant essentiel, est le rôle de l'imagination dans tout jugement déterminant, qui permet à tout un chacun de subsumer une intuition sous un concept, selon un procédé dont « les règles se perdent dans les replis du cœur humain ». L'absence d'une telle force se nomme la « bêtise ». Or, il existe dans toute société des tendances capables d'aggraver la bêtise, tel est l'enseignement de Savigny. Car cette force vivante, cette *energeia*, ne se nourrit pas d'une simple puissance vitale propre à l'individu, mais d'une vie en société où sans cesse communiquent le bon sens individuel et le sens commun de tous. L'Idiot de Nicolas de Cues prend racine dans la force du « vulgaire » - forces collectives implançables, ingouvernables. Où trouver et comment fixer les normes qui garantissent la

validité du jugement ? Elles ne peuvent être trouvées dans une simple procédure logique impersonnelle, dont les déductions, par principe, se passent de jugement. Mais elles ne sauraient davantage se laisser découvrir dans un simple recueil historique de décisions juridiques, si ample que l'on puisse le concevoir, comme le conseillait Leibniz. L'addition des arrêtés ne délivre aucune force d'obligation. Il faut donc nécessairement une méthode, mais elle ne doit pas être séparée de son objet réel, le cas concret à juger. La légalité sans loi, c'est-à-dire sans prescription fixée d'avance, trouve son modèle dans le jugement de goût, dont la méthode réfléchissante n'est pas seulement ni même surtout subjective. Le miroir de la réflexion est une élévation de soi autant qu'une éducation esthétique du genre humain.

Archaïque et stérile apparaît la volonté de façonner de l'extérieur une matière juridique supposée indifférente à la forme qu'on lui impose pour la déterminer. Archaïque, parce qu'elle renvoie aux tentatives abstraites des Temps Modernes pour fonder la souveraineté politique comme ultime et unique source de toute autorité - avec pour conséquence que le droit est suspendu à la seule puissance du commandement, instable par essence. Stérile, parce qu'elle jette un rideau idéologique opaque sur la réalité des processus en cours dans les tribunaux. Car la situation y est la même que pour l'esthétique aux temps des Lumières : les discours académiques normatifs sont dans un total décalage avec la réalité des œuvres et des courants artistiques. La troisième critique de Kant entérine la perte d'objectivité des prétendues règles du goût et autres recettes pour réussir en art. Le mouvement post-kantien s'efforce d'élargir la réflexion que Kant réservait au seul domaine de l'art, à tous les autres champs marqués par la rupture de la Révolution française et la nécessité de rendre aux abstractions des Lumières un sol historique et phénoménologique plus proche de la vie et de l'existence. Là où partout ailleurs, en effet, la raison moderne avait confondu théorie et pratique en faisant de la nature un objet de domination et non plus de contemplation, l'expérience esthétique apparaît comme le lieu d'une résistance à cette volonté de prescriptions et en même temps comme une révélation à elle-même de la conscience moderne, avec, en particulier en Allemagne, l'apparition d'une conscience de soi nationale.

Les analyses kantienne du jugement réfléchissant croisent une tradition néoplatonicienne modernisée par Nicolas de Cues. Il s'agit de retrouver une dynamique d'élévation vers un tout ou une fin qui ne se trouve pas donnée avant l'œuvre elle-même. Il s'agit de remonter d'une expérience suspensive du jugement vers une forme de légalité qui constitue le cœur de l'espace public, par diffusion sympathique du sens commun. L'œuvre a pour vocation de révéler et de constituer l'espace collectif où s'épanouit la vie de la Cité. Comme chez Cues, l'idée de perfection ou d'achèvement est disqualifiée au profit d'une approximation infinie se condensant au fur et à mesure autour des expériences qu'elle rend possible. Le chemin que trace S. Meder, du Rhénan Nicolas de Cues aux Prussiens Kant et Savigny, s'est enrichi et formé à bien des sources d'urbanité latine : Gracian, Pascal, Vico. Tous dégagent l'esprit de finesse ou le jugement de goût comme l'exercice d'un talent ou génie individuel aiguisé au contact du monde. Là il s'agit toujours de séduire plus que de dominer, afin de l'emporter par l'assentiment et le concours de forces spirituelles rétives à tout autre empire qu'à celui des raisons du cœur. « C'est en manquant de preuves qu'ils ne manquent pas de sens », écrivait Pascal à propos des chrétiens. S. Meder a raison d'opposer la veine intuitive, ininterrompue depuis les Temps Modernes, aux constructions doctrinales réputées cartésiennes. Descartes cependant n'est

pas ses épigones et sa pensée inaugurée par des visions et des songes réfléchit elle aussi la puissance de l'intuition qui traverse les siècles. Il y a bien pour Descartes deux modes d'exposition de la pensée dont le plus important, celui des *Méditations*, est déjà narratif et descriptif.

Chez Savigny, la description opérée par le jugement réfléchissant procède par comparaison de jugements, par recherche de différences et de similitudes qui visent un but. La totalité juridique est semblable au cercle herméneutique, dans lequel nul ne peut saisir une partie qu'il n'ait aussi embrassé le tout, qui est plus que la somme des parties. Cette méthode « réfléchissante » est aussi un programme d'enseignement. Nul ne peut exiger de ses élèves un modèle d'excellence qui ne pourrait être raisonnablement attendu d'eux. Il y a ici deux termes qui se présupposent mutuellement : la réalité de l'élève anticipe déjà en quelque sorte sa perfection future, et réciproquement, je ne peux instruire l'élève que sur le fond partagé de l'excellence attendue. Le jugement de droit rejoint dans son acte même le geste d'enseigner et de fonder une culture, en la transmettant. Le moment fondateur de la réflexion consiste à recevoir le droit d'une réalité vivante dans le peuple, esquissant déjà au regard du juge intelligent les « ressemblances » par lesquelles des siècles de droit romain ont pu accompagner les innombrables évolutions de la société.

La critique radicale de la philosophie morale et juridique de Kant n'a donc pas conduit Savigny à s'éloigner de Kant lui-même. L'irénisme religieux de Savigny rappelle la personnalité de Schleiermacher, et il prend place avec lui dans une lignée qui remonte à l'aube des Temps Modernes. Cette histoire est traversée par un effort permanent pour définir et situer les différences et les rapports entre théorie et pratique. Toute la science au cœur de la pratique du droit, telle que Savigny a voulu la restaurer et l'instaurer, doit-elle nous conduire à parler d'un primat pur et simple de la pratique ? Le primat aristotélicien de la sagesse ou *sophia* sur la prudence ou *phronèsis* ne devait pas conduire à une hiérarchie des facultés. Les modernes théoriciens d'un droit naturel purement rationnel ou immédiatement opératoire ne sont nullement les héritiers d'Aristote. Leur théorie moderne est bien plutôt l'effet d'un renversement des pôles de la pensée antique, puisque le modèle mathématique de la connaissance est désormais la construction, comme en géométrie, à partir de concepts opératoires. Mais le concept de construction rencontre une signification nouvelle déjà chez Kant, avec l'architectonique de la raison pure, et plus tard dans la philosophie de l'identité de Schelling, au cœur d'un nouvel empirisme rationnel dont on pourrait suivre les développements, jusque dans l'œuvre de Savigny elle-même.

La contemplation grecque nous faisait participer aux réalités contemplées, elle est elle-même croissance et élévation de l'âme, en révélant la fin à laquelle tend notre nature. La « théorie » du droit ne peut qu'arpenter le domaine étroitement borné des conditions de possibilité d'une telle existence, sans jamais pouvoir la circonscrire elle-même. Le christianisme a modifié le sens et les termes de la contemplation, en fixant au cœur de l'existence humaine la contradiction du péché et de la rédemption. Mais la sagesse reste toujours pressentiment et visée de notre fin, à laquelle tout le reste se subordonne, à titre d'intelligence artificielle (*Kunstverstand*). C'est en ce sens que Kant, puis Schelling, prendront le mot de sagesse (*Weisheit*). Schelling la verra sur le seuil immémorial de tout le passé.

Dans ses dernières pages, S. Meder évoque les propos d'H. Arendt lors du procès d'Eichmann : l'absence de jugement est la barbarie. Des documents récents ont révélé

qu'Eichmann était un nazi convaincu, et que son jugement l'avait toujours conduit vers Hitler. Ceux-là relèvent du droit pénal, qui appelle un jugement déterminant, finalement suspendu à la force publique. Mais il serait atroce de penser que le droit, devenu simple paravent tout technique à l'abstention personnelle, puisse y conduire en encourageant la bêtise.

Élisabeth KESSLER

Schopenhauer, *L'art d'avoir toujours raison*, Paris, Circé, nouv. éd. 1999, trad. de l'all. par H. Plard, suivi de Franco Volpi : « Schopenhauer et la dialectique », tr. de l'ital., 120 p.

Cet opuscule est particulièrement à recommander à l'épistémologue et logicien du droit, soucieux d'approfondir sa culture sur l'histoire du raisonnement et de la rhétorique, qui correspond aussi à une histoire des pièges du discours logique et des stratagèmes qu'il est capable de monter, depuis l'art des sophistes ou des éristiques, afin de satisfaire l'exigence de tout procès : promouvoir la solution ou la décision qui apparaîtra la meilleure. Il s'agit d'avoir compris comment, au vieux sens grec de cette expression, un argument doit s'efforcer d'être *peithous demiourgon*, « ouvrier de persuasion », s'adressant toujours, par des voies détournées, à la sensibilité sous la raison, et réveillant des « préconceptions du monde », eût dit la critique gadamérienne, derrière les voiles de la pensée structurée.

L'on trouvera ici un petit catalogue de recettes éloquent : une liste précisément de scénarios adaptables aux situations rencontrées. Par exemple, prendre en défaut le contradicteur en étendant systématiquement ses affirmations au-delà de leurs limites naturelles ou adopter et faire admettre des prémisses fausses afin d'en faire accepter des vraies, qui ne pourraient être reçues d'emblée comme telles. Parmi les ruses (qui rappellent *L'homme de cour* du jésuite espagnol du XVII^e : Balthazar Gracian, si cher à Jankélévitch), il en est une à relever – mais elle pourrait être plus spontanément le reflet de la mauvaise foi que le signe d'une tactique finement élaborée. Ne résistons pas à la reproduire : « Quand on n'a rien à faire valoir contre les raisons exposées par l'adversaire, que l'on se déclare incompetent, avec une ironie subtile : "Ce que vous dites là dépasse mes faibles facultés de compréhension, [...] je n'y entends rien et je renonce à tout jugement". On insinue de cette manière aux auditeurs qui vous estiment que ce sont des niaiseries. C'est ainsi qu'à la parution de la *Critique de la raison pure*, [...] bon nombre de professeurs de la vieille école éclectique déclarèrent : "Nous n'y comprenons rien", croyant lui avoir réglé son compte. [...] En fait ce procédé [...] n'est rien d'autre qu'un accent mis sur votre propre autorité, en guise de raisons, et d'une manière particulièrement perfide ». Si beaucoup d'œuvres majeures ont pu être accueillies ainsi, il est aussi bien des procès où, en effet, même des événements historiques ou des faits susceptibles d'enquêtes positives en arrivent à être déclarés *inexistants* ou à fuir parce que trop complexes et inextricables ; et c'est ce qui est opportunément de nature à ruiner *a priori* le sens qui pourrait s'y attacher ; l'on jugera donc sur les accessoires et les rumeurs, en fonction d'une attente dominante, même si c'est celle d'une société complice du crime.

L'on retiendra surtout de ce texte peu connu de Schopenhauer, et du commentaire historique très éclairant qu'en donne Franco Volpi, une mise au point sur les définitions juridiques (les *oroï*) et sur l'art des « topiques » (des *topoi*) ou des propositions normatives dans lesquelles elles s'inscrivent. La logique aristotélicienne y est très présente ; la discussion qu'en entreprend Schopenhauer (non sans certains contre-sens que signale Volpi, notamment la confusion entre dialectique aristotélicienne et éristique formelle et spéceuse, maniant n'importe quel contenu sémantique) révèle une incontestable connaissance de son utilisation juridique, une utilisation qu'atteste la pratique judiciaire athénienne, puis romaine, telle que le pandectisme germanique du siècle dernier l'étudiait encore. Les traditions n'en sont d'ailleurs pas éteintes, depuis les renouvellements d'Engisch et de Viehweg jusqu'aux travaux de Pawlewski, de Ballweg ou d'Alexy.

Jean-Marc TRIGEAUD

Olivier Beaud et Patrick Wachsmann (dir.), *La Science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997.

Intitulée *La Science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, la réunion des actes du colloque organisé à la faculté de droit de Strasbourg en décembre 1995 aurait pu se présenter sous le titre : « Laband et Carré de Malberg ou la III^e République et le II^e Reich ». Que le lecteur ne s'y trompe pas, la science juridique dont il est question est la science du droit public (11 articles sur 14). Le droit privé est bien sûr évoqué en tant que branche du droit dont se distingue le droit public (« La distinction “droit privé-droit public” en France entre 1848 et 1900 : le paradigme positiviste perdu », Sophie Papaefthymiou). Le thème de cette distinction cruciale, fondamentale dans la pensée juridique, ne mérite-t-il pas de faire encore couler de l'encre ? Le droit privé est aussi représenté dans une contribution relativement isolée : « Brinz et la réception de sa théorie du patrimoine en France » (Florence Bellivier). Facteur d'incohérence au vu de l'ensemble des interventions, cet article de droit privé très argumenté contribue cependant à l'établissement du fil conducteur de l'ouvrage : manifestations et vicissitudes de l'échange doctrinal franco-allemand. Quant à l'article de James Q. Whitman (« Jhering parmi les Français », 1870-1918), les quelques considérations sur le point de vue de Jhering à propos du commencement de l'histoire humaine (le droit proviendrait non d'un contrat social mais de la vengeance privée) ne réussissent pas à étouffer des considérations encore plus centrales et largement développées intéressant les privatistes. Il s'agit de la recherche des causes de l'interprétation « religieuse » de la théorie de Jhering par Gény. Selon Whitman, la raison en est que la religion étant plus contestée en France qu'en Allemagne, Gény dut se faire le défenseur d'une justice « catholique ». Il faut ajouter une autre intervention qui se trouve en marge des débats principaux sur la science du droit public au tournant du XIX^e au XX^e siècle : celle de Paolo Napoli, intitulée « “Police” et “Polizei” : deux notions à l'âge libéral ». Les développements de l'auteur italien se démarquant par un soin stylistique remarquable, montrent comment la police française est conçue au début du XIX^e siècle comme une pratique, alors qu'elle est déjà l'objet en Allemagne d'un discours scientifique. Sécurité, sûreté, ordre et salubrité

font donc l'objet de conceptions discordantes dans les traditions française et allemande. Cette divergence de vision dans un domaine où l'on peut penser que la pratique est relativement similaire dans les deux pays, présente l'intérêt théorique de démontrer que la réalité n'est rien, ce qu'on y voit est tout.

En ce qui concerne le fil conducteur de l'ouvrage, la plupart des contributions se conforment à l'exigence de « bilatéralité », hormis celle d'Olivier Jouanjan : « Carl-Friedrich Gerber et la constitution d'une science du droit public allemand » ; sujet oblige. À l'heure où Gény et Saleilles introduisirent en France des doctrines et théories juridiques allemandes (le BGB était dans les langes et de nouvelles méthodes d'interprétation également), au même moment, se produisit dans le domaine du droit public une effusion doctrinale sur fond comparatiste : « la période retenue, symbolique s'il en est, qui va de 1870 à 1920, marque un dialogue intense entre les publicistes des deux pays : on se cite, on se contredit, on se préface aussi, à l'occasion des traductions, ce qui n'empêche au demeurant pas le préfacier de continuer à contredire l'auteur lui-même » (Florian Linditch, p. 182). Mais que discutait-on avec tant d'ardeur ? La nature du principe monarchique (Philippe Lauvaux), la personnalité morale de l'État (Florian Linditch), l'Étatisme de Laband (Christoph Schönberger), les concepts de représentation, de nation (Pierre Brunet), de pouvoir constituant (Claude Klein), de *Rechtsstaat* (État de Droit), le positivisme kelsénien (Otto Pfersmann, Carlos Miguel Herrera). D'une manière générale, comme le rapporte un auteur, et n'en déplaise aux Français, « l'interaction entre les doctrines juridiques des deux pays semble s'être faite surtout dans une direction : celle de la découverte de l'Allemagne, c'est-à-dire de la découverte de la pensée juridique allemande par l'école française » (Claude Klein, p. 135). Sauf exception, puisque c'est notre théorie de pouvoir constituant qui fut exportée (Claude Klein : « La découverte de la doctrine française du pouvoir constituant en Allemagne : de l'Empire à la République fédérale »).

Finalement, c'est en quelque sorte Carré de Malberg qui, avec sa *Contribution à la théorie générale de l'État* (1920), sauva l'honneur de la France. Au reste, un tiers des contributions lui sont consacrées, présentant consécutivement la biographie de l'auteur comme élément d'explication de sa doctrine constitutionnelle (sous la plume dynamique d'Olivier Beaud), sa critique et sa réception de la conception juridique de l'État de Laband (Christoph Schönberger), le concept d'organe chez l'auteur (Pierre Brunet) et sa compréhension de « la hiérarchie des normes » (Otto Pfersmann). L'anecdote biographique relative à Carré de Malberg mérite d'être soulignée. Son histoire est marquée par le « traumatisme alsacien ». Alors qu'à l'âge de neuf ans il avait quitté sa terre natale après la débâcle de Sedan, il demandera avec ardeur quarante-quatre ans plus tard, en 1914, à être muté à l'université de Strasbourg et succédera à Laband, fondateur de l'Étatisme allemand. Les destins de ces deux hommes devaient donc se rencontrer... Ironie du « parallélisme inversé » (Olivier Beaud, p. 223) de leurs carrières !

D'une manière générale les discussions qui eurent lieu entre les auteurs au-deçà et au-delà du Rhin sont décrites scrupuleusement par les intervenants du colloque strasbourgeois et le lecteur intéressé par certains thèmes pointilleux pourra satisfaire sa curiosité dans cet ouvrage collectif. Celui qui est à la recherche de grandes lignes, de grandes idées et de philosophies sera moins heureux. Le ton « positiviste » (au sens de descriptif) des interventions (à l'exception de celle de Paolo Napoli dont malheureusement l'absence de conclusion générale peut décevoir le lecteur) se présente, en effet, comme une caractéris-

tique de l'ouvrage. Le rapport présent-passé est passé sous silence, le passé « historique » n'ayant d'autre signification que son propre dévoilement. En outre, ce qui fut dit en trente pages aurait souvent pu l'être en vingt. La longueur des interventions (ou le manque de synthèse) est d'autant plus dommageable que les querelles doctrinales rapportées sont parfois très subtiles et qu'il revient là sans doute plus à l'auteur de les présenter clairement qu'au lecteur de les clarifier. Enfin le lecteur attentif à la forme de l'ouvrage commenté relèvera de sporadiques avalanches de fautes d'orthographe (notamment dans les notes en allemand incompréhensible des pages 179 et s.).

Finalement que nous apporte l'ouvrage ? Tout d'abord un matériau de réflexion désordonné mais considérable sur le positivisme (au sens de droit épuré de toute considération autre que juridique) et la réalité du positivisme. Le positivisme existe-t-il ? En parlant de Carré de Malberg et de la question alsacienne, un auteur écrit : « Sous la neutralité glacée du juriste perce la défense passionnée d'une cause qu'il estime profondément juste » (Olivier Beaud, p. 250). Cette phrase poétique peut nous mettre sur la voie du doute. Reste ouverte la question de savoir si le positivisme possède les moyens d'aller jusqu'au bout de ses fins. Le deuxième apport de l'ouvrage consiste en la réflexion que l'on peut tirer du travail de comparaison réalisé en ce qui concerne l'intérêt pour les juristes d'un pays de prendre en considération les travaux de juristes étrangers. En d'autres termes, comme le demande Christoph Schönberger, « pourquoi un certain nombre d'auteurs a-t-il senti le besoin de faire appel à la littérature allemande ? » (p. 256), « qu'est-ce que les auteurs allemands avaient à offrir ? », « de quoi les auteurs français avaient-ils besoin ? » (p. 261). L'auteur ne se méprend pas. Il n'y eut ni philanthropie ni acte gratuit dans l'intérêt des juristes français pour la doctrine allemande. C'est parce que l'on avait besoin d'« outils techniques pour encadrer juridiquement le pouvoir du Parlement » (p. 261) et c'est parce que Carré de Malberg souhaitait construire une théorie de l'État français (Capitant), que les théories allemandes furent à l'honneur. Ainsi tourne le monde.

Valérie LASSERRE-KIESOW

A. Moulakis, *Simone Weil and the Politics of Self-Denial*, trad. de l'allemand R. Hein, Columbia, University of Missouri Press, 1998, 266 p.

A. Moulakis propose une étude incisive et dense de la pensée politique de S. Weil. L'auteur entend montrer l'unité d'une pensée parfois considérée comme fragmentaire et contingente, fracturée par la bipolarité entre l'engagement militant radical de S. Weil et son rapprochement du christianisme.

On connaît l'exigence de vérité qui caractérise l'œuvre et la vie de la philosophe et sa volonté de ne voir exister, comme le dira M. Schumann, « aucun écart entre les moyens et la fin ». Pour la réussite de son entreprise, l'auteur parcourt et explicite la pensée mobile de S. Weil, à l'affût de la confrontation incessante que la philosophe opère entre sa réflexion théorique et sa mise en pratique politique.

Les écrits de S. Weil sont en effet indissociables de ses engagements politiques. Par suite, l'axe méthodologique choisi par A. Moulakis – soit l'inscription de la pensée de

S. Weil dans une philosophie politique caractéristique de la Troisième République – permet de saisir la singularité et l'ampleur de son œuvre. Sans s'adresser directement au public des philosophes du droit, la démarche perspicace de l'auteur apporte des éléments précieux de réflexion, spécialement autour de l'*Enracinement*, « prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain ».

On retiendra la critique lucide d'une construction politique élaborée *contemptus mundi* et au prix de parti pris historiques tranchants. L'identification de l'ascétisme de S. Weil conclut une présentation serrée d'une recherche philosophique, qui, au sens anglo-saxon de la philosophie, privilégie les théories de la connaissance.

Les œuvres complètes de S. Weil ont maintenant été publiées dans leur totalité sous la direction d'André A. Devaux et de F. de Lussy ; l'ouvrage d'A. Moulakis clarifie avec rigueur leur lecture.

Sophie TURENNE

B. — Philosophie et théorie du droit

Bruno Oppetit, *Philosophie du droit*, préface de François Terré, Précis Dalloz, 1999, 156 p.

Le Précis Dalloz de « Philosophie du droit » de Bruno Oppetit est publié après la disparition prématurée de son auteur, qui était professeur à l'Université de Paris II. Succédant en quelque sorte à celui qu'avait composé en juriste historien Michel Villey il y a une vingtaine d'années, il traite la matière d'une façon plus succincte et surtout entièrement différente : il est l'œuvre d'un juriste de droit privé, dont les considérations déjà contenues dans ses travaux antérieurs sont ici reprises dans une théorisation synthétique. En se présentant trop modestement comme un simple manuel, il entend, pour reprendre son intention expressément annoncée, « permettre à l'apprenti juriste ou même au juriste confirmé, désireux d'acquérir les éléments de réflexion trop souvent absents du savoir technique qu'il possède, de découvrir la si riche (et trop ignorée) texture philosophique qui entoure le droit, ses enjeux, ses voies et ses formes ». Il réussit à rester facilement accessible, tout en étant substantiel.

Le propos de l'auteur est de montrer le lien nécessaire que la philosophie du droit entretient avec la vie juridique : si elle s'attache à l'étude de la notion de droit, elle « n'est pas pure spéculation », selon les termes utilisés dans l'introduction, elle « est aussi le droit positif réfléchi par la pensée spéculative ». Cette idée directrice commande le plan que suit l'ouvrage : celui-ci expose d'abord les conceptions théoriques du droit qui sont élaborées par l'esprit humain ; puis il fait percevoir les résonances qu'elles trouvent dans la pratique du droit concrètement existant.

La première partie, sous le titre « Théorie », présente la pensée juridique envisagée pour elle-même, en la précisant souvent par des citations extraites de grands auteurs et placées dans des encadrés. Elle commence par déterminer les questions inhérentes à toute

réflexion sur le droit : questions préalables concernant la raison d'être de la philosophie du droit, son identité distincte de la philosophie politique comme de la théorie générale du droit ; questions de fond portant sur la définition du droit, sur la « juridicité » intermédiaire entre la morale et la politique, sur la prise en compte de la justice, ainsi que des droits individuels et des intérêts collectifs, dans la finalité du droit.

Les courants de pensée qui leur apportent des réponses sont alors passés en revue, classés en deux orientations majeures. Le courant idéaliste, le plus traditionnel, qui a prédominé depuis l'Antiquité jusqu'au XVIII^e siècle, voit dans le droit une œuvre de la raison et de la nature, mais en donnant à celles-ci des significations multiples : raison prudentielle et nature des choses dans la philosophie aristotélicienne et dans le droit romain, raison de la loi naturelle créée par Dieu dans la pensée chrétienne et notamment thomiste, raison rationaliste et nature de l'homme dans l'école du jusnaturalisme, raison propre aux systèmes philosophiques de Kant ou de Hegel. À l'opposé, le courant positiviste, plus récent, qui s'est amplifié dans la société moderne, veut rejeter toute métaphysique et s'en tenir au droit positif, effectivement constatable, lui-même entendu en deux sens différents : un positivisme légaliste et formaliste, qui considère le droit posé par le pouvoir étatique et assimilé aux lois en vigueur et qui construit dans un but épistémologique des systématisations purement logiques et formelles de l'ordre juridique, comme le fait le normativisme kelsénien ; d'autre part, un positivisme factualiste visible dans le penchant de la sociologie juridique à réduire ou même à conformer le droit aux phénomènes sociaux, ainsi que dans la mentalité utilitariste et pragmatique particulièrement caractéristique du réalisme juridique nord-américain. D'autres courants qualifiés de transversaux tiennent aujourd'hui la dualité de l'idéalisme et du positivisme pour dépassée ou artificielle : l'humanisme juridique, l'éclectisme, le transpositivisme, la phénoménologie juridique dans la mesure où elle ne se cantonne pas dans une neutralité méthodologique, le présent succès des théories de Rawls et de Dworkin qui veulent dépasser l'empirisme américain, le retour de l'éthique dans les principes juridiques comme chez Habermas, tous ces mouvements, sous des modalités variées, cherchent à intégrer des préoccupations de morale et de justice dans le droit positif.

C'est peut-être la seconde partie, intitulée « Pratique », qui fait surtout l'originalité de l'ouvrage : elle met au jour les correspondances entre les courants de pensée et les applications concrètes du droit, en prenant le plus souvent les exemples dans le cadre du droit français, dans l'actualité législative et jurisprudentielle. Le positivisme, sous ses divers aspects, semble bien avoir la part la plus large, exercer l'influence prépondérante, confirmée du reste elle-même en retour par le renforcement de l'action de l'État. Ainsi, le légalisme conserve une forte emprise sur le droit : si la loi n'est plus dotée d'une souveraineté absolue, elle occupe une place essentielle dans l'ensemble des règles juridiques. Le normativisme et la hiérarchie de l'ordre juridique transparaissent dans la volonté d'établir le régime de l'État de droit et la supériorité juridictionnellement contrôlée de la Constitution sur la loi, et même de l'ordre juridique de l'Union européenne sur le droit interne. Le factualisme juridique prend de l'expansion : une législation sociologique ajuste le droit de la famille à l'évolution des mœurs ; une législation mettant à l'écart les principes juridiques au profit d'intérêts matériels économiques ou socio-économiques intervient en droit commercial pour atténuer la prohibition des pratiques anti-concurrentielles ou redresser les entreprises défailtantes, et même en droit civil pour indemniser les victimes des accidents de circulation et résoudre les difficultés dues au sur-

endettement des individus ; en droit international privé, le fonctionnalisme gagne aussi du terrain.

Mais la part de l'idéalisme n'est pas négligeable. Le droit naturel, rejeté par le positivisme, continue à sous-tendre les « droits naturels » de la Déclaration des droits de l'homme, dont la valeur juridique est maintenant sanctionnée. De même, l'équité est parfois juridiquement reconnue : déjà dans les suites auxquelles obligent les conventions selon le code civil, et de nos jours dans quelques lois récentes, dans le rôle confié au médiateur de la République, dans le droit à un procès équitable selon la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi qu'en droit international public dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice. Certains concepts juridiques idéalistes peuvent inspirer la loi ou la jurisprudence : concepts anciens, comme la propriété consacrée malgré les restrictions qu'elle subit, ou nouveaux, tels les droits de la personnalité ou les droits de l'humanité pour la défense d'un patrimoine commun ou la répression des crimes contre l'humanité. Enfin, le recours aux valeurs humanistes et éthiques cherche à garantir, contre les excès de la technique scientifique et de la société marchande, le respect du corps humain en matière de biologie génétique, la protection de biens hors du commerce, comme aussi la loyauté des relations contractuelles, professionnelles et économiques.

La philosophie du droit aide à faire prendre conscience du foisonnement qui caractérise la société dite post-moderne de la fin du XX^e siècle, avec ses tendances à la fois opposées et enchevêtrées, sans prendre parti sur son évolution ultérieure.

Jacques DAGORY

Detlef Krause, *Luhmann-Lexikon : Eine Einführung in das Gesamtwerk von Niklas Luhmann*, Stuttgart, 1999, 2^e éd. revue et augmentée, Enke Verlag.

L'ouvrage est un lexique des concepts et des figures élaborés par Niklas Luhmann tout au long de son parcours théorique. Il se présente comme une introduction à l'ensemble de l'œuvre luhmannienne. Le fait que cet ouvrage, dans le fond très technique et très dense, en est à sa deuxième édition – la première est parue en 1996 – est symptomatique de la réception de Luhmann en Allemagne. Cette réception est très vivace et la curiosité dans les différentes disciplines pour son œuvre est étonnamment forte. Sociologues, philosophes, théologiens, juristes, économistes, pédagogues, théoriciens de l'art importent en grand nombre des pièces entières de la théorie luhmannienne et les adaptent souvent aux architectures classiques de leur discipline. La discussion critique va également bon train et les refus circonstanciés de certaines approches luhmanniennes témoignent eux-mêmes de la dominance de celles-ci dans le champ théorique¹.

L'ouvrage est *a priori* un *desideratum*. Le lecteur, même initié, se perd souvent dans les réseaux conceptuels luhmanniens et leur incessant développement. Il y a ainsi grand besoin d'un lexique présentant les concepts, montrant leur origine dans les différentes

¹ L'ouvrage édité par J. Schmidt et H. de Berg aux éditions Suhrkamp (*Reflexion und Rezeption. Zur Resonanz der Luhmannschen Systemtheorie*, à paraître en été 2000) fait le point sur la réception de l'œuvre luhmannienne dans les différentes disciplines. La plupart des contributions concluent à un impact assez substantiel de l'œuvre.

théories auxquelles Luhmann ne cesse d'emprunter (théorie des systèmes, cybernétique, logique différentielle, philosophie...), discutant les motifs de leur développement et surtout clarifiant leur intention par des exemples où la discussion des contextes et usages permet une approche plus intuitive.

L'ouvrage ne remplit pas toujours ces attentes. Divisé en deux parties, une introduction et un lexique, il semble réserver à l'introduction les tâches que nous venons d'énumérer. Ainsi cette première partie tente une véritable initiation à l'architecture conceptuelle luhmannienne. Les fréquents recours aux schémas et aux diagrammes permettent de projeter dans l'espace et de démêler notions et relations. Allant parfois au-delà de la lettre et peut-être de l'intention luhmanniennes, ce travail représente une tentative de suppléer des liens, des pendants, des figures symétriques... qui semblent manquer dans l'original¹. Il fait surtout voir l'architecture de la théorie, ses embranchements, l'entrelacement de ses concepts, les pièces élaborées pour faire la jonction entre ses différentes parties... Il fait ainsi apparaître à quel point la théorie est large, détaillée et finement construite.

Les entrées du dictionnaire proprement dit sont concises et précises. Le lexique semble donc avoir privilégié une option « légère », avec des entrées fort courtes, présentant des définitions dont les termes constituent souvent d'autres entrées. Les renvois à la littérature primaire et secondaire sont acribiques. Quelques formules sont tout à fait prégnantes, sans être tout simplement empruntées, à la manière de citations, à l'œuvre².

Le lexique reste toutefois, dans son ensemble, d'un accès malheureusement souvent difficile. Il va trop loin dans ce qu'on pourrait appeler un immanentisme théorique : ses entrées construisent et soulignent trop fortement une clôture de la théorie sur elle-même, induisant des présentations compliquées de concepts auxquels il prête finalement trop de systématicité. Le lexique présuppose ainsi très souvent la connaissance et la maîtrise de la théorie qu'il se propose d'éclaircir. Les définitions, trop abstraites, nécessitent elles-mêmes bien des explications. Dépouillement et concision, légitimes en soi dans un lexique, semblent excessifs. Les entrées se réduisent fréquemment à un agencement de formules systémistes, dont l'auteur choisit de plus les versions les plus contractées. On a ainsi bien souvent affaire à une sorte d'épitomisation des propositions luhmanniennes dans le langage interne de la théorie³.

On aurait souhaité que les entrées tentent une situation clarifiante de chaque concept ainsi qu'un élargissement de sa base intuitive. Le manque d'exemplification, la schématisation conjuguée à la concision assèchent l'exposé et vont à l'encontre de l'intention

¹ L'inscription dans l'architecture de la théorie d'« autres systèmes sociaux » comme la famille et les relations intimes ou encore celle de « réalités communicationnelles » (*Kommunikative Wirklichkeiten*) comme la morale, les normes et les valeurs relève de cet effort de parachèvement systématique.

² Le travail de définition n'a pas toujours été facile, et l'auteur a tenté, souvent avec succès, d'élaborer des formules conceptuelles propres.

³ Ces défauts semblent être le lot de toute tentative d'exposition lexicale d'une théorie encore nouvelle, abstraite et autonome qui se situe en amont des constructions disciplinaires classiques. Ainsi, la difficulté du lexique de Krause rappelle celle du dictionnaire de sémiotique de Greimas et Courtès (*Sémiotique. Dictionnaire raisonné de la théorie du langage*, Paris, Hachette, 1979) qui se prête tout aussi malaisément à l'initiation.

d'initiation. On a l'impression de faire face à une scolastique purement formelle accumulant les concepts abstraits.

Ceci dit il faut rendre justice à l'auteur qui a pris les risques d'une entreprise qui suppose la maîtrise d'une œuvre immense et extraordinairement complexe. La réédition rapide de l'ouvrage montre que s'il manque parfois son effet d'initiation il est sans doute d'une grande utilité pour les luhmanniens eux-mêmes. En effet, les études luhmanniennes se trouvant en Allemagne en plein essor, introduction et lexique rendent des services notables à ceux qui sont encore à mi-chemin dans leur apprentissage de la théorie. Une bibliographie de la littérature secondaire sur Luhmann était également très attendue par les luhmanniens. L'auteur nous la donne, dans une forme assez complète à la fin de l'ouvrage. Elle est fort commode et permet une bonne orientation pour des études plus poussées ¹.

La dernière partie de l'introduction est une revue générale de la théorie et de la position luhmanniennes. Elle présente une meilleure lisibilité et une plus grande stimulation à la lecture que la partie réservée à l'exposé des contenus théoriques. Elle propose une appréciation contrastée en deux paragraphes successifs l'un présentant le point de vue « Pro », l'autre celui « Contra » Luhmann. Elle suggère ainsi une approche nuancée de cette œuvre dans le paysage, en partie rénové par elle, des sciences sociales.

L'ultime paragraphe, intitulé Contra Luhmann, surprend un peu de la part d'un auteur qui, avec cet ouvrage, se profile comme l'un des connaisseurs les plus avertis du luhmannisme. Le paragraphe fait la synthèse des critiques suscitées par la théorie. Krause se joint aux critiques pour souligner le caractère superflu des difficultés essentiellement linguistiques et conceptuelles qui barrent l'entrée de l'œuvre. Il reconnaît appartenir à une tout autre école de pensée – celle d'une théorie économique du social – tout en soulignant l'intérêt de ce que l'on peut gagner à une pratique de la pensée luhmannienne et à l'exposition à son pouvoir de désillusionnement. Il regrette cependant l'œuvre du premier Luhmann, stylistiquement si claire et argumentativement si solide. Il conclut à la possibilité de dire plus simplement et dans l'ordre les précieux contenus théoriques que Luhmann s'est obstiné à anticiper conceptuellement. Il croit ainsi à la possibilité d'éviter un inondement systématique d'une théorie en formation par l'afflux de contenus qu'elle sait ne pas pouvoir maîtriser.

L'appréciation finale ne nous semble justifiée qu'en partie. Luhmann était bien conscient des problèmes posés par la forme de plus en plus abstraite et ardue que prenait sa théorie. Il s'en est expliqué à plusieurs endroits – dont en particulier l'article « Unverständliche Wissenschaft » ² (Une science incompréhensible). Krause omet de lier les exigences de réflexivité et d'abstraction de la théorie à une situation épistémologique où toutes les sécurités ontologiques qui donnaient à la science tant sociale qu'exacte ses objets univoques et ses entités fermes sont perdues. La théorie luhmannienne fait surtout face à l'autoréférence première de toute désignation, description et

¹ De bonnes bibliographies de l'œuvre luhmannienne elle-même existent déjà (telle celle donnée en annexe à l'ouvrage de K. Dammann, D. Grunow, K. Japp, (ed.), *Die Verwaltung des politischen Systems*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1993). L'avantage de celle de la deuxième édition du livre de Krause est qu'elle propose une bibliographie complète de l'œuvre allant jusqu'à la mort de Luhmann (1998).

² « Unverständliche Wissenschaft: Probleme einer Theorieeigenen Sprache », in *Soziologische Aufklärung* 3, p. 170-177, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1981.

explication d'un objet ou d'un état de choses dans le monde. Elle considère une telle désignation ou description comme « auto-contenue » dans la mesure où elle renvoie à une distinction directrice qui fonde le point d'observation faisant apparaître l'objet tel qu'il se présente. La prise en compte de cette auto-référence de toute description du monde impose à la sociologie un régime réflexif contraignant. Elle perd ainsi définitivement l'innocence de son intention première et la possibilité de descriptions sans détour.

Jean CLAM

Yves R. Simon, *Philosopher at Work : Essays*, dir. Anthony O. Simon, New York/Oxford, Rowman & Littlefield Publishers Inc., 1999, 218 p.

Anthony O. Simon (dir.), *Acquaintance with the Absolute. The philosophy of Yves R. Simon. Essays and Bibliography*, New York, Fordham University Press, Introd. James V. Schall, 1998, 330 p.

Qui connaît aujourd'hui en France Yves René Simon ? Ou pourquoi le connaît-on si peu ? On ne sait plus quelle est la bonne question à poser, tant on éprouve perplexité, voire amertume devant la relativité des gloires. Ce philosophe américain de premier plan dans la pensée juridique et politique fut français avant-guerre.

Né à Cherbourg en 1903, il prépare normale à Louis-Le-Grand, puis achève sa philo en Sorbonne et à l'Institut catholique de Paris, tout en entreprenant sa médecine ; il enseigne même en Allemagne dans les années trente ; il devient le secrétaire général de la *Revue de philosophie* fondée par Téqui, il collabore à des périodiques avec Marcel et Bernanos, et occupe la chaire de philosophie thomiste de l'Institut de la rue d'Assas de 30 à 38 ; il publie des pages choisies de saint Thomas, chez Gallimard, préfacé par Jacques Maritain, et successivement, chez Desclée, une *Introduction à l'ontologie du connaître*, en 34, une *Critique de la connaissance morale*, la même année, un essai sur *La campagne d'Éthiopie et la pensée politique française*, en 36, *Trois leçons sur le travail*, en 38, et à Montréal, aux éd. de l'Arbre, des textes plus polémiques encore regroupés sous le titre : *La grande crise de la République Française : observation sur la vie politique des Français de 1918 à 1938* (il y publiera aussi *Par-delà l'expérience du désespoir*, en 45) et, aux éd. de la Maison de New York, la *Marche à la délivrance*, en 42...

Thèmes et cheminement qui laissent supposer le drame d'une interrogation exigeante et passionnée au service de la vérité, de la métaphysique à l'histoire : elle a conduit un auteur des plus notoirement installé chez nous (mais dont le nom sera vite enfoncé dans le silence) à des interprétations engagées qui ne pouvaient qu'accroître sa situation déjà bien délicate. Ce sont ces interprétations qui l'ont mené à élaborer progressivement, mais dans une autre langue que la sienne, une philosophie juridique et politique.

En 1938, Yves Simon part définitivement avec sa famille aux États-Unis où il avait déjà voyagé comme *visiting professor*. Il enseignera ainsi à l'Université Notre Dame – comme à l'UNAM de Mexico. En 1946, il optera pour la nationalité américaine ; la même année, il sera élu à l'Académie pontificale saint Thomas à Rome, et il bénéficiera enfin de la nomination la plus prestigieuse à l'Université de Chicago, accueilli notam-

ment par Léo Strauss, Mircéa Eliade et le futur prix nobel d'économie Friedrich Hayek ; il formera avec eux le « comité de la pensée sociale » de cette université et ses illustres collègues participeront généreusement à la promotion de son œuvre. Après plusieurs ouvrages de philosophie politique (dont sa *Philosophy of Democratic Government*), son enseignement y deviendra axé sur la philosophie du droit, selon l'orientation du jusnaturalisme thomiste. Toute son intense production dans le domaine de la philosophie juridique et politique se sera ainsi faite en anglais jusqu'à sa brutale disparition en 1962. L'on ne compte que de rares titres sur des points liés à ses préoccupations originaires en langue française à partir des années quarante (dont son *Traité du libre arbitre*, qui a paru chez Vrin en 1952) ou la traduction de sa vaste introduction à un ouvrage collectif sur *La civilisation américaine* (Desclée, 1950). Ses leçons de Chicago sur la philosophie du droit naturel (parallèles à celles de Léo Strauss, au même lieu) sont en attente d'une version française dans la collection de philosophie du droit des éd. bordelaises Bière.

Aux États-Unis, Simon a entretenu des liens avec le milieu français en exil et a participé aux riches heures de la Maison française de New York (quand cette maison publiait en français Green, Maritain, Maurois, Mauriac, Saint-Exupéry...). Il sera très amicalement lié aux Maritain et à Marc Chagall. Jacques et Raïssa Maritain et Yves Simon ont d'ailleurs beaucoup publié ensemble à New York, mais plus fréquemment en anglais, sur les questions de la justice juridique et politique. Le choix de Simon en 46 est à interpréter en partie dans le contexte maritainien. On sait quelle fut la difficulté pour Maritain, qui avait pourtant choisi le retour en France après la fin des hostilités, d'avoir un public et d'être même diffusé (lui aussi, – malgré ses éminentes fonctions diplomatiques au Vatican et à l'Unesco – il fallait donc le traduire et l'on ne s'est pas toujours précipité pour le faire, l'alibi était excellent, en dehors de l'université de Fribourg, C. H., ou de quelques revues connues des spécialistes) ; les interprètes du thomisme étaient cramponnés à une scolastique décadente fuyant la notion d'*actus essendi* et lui fermaient la porte de leur revue ; mais, malgré les changements apparents d'opinion, c'est là le plus grave, l'on ne lui avait guère pardonné la *Primauté du spirituel* justifiant l'excommunication de l'Action française, ni principalement ses conférences parisiennes sur l'antisémitisme en 38, où il avait retrouvé sur ce problème, longtemps et encore occulté par les « bons esprits », l'intransigeance et la fougue d'un Léon Bloy également ignoré sous un tel aspect (ces textes mettront plus de vingt ans à être publiés, confidentiellement, dans une collection fondée et dirigée à Paris chez Alsatia par Maritain lui-même).

C'est le fils d'Yves Simon, Anthony O. Simon, qui édite aujourd'hui pour l'essentiel l'œuvre de son père. Il est aussi l'éditeur des nombreux actes de colloques qui se tiennent sur sa pensée comme sur la pensée de Maritain (étant d'ailleurs le secrétaire général de l'*American Maritain association*, une organisation très active en colloques réguliers relevant fréquemment de la philosophie du droit, en étroite coordination avec diverses universités : San Francisco, Georgetown, N. Y. Fordham, Notre-Dame, Saint-Louis, Rockhurst (Kansas), The Catholic Univ. of America – Washington, N.Y. Pace...). Prochainement, paraîtra d'ailleurs une abondante correspondance inédite en anglais entre Simon et Maritain.

Les deux ouvrages ici recensés sont récapitulatifs de diverses données et informations.

Le premier réunit quelques textes majeurs de Simon centrés sur le travail, mais visant aussi la philosophie de la connaissance, du statut du sensible au rôle de l'abstraction mathématique. Dans une longue étude sur la sensation, l'on relèvera les passages sur les notions d'*eidōs* et de *species* qui sont significatifs, ainsi que la comparaison entre l'aristotélisme et une position de type russellien qui révèle toute la difficulté d'articuler une représentation intellectuelle sur une représentation sensible (s'il en est une), et celle-ci sur une simple impression reçue ; mais Simon entend surtout confronter son approche thomiste aux doctrines empiristes qui font le lit de l'analytisme moderne, à dominante anglo-saxonne. C'est là une critique précieuse au regard des tendances actuelles à promouvoir une « éthique de la responsabilité » démarquée d'une « éthique de la conviction ». On voit bien quelles réductions gnoséologiques ont déterminé ce subjectivisme de la valeur-affect qui empêche trop souvent d'aborder le fondement axiologique du concept en particulier de responsabilité. Ces réductions ne s'expliquent initialement que par le souci du philosophe épistémologue de s'intéresser plus à la science, voire à la psychologie, qu'à l'action morale et donc juridique ; leurs répercussions dans ce dernier domaine sont d'autant plus regrettables qu'elles se sont produites sans réel projet scientifique ; ce sont des courants venant d'autres horizons peu scientifiques et plus « politisés » qui les y ont mises à profit.

D'autres développements méritent considération sur le recours à l'analogie, qui suppose une redéfinition de l'être débarrassé de l'essentialisme et du rationalisme, et qui ouvre des perspectives à l'herméneutique : interpréter l'abstraction qualificatrice du droit doit pouvoir en ce sens retrouver le réseau des correspondances analogiques qui forment la nature même de la chose dont cette abstraction restitue l'intelligibilité. Et ce n'est pas un hasard si le Bergson de Jankélévitch (1931) revient en note – ce même Bergson qui avait influencé par *Science et technique...*, Gény, Bonnet, Husson. Interpréter, ce sera dès lors interpréter cette nature sous la médiation des « abstraits » du droit, plus que gloser sur ces abstraits coupés de leurs référents ; ce sera surtout accueillir en toute sa richesse une expérience des cas communs.

Le deuxième titre comporte une bio-bibliographie systématique et des sommaires critiques très documentés en références. Des essais de synthèse sur l'apport de Simon y sont fort instructifs dans la perspective de la philosophie du droit (textes de Raymond L. Dennehy sur la métaphysique de l'action, Russell Hittinger sur la loi naturelle et la raison, John F. X. Knasas sur le néo-thomisme et l'épistémologie, Vukan Kuic sur la liberté et l'autorité, Robert J. Mulvaney sur la connaissance pratique et *phronétique*, Ralph Nelson sur la philosophie de la science, James V. Schall – propos introductifs – et Anthony O. Simon lui-même). La contribution de Russell Hittinger (Univ. Tulsa) s'attache à la controverse droit/morale, loi positive/loi naturelle etc., s'agissant des discriminations raciales ou de la vie prénatale, dans laquelle plus qu'aucun autre Simon s'est très tôt impliqué de son point de vue thomiste d'une façon qui semble avoir longtemps marqué les esprits dans le monde sénatorial, judiciaire et médiatique américain – alors qu'habituellement ce sont d'autres noms qui circulent en Europe touchant des points plus limités (Fuller, Finnis...). Un thème que prolonge la contribution de Robert Mulvaney (Univ. South Carolina) sur la tension dialectique entre liberté et autorité qui surgit si bien à propos du respect de l'identité personnelle et de la citoyenneté.

Ioannis Papadopoulos, *Pratiques juridiques interprétatives et herméneutique littéraire. Variations autour d'un thème de Ronald Dworkin*, préf. J. Grondin, Les éditions Yvon Blais inc. « Le droit aussi », Cowansville (Québec), 1998, III + 164 p.

Voici un livre consacré à Dworkin qui présente l'intérêt d'enrichir notablement la littérature francophone sur le sujet. On saluera donc l'entreprise de Ioannis Papadopoulos, laquelle consiste en un mot à faire le point sur la relation réelle existant entre Dworkin et le mouvement *Law and Literature* et à interpréter – s'il est permis d'user de ce mot trop lourd de questions – l'éminent auteur à la lumière de toute la philosophie herméneutique.

Sur le premier point, le bilan est vite établi. En dépit du caractère central des métaphores esthétiques et littéraires dans la pensée de Dworkin, son lien avec la mouvance de *Law and Literature* est plus que ténue. Une brève présentation du débat Posner-White le fait clairement apparaître, au point d'ailleurs que la nécessité d'une telle mise au point n'apparaît pas rétrospectivement avec évidence.

L'essentiel n'est cependant pas là. Il importe surtout à l'auteur de proposer un propos en deux temps, que l'on qualifiera d'interne et d'externe. Après avoir relu Dworkin de l'intérieur pour proposer une analyse de son « hypothèse esthétique », il s'emploie à éprouver la validité et les sources de l'hypothèse sous l'angle de l'ontologie.

Le premier temps de la démarche permet opportunément de mettre au clair certains points importants. On saura gré, par exemple, à I. Papadopoulos de « dégonfler la baudruche » de l'image du roman à la chaîne en démontrant sa fonction essentiellement heuristique (p. 23), pour mieux recentrer le propos sur l'interrogation herméneutique fondamentale de Dworkin. Du point de vue descriptif, on trouvera également un compte rendu très complet et argumenté des critiques adressées à cette image et une appréciation mesurée de leur pertinence (p. 44 et s.). On appréciera encore la constance et la conviction avec laquelle Papadopoulos démonte le schéma romantique de l'interprétation hérité du XIX^e siècle, jugé à bon droit réducteur du processus réel de l'interprétation, lequel ne consiste pas seulement à sonder l'intention d'un créateur. On retiendra enfin et surtout le dévoilement des présupposés qui fondent la thèse de Dworkin, à savoir le souci de renouveler une épistémologie réduisant trop souvent et implicitement la connaissance à une relation de sujet à objet (p. 32 et s.). À cet égard, la fonction assumée par l'interprétation dans l'œuvre du philosophe américain est parfaitement décrite : elle consiste, ni plus ni moins, à enterrer la vieille opposition entre subjectivité et objectivité pour construire une nouvelle théorie de la connaissance.

C'est sur ce terrain que l'ouvrage de Papadopoulos suscite, à notre sens, le plus de questions et de difficultés. Il apparaît notamment que l'auteur adhère très largement à la thèse qu'il décrit, au point de considérer sa logique interne comme proprement implacable. Pour n'en donner qu'un exemple, on lit, p. 23 : « pour pouvoir se dissocier de cette "querelle des Anciens et des Modernes" dont les présupposés de base communs sont faussés par un dogmatisme métaphysique, Dworkin *ne peut qu'avoir recours* (c'est nous qui soulignons) à la notion d'*interprétation* ». Nulle rapidité de plume dans le propos : tout l'ouvrage se déploie sur le mode de la nécessité argumentative. Or, s'il n'est pas dans notre intention de critiquer la logique interne de l'œuvre de Dworkin, il demeure légitime de s'interroger sur le caractère inéluctable du recours à la notion d'interprétation.

La question nous paraît d'autant plus essentielle que, pour le dire trop crûment, l'interprétation donne parfois le sentiment d'être un concept bien commode pour servir les fins qu'on se propose d'atteindre, à savoir le renouvellement – nécessaire, à n'en pas douter – des schémas classiques. Pire encore, la fascination exercée par le concept d'interprétation laisse affleurer l'hypothèse d'un deuil mal accepté – celui de la vérité –, d'une résignation impossible à vivre. La philosophie herméneutique tout entière semble alors construite à la seule fin de démontrer que les mots, bien que n'ayant pas de signification objective, ont toutefois de beaux restes qui suffisent à justifier la création de nouveaux concepts exprimés sous une forme linguistique.

Scepticisme extrême ? Il faut bien avouer que la seconde partie de l'ouvrage de Papadopoulos ne dissipe pas l'impression et contribue même à la renforcer. L'auteur n'est pas en cause, et l'on sera au contraire séduit par la cohérence de son propos. Aristote, Pareyson, Gadamer puis Ricœur sont ainsi mis à contribution pour justifier Dworkin au-delà de lui-même, pour réintégrer une philosophie de l'être dans ce qui risquerait de n'être qu'une imagerie philosophique. L'interprétation serait dès lors l'expression de l'équivocité de l'être, tandis que la notion d'identité narrative permettrait, tant de rendre compte de la temporalité de l'interprétation que de la persistance dans le temps d'une communauté identique à elle-même et pourtant en changement permanent. Ainsi l'hypothèse narrative de Dworkin trouverait-elle, non seulement un fondement, mais même une justification ontologique sérieuse.

Peut-être. Mais on peut se demander si la thèse de Dworkin – notamment celle de la *one-right-answer* – ne gagnerait pas à être défendue par d'autres moyens, en particulier *en se passant de l'ontologie*. N'y a-t-il vraiment que la reconstruction plus ou moins désenchantée de l'être qui permette d'éviter de céder à la tentation de se gausser, soit de l'arbitraire, soit des surdéterminations des juges ?

Daniel GUTMANN

O. A. Ghirardi, *Le raisonnement judiciaire*, Éditions Bière « Bibliothèque de philosophie comparée. Philosophie du droit » 16, 1999. 162 p.

À partir de différentes études, O. A. Ghirardi propose des réflexions de logique juridique, matière à laquelle il attache la plus grande importance puisque, se référant aux opinions de plusieurs juges, il pose que la logique juridique est la condition même de l'existence d'un droit, lui fournissant sa validité et rendant possible une science du droit. D'une façon originale, ce statut est explicité par la Constitution provinciale de Cordoba de 1987, qui affirme que les jugements doivent être posés en logique et en droit. On peut estimer que la règle est implicite et nécessaire à tout système juridique, notamment à travers le principe de non-contradiction, dont les Cours suprêmes garantissent l'effectivité en brisant les décisions qui le méconnaissent. Il s'agit de mettre fin à l'arbitraire engendré par une telle violation, ce qui conduit l'auteur à soutenir qu'une méconnaissance des règles de la logique juridique équivaut à une violation de la Constitution parce qu'elles expriment la Raison même.

Après ces prolégomènes, O. A. Ghirardi expose le rapport que la logique établit entre le droit et la science du droit. Il établit que l'homme dès l'instant qu'il vit en société recherche une existence réglée, ce qui engendre une conscience juridique partagée. Cette conscience partagée du droit justifie l'affirmation de l'auteur selon laquelle le droit est toujours une autorégulation. Le droit est ainsi une « propriété inhérente à l'être humain » dès l'instant qu'il est en situation d'être dans un rapport actif à autrui. Parmi la multitude des actions humaines, le droit distingue les actions qu'il pose comme indifférentes et celles qu'il estime importantes et qu'il va en conséquence régir en les élisant comme l'objet matériel du droit, lequel va alors se développer à son endroit. O. A. Ghirardi récuse alors l'affirmation selon laquelle l'objet du droit, ce serait les normes et non les actions humaines, car cette première conception, défendue notamment par Kelsen, crée une « insularité de la science juridique » préjudiciable. Il faut au contraire revenir à l'idée première que le centre du droit, c'est l'homme, et plus précisément que le droit est une modalité de l'existence de l'homme en société, dans les événements importants qui marquent sa vie.

Ceci exposé, l'auteur peut en venir à l'exposé du raisonnement judiciaire et à ce qu'il désigne comme « le contrôle de logicité » opéré par les cours suprêmes. Le fait que le droit soit un raisonnement logique n'est pas incompatible avec la définition du droit comme comportement, puisque le droit est une science appliquée dont les principes invariables sont néanmoins conditionnés par l'objet, qui est l'action humaine. C'est pourquoi le raisonnement judiciaire n'est pas simplement déductif, comme le présente par exemple N. MacCormick, mais qu'il est « pratico-prudentiel ». O. A. Ghirardi se réfère nettement à la syllogistique aristotélicienne, mais qu'il dépasse en insistant sur le fait que l'objet du droit c'est avant tout d'une part les actions singulières de l'homme, ce qui conduit à ramener le raisonnement judiciaire à la prudence, et d'autre part la *praxis* qu'est le droit d'une façon plus générale, l'auteur insistant sur le pouvoir reconnu au juge.

L'auteur reprend plus particulièrement le raisonnement dans le discours judiciaire de Lysias. La description en est très intéressante, pourrait être proposée en lecture aux étudiants aussi bien de philosophie du droit que de droit processuel, et le lecteur ne peut s'empêcher de faire un parallèle entre la méthode d'argumentation et la procédure accusatoire à l'anglo-saxonne bien plus qu'avec la procédure que nous dirions « à la française ». On trouve d'ailleurs au fil des pages une définition du procès proposée par l'auteur : « c'est là l'essence du procès : des possibilités diverses et alternatives quant à l'interprétation des faits et de la loi », processus dans lequel même le sujet de discussion est discutable, notamment pour la détermination des prémisses du raisonnement, un bon jugement ne devant jamais donner une prémisse comme acquise.

Les derniers développements de l'ouvrage, qui en forment à la fois la synthèse et l'explicitation à travers la description de cas particuliers, mettent en valeur le fait que la pratique du raisonnement judiciaire fournit aux avocats une sorte d'apprentissage qui leur permet de plus en plus sûrement de « prédire » les conclusions des prémisses sur lesquelles les discussions portent, tandis que la structure de la théorie logique du procès permet au juge de créer légitimement du droit.

Tous ceux qui s'intéressent à la logique juridique et plus particulièrement à la logique judiciaire auront intérêt et plaisir à lire cet ouvrage.

Marie-Anne FRISON-ROCHE

G. Mitsopoulos, *Le Problème de la notion de fiction juridique*, Athènes, Sakkoula, 1998, 185 p.

Dès la lecture des premières pages, le style de l'auteur étonne : M. Mitsopoulos, professeur émérite de l'Université, président de l'Académie grecque, nous offre un ouvrage écrit dans la langue grecque avant son appauvrissement des années quatre-vingt ; cette langue qui brillait par la richesse de son vocabulaire, la précision des concepts, la clarté des notions, l'exactitude des termes, la beauté des expressions. Ainsi M. Mitsopoulos, fidèle aux traditions, tire-t-il avantage de ces qualités pour nous présenter une œuvre conjuguant élégance et profondeur.

Par sa méthodologie – confrontation et critique des écoles qui divergent –, l'auteur offre des fresques historiques qui accusent l'érudition multidisciplinaire d'un juriste s'aventurant avec aisance et succès dans les perspectives de la philosophie du droit.

L'auteur remonte aux origines du terme « fiction », en recherchant son sens profond. Il fait donc retour à l'Antiquité grecque pour laquelle la dénomination des choses désignait leur être constitutif. Or il commence son œuvre par l'établissement d'une sémasiologie de la « fiction ». La première partie se rapporte à l'univers hellénico-romain et va jusqu'à l'époque des glossateurs et des post-glossateurs, héritiers des humanités grecque et latine.

La deuxième partie est consacrée aux doctrines allemandes des théories du droit ; celles de Savigny et de Jhering occupent une place privilégiée. Quant à d'autres auteurs qui ont présenté des thèses significatives sur « la fiction du droit » (Bierling, Bernhöft, Kuntze, Eisele, Hölder, Vaihinger, Kelsen, Larenz, etc.), M. Mitsopoulos s'emploie à exposer les sentiments négatifs ou positifs de ces théoriciens et leurs motivations, à approfondir le sens de ces termes, à mettre en lumière leurs spécificités et à en tirer les conséquences juridiques, tout en prenant une position démonstrative personnelle. Il est à noter ici le travail significatif, par confrontation, des différentes opinions sur l'idée d'« analogie » et de « fiction ». Et dans ce contexte, M. Mitsopoulos ne manque pas d'analyser les thèses de Delgado-Ocando et de Perelman.

La troisième partie se rapporte aux conceptions françaises. L'École de l'exégèse s'y retrouve en tête. Tous les grands noms (Merlin, Laurent, Lecoque, Guyot Mallieux, Saleilles, Hauriou, Renard, Geny, Rivero, etc.) font l'objet d'une étude pénétrante et d'un résumé qui éclaire davantage sur les points cardinaux du sujet.

Après un bref examen – pas moins approfondi –, de la théorie belge, de l'italienne (qui, selon l'auteur, expose succinctement des controverses autour de la fiction juridique), de l'espagnole (qui conjugue la direction classique et le mouvement moderne allemand de la fiction), M. Mitsopoulos s'appesantit sur la théorie de la fiction dans l'utilitarisme de Bentham qui prolonge le nominalisme moderne, ainsi que sur la philosophie analytique de Hart. Dans le chapitre qui englobe la théorie américaine, l'auteur privilégie la philosophie de Fuller, notamment celle qui est à la base de son œuvre, *Legal fictions*.

En dernier lieu, l'auteur nous conduit jusque dans l'univers grec du XIX^e siècle qui a donné naissance à la notion moderne de fiction dont l'origine se trouve dans les développements des idées sur les personnes juridiques. En guise de conclusion, M. Mitsopoulos présente trois constats qui lui permettent de fixer le contenu de sa propre définition de la fiction juridique.

Dans ce panorama des théories juridiques, l'auteur a su passer ingénieusement d'une idée à l'autre, saisissant les rapports des choses les plus éloignées. Des transitions soudaines et inattendues contribuent à la compréhension de son texte, difficile puisque profond, néanmoins très clair.

Nous espérons que ce livre pourra être traduit afin que la communauté internationale des théoriciens et des praticiens du droit puisse en tirer profit.

Stamatios TZITZIS

Vittorio Mathieu & Laura Paoletti (dir.), *Il problema della fedeltà ermeneutica*, Armando Editore, Rome, 1998, 351 p.

Sous les auspices de la Fondation Internationale Nova Spes (« Nouvel Espoir »), une institution italienne d'obédience catholique dont le but est d'« étudier l'homme dans sa globalité », quelques-uns parmi les meilleurs spécialistes italiens, mais aussi allemands et grecs, se sont réunis à Rome en 1994 autour d'un colloque sur le thème « Interprétation : pluralité et fidélité ». Ce livre reprend intégralement les actes du colloque de Rome sous la direction de deux membres de la Fondation, Vittorio Mathieu, professeur de philosophie morale à l'Université de Turin, et Laura Paoletti, professeur associé d'histoire de la philosophie italienne à l'Université Rome-III. En réalité, et malgré le titre du livre, il y est peu question de « fidélité » herméneutique. Les participants, répartis en trois groupes (juristes, philosophes de l'art et psychanalystes), parlent plus généralement d'ontologie (du droit, de l'œuvre d'art et de la *psyché* humaine) et d'interprétation. La plupart d'entre eux insistent sur le côté « tragique » de l'interprétation, c'est-à-dire sur l'hiatus ontologique entre l'être et sa négation qui ne permet pas une vérité statique et thématizable de se manifester une fois pour toutes. En effet, un des grands thèmes de cet ouvrage collectif est l'impossibilité pour l'interprétation de devenir un travail mécanique d'excavation d'une signification déjà là, prédéfinie. La plupart des participants parlent de l'effort, parfois même de la peine de l'interprète dans son engagement avec les pénombres du droit, de l'œuvre d'art et de l'âme. Or cet effort est aussi le gage d'une interdépendance étroite entre l'*interpretans* et l'*interpretandum* et met le texte, l'œuvre ou les symptômes sous la tutelle de l'interprète, qui doit en quelque sorte les « soigner » : le philosophe Sergio Givone parle, à cet effet, d'« éthique de l'interprétation » (p. 62). Un point nodal, rappelé par les éditeurs scientifiques et les modérateurs, est que c'est la constitution ontologique de l'homme, animal parlant, qui fait que nous sommes toujours déjà obligés de passer par l'interprétation aussi bien dans notre travail d'auto-compréhension que dans nos rapports intersubjectifs. Suivant le grand philosophe transalpin Luigi Pareyson, ils affirment que la réflexivité et l'intersubjectivité (les deux faces de l'ontologie de la personne) s'acheminent intrinsèquement à l'interprétation.

La partie juridique du colloque est ouverte par un rapport introductif de l'éminent philosophe du droit Francesco D'Agostino, où celui-ci expose l'apport de la philosophie herméneutique à la philosophie du droit contemporaine et se déclare partisan d'un droit naturel ontologique « de principe » (p. 50). Selon Rodolfo Sacco, comparatiste et historien du droit, il existe historiquement deux modèles d'interprétation en droit : celui des

Romains, qui croit que la volonté du législateur est déterminée et unique et qu'il existe des canons d'interprétation neutres et objectifs, et celui de l'ère moderne, qui fournit à l'interprète de vrais modèles normatifs avec qui celui-ci peut combler les lacunes de la loi. La relation très dense du philosophe du droit Johannes Strangas essaye d'exposer les principes gnoséologiques de l'interprétation juridique en tant que « connaissance appliquée ». Strangas déblaye la voie qui mène de l'imperfection – entendue comme concept pur *a priori* – à la méthodologie du droit. La procédure (au sens large de *Verfahren* utilisé par Luhmann) est mise en valeur comme le « moyen méthodologique composite » (p. 176) qui est le complément indispensable du jugement par son absorption des diverses opinions doctrinales et des intérêts en jeu. Cette idée est importante ; on regrette un peu que l'auteur ne pousse pas plus loin son analyse. Par la suite, Strangas retrace le parcours cognitif de l'interprète en deux étapes intriquées, à savoir l'interprétation comme connaissance rationnelle et l'interprétation comme connaissance historique de signes, pour conclure en érigeant le principe de la sécurité juridique en « fondement et critère de la fidélité de l'interprétation juridique » (p. 191). Le rappel de ces exigences de politique juridique que sont, entre autres, l'« égalité cognitive des citoyens devant l'État » (p. 191), la positivisation et la stabilisation du droit est important.

Mais le texte sans doute le plus intrigant et le plus complet de cet ouvrage collectif est celui du doyen et vice-recteur Giuseppe Zaccaria, professeur de théorie générale du droit à l'université de Padoue. Disciple de Josef Esser et apôtre de la renaissance de la philosophie herméneutique depuis *Vérité et méthode* de Hans-Georg Gadamer, il nous offre, avec son rapport « Dimensions de l'herméneutique et interprétation juridique », un vrai manifeste de l'herméneutique juridique qui présente en forme concise les principaux thèmes de cette philosophie du droit, à savoir la « tradition », la « potentialité d'être », la « cohérence », la « narrativité » et la « contextualité ».

« La tradition juridique représente l'horizon dans lequel se réalise et s'exprime la vie du droit », dit Zaccaria (p. 145). Afin de dissiper la critique du supposé conservatisme de la philosophie herméneutique, l'auteur rappelle que l'interprétation juridique n'entre en scène que si, pour une raison ou pour une autre, la texture commune des formes partagées de vie n'est plus déterminante. La « potentialité d'être » du droit signifie que celui-ci ne s'épuise pas en un système de règles et de principes exprimés, mais repose toujours sur le fond de l'ordre juridique potentiel de la communauté politique, régulièrement traduit en droit actuel par la raison pratique. Elle signifie, en d'autres mots, que le *Sollen* a un besoin constitutif de combler sa scission d'avec le *Sein* à travers l'interprétation ; il y a, pour parler comme Aristote, une *dunamii* inhérente à la normativité du droit et à ses pratiques institutionnelles qui fait que le droit positif se prolonge et se projette dans le futur. Quant à la notion de « cohérence », l'herméneutique juridique rajoute à son acception positiviste comme rapport logique unissant la partie (la proposition normative) au tout (le système juridique) une conception holiste et substantielle : le cercle herméneutique déborde le cadre strictement formel pour regagner les « choses » (*Sachen*) morales, politiques et institutionnelles auquel le droit se réfère. Le critère de cohérence est ainsi pour l'herméneutique juridique un concept interprétatif postulé (un principe régulateur) qui, comme le jugement réfléchissant dans la *Critique de la faculté de juger* de Kant, ne peut être prédiqué qu'à la fin d'une activité interprétative continuellement guidée par l'anticipation de l'acceptabilité de ses résultats par la communauté des juristes. À cette conception de la cohérence répond l'idée de la

« narrativité », chère au courant « droit et littérature », que l'herméneutique juridique propose de mettre à profit pour rendre compte de la reconstruction rationnelle des arguments et contre-arguments par le juge dans un récit mêlant la *quaestio juris* et la *quaestio facti* afin de leur donner du sens. En dernier lieu, l'herméneutique juridique complexifie le concept-clé de « contexte ». Ce terme désigne aussi bien l'interdépendance des personnes dans la poli, l'enchevêtrement du « sens » et de la « référence » du texte juridique, et l'historicité de la communauté interprétative dont les institutions et la moralité politique assignent une valeur opératoire à la multiplicité des actions individuelles. Une pratique sociale interprétative comme le droit présuppose toujours un contexte qui réduise l'ambiguïté des textes juridiques à l'aide des jugements de valeur et des principes de moralité politique dans lequel le système juridique de la communauté est immergé.

Cet ouvrage, assez typique d'une certaine philosophie du droit italienne, exprime la « véhémence ontologique » dont parle le philosophe Paul Ricœur. À cela s'ajoute une ambition interdisciplinaire sous le patronage, pourtant, de la philosophie, qui ouvre et clôt le débat.

I. PAPADOPOULOS

Christian Atias, *Philosophie du droit*, PUF « Thémis », 1999, 350 p.

Dans son étude de « philosophie du droit », le professeur Christian Atias, de l'Université d'Aix-Marseille, fait preuve d'une pensée stimulante, servie par un style alerte. Il aborde de nombreuses questions et montre les perspectives nouvelles qu'elles ouvrent en ce domaine. À l'encontre du positivisme juridique imprégnant la mentalité actuelle, mais aussi du jusnaturalisme moderne qui prévalait auparavant, il justifie la reconnaissance d'un droit naturel authentique, fondé sur la réalité sociale et adapté à notre temps.

Discutant « de quelques doctrines », la première partie de l'ouvrage indique les orientations qui en ont résulté pour la compréhension du droit. Certains tournants ont été décisifs. Ainsi faut-il, pour penser après Descartes, tenir compte de la modernité qu'il inaugure, et c'est en dépassant la révolution intellectuelle du cartésianisme que les philosophies historiquement antérieures retrouvent une nouvelle signification. De nos jours, le positivisme, hérité d'Auguste Comte, jouit d'un grand prestige : il utilise la distinction kantienne entre l'être seul susceptible de science et le devoir-être qu'il rejette dans la métaphysique. Dans le domaine juridique, il recouvre deux conceptions fort différentes : à côté d'un positivisme sociologique, il désigne le positivisme légaliste qui ne connaît que le droit posé et imposé par l'État, tout entier déduit de la loi, et dont la théorie kelsénienne est le modèle achevé par sa systématisation formelle, mais devant paradoxalement laisser une place aux raisons découvertes dans la loi ou qui lui sont prêtées par le juge et le juriste, c'est-à-dire finalement à la recherche de la justice.

Après l'importance qu'il reconnaît au cartésianisme et au positivisme, l'auteur se retourne d'abord vers les philosophes anciens : Platon introduit l'idée transcendante de la justice ; mais surtout Aristote, premier philosophe du droit naturel classique, montre

dans le bien moral l'accomplissement de la nature finalisée de l'homme dans la société, établit une théorie de la justice et du droit, met en valeur la prudence en tant qu'aptitude à se conduire droitement dans la vie pratique. Saint Thomas réalise la synthèse d'une telle philosophie et de la Révélation chrétienne en considérant la nature humaine comme blessée certes par le péché, mais restaurée par la grâce et pleinement valable dans son ordre. Ensuite sont rapidement passés en revue une vingtaine de penseurs qui ont réfléchi sur le droit, depuis le siècle dit des Lumières jusqu'à aujourd'hui.

Dans la deuxième partie de l'ouvrage, l'auteur traite « de quelques questions ». Primordiale est la question des « fondements et fondations du droit ». Le droit comprend des règles et des décisions reconnues comme formellement régulières. Sont-elles pour autant créatrices, donnent-elles naissance à la propriété, au contrat, qui n'existeraient pas en dehors d'elles ? Si l'exécution ponctuelle des conventions repose entièrement sur un texte légal, sur l'article 1134 du code civil selon lequel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », alors il faut admettre que leur exécution spontanée reste étrangère au droit. Mais il est normal que les conventions soient respectées, même si elles ne le sont pas toujours : c'est donc là une norme non seulement de morale, mais de justice et par conséquent de droit. Ainsi le droit naturel, entendu au sens véritable, se découvre par l'observation raisonnable de la réalité sociale. Tout différent apparaît le droit naturel moderne, invoquant une loi supérieure et centré sur l'individu. Ce jusnaturalisme nouveau a ouvert la voie aux multiples droits naturels, pouvoirs individuels juridiquement protégés, aujourd'hui tant célébrés, mais en même temps il s'est lui-même érigé en un idéal parfait, cristallisé en un code de règles parallèles et transcendantes au droit positif dont il se veut le modèle, alors qu'il n'en est que le décalque épuré et finalement tenu pour inutile, fournissant même des arguments au positivisme légaliste. Pour ce dernier, la loi étatique est première par rapport au droit, qui est second, créé par elle en vertu d'un acte de volonté : l'ordre n'est plus une mise en ordre, mais un commandement. Dès lors, la légitimité se confond avec la légalité, sans prise en compte, dans la disposition légale, de son contenu qui pourtant fait corps avec la forme dont elle est enveloppée : pour Kelsen notamment, la loi injuste reste valide, juridiquement obligatoire. À la vérité, le positivisme occulte les questions que les philosophies du droit naturel font venir au jour et dont la signification tient à leur présence inévitable.

Sous l'influence grandissante des droits subjectifs, « contenus et concepts du droit » se trouvent altérés par le relâchement de l'action réciproque du fait et du droit dans les qualifications juridiques, et ils laissent place à l'arbitraire des impressions du législateur et du juge ou des idéologies qui les animent ou qu'ils subissent. Ainsi les personnes se voient reconnaître des attributs toujours plus larges : libertés individuelles, droits de l'homme, droits fondamentaux, droit au respect de la dignité de la personne humaine. Ces principes préconisent des attitudes moralement honorables, mais ils concernent un sujet abstrait, égalisé et indifférencié, ayant vocation à être titulaire de tous les droits indistinctement ; ils sont juxtaposés, sans souci de leur harmonisation, et se révèlent impuissants à régler les difficultés de la vie réelle : les exemples abondent, touchant le droit au respect de la vie privée, le droit à l'intégrité du corps humain, l'indemnisation du préjudice moral et sentimental, les conditions légales de l'avortement, les propositions de légalisation de l'euthanasie. En matière de biens, à la théorie du domaine s'est

substitué le droit subjectif de propriété, le « droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements », selon l'article 544 du code civil : il néglige le contenu de la propriété réelle et n'empêche nullement l'État de revendiquer les avantages d'un domaine éminent. Quant à la famille, les récentes réformes législatives tendent à effacer, au nom du pluralisme, le modèle familial fondé sur le mariage et à présenter un assortiment de régimes juridiques : mariage ou concubinage, modes variés de divorce, union de deux êtres de sexe différent ou identique, et pourquoi prohiber les relations adultérines ou incestueuses ? Si la diversité des comportements et des opinions a toujours existé, la règle de droit se contente désormais de les enregistrer, elle renonce à servir de repère pour ceux qu'elle entend régir.

Enfin, l'auteur élabore une « aporétique juridique », tenant aux embarras et aux incertitudes propres au raisonnement juridique : le droit, en premier lieu le droit naturel authentique, n'est pas un catalogue de règles et de solutions toutes faites qu'il suffirait d'appliquer, mais il se cherche par un questionnement continu où les réponses et les résultats importent moins que la méthode conduisant à découvrir dans la réalité des pistes d'orientation. Cette réalité contient toujours une part de mystère, qu'il n'est possible d'approcher qu'indirectement, par l'intermédiaire de mythes dans le droit naturel et aussi dans le droit positif. Ainsi s'explique le schéma proposé d'une mythologie, d'une théorie des mythes en matière juridique. Il s'agit notamment de principes comme l'autonomie de la volonté, le droit subjectif de propriété, l'interprétation stricte des exceptions, la perte du droit d'agir pour cause de turpitude, la référence à la raison de la loi, et bien d'autres. Ils ont des origines mal éclairées et des significations enchevêtrées : pour donner un exemple bien connu, la notion d'autonomie de la volonté, tenue pour caractéristique du droit contractuel du Code civil de 1804, ne s'est formée qu'à la fin du XIX^e siècle, reliée à un kantisme tardif et vulgarisé par des auteurs qui la critiquent. Mais de tels principes s'imposent par leur emploi systématique, ils résistent aux contestations et aux démentis, ils exercent une force d'attraction qui dépasse la part de vérité qu'ils contiennent, ils correspondent à des représentations symboliques inhérentes à la société.

Résultant de la perception de cette réalité sociale, les notions juridiques font apparaître des apories, dont l'examen conduit à saisir ce que leur existence révèle. Elles influent sur le rapport entre les lois votées dont le contenu n'est pas toujours juridique et les jugements statuant sur les faits, entre le lien de droit et la réalité qui lui est préexistante et coexiste avec lui, comme en matière de mariage, de contrat, de propriété. Le savoir juridique les reprend dans une étude épistémologique, à laquelle l'auteur a consacré un ouvrage antérieur (*Épistémologie juridique*, PUF « Thémis », 1985, compte rendu dans les *Archives* 1985, p. 425). Il convient de définir les unités de mesure de ce savoir juridique, leurs origines, leurs effets, leurs virtualités, leurs limites, qu'il s'agisse d'unités de temps ou d'espace, d'unités de concepts distinguant droit privé et droit public, droit contractuel et droit de la responsabilité, et bien d'autres. Mais le savoir juridique doit aussi faire une théorie de l'erreur, des erreurs propres au droit, afin de les reconnaître, d'y apporter des rectifications et des remèdes et même éventuellement d'en tirer profit.

Ajoutons, pour terminer, que dans l'ouvrage, à la suite des chapitres ou groupes de chapitres, des extraits de textes de juristes philosophes sont donnés à titre d'illustrations et permettent d'approfondir la réflexion.

Jacques DAGORY

Alain Sériaux, *Le Droit : une introduction*, Paris, Ellipses, 1997, 336 p.

À ses ouvrages de droit civil, à son récent manuel de droit canonique (recensé dans les *Archives* 1999, p. 488), le professeur Alain Sériaux, de l'Université d'Aix-Marseille, ajoute une introduction au droit, qui contient non seulement une initiation au savoir juridique, mais aussi une réflexion sur le droit, dont il présente une conception philosophique et même théologique. Libre à l'égard de courants intellectuels largement répandus aujourd'hui tout en se montrant attentif aux problèmes de la société actuelle, il se rattache fermement à la tradition aristotélicienne et thomiste, à la pensée biblique et chrétienne, comme en témoigne le recours à de nombreuses citations d'Aristote, de saint Thomas, de l'Ancien et du Nouveau Testament, tout au long du parcours en trois étapes qu'il invite le lecteur à suivre avec lui.

Dans la première se trouve précisée, selon cette optique, la notion de droit. Elle inclut la double question de l'essence du droit et, d'autre part, de son être propre, la recherche de ce qu'est le droit (« *quid jus ?* ») et de ce qui est droit (« *quid juris ?* »), l'un et l'autre représentant les deux faces d'une même réalité. Le droit se définit comme la règle, la mesure droite, c'est-à-dire non tordue, des relations qui rapprochent les hommes dans leur altérité et leur complémentarité et qui forment au sein d'un groupe social un ordre harmonieusement constitué, comme l'ajustement de ces relations, leur point d'équilibre, le milieu juste entre l'excès et le défaut, c'est-à-dire la justice, la situation où les membres de la société reçoivent ce qui leur revient en fonction de leur rôle et de leur activité. Il a partie liée avec la morale, dont l'objet porte sur le bon ou le bien pour l'homme dans son intériorité personnelle et dans ses rapports sociaux : il a donc avec elle un domaine partiellement commun, celui de la moralité sociale, où le juste et le bon se correspondent ; mais il confie le jugement de la conduite humaine à l'instance sociale et non à la conscience morale ; il prend en compte le comportement objectif plutôt que l'intention subjective, sans que pourtant les deux points de vue puissent être radicalement séparés. Par contre, il se distingue plus nettement d'un autre principe de la vie sociale, celui de l'utilité, mobile d'action qui risque de dévier vers un utilitarisme écartant le juste au nom de l'intérêt politique et de la raison d'État ou le réduisant aux satisfactions de l'intérêt économique, alors que l'utile tient sa légitimité de sa subordination au juste.

Quant à son contenu, le droit s'identifie tout simplement au droit naturel, comme l'indiquait déjà l'auteur dans une étude antérieure (« Le droit naturel », collection *Que sais-je ?* 1993, recensé dans les *Archives* 1995, p. 449). Ce droit naturel « n'est au fond rien d'autre que ce qui est juste ou droit en plénitude, ce qui comble parfaitement le concept de droit : la juridicité » (p. 54). Il ne réalise à la vérité cette coïncidence qu'en

Dieu seul, possédant par essence la qualité d'être droit et donc unissant en lui-même l'essence et l'être du droit. Mais, comme un reflet de l'ordre divin, il est présent dans l'ordre créé, dans l'homme fait à l'image de Dieu. Il devient visible et même évident par l'observation de la nature, de la finalité intrinsèque de tel ou tel type de relation sociale : ainsi, la nature de l'être humain, dans sa finalité charnelle et surtout spirituelle, implique la communauté de vie du mari et de la femme, la procréation et l'éducation des enfants, et rejette donc comme contre nature l'homosexualité, l'avortement, l'abandon des enfants par la mère ou le père ; ainsi, la nature des rapports humains implique le respect des conventions ; ainsi encore, sur un point plus précis, la nature de la vente implique l'équivalence des prestations échangées. Si le droit naturel est bien universel, il n'est pas déduit de principes affirmés *a priori*, mais tiré de l'examen des circonstances particulières aux divers cas considérés, ce qui permet de comprendre sa mutabilité purement apparente : la règle, en réalité, est absolument valable, mais relativement aux circonstances pour lesquelles elle est faite. Le droit naturel appelle la formation d'un droit positif, principalement législatif, qui, établi par les pouvoirs publics, lui donne une force effectivement obligatoire dans la collectivité sociale, lui ajoute des compléments et des suppléments nécessairement nombreux. Que faire si l'une de ces adjonctions est injuste, contraire au droit naturel ? C'est là un problème classique et délicat, dont la solution concrète requiert courage et prudence pour trouver entre le souhaitable et le possible la combinaison la moins mauvaise.

C'est à la lumière de ces idées fondamentales que sont envisagées, dans les deux autres parties de l'ouvrage, les sources et la science du droit, et d'abord les sources, plus précisément les sources positives du droit. La loi est la plus importante d'entre elles, sans toutefois se les annexer ni à plus forte raison se confondre avec le droit lui-même : elle est comprise dans son sens large de règle générale émanant d'un pouvoir compétent qui ne se limite pas au pouvoir dénommé législatif, et comme une œuvre de raison avant d'être un acte de volonté. La coutume, d'autre part, repose sur l'expérience naturelle, sur l'habitude facilement assimilée à une seconde nature. À ces sources principales s'ajoutent les sources dérivées, notamment les nombreux accords, conventions, traités négociés et conclus entre des individus, des groupes ou des États, et qui font la loi des parties contractantes. Dans toutes ces dispositions juridiques transparaissent souvent des éléments de droit naturel, plus ou moins purs, que renforce la tendance à la codification et à l'universalisation du droit, à l'établissement d'un droit commun, interne et international, à la reconnaissance de libertés et de droits tenus pour naturels à la personne humaine. Ils apparaissent plus nettement encore dans les adages juridiques, dans les principes généraux du droit, lieux communs traduisant la sagesse des peuples sur ce qui est intrinsèquement juste et imprégnant l'ensemble du droit : deux d'entre eux, *error communis facit jus* et *fraus omnia corrumpit*, font l'objet d'une analyse distincte. Le juge, de son côté, tranche les litiges sur les violations du droit, rectifie les situations irrégulières : il statue fréquemment en équité, même dans les systèmes legalistes, sans le dire expressément, quitte à se mettre sous le couvert de l'interprétation de la loi ; il s'inspire des jugements rendus antérieurement sur des affaires semblables et qui, même dans les systèmes où il n'a pas à y voir des précédents normalement obligatoires, constituent une jurisprudence habituellement suivie par lui.

Enfin, pour ce qui est de la science du droit, elle relève de la doctrine, composée des juristes publiquement reconnus comme ayant compétence pour dire ce qui est droit : professeurs, mais aussi avocats, conseillers juridiques, notaires, législateurs, juges. Les uns ont une compétence d'autorité (*auctoritas*), ils font autorité pour expliquer le droit existant ou pour en proposer des modifications ; les autres ont une compétence de pouvoir (*potestas*), ils sont habilités à imposer les mesures qui leur paraissent adaptées à la société qu'ils dirigent. Ils doivent tous être des jurisprudents, savants et sages en matière de droit, capables de justifier éventuellement leurs opinions ou leurs décisions en s'appuyant sur ce qui est naturellement juste. L'élaboration du droit qu'ils entreprennent s'opère à partir de faits, de cas réels ou imaginés, particuliers ou généralisés, auxquels il faut donner leur véritable qualification, c'est-à-dire découvrir en eux les caractéristiques essentielles, poser à leur sujet les questions pertinentes. Le juriste « essaie de traduire le *logos* inhérent au cas, le droit naturel » (p. 226), de dégager le sens que, parfois même en le prolongeant, la chose possède en elle-même : ainsi le devoir-être découle de l'être. Les qualifications conduisent aux définitions dans la formulation du droit. Cette quête, portant sur les activités humaines, suit la méthode, non pas de la rationalité démonstrative, mais de l'argumentation raisonnable, de la controverse dialectique où l'échange des opinions sur une question déterminée permet d'aboutir à une conclusion, synthèse supérieure ou résolution décisive : un exemple en est exposé concernant le transsexualisme, avec l'enjeu social qu'il représente et les problèmes de droit qu'il soulève. Par un travail progressif se construit ainsi un ordre juridique, diversifié par les types de relations qu'il régit et unitaire dans son fondement et sa finalité.

Mais il est proposé d'aller plus loin, ou plus haut : cet ordre juridique est intégré dans l'univers surnaturel et divin, orienté vers une eschatologie juridique où le droit sera en Dieu porté à sa perfection : telle est la conception grandiose que l'auteur se fait du droit.

Jacques DAGORY

Stamatios Tzitzis, *Qu'est-ce que la personne ?* Paris, Armand Colin, 1999, 224 p.

Dans l'ouvrage qu'il intitule en forme interrogative *Qu'est-ce que la personne ?*, Stamatios Tzitzis effectue une enquête philosophique de première importance. S'il est spécialiste de la pensée juridique, principalement pénale, comme en témoigne l'activité qu'il exerce comme directeur de recherche au CNRS et dans le cadre de l'Institut Michel Villey à l'Université de Paris II, il élargit ici son champ d'étude et traite d'une question essentielle et vitale pour tout être humain.

Il se livre à une réflexion approfondie et complexe, exigeant du lecteur une véritable culture philosophique. Sans construire une synthèse qui lui serait particulière, il suit un parcours historique, montrant l'apparition et le développement de ce qu'on appelle une personne. Il retient un certain nombre de philosophes qu'il choisit délibérément et qu'il examine de ce point de vue en s'appuyant sur leurs œuvres citées dans de nombreuses notes de références. Il distingue trois étapes largement définies auxquelles correspondent les trois grandes parties de l'ouvrage.

La première se rapporte aux Anciens, préoccupés par le problème de l'être. Dans l'Antiquité grecque, dont l'auteur a une connaissance familière, émerge la notion de l'homme, mais non pas encore celle de la personne entendue dans le sens que nous sommes habitués aujourd'hui à lui donner. Selon les présocratiques et les tragiques, plus souvent mentionnés que Platon et Aristote, mais tous étant imprégnés de la même atmosphère intellectuelle, l'homme se conçoit dans l'optique d'une philosophie ontologique : il est une partie intégrante et transitoire de l'être, de l'ordre cosmique, objectif et impersonnel, bien que contenant une intelligence immanente, en même temps qu'il est un membre de la cité elle-même tenue pour naturelle ; il est un microcosme au sein du macrocosme dont il doit avoir la sagesse de ne pas rompre l'équilibre en tombant dans une démesure qui lui serait fatale. Avec les Stoïciens, et plus particulièrement Marc-Aurèle, l'homme est un individu, un élément unitaire ayant sa place dans l'univers, conscient d'appartenir à l'humanité, jouant son rôle sur la scène du monde, mais devant toujours vivre en conformité avec la nature dont il accepte les lois divines et nécessaires. Il faut se tourner vers une tradition toute différente, vers la Révélation biblique, surtout chrétienne, pour voir s'affirmer une authentique personne. L'homme, chaque homme, a une valeur unique par la présence, au plus intime de lui-même, de Dieu qui pourtant le transcende infiniment ; il est créé à l'image de Dieu et appelé, grâce au Christ, à partager la vie divine. La notion de personne s'applique même d'abord à Dieu, qui depuis le commencement du monde adresse la parole à l'homme, et les controverses chrétiennes sur la Trinité divine et sur le Christ à la fois Dieu et homme contribuent à rehausser la personne humaine. Les principes d'une telle anthropologie sont exposés, plus sommairement que ceux de l'hellénisme, à la fin de la première partie de l'ouvrage : ils pourraient facilement être explicités avec les Pères de l'Église et les autres grands représentants de la pensée chrétienne.

La modernité, à laquelle passe la deuxième partie, apporte une conception entièrement nouvelle de la personne, qualifiée ici de phénoménologique, sans lien nécessaire avec l'ontologie. Après les perspectives ouvertes par Descartes, la personne désigne le sujet pensant, indépendant et autonome, affirmant son moi par la force de sa raison individuelle, conscient de la libre détermination de sa volonté. Ce rationalisme subjectiviste revêt des aspects multiples. Dans l'empirisme anglais, Hobbes réduit l'homme aux manifestations de ses activités et, au moyen de l'idée de représentation, justifie la création par les personnes naturelles d'un corps politique, personne corporative et artificielle recevant de leur part un pouvoir souverain et absolu ; mais Locke rattache l'identité personnelle à la conscience d'un sujet conservant en principe le sentiment permanent de son unité intérieure et de la responsabilité de ses actes et possédant une liberté à laquelle il ne renonce pas dans la société politique. De son côté, Kant, s'il estime inaccessible la connaissance métaphysique, sacralise la personne par la moralité, dans la mesure où chaque être humain doit voir en lui-même et dans son semblable une fin en soi et conformer librement sa volonté aux impératifs de la loi morale universelle, en faisant abstraction de son affectivité ; mais il serait possible de montrer l'importance du sentiment moral chez Rousseau, qui a tant influencé la mentalité moderne. L'homme de la Révolution française est poussé à entreprendre sa régénération en coordonnant ses droits subjectifs avec sa participation à la souveraineté nationale, sans éviter de se voir soumis à un despotisme éclairé perçant sous l'idéal démocratique. En réaction contre toutes les

valeurs traditionnellement humaines, le sensualisme matérialiste et nihiliste tend à l'exaltation égoïste des désirs exacerbés et de la jouissance absolue au profit des individualités fortes : Sade célèbre la beauté tragique de la perversion et de la volupté ; à un tout autre niveau, Nietzsche préconise l'avènement du surhomme, affirmant sa volonté héroïque de puissance au-dessus de l'homme ordinaire.

Enfin, dans un troisième temps correspondant au XX^e siècle et placé sous le signe de la post-modernité, les philosophies de l'existence donnent à la notion de personne une importance capitale et un contenu renouvelé. À la suite de Kierkegaard où elles trouvent leur source, elles considèrent l'existence comme antérieure à la pensée, elles mettent l'accent sur le sujet singulier et concret qui, bien que présent au monde et à autrui, est lui-même et non pas un autre, vivant une vie qui lui est propre, qui lui est précisément personnelle. Plusieurs philosophes sont ainsi passés en revue. Dans l'un des courants de l'existentialisme, Sartre s'efforce d'élaborer un humanisme athée : pour lui, l'homme, n'ayant aucune consistance ontologique, s'identifie totalement à sa liberté qui constitue l'étoffe de son intériorité et qu'il projette toujours en avant de lui-même par les actes qu'il pose dans le monde au cours d'une vie contingente surgie du néant et destinée à y retourner. D'autres philosophes se rattachent à l'existentialisme en prolongeant au contraire l'inspiration chrétienne qui l'animait au départ. Pour Jaspers, l'homme, par la conscience de sa liberté, acquiert la certitude de l'existence divine et perçoit l'élan vers une transcendance qui, au cœur même de la finitude empirique dans laquelle il vit, le fait devenir ce qu'il est par son action dans la société. Gabriel Marcel montre en l'homme concrètement incarné dans le monde un être métaphysique appelé à devenir une véritable personne en développant sa ressemblance au Dieu qui est la Personne suprêmement existante et qui donne à chacune de ses créatures humaines leur densité ontologique dans la singularité de leur existence propre et la réciprocité de leur coexistence. Attentif, lui aussi, à l'existence au nom de sa foi chrétienne, Mounier est plus précisément le théoricien du personnalisme : à l'individu centré sur soi il oppose la personne dont la vie intérieure l'incite à s'ouvrir à autrui et la conduit à un engagement dans une communauté où les membres se reconnaissent mutuellement comme des personnes. De son côté, marqué par le drame du génocide juif, Lévinas va jusqu'à définir la personne par le sentiment de sa responsabilité pour la souffrance que révèle le visage d'autrui.

Revenant en conclusion sur l'ensemble de son parcours, l'auteur distingue, au fond de l'homme et de sa nature humaine, la personne qui fait de chaque homme un être unique.

Jacques DAGORY

Klaus-Gerd Giesen (dir), *L'éthique de l'espace politique mondial*, Bruxelles, Éditions Emile Bruylant « Organisation internationale et Relations internationales », 1997.

Klaus-Gerd Giesen publie une série de quatorze contributions préparées pour un atelier de travail sur le thème de l'éthique des relations internationales, placé sous le

signe des « métissages disciplinaires ». La mutation profonde qu'a récemment connu cet objet d'étude commande, selon lui, une approche renouvelée qui transcende les divisions disciplinaires classiques. Les contributions des auteurs se développent selon des perspectives très diverses : se mêlent des analyses conceptuelles, historiques, méthodologiques ou des études de cas, inspirées par des courants différents comme le post-structuralisme en relations internationales, le féminisme, le libéralisme ou encore par la déconstruction post-moderne.

Le point commun de ces études consiste à prendre la mesure des transformations actuelles de l'ordre du monde qui provoquent une remise en cause croissante des anciens cadres de pensée et d'action politique ; une fois fait ce constat de crise, il faut se demander dans quelles conditions l'éthique pourrait permettre de retrouver une intelligibilité et une capacité d'organisation de l'espace politique mondialisé.

Plusieurs auteurs s'emploient à remettre en cause la pertinence de la représentation inter-étatique de l'ordre mondial. Tout d'abord cette vision des relations internationales est modifiée en profondeur par des transformations récentes. La généralisation et la mondialisation de l'économie de marché ou la fin de la guerre froide affaiblissent considérablement la pertinence des raisonnements traditionnels fondés par exemple sur la position centrale accordée à l'État ou sur le paradigme de l'équilibre des puissances. On peut même parler d'une crise éthique parce que la montée en puissance de la logique économique ne rencontre pas de contre-pouvoirs à sa mesure. L'économie se déploie à une échelle planétaire, alors que les cadres de régulation qui pourraient réduire les effets destructurants de cette dynamique, restent nationaux et sont de moins en moins à même d'agir. Dans ce contexte, la question caractéristique de l'éthique politique – que doit-on faire ? – est subordonnée à la question « à quelles conditions peut-on faire quelque chose ? ».

Fr. Rigaux, K-G. Giesen et S. Guzzini font un effort important de critique des concepts inadéquats hérités des sciences sociales et politiques solidaires de l'ancienne représentation du monde. L'éthique du monde actuel – un monde devenu « fractal » – suppose que l'on relativise et que l'on abandonne les concepts de souveraineté, de frontière et de territoire politique. La pensée politique et juridique s'est développée à partir de la notion d'État. Or cette dépendance n'a rien de naturel et d'indiscutable. Il s'agit d'une représentation historiquement datée, culturellement marquée et idéologiquement orientée. Rigaux souligne la collusion, à l'époque de Vitoria, entre les concepts du droit public international et la justification des conquêtes coloniales. Giesen stigmatise la solidarité entre la représentation anthropomorphique de l'État comme agent moral, cocontractant de la société internationale, et le libéralisme qui cherche à ménager des sphères d'autonomie pour l'individu et la nation. Guzzini fait écho aux approches post-structuralistes qui contestent l'irréductibilité de la frontière entre la possibilité de la démocratie et de l'État de droit à l'intérieur de l'État, et l'état de nature et les rapports de force qui règnent entre les États selon l'école réaliste. Dans ces conceptions, une démocratie globale, la société civile mondiale ou la résistance sociale organisée à la mondialisation ne sont pas envisageables.

L'espace politique mondial qui émerge ainsi n'est pas spontanément bon. Son ordonnancement est défaillant sous différents aspects et dans différentes régions. La contestation la plus radicale de la mondialisation est exprimée par l'ethnologue Michael Singleton et par l'économiste Serge Latouche. Le premier souligne que le « global »

pourrait bien n'être, en réalité (c'est-à-dire pour la réalité socialement vécue), que le local des maîtres du monde. La mondialisation ne serait donc pas l'extension d'une éthique universalisable mais l'imposition d'un schéma particulier au mépris des autres cultures digérées. S. Latouche fait le procès de l'éthique de la mondialisation en montrant notamment sa contradiction fondamentale : le système économique qui triomphe génère une démoralisation générale qui affecte les responsables politiques et les fonctionnaires corrompus, le monde des affaires, les sciences et les technologies gagnées par un aveuglement déontologique, etc. ; or le fonctionnement du système repose néanmoins sur la morale (celle de l'instituteur et de l'ouvrier consciencieux, ou du juge intègre, alors même que la logique du marché leur commande de mettre les notes ou les jugements aux enchères et de ne considérer que la valeur marchande des actions). De ce point de vue, la mondialisation est strictement incompatible avec l'éthique parce que le comportement économiquement rationnel n'est pas universalisable.

Toutefois le ton général de l'ouvrage consiste plutôt à fonder sur l'éthique l'espoir de corriger les défauts de la mondialisation. Mais dans cette orientation générale, une grande diversité de perspectives éthiques et de valeurs est mobilisée par les auteurs. Anna Leander réinterroge le dilemme entre l'universalisme et le relativisme des valeurs culturelles à la lumière du projet féministe pour éprouver à une échelle internationale la légitimité des normes éthiques. Daniel Weinstock se place dans le cadre de la philosophie libérale pour contester les arguments des « nationalistes libéraux » qui s'opposent à l'immigration au nom de la préservation d'une culture. L'éthique de Kant est plusieurs fois invoquée : par Ricardo Terra pour éclairer le besoin de cadres normatifs généraux pour le monde entier ou par Jean-Christophe Merle pour fonder le principe de droits économiques et sociaux universels, en particulier un droit à percevoir de la collectivité mondiale les moyens de sa subsistance. Jacques Herman ressuscite le concept de « prudence » pour envisager un principe d'action politique qui permette de surmonter les limites de l'inscription territoriale. Il ressort toutefois de ce recueil de textes que toute éthique n'est pas disponible pour servir un projet cohérent de réforme de l'action politique. Yohan Ariffin entend démontrer par exemple que le « développement » est lié à un art de gouverner qui a servi, à travers l'histoire, à imposer les intérêts d'un acteur dominant (le roi et les marchands avec le mercantilisme, les superpuissances pendant la guerre froide...). Même l'ingérence humanitaire au nom des leçons que l'on pourrait apprendre de l'histoire constitue en fait une éthique ambiguë, selon Jean-Michel Chaumont.

À côté des normes substantielles que l'on peut promouvoir ou critiquer, le raisonnement éthique permet aussi de justifier de nouvelles formes d'organisation collective susceptibles de contrebalancer le pouvoir tout puissant de la logique marchande. Klaus-Gerd Guisen réfléchit à des formes d'organisation du social qui devrait faire face à l'économique. Il s'agit pour lui de conceptualiser la « société civile » autrement que comme un agent moral autonome et souverain. S'inspirant de Habermas et de Gramsci, il plaide pour une société civile agissant de manière décentralisée, à l'image d'un réseau multidimensionnel. À l'heure de la mondialisation, l'action politique et le mouvement social doivent emprunter au marché sa structure, afin d'être en mesure de faire entendre d'autres intérêts que ceux qu'exprime la logique économique.

C. — *Sociologie et doctrine*

Thilo Ramm, *Zum freiheitlichen sozialen Rechtsstaat, Ausgewählte Schriften*, Frankfurt-sur-le-Main, Vittorio Klostermann, 1999, 687 p.

Après avoir consacré de nombreux travaux de jeunesse à Lassalle, ainsi qu'à ses prédécesseurs (de Platon à Owen en passant par Rousseau, Babeuf, Saint-Simon ou Cabet), le professeur Ramm s'est tourné résolument vers l'étude du droit positif. Mais sa spécialisation ultérieure en droit social ne lui a pas ôté le goût des interrogations fondamentales.

On notera que la mise en perspective de la vingtaine d'articles recueillis dans cet ouvrage, fruit de près d'un demi-siècle de labeur, est grandement facilitée par la présence d'un « inventaire » introductif, façon d'autobiographie intellectuelle d'un auteur qui n'a jamais fait mystère de ses engagements. Intéressant la théorie générale de l'État et le droit constitutionnel, les écrits rassemblés dans la première partie (Droits fondamentaux et constitution) convergent vers la condamnation d'une hypocrisie constitutionnelle. La Loi fondamentale de 1948 se contenterait en effet d'une simple définition de principe de l'État fédéral ou de l'État de droit comme « État social ». À cette formulation en manière d'alibi, que l'on retrouvera par ailleurs dans la Constitution de la V^e République, l'auteur réagit en insistant sur la nécessité d'une mise en œuvre concrète de « l'État social ». Une mise en œuvre qu'il s'agit d'assurer dans le respect élémentaire des libertés fondamentales, conformément aux aspirations de la social-démocratie. C'est l'occasion pour le professeur Ramm de prolonger sa réflexion sur le terrain du droit social et des rapports délicats qu'il entretient avec les droits fondamentaux.

Consacrée à des analyses techniques de théorie juridique, tels ces aperçus sur la nature juridique des conventions collectives ou sur le rôle de la sociologie juridique en droit du travail, la deuxième partie (Questions fondamentales du droit du travail) retiendra essentiellement l'attention des spécialistes du droit social.

Relative au développement de l'État judiciaire, la troisième partie de l'ouvrage est l'occasion de développements plus nettement philosophiques. On insistera notamment sur le second chapitre (« Entre positivisme constitutionnel et justice du *cadi* – et maintenant ? »). Tant l'étendue de la compétence du Tribunal constitutionnel allemand que la pratique des juges de Karlsruhe ont déjà suscité maintes critiques. Le règne personnel du juge se serait substitué au règne de la norme légale. Devant ce retour désastreux à la « justice du *cadi* », Thilo Ramm nous renvoie à l'analyse de la célèbre argumentation juridique du *Marchand de Venise*. Depuis plus de trois siècles, le discours de Porcia a stimulé l'imagination des juristes. À l'instar de Jhering, la plupart d'entre eux auront stigmatisé les insuffisances juridiques de l'œuvre de Shakespeare. « Chicane pitoyable », indice d'un instinct du droit qui ne s'élève pas encore à une connaissance claire et complète, la rhétorique subtile de Porcia se voit néanmoins reconnaître, généralement, le mérite de son triomphe sur les terribles exigences de Shylock. Mais, comme pour le Tribunal constitutionnel, ferait ici défaut le vrai travail du juriste, à savoir le pénible processus de production de la norme pour un cadre et un temps donné. Et l'auteur de conclure à la nécessité d'un abandon de l'« idéologie de la justice du cas particulier ».

On pourra regretter la globalité d'affirmations qui ne distinguent pas même selon le degré de généralité et de nécessité des solutions judiciaires. Et continuer de penser qu'au-delà de sa dimension littéraire, le rôle de Porcia illustrera encore longtemps l'importance du jugement prudentiel singulier, dépassant les principes des normes pour atteindre directement à la vérité supérieure du juste.

La perspective nettement réformatrice des travaux de l'auteur l'a conduit logiquement au développement de propositions concrètes. L'ouvrage se clôt ainsi sur un projet détaillé de restructuration des études juridiques et sur un plaidoyer pour la fondation d'un centre, indépendant, pour la politique du droit. De cette institution ne dépendra rien de moins que la révision constitutionnelle indispensable à l'instauration de l'État social.

Vincent GUÉRIN

René Quan-Yan-Chui (dir.), *Échos de Chine*, tr. du chinois et de l'angl. par A. Mequin, P. Franchi, J.-M. Zanga *et alii*, Marseille, La Thune, 1999, 224 p.

Le P. René Quan-Yan-Chui, dominicain français, est un philosophe du droit possédant une exceptionnelle documentation comparatiste et une solide expérience de réflexion sur les œuvres fondamentales. Encore étudiant, il avait publié aux *Archives* une bibliographie systématique des principaux articles parus dans la revue à partir de sa création. Ayant vécu au Mexique, il achève une thèse entreprise depuis des années sur la pensée de Luis Recasens-Siches, dont il détient de précieux manuscrits et dont l'apport est central dans le personnalisme de ce siècle (l'on peut s'étonner de l'ignorance de sa philosophie du droit d'inspiration ortéguienne et schélérienne, intégrant et dépassant d'une certaine façon le kelsénianisme – à une époque où la France ne connaissait qu'à peine le nom du maître de Vienne et de Columbia –, et s'engageant dans une sociologie juridique à la suite de Simmel et Mannheim et en écho à Dewey).

René Quan a aussi fait paraître une étude recensée ici même l'an dernier par M. Vincent Guérin sur Léon Husson, le philosophe lyonnais et élève de Bergson, spécialiste des sources, de l'interprétation et de la responsabilité juridique. Mais il a surtout fondé une riche collection d'études historiques chez un éditeur marseillais, qu'il étend aujourd'hui à des travaux plus orientés vers la philosophie juridique et politique du monde asiatique auquel il est attaché. René Quan séjourne en effet régulièrement une partie de l'année à Taïwan, d'où il lui est possible d'approfondir, par sa maîtrise de la langue et de la culture chinoises, un héritage oublié. Ses « collectages » sont impressionnants sur le passé ancien et récent de la Chine, sur les témoignages et écrits divers des voyageurs et curieux européens, le plus souvent jésuites ou dominicains, dont les travaux scientifiques sont insoupçonnés ; ils ont essayé de comprendre les traditions ritualistes et coutumières (avant même l'apparition de la sociologie et des « enquêtes scientifiques » dont ils sont les précurseurs) et ils en ont toujours dégagé un concept de justice susceptible d'entretenir la communication ou le dialogue avec l'Occident. Ce patrimoine « monumental », au double sens du terme, sera progressivement publié.

Pour l'heure, René Quan présente un ouvrage d'actualité qui recueille les traductions françaises (à partir du chinois et de l'anglais) de divers articles tirés essentiellement de la

revue *China News Analysis* du Département juridique de l'Université Fu Jen de Taipei. D'autres textes y figurent en complément, extraits de différentes revues : *Comegrav* ou *Études*. Il s'agit de mises au point synthétiques et critiques, assorties de nombreuses références, complétées par des données d'information sociologiques et statistiques précises, chiffrées, ou sous forme de tableaux. Il y est question : – du devenir, dans la Chine contemporaine, des grands courants d'idées philosophiques encore classiques au début du XX^e siècle ; – des échanges avec l'Europe et l'Amérique, plus effectifs dans le secteur des sciences ou des sciences humaines qu'ailleurs (une notable absence de philosophie métaphysicienne ne passe guère inaperçue et affecte négativement nos pays) ; – des tendances qui paraissent émerger enfin de la culture juridico-politique et artistique du moment et de ce qu'elles semblent promettre pour le siècle à venir (la dominante serait liée à la recherche d'une nouvelle identité à partir de la honte de son effacement et du double refus des occultations perpétrées par le marxisme comme par un insidieux américanisme).

L'on est frappé par la tonalité positive et très pluraliste de la plupart des textes présentés : pour paraphraser Montesquieu au début de *l'Esprit des lois*, il ne s'agit pas de « juger des usages » mais « d'en rendre compte ». De fait, que ce soit à propos de la Chine ou à propos de l'Occident (et en particulier des auteurs cités, des systèmes institutionnels, constitutionnels par exemple, de référence), le propos n'est jamais d'émettre une quelconque appréciation mais de pratiquer une description aussi rigoureuse et complète que possible. À cet égard, le lecteur fait l'apprentissage d'une exigence qu'une forme d'idéalisme philosophique implicite même à travers les méthodes positivistes a pu rapidement faire disparaître : connaître la réalité au moins à travers des faits vérifiés avant d'y projeter ses interprétations, avant de subjectiviser en suscitant une image onirique en bien comme en mal de l'Orient. C'est ce que faisait jadis Victor Ségalen ou le p. Teilhard en observant les bois des temples ou les os fossilisés de mammouths.

L'on découvrira ici un paysage intellectuel qui ressemble peu à celui, artificiellement composé, que suggèrent les rapports de presse financière ou diplomatique, comme de très sérieuses enquêtes économiques mais toujours imbues de schèmes dialectiques faciles (liés à la tension libéralisme capitaliste/féodalisme traditionnel ou socialiste), ou les montages éditoriaux de nos capitales destinés à séduire le public occidental par une irréprochable esthétique : ce paysage plus discret et plus subtil, parfois inattendu, parfois exaltant, parfois décevant, parfois irritant, tient à la soumission patiente et familière à un milieu, une fois débarrassé des prismes ou des « préconceptions du monde ».

Les sources idéologiques et religieuses diverses (incorporant le taoïsme et le bouddhisme) y sont relevées en priorité, puis exposées (la notion d'« humanisme » paraît alors de nature à poser les « vrais » problèmes) ; les catégories socio-culturelles aussi bien y sont examinées avec soin à travers leur rôle du point de vue du processus de contrôle qu'érige le droit sur la société (en déterminant ce qu'est ce droit et quels en sont exactement les fondements) ; certains événements concrets de l'histoire politique et sociale y sont enfin relatés avec minutie. Sans entrer davantage dans le détail, voici donc un instrument exploratoire dont on ne saurait douter de l'utilité et dont on attend surtout qu'il soit complété par de nouvelles parutions.

Jean-Marc TRIGEAUD

Paul Garelli, J.-M. Durand, H. Gonnet, C. Bréniquet, *Le Proche-Orient Asiatique*, Tome I : *Des origines aux invasions des peuples de la mer*, Paris, PUF « Nouvelle Cléo », nouv. éd. 1997, 382 p.

Dans cette nouvelle version remaniée et complétée, il y aurait beaucoup à puiser sur la naissance et l'organisation de l'État, dont on connaît désormais de mieux en mieux les structures originelles grâce au déchiffrement patient du fruit d'exhumations récentes, de l'Anatolie au Bassin mésopotamien. Les correspondances diplomatiques et commerciales, les traités et contrats entre Cités, la relation des successions dynastiques, des usurpations et occupations, des guerres et reconquêtes, alimenteront la réflexion du philosophe juridique et politique, en un domaine où l'on est parvenu très tard à des bases solides et à des certitudes scientifiques.

L'on est renvoyé aux éléments incontestablement les plus anciens qui marquent l'émergence de l'idée du juste et du concept de droit, tels que les véhiculeront et expliciteront ensuite les traditions biblique et gréco-romaine. Ces données sont redoutables à classer, à élaborer et à interpréter, par le recours qu'elles exigent à plusieurs sciences, paléographiques et juridiques, de critique historique ou de connaissance des mythes et des symboles ; elles font aussi appel à des compétences linguistiques comparées (langues « mortes » dans le champ sémitique akkadien et langues vivantes réunies pour tenir compte des commentaires). Cela peut expliquer parfois une cohérence délicate à obtenir dans un ouvrage de synthèse comme celui-ci (et, le livre refermé, l'on finit par ne plus percevoir où s'arrête Sumer et où commence Elam, ni ce qui distingue les Hittites des Guti, les Hourrites des Mitaniens...). De plus, il faut avoir le courage de bouleverser les écrits antérieurs devant une découverte archéologique qui les remet en cause ; comme d'admettre des absences de transition et des lacunes ou des « blancs » : le blanc par exemple de cette période de la fin du second millénaire où l'on avoue ne rien savoir de ce qui s'est réellement passé, des Cyclades à la Bactriane. Bien des juristes ont travaillé et publié de façon générale sur ces questions, dont les innombrables travaux d'interprétation d'ensemble sont sans cesse à reprendre et à approfondir.

Si d'ailleurs certains sujets devraient être révisés dans leur approche par ce type de lecture (l'on pense à la propriété et au régime de l'économie agraire à leur origine), nous ne voudrions souligner que l'importance ici d'un seul thème : celui de *l'équité*.

Cette notion s'enracine dans un vieux fonds précisément judéo-chrétien et hellénique, puis latin (l'*epieikeia* d'Aristote devenant l'*aequitas*), sans que le cadre d'analyse ait changé au fond jusqu'à saint Thomas et Leibniz et jusqu'aux interprétations de Rawls et de Ricoeur (cf. notre art. sur l'équité in *Mc Gill Law Journal* (Montréal), 1989, p. 414 s. et *Encycl. univ. philo., Notions*, PUF, 1990, repr. in nos *El. philo. pol.*, ch. 6 ; v. également les développements de S. Magdi Zaki, *Archives* (1990), p. 87 et s.). Or l'on remarque la présence de cette équité en un sens particulièrement original dans le monde de la Babylonie du III^e millénaire av. J.-C., associée à ce que l'on appelle plus communément aujourd'hui (acception hayékienne) la « justice sociale ». Cela montre dans quelle continuité se trouve le droit hébraïque ancien qui implique deux justices (*kôpher* et *sedaqa*) (v. notre *Mét. éth.*, ch. 15), mais cela relativise surtout le rôle longtemps jugé privilégié de la spéculation philosophique grecque et de la jurisprudence romaine : non qu'il faille nier leur apport, mais, comme la philosophie et le droit, cet

apport n'est pas né *ex nihilo*, il n'a consisté qu'en une reformulation théorique d'un contenu antérieur, de ce que l'on savait déjà assez largement au plan des principes fondamentaux dans l'univers mésopotamien. C'est la nouveauté et c'est le net progrès de la fin de ce XX^e siècle de s'ouvrir à cette vérité, après des siècles de cultures gréco-latine ; de même, l'histoire de l'art s'est ouverte à d'autres cultures dites archaïsantes mais authentiquement « premières ».

Dans le prolongement d'Akkad, et d'après la documentation de Mari, de Larsa et de Babylone, le droit du sud mésopotamien était écrit alors que celui du nord était plus verbal, mais la codification, la législation ou la mise au point de textes correspondent à un processus plus ancien que la stèle d'Hammurabi (- 1792) ne le laisse supposer (codes de Shulgi à Ur, - 2094, ou de Lipit-Eshtar à Isin, - 1934), et toute disposition établie sous forme ainsi écrite est solidaire déjà dans son interprétation et dans sa portée d'un principe d'équité, qui ne semble pas uniquement servir à la corriger ou à la compléter (sens ultérieurement *platonicien et moderne*), mais à la remplacer en remontant à l'exigence qui l'inspire, pour en quelque sorte s'y substituer de manière directe (sens ultérieurement *aristotélicien et antique*).

Ainsi s'affirme la *mīsharum* aux côtés de la *kittum*. Celle-ci connote l'immutabilité nécessaire au fonctionnement d'un droit positif qui repose sur la confiance et la fidélité à ce que l'on peut connaître et à quoi l'on doit pouvoir s'en tenir. Celle-là indique la « bonne mesure », variable sans être inconstante, à rechercher en chaque cas, selon la *nature de la chose*, sans être guidé par une autre référence que *l'égalité* : une telle justice sera donc, comme l'a dit Aristote, « plus égale que la justice légale » ; elle ne se situera pas dans les marges de la loi visant le plus grand nombre pour l'adapter (ce qui est encore l'idéologie du « maximin » de la *Theory of justice*) ; elle légifèrera en somme de façon immédiate (*enthymématique* dans la logique du Stagirite), parfois avant même tout exercice d'une égalité légale. D'ailleurs l'équité ne tient pas vraiment alors à une œuvre prétorienne d'interprétation de la loi par substitution, mais à une véritable fonction royale de politique de la justice. Il n'est pas rare qu'elle intervienne cycliquement, annuellement, non en vue d'une situation individuelle mais en vue d'une série de situations, catégoriellement et même corporativement (s'agissant des personnes ou des choses) : par décret exceptionnel du prince, les dettes de telle nature comme les personnes de tel statut se voient bénéficier de telle remise ou de tel attribut ou avantage spécifique (esclave affranchi), en une cérémonie placée sous la protection du dieu symbole de la justice (Shamas). Le prince a vocation à user de la *mīsharum* (ce qui est propre au royaume de Sumer, de Babylone, de Mari et d'Alep), et, nous dit-on ici, comme protecteur le plus souvent des opprimés : il faut transposer, de tous ceux que l'égalité la plus abstraite des lois ne peut pas saisir, et qui échappent à de simples aménagements ou amendements de ces dernières. L'idée de cette justice qui donne, et pas seulement qui partage ou échange, est peut-être une idée sociale, mais elle n'a pas attendu les avancées de la « pensée sociale » pour voir le jour.

Jean-Marc TRIGEAUD

Mario Vargas Llosa, *L'utopie archaïque. José Maria Arguedas et les fictions de l'indigénisme*, Paris, Gallimard, 1999, trad. de l'esp. (Pérou) par Albert Bensoussan, 404 p.

Un ouvrage à lire à l'envers. Vargas Llosa est un écrivain péruvien bien établi, « nobélisable » dont les titres à succès ont suscité de nombreuses traductions. Il se prend à écrire sur l'un de ses compatriotes, Arguedas, auteur des *Fleuves profonds* et de *Tous sangs mêlés*, un auteur moins en faveur, et auquel il reconnaît pourtant une dimension créatrice incomparable tout en le discréditant féroce. Mais pourquoi cette infortune ? Elle appelle selon lui une analyse pleine de commisération. Arguedas s'est trompé, et son suicide entre deux cours à l'Université de Lima atteste sans doute la mauvaise conscience d'un tel échec. Il s'est trompé *politiquement*, parce que son engagement (qui fut aussi celui originaire de Vargas, admirateur à cette époque de Fidel Castro...) a démontré son inefficacité et n'était pas dans le vent de l'histoire, submergé par les vagues libérales venues du nord et par les tentations du *business* ; et il s'est de toute nécessité trompé *culturellement*, (et même esthétiquement !) parce que son attachement un brin réactionnaire et donc contradictoire à la cause de la réhabilitation des Indiens et de leur langue plusieurs fois millénaire, n'a guère servi son idéologie avec le bonheur souhaité. L'urgence d'un consumérisme l'emporte comme un « gai savoir » à stimuler, dans le rejet des utopies d'antan, celles qui, portées par quelque missionnaire moralisant ou quelque fanatique idéologue à la mode occidentale, pouvaient confiner au racisme par leur quête d'identité (à présumé ontologique) et par leurs revendications dites de justice tendant à avantager les plus faibles au détriment des plus forts. Voilà tout trouvé le moyen de s'en débarrasser pour partager les codes de références des élus de la planète dans la production du livre. Le problème notamment de l'égalité des statuts dans la détermination de la personne juridique à tous niveaux, des droits à la santé aux droits scolaires, et la grave question du statut de la propriété foncière, de la redistribution des terres, pourraient sembler ainsi des épiphénomènes dépassés par la crise de croissance d'une société évoluant enfin quoique difficilement vers un modèle unique où l'attendent ses aînées. Mais l'actualité historique et sociale de l'Amérique latine montre les dangereux retours du refoulé. Et l'approche de la justice qui aura cru pouvoir l'éliminer pour épouser implicitement une nouvelle méthodologie ou rhétorique de complaisance où les problèmes ou questions soulevées ne se posent qu'à titre d'exception une fois les principes établis (tirés des théories déductivistes les plus en vue), avec une telle condescendance, pourrait bien se disqualifier d'elle-même par cette fuite *déréalisante*, pire qu'une utopie, qui multiplie les témoignages de séduction auprès de l'ennemi capitaliste d'hier qu'elle cherche à séduire, et qui tire les rideaux aux fenêtres dès qu'on crie dans la rue.

Jean-Marc TRIGEAUD

Slobodan Milacic (dir.), *La démocratie constitutionnelle en Europe centrale et orientale. Bilans et perspectives*, Éditions Bruylant, 1998, 629 p.

État des lieux décennal des transitions postcommunistes, *La démocratie constitutionnelle en Europe centrale et orientale. Bilans et perspectives*, développe les champs d'investigation et les pistes dégagées lors d'un colloque international tenu à Bordeaux fin 1996.

L'apport de cet ouvrage tient tant à une volonté affichée de réalisme, de modération et de rigueur scientifique dans l'analyse d'une problématique transitionnelle reconstruite qu'à la variété des perceptions des problèmes. Les trente-trois auteurs sont en effet universitaires, juges constitutionnels, écrivains, philosophes ou acteurs institutionnels. Ils représentent dix pays, les États balkaniques *lato sensu*. L'échantillon géographique retenu souffre toutefois d'une imperfection : la Pologne est absente de la zone concernée alors que son expérience est importante, mais peut-on l'englober sans hésiter ?

Grâce à la diversité des horizons des auteurs, des thèmes majeurs, tels la reconstruction institutionnelle, l'État de droit, l'intégration européenne, la représentation politique, les minorités ou encore le rôle des intellectuels, sont traités sous des angles pluridisciplinaires et avec des points de vue concurrents. Ainsi, le sens et les ambiguïtés du mimétisme constitutionnel, dont on a eu tendance à exagérer l'impact en amont et les bienfaits en aval ; la difficile adhésion aux instances européennes ; ou l'irruption dans les constitutions postcommunistes des droits fondamentaux et des systèmes de garanties juridictionnelles qui sont, peut-être, l'aspect le plus crédible du constitutionnalisme postcommuniste. L'élection est abordée à travers ses principales dimensions : la représentativité démocratique, sa portée légitimante dans l'état actuel de la culture politique et la fiabilité de son déroulement. D'importantes études sur les partis politiques posent le problème dans toute son ampleur - historique et politique - et dévoilent les difficultés de la concordance des temps : il est plus facile d'écrire une constitution que de cristalliser un système de partis à la fois représentatif et efficace. Le thème-clé des minorités, qui se sont avérées être de véritables poisons des sociétés civiles postcommunistes, est quant à lui traité avec richesse.

Particulièrement éclairant, aussi bien par les analyses conceptuelles que par les informations factuelles et chiffrées qu'il contient, ce livre révèle la multiplicité des facettes de la transition démocratique sans céder au piège de l'hypothèse unique ou d'un « actualisme » cherchant à extrapoler l'événement.

B. VINCENT

Bjarne Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Paris, Montréal, L'Harmattan, Saint-Nicolas (Québec), Les Presses de l'Université Laval, 1998, 248 p.

Bjarne Melkevik (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Saint-Nicolas (Québec), Les Presses de l'Université Laval, 1998, 246 p.

À qui va aborder ces *Horizons de la philosophie du droit* sans être familier de la théorie communicationnelle, il s'avère judicieux de recommander l'abandon d'une lecture linéaire. Un regard initial sur le troisième chapitre, véritable introduction aux divers aspects de la pensée juridique d'Habermas, nous semble un préalable indispensable. Le novice pourra alors mieux mesurer l'imprégnation des écrits du professeur Melkevik par la doctrine du maître allemand.

La présentation bienveillante des idées d'Habermas par l'auteur est celle d'un disciple convaincu. On connaît les grands traits de la pensée habermassienne, avec sa volonté de reprendre le dessein politique de l'*Aufklärung* sans retomber dans le piège du modèle illuministe d'une raison déductive ou inductive, traduction d'un « monologisme stérile ». Dans cette intention, Bjarne Melkevik nous explique qu'il s'agit d'opter pour différents modèles de rationalité selon le modèle d'action, et de privilégier le pluralisme caractéristique de notre société contemporaine. Sont ainsi distingués les modèles de l'agir téléologique (relation du sujet au monde objectif), de l'agir régulé par des normes (relation du sujet au monde social) et de l'agir dramaturgique (rapport du sujet au monde subjectif). C'est dans le quatrième modèle, dit de « l'agir communicationnel », que le sujet devra tenter la réconciliation des trois mondes (objectif, social et subjectif) en « coordonnant les modèles de rationalité qui y correspondent ». « L'éthique formaliste » kantienne se voit ainsi corrigée par une éthique de la discussion qui substitue à l'impératif catégorique une procédure de l'argumentation morale. En effet, le concept de rationalité communicationnelle est foncièrement lié à la discussion argumentée, la force d'un argument se mesurant à sa « capacité à convaincre, à motiver l'admission d'une prétention à la validité ».

Cette rationalité est également soumise à un principe d'universalité. Non plus cette « pure idée d'universalité kantienne que l'on tenterait de formaliser à l'aide de nos faibles capacités humaines ». Mais bien une universalité qui nous ramène au consensus, à l'accord réel de tous les individus concernés sur la validité de la norme, dans une perspective dialogique. La mise en œuvre de ce principe exige logiquement l'instauration d'une conception procédurale du droit. Un droit dont le contenu n'est, dès lors, « jamais fixé à l'avance », et demeure continuellement ouvert. Cependant, cette procédure, véhicule de la rationalité communicationnelle, n'intéressera pas le droit dans son intégralité.

Car Habermas divise le droit selon les deux logiques du système et du monde vécu, respectivement comme médium ou comme institution. Comme institution, le droit inclut les normes insuffisamment légitimées par le renvoi positiviste aux procédures légales. Arrière-plan de l'agir communicationnel, ces normes, qui impliquent choix de société et questions de valeur, nous renvoient au concept de monde vécu, compris comme la « pluralité des mondes vécus par des individus ». Espace transcendantal du discours, le monde vécu est analysé comme un réservoir de sens pour les individus, dès lors qu'il est structuré intersubjectivement, selon le modèle décrit de l'agir communi-

cationnel. Comme médium, le droit se veut fonctionnel. Soumis à la logique du système, il englobe ces « moyens du droit » qui ne posent guère de problèmes autres que techniques.

La distinction du médium et de l'institution est indispensable à Habermas en tant qu'elle lui permet de s'émanciper des théories autopoïétiques d'un Luhmann. On distinguera en effet entre transformations fonctionnelles du droit, obéissant à la logique du système, et transformations institutionnelles. Si les premières obéiront à la logique du système, les secondes, intéressant les normes essentielles, s'émanciperont de cette logique dangereusement auto-reproductrice. Et c'est sur l'horizon des mondes vécus, « point d'ancrage de la rationalité communicationnelle », que la compréhension et le consensus pourront légitimer ces normes. L'idéal démocratique sous-jacent à cette procédure de légitimation, ou plus exactement de validation des normes, est avoué. Si Habermas ne prétend pas de façon utopique que ces normes sauront régler tous les intérêts, l'auteur insiste sur le fait qu'elles expriment les intérêts concrets en les universalisant, pragmatiquement, au terme d'une discussion. Il voit d'ailleurs dans cette capacité le secret de la supériorité du modèle communicationnel sur les modèles contractualistes, contraints par l'abstraction de leurs outils d'universalisation. Bjarne Melkevik s'intéresse alors à cette radicalisation du projet démocratique qui conduit Habermas à reconstruire un concept d'État de droit dissociant pouvoir et droit ¹.

Les bases de la théorie communicationnelle maîtrisées, il se révèle passionnant d'étudier leur mise en œuvre par l'auteur. Si les thèmes à caractère plus ou moins historique s'y prêtent moins (ainsi ce « regard sur la culture juridique chinoise » ou l'intéressante analyse de la récupération d'Hauriou, en un sens marxiste, par Pasukanis), les sujets ne manquent pas qui offrent de beaux terrains d'expérimentation pour un habermassien convaincu. Sont évoqués des problèmes aussi divers que ceux posés par l'aide au suicide (« La responsabilité devant la mort »), les nouvelles conceptions écologiques (« La nature, un sujet de droit ? »), ou encore le « crime de Salman Rushdie » (on nous permettra, au passage, de déplorer la présence de singulières approximations dans les analyses théologiques...). Sans rentrer dans le détail de ces études, il faut insister sur le caractère relativement « conservateur » de leurs conclusions. C'est là un trait bien remarquable de la théorie de l'agir communicationnel, qui trouve son fondement dans la volonté de faciliter le consensus. Celui-ci est rendu d'autant plus aisément possible que, « pour des raisons culturelles et sociales, les mondes vécus doivent largement coïncider ». D'où l'insistance du professeur québécois sur l'exclusion nécessaire de la *tabula rasa*, qui ne saurait que perturber et retarder le choix des normes. Il faudra donc renoncer aux bouleversements discrétionnaires, « les normes de l'agir régulées par des normes juridiques ne se transformant pas arbitrairement "à la carte" ».

Les analyses critiques de l'utilitarisme et du postmodernisme juridique menées par l'auteur sont tout aussi intéressantes. L'utilitarisme encourt l'excommunication majeure pour nous interdire de voir « que le droit n'est pas artifice mais communication pratique ». Mais si ce système aboutit à une réification de l'homme, le postmodernisme conclut plus radicalement encore à son abolition pure et simple. Nihilisme esthétique, la

¹ Sur cette question, voir le compte-rendu critique, par D. Ségler, de l'ouvrage de Jürgen Habermas *Droit et démocratie*, paru in *Arch. phil. droit* 1998, Tome 42, p. 398-402.

subversion postmoderne représente un « adieu à la raison ». Après la mort du sujet, elle prédit la fin d'un droit qui devra s'abîmer dans la narration pure. Bien entendu, le dialogue entre les acteurs du droit préconisé par Habermas n'a plus de sens. À la différence du marxisme, le postmodernisme n'attend aucune émancipation de ce dépérissement et manifeste ainsi la profondeur de son nihilisme.

On est cependant en droit de s'interroger : la théorie communicationnelle si prompte à fulminer ses anathèmes est-elle exempte de ses propres reproches ? Il est indéniable qu'en développant sa pensée, Habermas a prétendu la garder tant des errements de l'empirisme que des exagérations d'un rationalisme abstrait.

Ainsi, du « positivisme juridique », réduit par le professeur Melkevik à son versant empiriste, (« le positivisme juridique affirme que le droit repose unilatéralement sur des propositions empiriques »), Habermas se distingue en se définissant comme cognitiviste : « la dimension cognitive est essentielle dans l'élaboration des normes ». Il le répétera d'autant plus que le concept de monde vécu pourrait apparaître comme un retour à l'empirisme. Il réaffirme du même coup la vanité de la poursuite d'un « au-delà » postmoderne de la raison. Surtout, l'auteur affirme son émancipation de la perspective positiviste sujet-objet, remplacée par une perspective intersubjective. L'influence des théories langagières est patente. Mais pour comprendre les raisons d'une telle exclusion de l'objet, il n'est que de songer aux manipulations multiples et profondes dont ce concept d'objet a été la victime. Car l'objectivisme postmoderne, contempteur du sens et du sujet, n'aura jamais fait suite qu'à la constante et stérile réduction de l'être du droit au fait, réduction négatrice d'un quelconque devoir-être.

Ce devoir-être, Habermas en rappelle quant à lui l'exigence, manifestant ainsi son ancrage rationaliste. Mais, comme nous l'avons vu pour l'établissement d'un principe d'universalité, il ne s'agit pas de retomber dans les abstractions formelles d'un rationalisme incapable d'accéder directement au réel derrière le phénomène, quand il ne le nie pas. Face à cette menace, il use de l'argument de la réalité des mondes vécus. Ce renvoi à un matériau empirique semble le protéger notamment de cette « logique nihiliste des systèmes » imputée à Luhmann. Plus subtilement, en témoignant d'un certain retour au réel, un tel arrière-monde réussit presque à nous faire oublier l'idéalisme profond de sa théorie, ce malgré l'affirmation antérieure de son refus de « l'objet ». Cependant, dans sa présentation introductive de la notion de philosophie du droit, Bjarne Melkevik avait eu cette formule très révélatrice : « la philosophie du droit ne sert pas le droit positif mais l'idéal d'un droit toujours à réaliser démocratiquement ». Certes, on ne tombe plus ainsi dans le piège grossier d'une philosophie du droit ravalée au rang de philosophie du droit positif. L'être du droit n'est plus assimilé au « factuel » du droit. Mais ce rôle est immédiatement endossé par le nouvel « idéal du droit ». La notion d'« idéal du droit » ne saurait être regardée, de principe, comme dangereuse en soi. Tel n'est plus le cas lorsque, à cet idéal, l'on fait correspondre un être de raison, création rationnelle substituée à l'être réel du droit, quant à lui voué à l'oubli. Or, en consacrant cette rupture, tout aussi profonde que la précédente, avec l'ordre de l'être véritable du droit, l'idéalisme d'une telle théorie la soumet aux errances qu'elle prétendait combattre.

À juste titre, on rétorquera que le projet d'Habermas a précisément pour visée d'éviter de telles réductions de l'idéal à un être de raison. Il s'expose néanmoins aux mêmes

issues, le vice fondamental de ce projet tenant, ontologiquement, moins à cette assimilation de l'idéal du droit à un être de raison qu'à l'oubli de son être réel. En n'y prenant pas garde, il glisse irrémédiablement dans le travers qu'il voulait corriger.

C'est ainsi qu'afin d'éviter cette réduction à l'être de raison, cette théorie n'a rien de mieux à proposer qu'un succédané de l'être réel, à savoir une matière empirique, ersatz joyeusement soumis aux instruments de la rationalité. Mais où donc aurait-on pu apprendre à rechercher ailleurs cet être réel, obnubilé que l'on était par l'être factuel des thèses empiristes ? Voilà alors réalisé l'exploit d'une réintroduction de l'élément empirique tant combattu. Peut-être l'être de raison finira-t-il par occuper seul, en démiurge, la scène philosophique, répliquant ainsi un schéma dont l'on se croyait à l'abri. À moins que, tout aussi funestement, le fait empirique sournoisement introduit ne lui ravisse sa place. Quelle que soit la réponse à cette dernière interrogation, une certitude se fait jour : « factuelisé » ou idéalisé, l'être réel est alors oublié, supplanté par des copies au mieux partiellement fidèles, mais jamais intégralement authentiques.

Les conséquences de cet oubli de l'être, dramatique pour la théorie habermassienne, transparaîtront inévitablement lors de la mise en œuvre du principe d'universalité, aux fins de justification matérielle des normes. Certainement, ce principe permet d'éviter l'écueil d'une formalisation directe par le canal de la raison pratique. Grâce à lui, pour citer Habermas, la procédure de justification est « formelle, mais non au sens où il y aurait abstraction des contenus ». Mais si les excès passés d'un rationalisme abstrait ne peuvent plus lui être directement imputés, le grief de formalisme demeure. Car si les contenus ne sont plus purement « abstraits » par la raison, ils n'en restent pas moins déterminés formellement par le consensus. À ce grief, il faut ajouter celui d'empirisme, réintroduit par l'intermédiaire de contenus ouvrant sur les intérêts réputés « concrets » car exprimés par consensus, mais en fait sociologiquement déterminés. Nous n'épiloguerons pas sur le rôle compensateur attribué à la logique de l'argumentation, chargée de réintroduire le rationnel au cœur de cette matière empirique. Car comment concilier un système de filtrage rationnel des normes avec la volonté de recherche d'un consensus réel ? En résumé, ce vertigineux équilibrisme entre thèses empiristes et rationalistes, censé les renforcer mutuellement, n'aboutit jamais qu'à une accumulation de la plupart de leurs insuffisances. Formaliste et empiriste, cette théorie encourt aussi le blâme de généricisme, reproché par elle-même à l'utilitarisme. Glorifiant implicitement une égalité mal comprise, l'assimilation du droit à une « lutte entre égaux » ne pouvait guère que concourir au développement de ce dernier vice. Les sirènes de la rationalité usent de charmes puissants, dont l'égalité n'est pas le moindre... La théorie de l'agir communicationnelle se trouve alors renvoyée dos à dos avec ses adversaires utilitaristes ou « positivistes ».

Il faut le répéter, cet état de fait ne tient pas à une mauvaise articulation théorique. Il a, bien plus profondément, son origine dans un oubli de l'être réel du droit, oubli partagé par toutes ces théories. En tentant de rééquilibrer subtilement être empirique et être rationnel, Habermas prétendait pallier les insuffisances de ses prédécesseurs. Il n'aura fait que s'enfermer dans des jeux d'ombres, pour finir par sombrer dans ce même relativisme, destructeur du droit. Certes, en pratique, confronté par exemple au nihilisme des post-modernes, cette théorie aura parfois l'avantage de son « conservatisme ». Bernanos le remarquait avec humour : « lorsqu'on prévoit que la route va finir brusquement au-dessus des parois à pic d'un précipice, on ne tient pas à monter dans une automobile

dernier modèle, capable de taper le cent cinquante. Au besoin, on préférerait une brouette ». Pour cette raison, on pourra préférer, pratiquement s'entend, un Habermas à un Lyotard. Frein à l'idéalisme, la matière empirique réintroduite par le modèle de l'agir communicationnel pourra tendre à retarder les échéances fatales. Mais les avantages de l'inertie se révèlent vite bien maigres.

L'artifice du conservatisme de la conception habermassienne du droit ne doit pas faire illusion. Comme Branca d'Oria, vivant encore sur terre mais rencontré par Dante dans le neuvième cercle de l'Enfer, ce droit est déjà mort même s'il se croit vivant. À l'instar de Branca d'Oria, qui, pourtant, comme s'en étonne Dante, « mange, boit, dort et s'habille comme nous », un tel droit peut donner un instant, par son conservatisme, l'illusion de la vie. Mais pour l'un comme pour l'autre, le secret de leur vraie condition tient à leurs trahisons. La trahison de l'être réel du droit par la théorie d'Habermas, qui rejoint en cela la longue cohorte de ses devancières, réduit ce droit à l'état d'apparence. Point n'est besoin d'attendre un éclatement du droit pour le vérifier : prélude à l'éparpillement nihiliste, la reproduction stérile des schémas juridiques participe de la même carence ontologique.

L'interrogation quant à la désignation d'un vainqueur dans le conflit interne à la pensée communicationnelle semble désormais assez vaine. Elle subsiste néanmoins, et conserve un intérêt prospectif. Du rationalisme ou de l'empirisme, implicitement réinstauré par Habermas dans sa théorie, lequel, survivant à l'autre, saura devenir le fossoyeur historique d'un droit trépassé depuis déjà longtemps ? Pour ceux qui, légitimement, entretiendraient des doutes sur une éventuelle application des projets d'Habermas (il reconnaît lui-même la difficulté de leur concrétisation), l'intérêt se déplace d'un plan pratique au plan théorique de l'avenir de la conception habermassienne du droit. Par sa contingence, ce problème nous renvoie aux choix personnels des prescripteurs de l'agir communicationnel. En privilégiant l'un ou l'autre élément, ceux-ci sont seuls à même de rompre l'équilibre dans un sens ou dans l'autre. Il se trouve que l'ouvrage collectif consacré à la *Transformation de la culture juridique québécoise* nous permet d'aventurer une réponse pour son disciple canadien.

Colligées par les soins du professeur Melkevik, les contributions à ce recueil sont issues d'un colloque organisé à l'Université Laval, un séminaire au sous-titre évocateur et interrogateur : « Est-ce la fin de l'hégémonie positiviste ? ». L'étude consacrée par S. Normand à la culture juridique québécoise dans la dernière partie du XIX^e siècle se révèle un bel exorde historique à cette controverse qui suscite une gamme de réponses assez étendue. J. Gagné discerne dans la procédure de nullification de la loi en droit pénal canadien les éléments d'une « révolte morale du jury », et par là, une atteinte au positivisme. À travers « l'exemple du cimetière », N. Kasirer démontre l'ouverture du législateur québécois au sacré. Mais, trop circonspect, il n'ose pas plus conclure dans le sens d'un progrès positiviste que dans celui d'un recul de son hégémonie. J. F. Gaudreault-DesBiens évoque le seul recul « d'un certain positivisme classique ». Les autres intervenants sont bien moins optimistes. C'est sans surprise que les exposés féministes (M. C. Belleau et M. Boivin) mettent en accusation un positivisme conservateur et patriarcal, donc antiféministe. Pour N. Duplé, les exigences de la société démocratique rendent illusoire tout affranchissement sérieux des tribunaux de leur carcan positiviste par le seul intermédiaire des Chartes (recueils de droit fondamentaux à valeur constitutionnelle).

L'« enchâssement » des valeurs démocratiques dans ces Chartes assure un balisage suffisant de la discrétion judiciaire par les termes de la loi. « Le positivisme juridique est alors sauf ». Enfin, parti des discussions wébériennes, kelséniennes et schmittiennes de la notion de légitimité, M. Coutu conclut à l'ambivalence du prétendu déclin du positivisme, la multiplication des références au thème de la légitimité, telle celle du « gouvernement des juges », favorisant plutôt un « repli nostalgique vers le formalisme juridique ».

Dans tous ces exposés, il faut malheureusement regretter l'absence, à quelques rares exceptions près, d'une réflexion de fond sur la notion même de positivisme. Ce défaut aboutit à un confusionnisme dommageable à la synthèse des travaux. Chacun entrevoit en effet un positiviste dans son adversaire. Ses vues sont alors innombrables : conservateur patriarcal selon les féministes, le positiviste devient démocrate libéral pour les radicaux, puis radical d'après les libéraux... Cette imprécision n'aura pas empêché Bjarne Melkevik d'user de son titre de directeur du recueil pour décider de l'omission du sous-titre originel. Les contributions auraient « vite révélé que l'hégémonie positiviste ne touchait nullement à sa fin au Québec ».

Raccordées à celles-ci, les considérations critiques rédigées par le directeur de la publication (« Penser le droit québécois entre culture et positivisme ») affinent notre connaissance de ses inclinations philosophiques. La maîtrise de ces inclinations est d'importance pour qui veut s'avancer à prédire l'avenir de la théorie communicationnelle. Le glissement de cette théorie vers l'empirisme ou le rationalisme nous semble inéluctable. Surtout, ce glissement ne nous paraît pas nécessairement conditionné par une mise en pratique, tant y est exigü le point d'équilibre partagé par l'être de raison et l'être empirique. En un travail de prospective théorique (philosophiquement, ce problème est de peu d'intérêt, les principes n'étant pas affectés par ces évolutions), l'on pourrait tenter l'élaboration d'une typologie de cette évolution. Ainsi l'on peut penser que, en raison de son ancrage rationaliste historique, les revirements complets de la théorie communicationnelle vers l'empirisme seront proportionnellement rares. Mais il faut garder à l'esprit que la contingence de cette alternative tiendra autant aux inclinations singulières du théoricien qu'aux défis qu'il sera amené à affronter.

L'exemple donné par le professeur Melkevik est révélateur. Confronté aujourd'hui, au Québec, à un développement d'un positivisme « postmoderne », il ne s'agit plus simplement d'affronter un formalisme imprégné d'empirisme dont on savait les vices. La conjugaison des attaques empiristes et postmodernes introduit le déséquilibre au sein de la théorie communicationnelle. Le disciple canadien d'Habermas tend alors à insister davantage sur les vertus de l'argumentation rationnelle que sur les bienfaits de l'horizon du monde vécu. Le maintien de nos analyses antérieures ne nous conduira pas nécessairement à l'en blâmer. Malgré l'identité finale des conséquences de toutes ces théories, il est bon de maintenir, face au nihilisme des postmodernes, l'exigence de la raison. À défaut d'être suffisants, les instruments de la rationalité sont nécessaires dans l'accès à l'être. Les rejeter revient à se couper encore plus irrémédiablement de la justice comme vérité du droit.

Mais il faut surtout insister sur le piège du rationalisme conservateur vers lequel Bjarne Melkevik est conduit par sa résistance. Plus ou moins dégagé de son fondement dans l'horizon des mondes vécus, par réaction à l'empirisme, ce conservatisme, contre-poids des excès de l'abstraction rationaliste, doit vite trouver une nouvelle assise. Entre

les systèmes autopoïétiques de Luhmann ou des théories néo-conservatrices également exécrées, le choix s'avère alors bien déplaisant. Il ne s'agit pas de prétendre que le professeur Melkevik en soit réduit à ces « extrémités ». Aussi longtemps que la théorie communicationnelle n'aura pas été éprouvée concrètement, nous en resterons réduits aux hypothèses. Pour reprendre une formule empruntée au professeur Jean-Guy Belley dans la conclusion de cette *Transformation de la culture juridique québécoise*, cette dernière analyse théorique n'aura été qu'une occasion de décrire quelques-uns des « tourments de la minorité » des juristes habermassiens québécois. Nés de l'oubli de l'être, ces tourments ne sauraient être atténués par une hypothétique consécration de la pensée communicationnelle. On parierait plutôt pour une aggravation. Seul un retour à l'être authentique du droit saura les ramener à la sérénité.

Vincent GUÉRIN

Andrés Ollero, *Discriminación por razón de sexo — Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, préface de Miguel Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, Centro de estudios políticos y constitucionales, colección Estudios constitucionales, Madrid, 1999, 183 p.

Le débat philosophique engagé par Aristote dans l'*Éthique à Nicomaque* sur les deux conceptions de l'égalité, l'une « distributive », et l'autre « corrective » (7^e édition, trad. par J. Tricot, J. Vrin, Paris, 1990, V, 6), est loin d'être clos et continue de soulever non seulement d'incommensurables problèmes théoriques, mais également des difficultés d'ordre pratique en particulier lors de l'application du principe d'égalité par le juge constitutionnel. L'ouvrage sur la discrimination en raison du sexe de M. Andrés Ollero, professeur de philosophie du droit à l'Université de Grenade, démontre combien il est utile, voire indispensable, de croiser les points de vue philosophiques et juridiques lorsqu'il s'agit d'appréhender un concept aussi fuyant que celui d'égalité. D'ailleurs les travaux récents les plus importants sur la question revêtent généralement la caractéristique commune de partir de prémisses philosophiques, détour obligatoire pour parvenir à des conclusions juridiques fiables. On peut citer en ce sens la contribution majeure de l'américain Michel Rosenfeld (*Affirmative Action and Justice - A philosophical and constitutional inquiry*, Yale University Press, New-Haven - Londres, 1991), ou encore les nombreuses publications du Professeur Francisco Rubio-Llorente (cf. notamment : « La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal constitucional », *Revista española de derecho constitucional*, n° 31, 1991, p. 9) qui dirige justement la collection dans laquelle le présent ouvrage est publié.

Le beau livre de M. Andrés Ollero traite d'une question particulièrement importante dans le contexte espagnol : celle des discriminations fondées sur le sexe. En ce sens, il prend place parmi une abondante littérature consacrée à ce sujet dans la péninsule ibérique (pour un ouvrage de qualité spécialement consacré à cette question, cf. : F. Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Mac Graw-Hill, Madrid, 1995). Mais il a ceci d'original que non seulement il est

l'œuvre d'un authentique philosophe du droit, mais encore qu'il engage pour la première fois sur ce sujet une réflexion véritablement comparatiste. Cette démarche scientifiquement irréprochable conduit l'auteur à soulever plusieurs questions fondamentales. Ainsi, M. Andrés Ollero s'interroge-t-il, à la suite de Dworkin, sur la réalité de la distinction entre principe et règle ou entre principe et norme. De ce point de vue, sa contribution est riche d'enseignements puisqu'il effectue une démonstration qui finit par imposer l'idée selon laquelle la valeur d'égalité est parfaitement opératoire en tant que principe. Ensuite, réfléchissant sur les diverses interprétations possibles de l'article 14 de la Constitution espagnole de 1978, il passe au crible la jurisprudence du tribunal constitutionnel sur les discriminations fondées sur le sexe. Au passage, il évoque cette fameuse décision de 1987 dans laquelle le tribunal constitutionnel espagnol avait eu à examiner le recours d'*amparo* exercé par un requérant de sexe masculin arguant de l'existence d'une discrimination à son égard parce que, contrairement aux femmes employées comme lui dans un hôpital public, il ne pouvait bénéficier de l'indemnité de frais de garde d'enfants. Cette affaire est exemplaire des cas difficiles que peut être conduit à examiner le juge lorsqu'il est confronté à des mesures de discriminations positives ou compensatrices qui, si elles avantagent une catégorie déterminée nécessairement en désavantagent une autre.

Toutefois, M. Andrés Ollero ne se contente pas de soulever des interrogations, il fournit également nombre de réponses. L'apport principal de son ouvrage réside certainement dans la construction théorique séduisante qu'il propose *in fine* qui revient à soutenir que l'égalité représente avant tout une valeur, qui se décline sous forme de principes, qui eux-mêmes se décomposent en normes susceptibles de générer un large éventail de droits subjectifs. L'auteur s'inspire ici des démonstrations effectuées par Robert Alexy dans son *Theorie der Grundrechte* paru en 1986 en Allemagne, traduit en espagnol dès 1993 mais malheureusement toujours pas en français. Sa contribution nous semble faire avancer considérablement le débat sur la théorie générale des droits fondamentaux qui, de ce côté-ci, des Pyrénées est encore singulièrement pauvre. Aussi, il nous semble qu'à l'heure où il est question en France de tirer les conséquences concrètes d'une révision constitutionnelle permettant de procéder à des discriminations positives en faveur des femmes dans le domaine électoral, il ne soit pas totalement inutile se pencher sur l'ouvrage de M. Andrés Ollero qui constitue la plus belle preuve que la réflexion philosophique doit nécessairement précéder l'action juridique lorsque sont en jeu des valeurs aussi essentielles que l'égalité.

Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN

Antoine Garapon & Denis Salas, *La République pénalisée*, suivi d'un débat avec Olivier Mongin, Paris, Hachette, 1996, 140 p.

Derrière les apparences d'un opuscule incisif qui s'adresse à un auditoire de non-spécialistes se cache une véritable phénoménologie de la pénalisation croissante de nos sociétés. Quelles sont les raisons de l'engouement actuel pour le droit pénal ? Quelles sont les nouvelles catégories sociales soumises à la loi pénale ? Quelles sont les nou-

velles figures de l'insécurité ? Telles sont les questions auxquelles Antoine Garapon et Denis Salas, magistrats qui animent l'Institut des Hautes Études sur la Justice à Paris, s'efforcent de répondre. Mais les auteurs ne se complaisent pas à dresser un réquisitoire contre les maux de la justice pénale française ; ils esquissent aussi les grands traits d'une réorganisation de nos institutions juridiques qui permettrait aux mécanismes sociaux d'imputation du blâme et de réprobation publique de mieux fonctionner.

Les auteurs commencent par le constat de l'inflation actuelle du droit pénal dans les démocraties occidentales. Puis ils essayent de déchiffrer ses raisons d'être et ses modalités concrètes. Le droit pénal est devenu « la nouvelle grille d'intelligibilité des rapports sociaux » (p. 14). Comment a-t-on pu arriver là ? Garapon et Salas montrent bien que l'irruption des voix plaintives des victimes et de leurs associations, longtemps ensevelies sous la froideur d'un État distant et hautain, marque notre époque pleine de grandes catastrophes (alimentaires, écologiques, industrielles). La montée de l'individualisme brouille progressivement nos repères symboliques, générateurs de sens, et les instances privées viennent s'engouffrer dans l'espace déserté par les valeurs publiques. Nous assistons, sous la lumière crue projetée par les mass médias, à un émiettement du monopole pénal de l'État provoqué par le foisonnement des instances d'accusation, la pulvérisation du droit en une multitude d'intérêts subjectifs relayés par une myriade de textes législatifs et la montée en puissance des juges qui deviennent les ingénieurs sociaux et les cartographes des valeurs sociétales de notre époque. Le bilan paraît consternant : dans un environnement social amorphe où les limites du licite et de l'illicite tracées par la notion juridique de faute sont de moins en moins visibles, l'État laisse de plus en plus d'autonomie aux acteurs sociaux regroupés en associations. Ceux-ci n'hésitent pas à contourner les dispositifs des responsabilités politiques, administratives ou civiles pour gagner directement la justice pénale, priée – ni plus ni moins – d'« organiser le monde » (p. 41). Les auteurs relèvent la ruse de l'État, qui fournit aux victimes les relais institutionnels d'une action juridique pour mieux les maintenir dans une position de quémandeur. On pourrait aussi noter, dans le sillage de leur propos, le problème de la « polycentricité » (Lon Fuller) : les juges attirent les aspirations frustrées de justice sociale et se lancent dans la gestion de dossiers si complexes qu'il leur est impossible de les traiter isolément. Les juges fédéraux américains en ont fait l'expérience dans leurs efforts de restructuration de fond en comble de certaines institutions comme l'école ou la prison, ou encore dans leur gestion de quelques *class actions* gigantesques. Dans ces affaires judiciaires, les questions relevant du droit pénal sont souvent imbriquées dans les structures administratives ou les processus décisionnels globaux et le juge finit par s'empêtrer dans un effort herculéen de gérer des appareils qu'il connaît mal.

Mais les auteurs ne versent pas dans l'alarmisme. Ils brossent un tableau plus mitigé de l'actualité. Ils nous rappellent, notamment, qu'une certaine culture de l'impunité bien française n'est battue en brèche que par le droit, et plus particulièrement par le droit pénal, qui « cherche à préserver la condition même de la démocratie, à savoir la règle du jeu » (p. 68). Or si ceux-là mêmes – hommes politiques, fonctionnaires et patrons – qui font les lois et dirigent nos vies ne respectent pas le droit, nos démocraties risquent tout simplement de s'écrouler pour la simple raison qu'elles ne reposent plus sur une normativité transcendante. Il devient alors impératif pour la justice pénale d'intervenir. Mais si l'entrée en scène des magistrats marque la fin des privilèges et de l'anomie des

« réseaux » opaques, elle ne saurait remplacer l'absence de réels contre-pouvoirs au sein de l'appareil politique, des administrations et des entreprises. La concentration des pouvoirs et le système pyramidal caractéristiques de tous ces lieux de décision régis plus par le sens de l'honneur que par les règles de droit pousse les juges à arbitrer les divers conflits d'intérêts avec l'outil le plus grossier possible : le droit pénal. En effet, « la pénalisation reste prisonnière de la même logique qu'elle est supposée combattre » (p. 71). On demande du juge la même autocratie que l'on conteste désormais chez le dirigeant ou le *boss* politique local. On souhaite que le juge d'instruction jette l'opprobre sur les puissants par leur mise en examen ou leur détention provisoire. Mais on ne veut pas toucher au système lui-même. Démocratie frileuse que celle qui intervient ponctuellement *a posteriori* et qui signe la défaite d'un droit malgré tout promoteur de l'intérêt général – le droit administratif – au nom du droit commun !

Bilan contrasté, donc, reflet du paradoxe de l'individualisme contemporain qui est tiraillé entre deux logiques contradictoires, celle de la « revendication infinie de droits » et celle de la « demande de protection » (p. 74). Dans ce contexte instable, les nouvelles figures de l'insécurité sont d'une intolérable proximité qui alimente nos peurs collectives : ce sont les « adolescents invulnérables », rois des banlieues et instigateurs des violences scolaires, les « étrangers indésirables », ni clandestins ni citoyens à part entière et logiquement tentés par la révolte identitaire, et surtout les « pervers inguérissables », délinquants sexuels sociopathes en proie à une dangerosité diffuse et amorphe qui engloutit toute responsabilité individuelle et qui psychiatrise leur destin. D'après l'analyse remarquable de Garapon et Salas, l'imaginaire de l'insécurité suscite deux types de réactions contradictoires mais coexistantes : une logique du « tout-répressif » qui ne cesse d'allonger les peines d'incarcération et une logique économiste qui voit au crime un risque comme un autre contre qui il faudra s'assurer. Le pénal fraye sa voie dans cette philosophie publique à la fois très moralisatrice et absolument amoral. Ses atouts sont la grande visibilité et l'immédiateté de ses effets, la grossièreté de ses catégories manichéennes, qui aplatissent toutes les complexités et les remplacent par une simple distinction « innocent – coupable », et le retour du corps souffrant comme ultime ancrage à la réalité de nos vies de plus en plus aseptisées et désincarnées.

L'analyse phénoménologique de la pénalisation faite par Garapon et Salas est exemplaire. Les constats sont exacts et les explications proposées font preuve à la fois d'un esprit de finesse et d'un esprit de synthèse. Cet ouvrage est idéal pour accompagner l'effort de réflexion des pénalistes praticiens sur leur outil de travail. Il devrait aussi susciter beaucoup d'intérêt chez les politiques par ses prises de position. Cependant, les solutions au phénomène de la pénalisation que proposent les auteurs ne sont pas toutes à l'abri de la critique. Certes, leur suggestion de faire barrage à l'impérialisme du droit pénal en le recentrant sur sa mission principale de « réaffirmer quelques valeurs fortes » (p. 96) et de sanctionner quelques interdits fondamentaux est inattaquable. De même pour leur appel à la refonte de la responsabilité civile, aujourd'hui mutilée par une jurisprudence qui étend sans discernement le régime juridique de la responsabilité sans faute. Mais il ne va pas forcément de même pour tous les nouveaux mécanismes de régulation censés pallier la défection du pénal, pour les types de peines de substitution et pour la logique commandant la protection d'une personne contre soi-même.

Selon les auteurs, le maintien d'un droit pénal restreint passe par l'expansion d'un droit non pénal plus souple animé du principe de précaution. Une véritable régulation ne

demande pas l'observance scrupuleuse de règles formelles clairement repérables ; elle a plutôt besoin de quelques principes flexibles mais moins aisément contournables, qui ont « le mérite de favoriser l'élaboration au cas par cas d'un corpus de règles mieux adaptées à la complexité tant économique que politique » (p. 103). Cette conception du droit aura aussi la conséquence de généraliser son usage, c'est-à-dire de substituer une régulation juridique centrale des problèmes aux régulations sociales diversifiées. On est un peu désemparés par cette analyse. La question est de savoir si la généralisation d'une logique juridique prudentielle est capable de jouer le rôle d'une « règle du jeu claire et acceptable par tous » (p. 103). Un régime de responsabilité civile et administrative qui incite à internaliser les coûts sociaux des initiatives non seulement diminue la sécurité juridique, comme l'admettent Garapon et Salas, mais contient aussi le risque d'une paralysie. En effet, à force d'étirer à l'infini les notions de « négligence » et de « prudence », on risque de finir par englober complètement la notion de faute, éventualité que les auteurs eux-mêmes déplorent. Les professeurs d'école qui hésitent à accompagner leurs élèves dans les expéditions en montagne ou les médecins qui ont peur d'opérer n'ont pas besoin d'une extension du principe de précaution ; ils réclament plutôt l'idéal anglo-saxon de la *rule of law* thématized par F. A. von Hayek et Lon Fuller, c'est-à-dire des règles claires, générales, prospectives, universellement applicables, capables d'orienter l'action et de susciter des interprétations judiciaires compatibles avec leur texte. L'idée de régulation *juridique* est nécessairement fondée sur cet idéal ; le principe de prudence, lui, favorise d'autres types de régulation : régulation sociale (comme le système d'honneur) ou économique (comme le bilan coûts-avantages). Faire intervenir des autorités administratives indépendantes pour réguler et sanctionner est assurément un signe de progrès de la civilisation juridique, mais il faut faire attention à encadrer leur action par quelques règles générales connues par tous les citoyens si nous voulons éviter de fragmenter la démocratie en un amas de micro-systèmes d'experts.

Le même risque de compartimentage de la démocratie devrait inciter à plus de prudence lors de la discussion des types de sanctions pénales à utiliser. Garapon et Salas observent – correctement – que la prison n'a pas les mêmes conséquences pour les dominés (qu'elle ne réhabilite pas mais enfonce dans un engrenage pénitentiaire) et pour les puissants (qu'elle ne stigmatise pas mais victimise en portant atteinte à leur réputation). Il faudrait, donc, la remplacer par des peines alternatives (ou de substitution) et ne l'utiliser qu'au deuxième degré, comme « peine de la peine » (p. 110). Fidèles à la « fonction expressive de la peine » (Joel Feinberg), qui donne à celle-ci le rôle de « signifier la réprobation sociale » (p. 108), ils proposent des sanctions dans le même registre que le mal causé : inéligibilité pour le politique corrompu, atteinte à la réputation pour le journaliste fautif, déchéance définitive de l'autorité parentale pour le père incestueux. Ce dernier exemple est particulièrement contre-intuitif. Pour les auteurs, les pères incestueux « ne sont dangereux que pour leurs propres enfants » (p. 111). Or cette assertion exprime une conception tronquée de la fonction symbolique de la peine, qui n'a pas tellement l'ambition d'éliminer la « dangerosité » des individus, mais plutôt d'organiser une réprobation sociale *publiquement* et *solemnellement* manifestée. On oublie trop souvent de nos jours que l'invention de la prison fut une conquête libérale, qui instaura une mesure universelle de la réprobation sociale et rompit avec les particularismes punitifs. Bien évidemment, il n'y a aucun besoin que l'emprisonnement soit appliqué en fait ; il garde sa fonction symbolique et sa mesure d'échelonnement (ou de « propor-

tionnalité ordinaire », selon la terminologie d'Andrew von Hirsch) des peines lorsque son prononcé est assorti d'un sursis. Mais pour beaucoup de citoyens, il est toujours nécessaire de prononcer une peine d'emprisonnement contre le père incestueux.

Enfin, Garapon et Salas se prononcent en faveur de la reconnaissance juridique d'un « principe de protection ». Selon ce principe, un individu « tellement fragilisé qu'il ne peut plus assurer la souveraineté sur lui-même » (p. 113), par exemple un toxicomane, devrait être confié à un « juge de la protection » qui aurait en charge toute mesure de sauvegarde et de suivi qu'il croirait nécessaires et qu'il confierait à des équipes spécialisées. La prise en charge individualisée est effectivement un des aspects centraux de la théorie de la peine comme réhabilitation sociale du délinquant. Comme telle, elle est parfaitement louable et progressiste. Mais les auteurs ne se prémunissent pas suffisamment contre l'hypothèse d'une « horreur thérapeutique », d'un système de conditionnement bienveillant de l'homme. Comment cerner la catégorie des individus hautement fragilisés mais pas pénalement irresponsables ? Le souci de dépenalisation de leurs agissements ne risque-t-il pas de refouler leur responsabilité, corollaire de leur liberté individuelle ? On n'est tout de même pas si loin de l'époque où H.L.A. Hart défendait, dans son livre *Punishment and Responsibility*, le garantisme libéral contre quelqu'un comme Lady Barbara Wooton qui voulait abandonner la notion même de responsabilité pénale et abolir l'institution « archaïque » de la peine. Comme dans le cas des peines de substitution, il serait préférable de passer par le prononcé symbolique d'une peine assorti aussitôt de mesures de suivi et d'accompagnement du délinquant en milieu ouvert, en espérant toujours que celui-ci assume par là la responsabilité de son crime.

Malgré ces quelques critiques, ce livre mérite nettement l'éloge. Il est clair, intelligent, profond dans ses analyses et hardi dans ses propositions. La maîtrise des aspects sociologiques et comparatistes de la question est remarquable. Et, tout compte fait, la revendication d'un certain projet politique de « contrôle social » comme nettement préférable « aux ravages de la pénalisation » (p. 116) est revigorante, surtout à une époque qui adore inventer des boucs émissaires et qui cache mal un ressentiment malsain derrière un discours « rétributiviste ».

Ioannis PAPADOPOULOS

Gerhard Schmied, *Schenken : Über eine Form sozialen Handelns*, Opladen 1996 Leske Budrich.

Helmut Berking, *Schenken : Zur Anthropologie des Gebens*, Francfort, New York 1996 Campus.

Les deux ouvrages sont parus la même année chez deux éditeurs allemands connus en sciences humaines. Ils portent le même titre, et leurs sous-titres soulignent une intention socioanthropologique commune. C'est dire que la problématique du don qui est le thème des deux travaux suscite encore un intérêt notable.

1. Le travail de Schmied est fort bien documenté et d'une lecture aisée. Après une introduction qui se présente comme une discussion critique de la théorie maussienne du

don, Schmied tente de cerner le phénomène en le différenciant de formes apparentées de l'offrande (sacrifice, aumônes, subsides, pourboire). C'est alors qu'il tente une définition sociologique du don qui répercute la thèse maussienne du don comme lien social sans cependant lui donner le profil théorique nécessaire. Le don a ainsi pour lui la fonction sociale de maintenir à travers le temps des relations sociales d'obligation. Une présentation des théories sociobiologique et réciprocaire (avec une variante féministe) de l'échange permet une discussion des hypothèses formulées sur l'existence et la fonction de l'altruisme dans l'éthologie de notre espèce. Cette discussion donne une idée du débat toujours en cours dans la biologie et la sociologie anglo-américaines autour de ce concept. La deuxième partie de l'ouvrage (qui de fait commence avec le chap. 6) propose une sorte de phénoménologie du don qui le décrit sous ses aspects tant objectifs (ce qui est offert) que rituels (la manière d'offrir) et temporels (le moment d'offrir). La conclusion est un recueil de proverbes, d'expressions et de locutions qui pensent et disent le don et ce qui s'y rapporte.

L'ouvrage est instructif dans son ensemble. Sa diction est très peu conceptuelle et fort dépouillée. La récurrence de certaines tournures vulgarisantes¹ semble indiquer que son auteur l'adresse à l'étudiant ou au lecteur non initié. La prise en compte d'un grand nombre d'enquêtes sociologiques empiriques sur le don dans les sociétés occidentales contemporaines ainsi que la réunion d'une considérable documentation tant littéraire que théorique sur le thème en feront un recours utile pour le sociologue ou le juriste qui voudront approfondir le sujet.

2. L'anthropologie du don proposée par Berking est théoriquement plus élaborée et fait fonds des débats suscités au sein de la socioanthropologie du don inaugurée par Durkheim et Mauss. Berking est un sociologue qui s'est jusque-là intéressé aux « styles de vie », un champ de recherche aujourd'hui en pleine expansion. Y sont thématiques les stratégies de mise en scène de la quotidienneté, celles de son esthétisation ainsi que les imports massifs de culture et de réflexivité qu'elle peut connaître. La phénoménologie du don développée par Berking est, de son côté, une mise en perspective du don comme un élément central dans la « formation de communautés posttraditionnelles » (*posttraditionale Vergemeinschaftungen*, p. 44). Nos sociétés réservent ainsi un espace pour l'épanouissement de telles communautés par le biais d'une différenciation entre l'économie et la culture, rendant possible le déploiement d'une « économie morale » (*moralische Ökonomie*, p. 28) qui est une économie de la gratuité soustraite à tout calcul stratégique. Berking montre comment individualisation et détraditionnalisation favorisent à la fois l'émergence de cette économie et lui posent des défis. La contrainte d'authenticité et de réflexivité qui désormais commande toutes les relations extra-économiques intensifie l'ambiguïté du don et de ses processus rituels.

L'auteur consacre un espace et un soin considérables à la discussion des théories socioanthropologiques du don. Le chap. 4 part de Mauss dont il suit l'argument dans le détail pour passer ensuite à Bourdieu et Bataille qui, sur l'anthropologie maussienne,

¹ Typique de la diction vulgarisatrice est la manière d'introduire les auteurs cités : insistant sur leurs prénoms, les situant sur un spectre assez simple de positions et les dotant d'*epitheta* un peu cursifs (par exemple: Adorno est régulièrement cité comme « le pessimiste Adorno »).

construisent une généalogie du pouvoir comme accumulation de capital symbolique ¹. Berking cite et discute le texte de Mauss pour l'enrichir ensuite de deux approches qui proposent deux généalogies convergentes du don, celles de Walter Burkert et de René Girard. Ces approches tentent de comprendre le geste fondateur de la donation gratuite elle-même et en trouvent l'origine dans la « scène primitive » d'une violence traumatique. Elles proposent chacune une reconstruction – saisissante – de cette scène. La « *hunting hypothesis* » de Burkert ainsi que la mise à mort du bouc émissaire de Girard font émerger la donation (*Gabe*) à partir du meurtre originel commis par le chasseur primitif ou le collectif social ; la bête ou l'homme tués deviennent des entités sacrificielles et leur chair est dépecée et distribuée aux membres du groupe. Dépeçage, partition et distribution de la victime de la chasse et du sacrifice sont pour Berking les sèmes originaux de la donation. Ils forment par ailleurs une réflexion de la structure sociale laquelle, en changeant, transforme les formes de la commensalité caractéristiques de la société en question.

Le long chapitre intitulé « Imputations » (*Zuschreibungen*) est l'un des plus intéressants. Il consiste en une phénoménologie de la « situation hospitalière » (ou d'hospitalité, *gastliche Situation*) qui est d'une grande finesse. Les formules par lesquelles l'auteur saisit le donné phénoménologique sont souvent heureuses et intéressantes. Ses intuitions sont originales et débordent l'information anthropologique. Berking tente une interprétation des ambiguïtés et des paradoxes d'une situation qui ne se structure plus le long des lignes de l'échange symbolique décrit dans les chapitres précédents. La construction sociale de la situation d'hospitalité se révèle bien plus complexe que celle de l'échange gratuit fondé dans le dépeçage et la distribution victimaires et débouchant sur le départage et la stabilisation de statuts sociaux inégaux. Au bout de la description phénoménologique de cette situation émerge une figure originale du don que l'auteur identifie comme le lieu d'un achoppement évolutionnaire déterminant : la construction de l'hospitalité comme un donner sans retour et sans enjeu (de différenciation de statut ou de pouvoir) est le lieu d'un départ civilisateur (au sens Eliassien du terme) allant vers une reconnaissance et un respect sans condition de l'autre comme autre.

Le reste du travail est consacré aux périodes modernes. Il suit la montée des nouvelles sémantiques du don qui se cristallisent à la Renaissance, puis dans la société de cour pour s'universaliser enfin dans la société bourgeoise. La distance par rapport à l'échange archaïque ainsi qu'à l'improbable émergence des structures gratuites de l'hospitalité est mise soigneusement en évidence. La trajectoire de l'anthropologie du don s'achève dans une culture qui commande la rationalisation de l'agir individuel et la maximisation de ses avantages. Dans une économie capitaliste avec ses marchés monétisés, la culture du don devient une « culture du soupçon » (*Verdachtskultur*, p. 215).

La dernière partie de l'ouvrage (intitulée : « Morale et société ») propose une réflexion sur la réalité et la mesure de l'érosion du don dans nos sociétés. Détraditionna-

¹ Ce capital naît de l'excès même dans la destruction des richesses ou de leur donation obligeante. Il nous semble que Berking succombe par trop aux « évidences » de ces deux narrations critiques du pouvoir, puisqu'il considère le pouvoir symbolique émergent du don comme maintenant en réserve une capacité ou un usage répressifs. Ceci est pourtant démenti par la faiblesse du pouvoir redistributif dans les sociétés concernées ainsi que par la non cristallisation d'un quelconque pouvoir de commandement et d'exaction autour des chefferies cérémonielles ou redistributives.

lisation, individualisation et pluralisation des orientations normatives et des styles de vie suggéreraient la conclusion catastrophiste d'une fin de la gratuité et du lien social. Berking montre, en accord avec Beck et Giddens, les effets paradoxaux de l'individualisation et de ses morales postraditionnelles : il voit émerger un « individualisme solidaire » (*solidarischer Individualismus*) qui, loin de livrer l'individu à un narcissisme sans issue, le laisse réceptif aux injonctions de l'empathie et de l'altruisme.

Que les constats optimistes de Berking soient justifiés ou pas, ce qui est important c'est qu'il présuppose, à l'instar de Mauss et de l'ensemble de l'anti-utilitarisme maussien, tout au long de sa discussion des transformations récentes de nos sociétés, un axiome sociologique inquestionné : le principe de la fondation de la socialité sur la réciprocité, la gratuité ou la solidarité. C'est dans cette mesure qu'un individualisme total, en minant définitivement les fondations gratuites et réciproques de la société, viderait celle-ci de sa substance ou la rendrait impossible. Cela revient à dire que tant qu'une société est vivante, tant qu'une consociation réussit, il y a en elle du don. La circulation du don est la socialité elle-même. Il ne fait pas de doute qu'un tel axiome est aussi évident intuitivement que moralement attrayant. Toutefois, une alternative théorique reste du coup dans l'ombre qui serait celle de formes de socialité plus faibles, moins emphatiques et plus abstraites où la consociation serait asubstantielle, c'est-à-dire serait possible sans don. On pourrait en effet imaginer des sociétés capables d'éluder la centralité ou la substantialité de la gratuité par des arrangements d'une grande intelligence et d'une grande complexité. Si la fonction du don est précisément de rendre la consociation possible, on pourrait se demander s'il n'existe pas d'autres devis qui seraient équifonctionnels. Nos sociétés exemplifient un mode de consociation où détour, abstraction et médiation se substituent souvent à des garanties, des évidences et des motivations massives ou substantielles. Ces garanties, ces évidences et ces motivations ne pouvaient manquer dans les sociétés moins complexes que les nôtres. L'adéquation de la structure sociale à l'intuitivité et la directivité de ses valeurs n'est peut-être qu'un réquisit de certaines formes de socialité, sans l'être de toutes. C'est cette interrogation qui manque dans le travail de Berking et c'est ce manque qui le situe dans le courant principal de l'anthropologie réciproque.

Les deux ouvrages témoignent donc, chacun à sa manière, de l'importance de la problématique du don pour la théorie sociologique. Celui de Berking a le niveau conceptuel qui en fait une contribution intéressante à cette problématique. Le juriste trouvera cependant dans les deux ouvrages des perspectives historiques et thématiques intéressantes sur un comportement auquel le droit civil consacre – tous actes donationnels (et successoraux) confondus – presque un quart de ses régulations.

Jean CLAM

Thierry Kirat, *Économie du droit*, Éditions La Découverte « Repères », 1999.

Le livre de Thierry Kirat est l'un des premiers ouvrages à présenter au lecteur francophone une introduction à l'économie du droit, ce que l'on appelle dans le contexte anglo-saxon, la « *Law and Economics* ». La référence à la terminologie américaine n'est d'ailleurs pas fortuite car c'est principalement dans ce contexte juridique (pays de *Common Law*) et disciplinaire (relations assez étroites entre l'analyse économique et le droit, notamment à l'université de Chicago) que s'est épanouie cette approche particulière. L'idée essentielle de l'économie du droit consiste à « éclairer la logique de la règle (le droit) par la logique du calcul (l'économie) ».

L'ouvrage vise tout d'abord à situer la spécificité de cette discipline, en la comparant à d'autres approches du droit comme la dogmatique ou la sociologie juridiques. L'économie du droit se présente comme une application des outils d'analyse forgés par la science économique au droit et aux mécanismes judiciaires. En cela, elle se distingue nettement d'autres formes d'étude des relations entre droit et économie comme le droit économique. En réalité, l'économie du droit n'est pas une façon parmi d'autres d'envisager « l'interface entre droit et économie », elle correspond surtout à la tentation de réduire le droit à la logique économique. Toutefois, un des intérêts du livre de Thierry Kirat est de rappeler les origines de l'économie du droit et de montrer ainsi qu'il s'agit d'une perspective qui emprunte ses problématiques non seulement à l'analyse économique néo-classique mais aussi à l'économie institutionnaliste (l'expression « *Law and Economics* » ayant même été forgée par un de ses représentants, J.R. Commons) et son orientation idéologique, non seulement au libéralisme, mais aussi au réformisme (souci présent chez des auteurs comme J.B. Clark de déterminer rationnellement les mesures législatives qui permettraient d'accroître le bien-être économique). L'économie du droit telle qu'elle est pratiquée aujourd'hui est en fait plus directement issue des travaux des représentants de l'analyse économique du droit : de l'article fondateur de R. Coase en 1960 à ses prolongements avec G. Becker, G. Calabresi ou encore R. Posner. Pour ces auteurs, les parties prenantes de la vie juridique se comportent comme des agents recherchant toujours à maximiser leurs satisfactions en considérant que les règles de droit représentent des « prix » (indemnités versées aux victimes, sanctions pénales...) fixés et orientant leur comportement.

Thierry Kirat présente ensuite quelques-uns des domaines où l'économie du droit s'est plus particulièrement développée : les contrats, les décisions judiciaires ou encore le mode de règlement des différends. L'économie du droit mêle la recherche positive de l'explication des comportements juridiques et le souci normatif de promotion des cadres institutionnels les plus adaptés à un système économique concurrentiel. La logique de marché est donc la référence du raisonnement de la *Law and Economics*. C'est à l'aune de l'efficacité allocative, conçue selon la théorie du marché, que sont appréciées par les économistes du droit les formes de la régulation juridique. À cet égard, la *Common Law* apparaît comme le régime qui assure le mieux la sélection des règles les plus efficaces d'un point de vue économique (thèse de R. Posner). En outre, le juge, mieux que la loi, peut régler un conflit dans un sens conforme à la maximisation de la satisfaction des parties. Mais le recours au juge lui-même est vu comme un mode de résolution des litiges généralement sous-optimal par rapport à la transaction, c'est-à-dire pour les économistes

du droit, à la négociation décentralisée des intérêts visant à compenser adéquatement les nuisances ou les dommages causés par l'activité de certains agents. Depuis l'article de Coase, on sait que le marché peut prendre en charge ces « externalités ». Le bon fonctionnement de la société et de l'économie dépend alors de la définition et de la protection de « droits de propriété » (*property rights*) susceptibles d'être librement échangés selon les règles du marché.

L'économie du droit prétend également donner un critère objectif d'évaluation des règles juridiques en vigueur. En particulier, les règles de la responsabilité civile délictuelle sont considérées comme plus ou moins opportunes selon leur capacité à constituer des incitations à adopter un comportement prudent et, ce faisant, à engendrer un coût social minime. Pour l'économie du droit, un agent sera d'autant plus incité à ne pas porter préjudice à un autre que le coût qu'il supportera en cas de dommage de son fait, sera élevé. Ce principe permet de discuter des mérites comparés des régimes de la responsabilité stricte (*strict liability*) et de la négligence (*negligence rule*). Une traduction jurisprudentielle du raisonnement économique appliqué au droit est la règle formulée par le juge Hand en 1947 (*U.S v. Carrol Towing Co*) : « l'auteur d'un préjudice doit être tenu pour responsable sur le plan civil, aussi longtemps que le coût de la prise de précaution (B) est inférieur au coût de l'accident (L) multiplié par sa probabilité (P), soit $B < PL$ ».

Finalement, l'auteur ne parvient pas complètement à écarter le soupçon d'impérialisme disciplinaire au profit de l'économie qui pèse sur l'économie du droit. Pourtant l'économie du droit pourrait permettre de montrer, non seulement que le droit remplit des fonctions économiques, mais aussi, inversement, que toutes les fonctions remplies par le droit et la régulation juridique ne sont pas redevables d'une explication economiciste. En remarquant que l'économie du droit rend mieux compte de la vie juridique américaine que française et que, de toutes les façons, la régulation juridique et judiciaire subsiste en dépit de son coût économique, on a peut-être la preuve que le droit et les tribunaux remplissent des fonctions irréductibles à l'analyse économique, fonctions qui précisément n'ont pas de prix...

H. BOUTHINON-DUMAS

Patrick Valdrini, Jean-Paul Durand, Olivier Echappé, Jacques Vernay, *Droit canonique*, Précis Dalloz, 1999, 696 p.

Dans la collection des Précis Dalloz existe un manuel de « Droit canonique », dont la deuxième édition modifie et actualise une première édition datant de 1989. Il est l'œuvre de canonistes spécialisés depuis longtemps dans l'étude de ce droit : Mgr. Patrick Valdrini, recteur de l'Institut catholique de Paris où il était précédemment doyen de la Faculté de droit canonique, le Père dominicain Jean-Paul Durand, actuel doyen de cette Faculté, ainsi qu'Olivier Echappé et Jacques Vernay, appartenant à cette même Faculté. Chacun d'eux a rédigé un certain nombre de chapitres, avec un état d'esprit qui leur est commun.

Ce Précis expose le droit canonique, c'est-à-dire le droit interne et autonome de l'Église catholique, auquel il ajoute, à la différence du récent manuel d'Alain Sériaux (recensé dans les *Archives* 1999, p. 488), une initiation au droit de l'État français régissant les comportements religieux. En effet, pour les auteurs, les deux ordres juridiques doivent être connus ensemble : certes, ils gardent leur indépendance respective, ils sont dissemblables par leurs principes et leurs orientations, par leur champ d'application s'étendant pour l'un à l'Église répandue dans le monde entier et limité pour l'autre au territoire français, mais ils ne sauraient s'ignorer réciproquement et sont même normalement faits pour vivre ensemble. En raison de l'ampleur et de la diversité des questions traitées dans le cadre qui reste celui d'un Précis, les développements s'en tiennent délibérément aux notions élémentaires et fondamentales, tout en fournissant dans de nombreuses notes des remarques et des précisions, des références bibliographiques, et ouvrant la voie à des recherches plus poussées.

Dans ses deux premières parties, l'ouvrage porte sur le droit canonique proprement dit, le droit commun de l'Église, essentiellement contenu aujourd'hui dans le Code de droit canonique promulgué par le pape Jean-Paul II en 1983 et remplaçant le premier Code de 1917, sous réserve du Code, promulgué en 1990, des canons des Églises orientales, de celles qui sont unies à Rome et dont le droit est partiellement dérogatoire. Il explique le régime juridique applicable à l'intérieur de la société ecclésiale en suivant le plan du Code de droit canonique et de ses sept livres, sans toutefois s'astreindre à une analyse stricte et continue de ses 1 750 canons ou articles-règles. Il dégage l'importance des canons particulièrement significatifs, dont le caractère théologique est profondément marqué, et en rapproche des dispositions qui trouvent en eux leur justification et qui peuvent être placées sous diverses rubriques. À maintes reprises, il examine les solutions du Code actuel en les comparant à celles du Code de 1917, afin de montrer, dans le prolongement de la tradition vivante de l'Église, les nuances nouvelles qu'elles apportent, inspirées par le concile de Vatican II de 1962-65 et l'ecclésiologie imprégnant les textes conciliaires rappelés souvent au cours des pages et dont le nouveau Code apparaît comme la traduction juridique.

C'est ainsi l'activité missionnaire de l'Église que mettent en exergue les auteurs, après une introduction historique, dans leur présentation du droit canonique. Ils en considèrent d'abord les acteurs : les fidèles, tous égaux en dignité dans la reconnaissance de leurs devoirs et de leurs droits, et dans un second temps différenciés en laïcs et en clercs selon les fonctions qui leur sont dévolues ; les communautés formées de membres ayant naguère la qualification de religieux ou vivant sous des modalités nouvelles ; les personnes juridiques et les associations canoniques. Il faut bien évidemment inclure aussi les organes de la hiérarchie ecclésiastique, comprenant l'autorité suprême détenue par le pape et le collège des évêques en union avec lui, puis au niveau des Églises particulières les évêques placés à la tête de leurs diocèses respectifs, ceux-ci étant divisés en paroisses et pouvant se regrouper en conférences nationales, avec, à tous les degrés, l'existence de synodes ou de conseils, sans que ces organismes consultatifs remettent aucunement en cause la nature divinement hiérarchique de l'Église. Sont ensuite examinés les moyens dont est dotée l'Église pour remplir son activité missionnaire : le pouvoir de gouvernement, déterminé dans sa notion, dans ses titulaires et dans les sources du droit par lesquelles il s'exerce ; la fonction d'enseignement, qui recouvre la prédication, l'éducation chrétienne, la diffusion du message évangélique par les livres et les techniques de com-

munication sociale ; la fonction de sanctification, mise en œuvre par le culte liturgique, surtout par les sept sacrements, que le Code régleme en détail, notamment le mariage auquel le Précis réserve un chapitre spécial. Enfin, des dispositions, moins nombreuses et plus simples qu'auparavant, concernent, à titre de moyens accessoires, les biens ecclésiastiques, les sanctions pénales comme l'excommunication, les procès, le plus souvent matrimoniaux, dont connaissent les juridictions ecclésiastiques.

Abordant un droit tout différent et pourtant voisin, la troisième et dernière partie de l'ouvrage traite du droit étatique français des activités liées au fait religieux présent dans la société politique, et plus précisément de ce qu'on appelle le droit civil ecclésiastique, c'est-à-dire le droit de la cité ou de l'État touchant celles qui se rattachent à l'Église catholique. En exceptant l'Alsace-Moselle où demeure localement en vigueur le concordat conclu en 1801 avec le Saint-Siège, l'État intervient unilatéralement, de sa propre autorité : il a ainsi institué depuis 1905, sous réserve de diverses solutions particulières à l'Outre-mer, une séparation des Églises et de l'État, dans un climat hostile devenu ensuite plus conciliant, un régime général de laïcité où, sans leur reconnaître désormais un statut de droit public, il assure la liberté publique des cultes, tout en les contrôlant au nom de l'ordre public et de considérations politiques. Il établit ainsi des règles relatives aux associations et autres personnes morales de droit privé permettant à l'Église d'avoir une existence légalement effective, aux congrégations religieuses, aux individus en tant qu'ils sont membres de l'Église, aux biens culturels, aux conditions d'exercice du culte. Plus largement, le droit français, dans l'ensemble de la législation et de la jurisprudence, ne reste pas sans incidence sur la situation sociale de la religion : s'il s'éloigne toujours davantage de la conception chrétienne du mariage, il organise dans un sens plutôt favorable, malgré quelques points de friction, la liberté religieuse et les autres libertés publiques qui s'y rapportent. Dépassant même le cadre étatique, cette liberté religieuse se trouve confirmée et sanctionnée en droit européen.

La présentation conjointe du droit canonique de la société ecclésiastique et du droit civil ecclésiastique de la société politique permet plus facilement de comprendre la situation juridique globale de l'Église en France.

Jacques DAGORY

D. — *Ouvrages reçus et revues*

Argentine

Boletín del Centro de Investigaciones de filosofía jurídica y filosofía social, n° 23, Fundación para las investigaciones jurídicas, Rosario, 1998.

Belgique

H. Van Goethem, L. Waelkens et K. Breugelmans (dir.), *Libertés, pluralisme et droit. Une approche historique*, Bruylant, Bruxelles, 1995.

- « Pluralisme et intégration européenne », Josse Mertens de Wilmars
- « *O Nomen dulce libertatis !* », René-Marie Rampelberg
- « Frontières très passées, frontières trépassées ? », Anne Ensminger
- « La liberté économique dans le droit romain du Bas Empire, Réflexions sur le statut des boulangeries conventionnées d'après le Code Théodosien », Laurent Waelkens
- « Clovis, le droit romain et le pluralisme juridique : aux origines du "Monde franc" », Olivier Guillot
- « Un Islam unitaire ? De la divergence subie à l'éloge de la divergence », Dominique Gaurier
- « La liberté de la ville de Zutphen. Libertés et dépendances d'une ville des Pays-Bas au XII^e siècle », Paul Van Peteghem
- « La liberté de navigation sur l'Escaut à l'avènement de Charles le Téméraire », Alain Wijffels
- « La garantie internationale des libertés (XVI^e-XIX^e s.) : un élément du pluralisme européen », Cornelis G. Roelofsen
- « L'État de Pologne vu par Gottfried Wilhelm Leibniz », Waclaw Uruszczak
- « Changement de souveraineté, stabilité institutionnelle : l'exemple du gouvernement des Trois Flandres à la fin du XVII^e siècle », Louis Caillet
- « Langue de la nation et "idiomes grossiers" : le pluralisme linguistique sous le niveau jacobin », Jean-Marie Carbasse
- « Le pluralisme religieux et l'opéra », Marie-Bernadette Bruguière
- « L'église catholique et la liberté de religion et du culte en Belgique, dans les Constitutions de 1815 et 1831 », Herman Van Goethem
- « L'indigence, en France, au siècle dernier : une notion juridique ? », Catherine Suter
- « Les lois belges dites "Faider" (1852) et "Tesch" (1858) : la liberté de la presse et les offenses envers les chefs d'États étrangers », Koen Breugelmans
- « L'assistance dans la solution des conflits dans la législation roumaine jusqu'à la Deuxième Guerre mondiale », Vasile Gionea
- « Les Conseils du travail en France (1892-1908) : représentation syndicale ou représentation élective des intérêts professionnels ? », Norbert Olszak
- « Liberté de la défense et loi française du 8 décembre 1897 », Marie-Renée Santucci
- « La fin du libéralisme en Espagne, d'après les Bulletins de renseignements du ministère français des Affaires étrangères (1917-1923) », Jean Bastier
- « Pluralisme territorial et réactions sociales envers la demande d'autonomie catalane, 1918-1919 », Manuel Santana Molina
- « La Constitution roumaine de 1923 : libertés, unification, pluralisme », Vladimir Hanga
- « La légitimité des gouvernements réfugiés à Londres pendant la Deuxième Guerre mondiale », Tadeusz Wyrwa
- « La justice communiste en Pologne : 1944-1988 », Stanislaw Salmonowicz
- « Les libertés et le pluralisme politique », Vasile Gionea

Brésil

A Filosofia, Hoje, Anais do V Congresso Brasileiro de Filosofia (3-5 septembre 1995), Instituto brasileiro de filosofia, São Paulo, 1998, 2 vol. 1266 p.

Espagne

Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada, Año IV/1998, Fundación Francisco Elías de Tejada y Erasmo Percopo, Madrid, 1998, 251 p.

- « Panorámica introductoria al derecho natural hispanico », Juan Vallet de Goytisolo
- « La tarea josefológica del P. Francisco de Paula Sola S.I. », Francisco Canals Vidal
- « L'autre existe-t-il ? », Thomas Molnar
- « Sociedade e constituição », José Pedro Galvão de Sousa
- « Hispanidad », Frederick D. Wilhelmsen
- « El Problema religioso y el problema político en la historia contemporánea de España », Miguel Ayuso
- « Reflexiones heterodoxas sobre dos finales de siglo », Ignacio Hernando de Larramendi
- « Nacionalismo y hecho religioso : Una aproximación doctrinal », Eudaldo Forment
- « La sombra del centauro », Rubén Calderón Bouchet
- « Giovanni Pontano : Política e cultura in Napoli aragonesa », Claudio Finzi
- « Confrontación ideológica en los albores de la revolución liberal », José Fermín Garralda Arizcun

Miguel Ayuso Torres, *Koinos. El pensamiento político de Rafael Gambra*, Speiro, Madrid, 1998, 239 p.

Miguel Ayuso Torres, *La filosofía jurídica y política de Francisco Elías de Tejada*, Fundación Francisco Elías de Tejada y Erasmo Percopo, Madrid, 1994, 387 p.

Juan Vallet de Goytisolo, *Las definiciones de la palabra. Derecho y los múltiples conceptos del mismo*, Real Academia de jurisprudencia y legislación, Madrid, 1998, 200 p.

France

André-Jean Arnaud, *Le droit trahi par la sociologie*, LGDJ « Droit et société » 4, Paris, 1998, 260 p.

Gérard Duprat (dir.), *L'Union européenne, droit, politique, démocratie*, PUF « Politique d'aujourd'hui », 1996, 317 p.

- « L'État-membre et l'exécution du droit communautaire », Yves Gautier
- « La France : État-membre de l'Union européenne », Henri Oberdorff
- « Le droit de la nationalité à l'épreuve de l'intégration communautaire », Eric Meisse
- « Le parlement européen entre efficacité fonctionnelle et déficit politique », Olivier Costa
- « L'Union européenne : par le droit vers le politique ? », Vlad Constantinesco
- « Le retour du politique : l'Europe comme puissance ? », Jean-Louis Quermonne
- « La critique de la légitimité démocratique de l'Union européenne selon la Cour constitutionnelle fédérale de Karlsruhe », Jörg Gerkrath
- « Démocratie et société démocratique dans la construction politique de l'Europe », Gérard Duprat
- « L'Europe et la problématique de la culture : cosmopolitisme, État-nation, démocratie », François-René Martin
- « Union européenne et dépérissement de l'État », Gérard Soulier

Hélène Maurel-Indart, *Du plagiat*, PUF « Perspectives critiques », 1999, 229 p.

Revue de la recherche juridique. Droit prospectif, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1997-3.

- « Spécialités traditionnelles », Christian Atias
- « Pratique juridique et pratique sociale dans la genèse et le fonctionnement de la norme juridique », Jean Deprez
- « La bibliométrie appliquée aux articles de doctrine juridique : un exemple autour des articles de doctrine sur les décisions du Conseil constitutionnel », Stéphane Cottin
- « La norme jurisprudentielle et son revirement en droit privé », Antoine Bolze
- « Les mesures conservatoires en droit français de la concurrence », Emmanuel Putman
- « L'action de *in rem verso* dans le cadre des relations familiales », François Henot
- « Réflexions sur les applications contemporaines du principe de subsidiarité dans l'enrichissement sans cause », Josette Nguebou Toukam
- « Contribution à une théorie générale du droit de visite en droit civil », Valérie Lacoste
- « La compétence du juge des référés en matière possessoire », Sabine Piquet-Cabrillac
- « Essai de réflexion sur la notion de séparation des pouvoirs », Jiangyan Jiang
- « La Constitution de Bosnie-Herzégovine : Un texte à la croisée du droit interne et du droit international », Batyah Sierpinski
- « Les incidences privées de la départementalisation de Mayotte », Stéphane Retterer

- « La participation de l'U. E. O. aux opérations militaires des Nations Unies »,
Jean-Yves Rouxel
- « Enjeux et incidences des majorations exceptionnelles d'impôts de 1995 »,
Marie-Joseph Aglaé
- « "Photos-constats" et témoignage à charge dans l'histoire du paysage urbain :
Un certain parti pris des choses », Anne Teissier-Ensminger.

Italie

Mario G. Losano, *Renato Treves. Sociologo tra il vecchio e il nuovo mondo*, Unicopli
« La circolazione dei modelli giuridici », Milan, 1998, 210 p.

Andrés Ollero Tassara, *Diritto "positivo" e diritti umani*, G. Giappichelli « *Recta Ratio* »
terza serie n° 8, Turin, 1998, 204 p. (cf compte-rendu *Archives* 43)

Mexique

Jorge Alberto González Galván, *La construcción de investigación, Métodos y técnicas de investigación*,
Universidad nacional autónoma de México, Mexico, 1998, 137 p.