

Comptes rendus

Ernst Tugendhat, *Ti kata Tinos. eine Untersuchung zu Struktur und Ursprung aristotelischer Grundbegriffe*, Fribourg/Munich, K. Alber, 2003, 5. Aufl. (mit einem neuen Nachwort), 171 p.

Cinquième édition de l'essai de Tugendhat paru en 1958, accompagné d'une substantielle postface où l'auteur déclare se réjouir de l'occasion qui lui est donnée d'approfondir et de corriger deux interprétations dont il était insatisfait, et d'intégrer une littérature critique, notamment anglaise (Barnes) ou allemande (Mayr), visant l'être ou la *substance première* et l'idée ou l'essence comme *énergie*. Mais l'on peut regretter que des lectures aussi importantes que celles de Moreau, Aubenque ou Romeyer-Dherbey, pour en rester aux classiques des années 80..., n'aient guère été précisément prises en compte sur de tels points.

Pour le philosophe du droit, en tout cas, l'apport qui présente le plus d'intérêt ne semble pas se tirer d'une redéfinition de l'« *ousia* » comprise dans sa généralité (sous l'aspect du « *sunolon* »), dont les utilisations ou reconversions historiques, sur un mode le plus souvent idéaliste et même *ontologiste*, se manifestent dans les références de la « justice générale » à une *nature humaine* abstraite, détachée de son principe personnel, informatif et actualisant.

Il touche plutôt à l'« *eidos* » conçu comme « énergie », ou comme « dynamique », qui correspond au principe d'unité procuré à toute matière, à la nécessité sous-jacente à ses potentialités, et à la direction finalisée imprimée à ses mouvements. Ce concept particulièrement riche est à l'origine d'une doctrine de la « justice particulière », beaucoup plus relevante dans le domaine patrimonial des obligations et des biens : cette doctrine identifie la justice à l'égalité inhérente à la *nature des choses* à partager, c'est-à-dire à l'*eidos* dont tout l'art du juriste est d'énoncer d'un côté les définitions (« *oroi* ») et de l'autre les exigences de mesure (propositions causales que sont les « *topoi* », comp. P. Stein, *Regulae iuris*, Edimbourg, 1969 ou Th. Wieweg, *Topik und Jurisprudenz*, Francfort, 1953).

Comme tel, l'*eidos* s'entend de la nature qui sert de facteur d'équilibre à un rapport inter-objectif dénommé « chose » ; et, dans une perspective plus « dynamisante », il devient ce qui inspire le mouvement de l'interprétation, ce qui fixe non seulement les « types » auquel elle renvoie (comp. le Radbruch de la *Natur der Sache als juristische Denkform* : v. notre notice *Encycl. univ. philo.*, vol. *Œuvres*, PUF, 1991), mais ce

qui indique aussi le fondement même de tout raisonnement analogique (comp. les travaux d'A. Kaufmann ou de W. Hassemer), qui a besoin de la *cause* de la « chose même » (sans pléonasme), pour fonctionner de façon heuristique, et qui peut découvrir en l'occurrence cette cause dans l'*eidos* élaboré en types légaux ou en *Grundsätze*.

Jean-Marc TRIGEAUD

Marie-France Renoux-Zagamé, *Du droit de Dieu au Droit de l'homme*, PUF, 2003, 324 p.

Bien que le regroupement d'études antérieures échappe rarement, dans l'esprit du lecteur, à une impression de disparate, il arrive qu'au prix d'une réorchestration nécessaire et suffisante, un auteur retrouve et manifeste les signes d'une cohésion latente de sa pensée. Non sans certains remaniements, Marie-France Renoux-Zagamé en donne la preuve au sujet de la pensée juridique, politique et philosophique des XVI^e et XVII^e siècles. L'esprit du volume, bien exprimé par son titre, correspond à ce qu'a été, dans l'époque considérée, le passage d'un « droit ancré en Dieu » à un droit « fondé sur l'homme ». Passage marqué aussi bien par la pensée des grands théologiens que par celle des hommes de droit. D'où, spécialement dans cette seconde voie, en tant qu'elle s'y attache à comprendre de quelle manière le droit est pensé dans son rapport à Dieu, une analyse des instruments de celui-ci « entre transcendance et immanence », droit naturel et droit positif, providence et raison. D'où, aussi, quant aux formes de l'attache à Dieu du pouvoir et des règles constitutives de l'Etat, ce pouvoir se reliant à Dieu tant par ses règles d'exercice que par son origine. Ainsi, de quelque horizon que viennent les juristes philosophes du droit et les philosophes juristes, sur le versant du juridique ou du politique, du droit public ou du droit privé, tous y trouvent leur compte.

François TERRÉ

Pierre Magnard, *Questions à l'humanisme*, PUF, 2000, 235 p.

Il arrive toujours un moment où, avec un suffisant recul du temps, certains symboles sont réduits à une juste mesure. Il arrive d'ailleurs que les progrès de la science favorisent une remise en ordre des choses de l'esprit, même provisoire, surtout lorsqu'il s'agit du droit, inachevé par essence. Alors, le concours des philosophes est irremplaçable.

C'est à ce titre qu'il faut prêter un grand intérêt au livre de Pierre Magnard. Les *Archives* auraient dû s'y prendre un peu plus tôt. Mieux vaut tard que jamais. La réflexion des dernières décennies est appelée principalement sur les notions d'homme, d'humain, d'humanité, d'humanitaire, de droits de l'homme, avec tout ce que cela peut véhiculer, le meilleur et le pire. Afin de dissiper tant de malentendus, l'auteur est retourné aux sources en étudiant la place tenue à ces sujets par les humanistes — encore un mot équivoque — des XV^e et XVI^e siècles. D'où une réflexion conjointe sur les

notions d'éducation et d'humanité. Plus directement encore, la réflexion sur le droit est nourrie alors d'études sur le droit du vivant — hommes ou animaux —, sur le droit des gens, sur le jusnaturalisme, sur le fait devenant droit, sur « la véritable éthique de la discussion ». En somme un livre appelé à servir de référence indispensable pour tous ceux qui s'attachent à la philosophie du droit et pas seulement à la philosophie sur le droit.

François TERRÉ

Franco Todescan, *Etiamsi daremus, Studi sinfonico sul diritto naturale*, Padoue, Cedam, 2003.

La première formule de cet intitulé (inaugurant le doute et l'autonomisme rationaliste) rappelle l'essai magistral de l'auteur sur Grotius (recensé aux *Archives* en 1984), qui fut suivi d'une autre étude remarquable sur Domat et la formation du Code civil français (recensée à nouveau ici même en 1988).

Le professeur Todescan, actuel président de l'Université de Padoue, est l'un des plus réputés historiens de la philosophie du droit, et son œuvre n'a cessé de couvrir la période des temps modernes qui correspond à l'école jusnaturaliste. Mais voici un recueil plus général et sous un aspect inhabituel, réunissant un ensemble de réflexions sur le thème de la relation entre la musique et la philosophie du droit, en forme de partition dont le temps fort touche au rapport implicite en l'homme et la nature.

La question pourrait sembler de prime abord relever d'approches déjà pratiquées, et que l'on retrouvera en tout cas pour la plupart dans les livres précédemment mentionnés, mais elle présente sans nul doute une certaine originalité du point de vue de la méthode d'approche choisie par l'auteur. Et son importance contemporaine se passe de commentaire. L'actualité de la problématique centrée sur le rapport homme-nature, qui est à la fois philosophique et juridique, mais aussi politique, individuelle et collective, ressort en tout cas des controverses exposées lors des différents sommets internationaux traitant des risques des catastrophes écologiques liées au développement des nouvelles technologies et menaçant l'humanité. C'est alors que la notion essentielle qui la caractérise y reçoit une interprétation spécifique sous une double dimension qualitative et quantitative. Ceci fait apparaître en filigrane le lien du droit lui-même et de la nature, et détermine les limites du rapport homme-nature considéré.

Plus que toute autre philosophie, l'on n'en sera pas surpris, celle de l'École du droit naturel, dont le principal représentant est donc Grotius, va constituer la clé de voûte de la nouvelle conception du droit naturel dont nous héritons aujourd'hui. Cependant, le rapport homme-nature ne se comprend qu'en opérant une analyse tirée de ses prémisses historiques, philosophiques, juridiques, qui démontrent l'importance de tendances physiques, anthropologiques, mythiques, théologiques pour concevoir des rapports distincts et singuliers. C'est à cette fin que F. Todescan consacre différents textes à la genèse et à l'influence moderne du droit naturel, selon une approche qu'il articule autour de l'auteur fondateur de l'École, en faisant graviter son discours suivant l'axe de cet élément central.

Tout commence par la philosophie présocratique, recherchant le principe premier des choses et donc de l'idée du droit naturel chez un physicien ontologue de l'école de Milet, Anaximandre. Et un premier constat s'impose de lui-même à l'auteur qui tient à la difficulté de déterminer le rapport du monde extérieur et de l'homme, ce à quoi paraît répondre la nécessité du droit. Anaximandre prône l'idée de justice au travers du noyau central de l'ordre cosmique, infini et indéterminé ; et il récuse l'idée du droit dérivé d'un monde systémique, qui obéirait à un schéma expérimental. De là, de nombreuses critiques formulées mettant en évidence les oscillations de lectures selon que chacun privilégie une démarche soit morale, soit mystique, soit juridique ou soit encore politique ; elles permettent de conférer à la pensée d'Anaximandre une valeur paradigmatique dans un ordre où s'affirment les mêmes facteurs éthiques qui étaient jugés hiérarchiquement inférieurs dans la conception cosmologique des Présocratiques. Ces divers facteurs, ceux-là mêmes qui sont juridiques et politiques, semblent enfin acquérir une évidence particulière. Et c'est ainsi que nous découvrons le processus de formation du juridique et du politique suivant la conception cosmique de la justice chez Anaximandre qui signifie toute la richesse et la profondeur du contenu unitaire de l'*ethos* hellénique.

En se détachant d'une vision cosmique de la justice et du rapport tumultueux des hommes et de l'histoire, F. Todescan montre le glissement conceptuel du rapport homme-nature évoluant vers un sur-naturalisme au regard de la création originelle ou de la finalité située en Dieu. C'est à l'époque médiévale que l'on retrouve la spécificité de cette conception : Dieu est alors à la fois le principe et la finalité du tout, il est la cause efficiente et finale, passant par la béatification de l'homme. La morale et le droit doivent ainsi se soumettre à ce profond dynamisme de la nature humaine animée d'un désir universel de félicité ; et toute la science pratique tend à l'accomplissement de cette exigence ontologique et spirituelle, base des lois naturelles. Ce qui rappelle la doctrine thomiste caractérisée par une éthique dérivée de la gnoséologie. La quête de l'absolu à la façon dont la conduit saint Thomas permet de dégager un principe qui serve de mesure et de règle de chaque réalité, de l'univers physique et moral. C'est à partir de l'éthique thomiste que les lois naturelles peuvent assumer un rôle central.

Mais les termes propres à la scolastique médiévale ont été repris, puis transformés par la Seconde Scolastique. De quête de béatification l'appétit humain devient quête de bonheur social. La perception anthropologique change de dimension : la dimension verticale (homme/Dieu) s'aplanit et se transforme en dimension horizontale (homme/société), proche de l'homme social moderne. La compréhension du droit comme une réalité objective, caractéristique d'une tradition médiévale, en vient à être abandonnée. L'idée moderne du droit implique la loi ou la « faculté morale », autrement dit le droit subjectif. Dès la Seconde Scolastique, l'expression du droit comme le fruit d'un volontarisme, même modéré, est en germe et sert de base à la distinction moderne du droit subjectif et du droit objectif. Le droit naturel laïque est ainsi un héritage des principes prônés par la Seconde Scolastique, véhiculés par l'École du droit naturel. Trois principes sont alors nouvellement à l'honneur : l'individualisme, le rationalisme et le sécularisme. Grotius, bien qu'influencé par les théories médiévales, s'en démarque et il modifie radicalement les perspectives du rapport homme-nature. De là, s'éloignant mais sans ignorer l'acception théologique de la nature, il en fait une nature politique. Ce changement de degré a pu s'opérer en référence à l'unité finale de l'homme et du souve-

rain, à l'unité de la fin vers laquelle doit aspirer tout pouvoir. La distinction entre le droit naturel et le droit positif divin est désormais claire, le premier reposant sur la loi humaine issue de la volonté du législateur, le second étant fondé sur la loi divine émanée de la volonté de Dieu. L'un est alors rationnel, l'autre volontaire. En cela, F. Todescan indique comment l'emblématique *etiamsi daremus* débouche sur une sorte de rationalisme juridique et sur une sécularisation méthodique par la distinction conceptuelle du droit divin et du droit naturel à partir du problème religieux, pour aboutir paradoxalement à une *laïcisation* de la sphère sacrée et à une *juridicisation* de l'État souverain.

Mais le problème de détermination de l'état de nature, état qui opère par attraction, par fusion, reste non résolu. Cet état est-il simplement idéal et juste ou bien inégal et injuste ? La doctrine jusnaturaliste du XVII^e siècle, sur l'instigation de Grotius, se livre à une critique explicite de la conception théologique du droit naturel et de l'état de nature, alors conçu non plus comme un ordre divin, mais comme asocial, historique et hypothétique. Pour les uns, cet état de nature est un état de parfaite égalité entre les hommes, mais il nécessite le dépassement d'un état de conflit de tous contre tous. L'état de nature est alors l'effet relatif d'une contractualisation, d'un contrat social (Hobbes – Locke). Pour les autres, l'état de nature a une base ontologique (Pufendorf) et il représente une entité morale correspondant à toute la vie éthique et fruit d'un renversement expérimental. Pour d'autres encore, il s'agit d'une fusion paradoxale entre l'état de nature et l'état civil, mêlant une approche anthropologique et ontologique (Spinoza). Ces définitions discordantes de la notion d'état de nature font perdre à la notion toute son unité doctrinale, mais elles prouvent cependant que, paradoxalement, s'il y a de telles errances doctrinales, l'état de nature n'en est pas moins le point central, voire la clé de sol, de tout l'univers juridique et politique.

Que serait l'état de nature sans un droit naturel, unitaire ou plural ? Le trouble est jeté par l'essor du positivisme juridique et du nominalisme mettant l'accent sur les visées anthropologiques et individuelles, sur le volontarisme du singulier contre le rationalisme qui permet de connaître le droit naturel, sur le pouvoir divin absolu contre l'ordre naturel créé par Dieu. De là une distinction plus affinée entre objectivité du droit et subjectivité du droit, entre cause juste et cause subjective. Et l'on retrouve mais déformée la distinction médiévale entre droit naturel et loi naturelle dans la philosophie de Hobbes, dissociant droit positif divin et droit positif humain. La volonté individuelle devient le principe logique et chronologique de l'historicité de l'état de nature. Cette position volontariste est, selon l'auteur italien, intéressante, car elle est sans doute la plus radicale du positivisme juridique. Des droits « micro-absolus » coexisteraient paradoxalement dans l'état de nature, alors même que l'absolu est par définition unitaire. De là, des conflits et une insécurité juridique qui nécessitent un dépassement. Ce dépassement se fait selon la conception hobbesienne par le contrat social qui engendre l'État politique souverain et qui s'affirme comme unique titulaire du droit pour tous. La détermination du contenu de la loi dépend de l'arbitraire du souverain, seule volonté légiférante. La place réservée au volontarisme, dans un rapport dual et distribué entre la raison et la nature, provoque le développement du contractualisme et de l'État strictement « politique », un clivage entre droit subjectif et droit objectif.

Or le clivage qui se manifeste à propos du droit vise sa qualification et non son origine, une technique juridique mais qui s'éloigne à proprement parler de la culture juri-

dique. Mieux vaut dès lors se référer, selon F. Todescan, aux travaux de l'un des précurseurs du Code civil, Domat, qui démontre l'exigence d'un critère fondamental invoquant la nature de l'homme. Celle-ci désigne un mode gnoséologiquement autonome et unitaire regroupant en son sein deux réalités, l'une naturelle et l'autre surnaturelle. Le droit recoupe, par conséquent, ces deux réalités. La raison tient en la *naturalité* du droit inhérente à l'homme qui en est le principe essentiel et qui a pour finalité de régir les rapports intersubjectifs. D'où l'intérêt de confronter la conception cartésienne de Domat aux grandes caractéristiques du jusnaturalisme moderne ; elle constitue bien une alternative juridique contemporaine de l'École du droit naturel (v. déjà sur l'ensemble de ces questions : F. Todescan, « La loi et les sources du droit en Europe dans l'École du droit naturel moderne », en ital. in A.V., *Philosophie juridique européenne. Les institutions*, L'Aquila/Rome, Japadre, Catégorie Europe, vol. 16, 1987, p. 107-138).

Mais la réalité juridique relative à la nature de la personne est problématique, et oscille entre une réalité sensible essentiellement historique et une réalité intelligible sous une forme qualitative. C'est ainsi que la notion de personne juridique va subir des métamorphoses idéologiques : elle sera comprise comme une personne invisible, abstraite et fictive, puis sera l'objet d'une vision plus individuelle, anthropomorphiste (XVII^e siècle), et s'entendra d'une réalité naturelle, recouvrant un sujet empirique titulaire de droits et d'obligations (XVIII^e siècle). De la fiction à la réalité, la notion de personne juridique a joué un rôle fondamental dans le renouvellement de la doctrine juridique. Cependant, ce passage au réalisme juridique ne fait pas pourtant oublier le problème de la validité du droit. La validité du droit ne se mesure qu'au regard de la morale, mesure de ce qui est juste. Et, de nouveau, deux voies différentes se dessinent pour connaître de la validité du droit. D'une part, celle qui suppose une mise en relation du principe moral avec le principe religieux ; elle permet de dégager deux morales : la première est la connaissance qui a une cause ontologique, la seconde est la reconnaissance qui a une cause émotive. En ce sens, la validité du droit dépend d'un moralisme individuel, l'individu étant entièrement voué à la quête de l'absolu. C'est sous cet aspect que la philosophie du droit de Rosmini est exposée par l'auteur. D'autre part, une seconde voie suggère que le droit a une forme impérative et contraignante et constitue en cela un modèle de morale sociale. La validité juridique dépend de la morale sociale et non individuelle, expérimentale et sensible. Ce standard moral contribue à la connaissance et à la reconnaissance du droit (Ockham). À cet égard, F. Todescan remarque que le réalisme scandinave ignore la dimension décisive du droit que traduit l'expérience juridique. Cette expérience particulière ne découle pas simplement d'un esprit théorique, mais plutôt d'un esprit pratique, car elle engendre moins un besoin de connaissance de la réalité que la nécessité de répondre à une évaluation.

Si la philosophie du droit moderne a enfin vanté la notion de droit subjectif, elle a hésité entre une perspective objectiviste et purement subjectiviste, volontariste et rationaliste, réaliste et idéaliste. L'auteur italien montre alors comment une radicalisation de l'idéologie individualiste s'est opérée au XX^e siècle entreprenant un renversement doctrinal. C'est pourquoi la validité du droit subjectif ne peut être réduite à une dimension formelle et empirique, mais est tributaire de l'individu volontaire et rationnel.

Pourtant, il est un droit qui a permis une osmose entre le droit public et le droit privé, un dépassement du droit subjectif et du droit objectif, c'est spécifiquement le « droit de l'homme ». L'auteur en retrace toute l'évolution historique : de la simple différence entre les droits naturels fondamentaux (subjectifs) et le droit naturel (objectif), à la réalisation collective des droits par normativisation, pour en arriver aux Déclarations de droits universels et abstraits mais aussi bien positifs. F. Todescan termine ainsi ces études symphoniques comme pour rappeler l'intérêt contemporain et nécessairement évolutif de la notion moderne de droit naturel.

Bérangère ADER

Simone Goyard-Fabre, *Critique de la raison juridique*, Paris, PUF, 2003.

Simone Goyard-Fabre, avec sa clarté habituelle et remarquée à travers ses trente-quatre précédents ouvrages, presque tous consacrés à la philosophie du droit, retrace ici de façon originale le génie et la puissance du criticisme dans ses forces essentiellement kantiennes et post-kantiennes. D'un point de vue externe, l'ouvrage se présente comme un travail historique. Le premier mouvement du livre est consacré à la progression du rationalisme au cours des XVII^e et XVIII^e siècle, avec pour originalité de privilégier les courants continentaux (Grotius, Leibniz, Wolff, etc.) par rapport à l'empirisme anglais (Hobbes et Locke) et surtout de mêler philosophes et juristes, notamment Domat.

Le cœur de l'ouvrage est essentiellement consacré à Kant avec une présentation dynamique de tous les grands thèmes de sa philosophie du droit, précédés d'une comparaison méthodique de Kant et de Fichte, qui tourne à l'avantage du premier, sans utiliser les arguments *ad hominem* qu'auraient fourni certains passages des *Fondements du droit naturel*. Enfin, les derniers développements de l'ouvrage inaugurés par un examen attentif de l'œuvre de Kelsen, présentent les considérations les plus nouvelles pour les lecteurs de Simone Goyard-Fabre puisque cette dernière y compare Kelsen et Schmitt, en montrant l'aveuglement de ce dernier sur le point de vue proprement transcendantal de la *Théorie pure du droit*. Elle y étudie surtout les prolongements kantiens dans la pensée de Rawls et d'Habermas. Son jugement est fortement contrasté entre ces deux auteurs. Le premier serait passé en effet d'un « kantisme moyen » à un « aristotélisme flottant », bref à un éclectisme mou. Inversement, Simone Goyard-Fabre salue en conclusion le kantisme rénové de l'éthique de la discussion du philosophe allemand, et sa capacité à repousser les résurgences de l'historicisme et du communautarisme.

On referme ainsi ce livre avec le regret de ne pas avoir vu la culture de l'auteur disposer d'encore plus de place pour se développer mais aussi l'émotion devant un esprit qui, dans la fidélité à ses convictions rationnelles les plus profondes, reste toujours ouvert aux formes nouvelles de la pensée.

René SÈVE

Joël Monéger, Jean-Louis Sourieux et Aline Terrasson de Fougères (dir.), *Robert-Joseph Pothier, d'hier à aujourd'hui*, Paris, Economica, 2001, 182 p.

Si l'on sait que Pothier a fortement inspiré, avec Domat, les rédacteurs du Code civil de 1804, il reste lui-même trop méconnu dans son œuvre propre, sur laquelle n'existe pas d'étude globale. Aussi, à l'occasion du tricentenaire de la naissance de ce juriste orléanais, la Faculté de Droit de l'Université d'Orléans a-t-elle opportunément organisé un colloque qui lui est consacré et dont les actes sont maintenant publiés.

La vie et l'activité de Robert-Joseph Pothier (1699-1772) sont évoquées par plusieurs intervenants (Jean-Louis Sourieux, Jean Carbonnier, François de Fontette, Olivier Bouillane de Lacoste). Célibataire, dévot avec une marque janséniste et gallicane, affable et bienveillant, studieux et consciencieux, il a été juge en tant que conseiller au présidial d'Orléans, échevin de la ville, professeur de droit français, c'est-à-dire essentiellement de droit coutumier. Il est l'auteur d'une présentation méthodique des Pandectes justiniennes de droit romain, de commentaires sur les coutumes d'Orléans et surtout d'une vingtaine de traités portant sur les principales matières de droit et dont le plus célèbre est le « traité des obligations ». Imperméable à la pensée de Voltaire et des Encyclopédistes, il est sensible au jusnaturalisme rationaliste, individualiste et volontariste de Grotius, Pufendorf, Barbeyrac, et soucieux de morale et d'équité en même temps que de technique juridique.

Une étude (Jean-Louis Thireau) le situant par rapport aux juristes qui l'ont précédé montre que Pothier prolonge la doctrine française des XVI^e et XVII^e siècles. À côté des emprunts qu'il leur fait sur des questions précises, il accentue la tendance manifeste, caractérisant déjà Dumoulin qu'il cite abondamment comme aussi les autres commentateurs des coutumes, à dégager un droit commun coutumier, unitaire et national, distinct du droit romain tout en s'y référant volontiers mais sans estimer devoir nécessairement s'y soumettre, et construit à partir des multiples et diverses coutumes qu'il compare entre elles et s'efforce d'harmoniser. Il met en lumière, non pas les oppositions mais les analogies, les principes directeurs au-dessus des particularismes locaux, en suivant d'ordinaire, peu différente de celle d'Orléans, la coutume de Paris, jugée exemplaire. Il expose ainsi un ensemble systématiquement ordonné et, dans toute la mesure du possible, unifié, une sorte de coutume commune, de synthèse générale qui, sans paraître originale, se révèle équilibrée et qui, après le choc révolutionnaire, sera largement utilisée par les rédacteurs du code civil napoléonien.

Sous le régime du droit codifié, la place réservée à Pothier depuis deux siècles, d'abord fort importante, se réduit par la suite et finit par devenir résiduelle, comme le constatent deux intervenants au colloque. À considérer la doctrine du XIX^e siècle (Jean-Louis Halpérin), Pothier bénéficie d'une grande notoriété pendant la Restauration et la Monarchie de Juillet : avec de nouvelles éditions de ses œuvres à l'appui, il permet, au nom de la continuité du droit, de justifier le code ; il sert de référence respectable pour en interpréter les règles en les rattachant à la tradition de l'ancien droit, et d'ailleurs en y ajoutant une pointe contre l'école allemande de Savigny. Mais, dès le milieu du siècle, les critiques se mêlent aux éloges, par exemple chez Troplong, Bugnet. Il est peu à peu tenu pour vieilli, dépassé, contesté ou tout simplement mis à l'écart : les juristes préfèrent alors apprécier le code pour la part d'innovations révolutionnaires qu'il contient

et consacre, lui appliquer une méthode d'interprétation purement textuelle, positivement légaliste, qui ne soit plus rétrospective, mais plutôt prospective. Un regard porté sur le XX^e siècle (Philippe Malaurie) confirme ce déclin dans les ouvrages et revues juridiques, surtout depuis la rupture des années 60 où les mutations sociales posent des problèmes tout nouveaux pour le droit. Toutefois, il est toujours salué symboliquement comme « père du code civil » selon une formule courante, il reste éventuellement cité dans les matières classiques, tels les régimes matrimoniaux, les contrats et obligations, et particulièrement avec trois points exemplaires : le conte des chandeliers d'argent qui se révèle en réalité que de cuivre argenté au sujet de l'erreur dans la vente et du consentement vicié ou même détruit, la fable de la vache malade vendue à un acheteur dont le troupeau est contaminé à propos des dommages directs ou indirects résultant de la faute dolosive du marchand, le principe de la distinction entre les clauses qui sont de l'essence d'un contrat ou de sa nature ou simplement accidentelles et accessoires. Mais, d'une façon générale, Pothier est délaissé, à moins que peut-être il ne survive dans l'héritage d'une certaine mentalité juridique. Quant à la jurisprudence, elle adopte des solutions soit semblables soit opposées aux siennes. Il n'est pas impossible (Philippe Ballu) de relever des arrêts insistant, comme il le faisait, sur la bonne foi à respecter dans les obligations.

Plusieurs autres interventions au colloque portent sur l'influence non négligeable exercée par Pothier hors de France. En Angleterre et aux États-Unis, pays de *common law* et de droit jurisprudentiel, où il est montré (Bernard Rudden) que sa réputation, favorisée par des traductions anglaises, l'a fait considérer comme une autorité par les tribunaux, du moins, là encore, jusque vers le milieu du XIX^e siècle et sans qu'il faille oublier la répugnance anglo-saxonne à une codification et à une théorie générale des obligations. Ailleurs, son influence se trouve associée à l'adoption du droit français ou d'un droit similaire. Ainsi, en Rhénanie régée, à l'intérieur de l'Empire allemand et avant la mise en œuvre du B. G. B., par le code civil français appliqué par la Chambre rhénane du Tribunal d'Empire dans des arrêts rendus à la fin du XIX^e siècle et dont l'analyse fait apparaître maintes références à Pothier (Klaus Luig). En Pologne, dotée en 1808 du code Napoléon, puis en 1825 d'un code qui en reprend les principes, ce qui conduit à répandre l'utilisation de nombreux ouvrages juridiques français traduits en langue polonaise (Witold Wolodkiewicz). En Amérique du Sud, particulièrement en Argentine, où le code de 1869 est rédigé par Sarsfield et publié avec des commentaires officiels prenant en compte les opinions de Pothier, notamment dans la matière des obligations (Valeria Pasqualini-Salerno). Et même peut-être au Japon, par l'intermédiaire de Boissonade et de son projet de code civil japonais de 1890, concernant le point très précis de l'autorité de la chose jugée (Naoki Kanayama).

Deux articles concluent le colloque. Un rapport de synthèse (François Terré) met en valeur l'importance de Pothier pour sa mise en ordre de l'héritage coutumier et dans la transition de l'ancien droit au droit du code civil, mais aussi l'exemple qu'il donne d'un équilibre entre un rationalisme juridique et une sagesse prudentielle. Une postface (Philippe Jestaz) entend lui rendre justice, en rappelant son mérite d'avoir œuvré dans le sens de l'unification juridique et sa chance, celle de sa familiarité avec les coutumes d'Orléans et de Paris et celle, posthume, de procurer une sorte de commentaire anticipé du code civil, ce qui assure sa renommée.

Jacques DAGORY

Jean-Luc Chartier, *Portalis, père du Code civil*, préface de Jean Tulard, Paris, Fayard, 2004, 442 p.

À l'occasion du bicentenaire de la promulgation en 1804 du Code civil, Jean-Luc Chartier, avocat à Paris et historien (connu déjà par un *Henri Daguesseau*, 2 tomes, Presses du Languedoc - Max Chaleil, 1988 et 1989), fait paraître une biographie de « Portalis, père du Code civil ». Après d'autres auteurs (Édouard Leduc, *Une grande figure de l'histoire napoléonienne*, Portalis, Paris, Panthéon, 1990, et Marceau Long et Jean-Claude Menier, *Portalis, l'esprit de justice*, Paris, Michalon, 1997), dans un style vivant et alerte (avec quelques inadvertances, comme générer pour dire engendrer, ou initier au sens de commencer), il renouvelle la connaissance que nous avons de Portalis, en s'appuyant sur ses écrits par de très nombreuses références. Il s'ingénie à le comparer avec un personnage antique dans le titre de chacun des chapitres qui suivent les étapes de son existence.

Durant la plus grande partie de sa vie (où il met, selon l'auteur, ses pas dans ceux de Cicéron), Jean Étienne Marie Portalis, né en 1746 dans une famille de grande bourgeoisie de Provence, catholique gallican en même temps que franc-maçon et ouvert à la philosophie des Lumières, devient un juriste réputé, membre de l'administration locale, avocat éloquent, plaidant notamment pour le maire de Marseille contre l'ordre de Malte, pour Émilie de Marignane qui obtient la séparation d'avec son époux Mirabeau. À la Révolution, inquiet mais refusant d'émigrer, restant plutôt monarchiste, il est emprisonné à Paris pendant toute l'année 1794 en échappant de peu au Tribunal révolutionnaire. Libéré (et présenté comme le Démosthène de la République), il dénonce les excès récents de la Terreur, et, sous le Directoire, élu au Conseil des Anciens, il défend à maintes reprises la politique modérée du club de la rue de Clichy. Au coup d'État de fructidor (septembre 1797), il s'enfuit pour éviter la déportation et vit exilé en Suisse et au Holstein pendant plus de deux ans. Après le 18 brumaire, il rentre en France en janvier 1800 et s'attache à Napoléon Bonaparte : au cours des sept dernières années de sa vie, il va jouer un rôle capital dans l'élaboration du Code civil, ainsi que dans la mise en œuvre du Concordat.

C'est dans son exil qu'il rédige son *Essai sur l'usage et l'abus de l'esprit philosophique au XVIII^e siècle*, qui ne sera publié qu'après sa mort par son fils, et dans lequel il réfléchit sur les événements de son temps (ce qui le fait regarder pas son biographe

comme le Thucydide du Directoire). Il y expose sa pensée philosophique, religieuse et politique, dont une analyse et quelques extraits permettent d'avoir un aperçu : ouvrage considérable, touffu, laissant transparaître à travers longueurs et digressions un fil directeur, témoignant sous une phraséologie un peu sentencieuse d'une grande élévation morale. Il décrit l'histoire de l'esprit philosophique qui s'épanouit à l'époque moderne et le définit par la combinaison de la recherche rationnelle et de la méthode expérimentale. Il explicite une philosophie approximativement intermédiaire entre l'idéalisme kantien et le sensationnisme condillacien, un spiritualisme chrétien adossé à une foi rationnelle en Dieu, une morale devant inspirer une législation qui reconnaisse dans la société une réalité naturelle concrétisée par le pouvoir politique et qui harmonise avec les nécessités sociales les droits de l'homme, la liberté légale, l'égalité juridique, la propriété inhérente à l'existence personnelle, ces droits trouvant leur garantie dans la loi pénale. Mais, pour des causes soit extérieures et sociales soit intrinsèques comme la tendance à un raisonnement rationalisateur qui bannit la raison raisonnable, l'esprit philosophique se dégrade en esprit révolutionnaire et se révèle porteur d'abus, d'écarts, de désordres dont les effets ne sont que trop manifestes dans le gouvernement terroriste de la Convention et dans la demi-Terreur irrésolue et lâche du Directoire. Il faut corriger la corruption des mœurs et des institutions, les redresser et les équilibrer.

Rentré en France, dorénavant fidèle et laborieux collaborateur de Bonaparte, Portalis, après un bref passage au Conseil des prises maritimes, est nommé conseiller d'État et il est l'un des quatre membres de la Commission de rédaction du Code civil où il se montre particulièrement actif (ce qui en fait peut-être le Gaius de Bonaparte, mais on pourrait penser à Tribonien). Dès janvier 1801, il rédige un *Discours préliminaire sur le projet provisoire de code civil*, sorte de synthèse des chapitres de l'*Essai* sur la législation et les années révolutionnaires. Avec un dessein de conciliation et d'apaisement, il justifie l'établissement, dans la nation renouvelée, d'un code législatif unique qui succède à la multiplicité des coutumes et du droit écrit et prend en compte les principes nouveaux de 1789, mais en répudiant les dérives juridiques auxquelles ils ont donné lieu. Il fait appel au droit naturel et rationnel pour inspirer dans les lois positives les grandes institutions civiles : le mariage comme union morale et sécularisée, en principe indissoluble sous réserve de divorce exceptionnel ; la famille fortement organisée et hiérarchisée pour garantir la stabilité sociale ; les successions favorisant l'intérêt des familles et l'égalité des enfants avec une marge de liberté testamentaire ; la propriété individualiste et libérée de tout féodalisme ; les contrats avec les exigences de liberté et de moralité. Il conclut en insistant sur la portée morale et sociale de la législation à mettre en place. « Notre objet, écrit-il, a été de lier les mœurs aux lois et de propager l'esprit de famille qui est si favorable, quoi qu'on dise, à l'esprit de cité... Les vertus privées peuvent seules garantir les vertus publiques ; et c'est par la petite patrie, qui est la famille, que l'on s'attache à la grande ».

Travaillant sans relâche, Portalis, moins d'un an plus tard, en décembre 1801, rédige un projet de préambule au futur code civil, de *Titre préliminaire sur la nature et les effets des lois* : trente-neuf articles, inspirés du *Discours*, combinant des principes philosophiques et juridiques : fondements de droit naturel des lois positives, orientations du droit civil, règles techniques générales concernant la loi, pouvoirs du juge. Mais, à la suite de diverses péripéties, ce projet sera amputé de ses articles doctrinaux et, après inté-

gration de quelques autres dans le droit des obligations, sera réduit pour le reste aux sept articles du *Titre préliminaire* traitant « de la publication, des effets et de l'application des lois en général » dans le Code civil définitif.

Les interventions de Portalis sont nombreuses et importantes dans les discussions au Conseil d'État et dans la présentation de plusieurs titres du Code devant le Corps législatif par des *Exposés des motifs*, sortes de traités juridiques savants et rigoureux. Ainsi, sur le mariage et le droit matrimonial assurant la solidité de la famille, où se fait sentir l'influence personnelle de Bonaparte, comme aussi sur le divorce admis pour faute et même, malgré Portalis, par consentement mutuel, mais non pour incompatibilité d'humeur. Sur les successions et la transmission du patrimoine familial, ainsi que sur les testaments. Sur la propriété, le droit de propriété et la réglementation des divers types de biens. Sur la vente, où la rescision pour lésion n'est admise qu'avec restriction car elle contrarie la liberté contractuelle. Sur les contrats aléatoires. Il présente enfin l'*exposé des motifs sur la réunion des lois civiles en un seul corps sous le titre de Code civil français* : exposé synthétisant, après un tableau historique, les idées directrices du code et prévoyant sa portée sociale. De 1800 à 1804, Portalis a été le maître d'œuvre du Code civil.

Mais déjà il a dû commencer à s'occuper des affaires religieuses, de la rechristianisation sociale à laquelle il participe directement, étant chargé par Bonaparte de mettre en œuvre le Concordat signé en 1801 (est-il alors comme Polybe auprès de Scipion ?). Il élabore l'ensemble des règlements de police joints en 1802 à la convention concordataire sous la désignation d'« Articles organiques » dans la loi de ratification qu'il présente en la faisant précéder d'un *Discours sur l'organisation des cultes*, où il justifie la reconnaissance officielle et la stricte organisation de la religion catholique par l'État. Conformément à la volonté de Bonaparte qui s'accorde avec le gallicanisme de Portalis, ces « Articles organiques » établissent pour l'exercice du culte catholique des règles mêlant la protection et l'assujettissement, les honneurs publics et les mesures minutieuses et rigoureuses qui prévoient des restrictions et des contrôles imposés par le gouvernement. De même, des articles organiques réglementent étroitement les cultes protestants, luthérien et réformé.

Pendant six ans, conseiller proche et apprécié du Premier Consul devenu bientôt empereur, en tant que directeur général des cultes puis ministre des cultes (il est peut-être le Sénèque de Napoléon, mais traité tout autrement que le fut autrefois le philosophe latin), Portalis fait preuve d'une grande activité concernant le choix des nouveaux évêques concordataires, la reconstruction des églises qui ont souffert des déprédations révolutionnaires, le statut des fabriques, le budget des cultes, l'administration du clergé, la surveillance des prédications et des publications religieuses, le règlement des différends entre les ecclésiastiques et les pouvoirs publics, les congrégations religieuses passées sous silence dans le Concordat et dont quelques-unes sont autorisées ou tolérées, le catéchisme impérial de 1806 établi par une commission ecclésiastique et qui enseigne le devoir d'obéissance non seulement à l'autorité politique abstraitement définie mais à la personne même de Napoléon. Il prépare l'organisation du culte israélite qui, lui disparu, fera l'objet de décrets en 1808.

Portalis est couvert d'honneurs : membre de l'Académie française, sénateur, grand aigle de la légion d'honneur. Mais, épuisé par le travail, atteint de cécité par aggravation

d'une mauvaise vue dont il souffrait depuis longtemps, il meurt en 1807, avant que se détériorent les rapports de Napoléon avec le pape, avant que l'empire napoléonien lui-même s'écroule, mais sans ébranler la solidité du régime concordataire et le droit instauré par le Code civil.

Ses œuvres ont été publiées par Joseph Portalis et par Frédéric Portalis et, il y a quelques années, des *Écrits et discours juridiques et politiques*, présentés par Alain Sériaux (Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1988).

Jacques DAGORY

Georges Fauré, Geneviève Koubi (sous la direction de), *Le Titre préliminaire du code civil*, Paris, Economica, 2003, 254 p.

Comment des dispositions qui évoquent encore le Roi peuvent-elles régir notre vie dominée, en ce début du troisième millénaire, par des avancées sociales, scientifiques, économiques, etc. sans précédent ? C'est à cette question toute simple que ce bel ouvrage, tout récemment publié sous l'égide du CER-FDP des Universités Paris X Nanterre et Cergy-Pontoise et du CEPRISCA de l'Université Picardie-Jules Verne, tente de répondre. Fruit d'un colloque qui s'est déroulé à Amiens les 15 et 16 novembre 2001, *Le Titre préliminaire du Code civil* rassemble des contributions qui ont à cœur de revisiter ce qui constitue le socle de notre droit civil français : l'élaboration de la règle de droit, l'importance du précédent, l'application des textes juridiques, etc. Le regard porté est tridimensionnel : il se tourne vers le passé avec la mise en place du Code civil, le présent avec une analyse sans concession de l'état du droit positif, l'avenir avec les évolutions possibles de notre système juridique.

À partir des six premiers articles du Code civil, chaque auteur procède à une fine analyse de ce qui intéresse tout étudiant de première année de droit, puis passionne à nouveau celui qui, après plusieurs années d'études, entend aller au-delà de la pratique, désire dépasser la spécificité d'une matière pour s'envoler dans la théorie générale du droit jusqu'aux cimes, au fond, d'une approche philosophique du droit. Les études de Charley Hannoun sur l'archaïsme et la post-modernité du Titre préliminaire du Code civil, de Christophe Willmann sur l'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur ce titre préliminaire, et de José Lefebvre sur le squelette de la loi (à partir de quelques remarques sur l'*instrumentum* et le *negotium*) se succèdent avec bonheur. Un examen de la distinction entre promulgation et publication par Gilles J. Guglielmi, puis celui de la publicité à la connaissance des lois (en tant que changement de perspective) par Danièle Bourcier sensibilisent le lecteur sur ce qui, en dépit d'un processus que l'on croit bien connaître, nécessite un toilettage à l'aide d'une meilleure intelligibilité de la loi. Une caractéristique qui occupe d'ailleurs Geneviève Koubi dans une étude particulièrement intéressante intitulée : « Lire et comprendre : quelle intelligibilité de la loi ? » où celle-ci situe l'intelligibilité de la loi entre stratagème et stratégie. Tout, dans cet ouvrage, conduit à réfléchir sur les entrecroisements de quelques principes directeurs résumés en six articles pour faire vivre des dispositions législatives et jurisprudentielles au mieux. La non-rétroactivité des lois, le déni de justice et l'article 3 alinéa 3

sont abordés sous l'angle du droit fiscal, du juge pénal, et d'une approche historique du rattachement à la nationalité par Jacques Buisson, Morgane Daury-Fauveau et Étienne Pataut. Les bonnes mœurs sont, par ailleurs, comparées à la dignité par Georges Fauré, organisateur avec Geneviève Koubi de ce rassemblement. Les bonnes mœurs et la dignité, originellement différenciées, se sont progressivement unifiées avec, tel le cycle des marées, une marée basse de la bonne foi, puis une marée haute de la dignité.

Mais ce qui convainc définitivement que cet ouvrage intéresse la philosophie du droit, ce sont certainement les études de Daniel Gutmann, Jacques Chevallier et Rémy Libchaber. Daniel Gutmann propose une réflexion sur un imaginaire article 4 1/2 du Code civil selon lequel le juge aurait l'obligation de respecter la cohérence du droit. L'article 4 oblige le juge à juger, mais il reste taisant sur la façon dont il doit le faire. Après avoir examiné le fondement théorique et l'utilité technique d'un article 4 1/2 du Code civil, l'auteur souligne que l'entreprise n'est pas sans risques, car tous les juristes savent qu'une même question peut donner lieu à deux argumentations différentes « également fondées au regard de la cohérence du droit positif, de sorte que la solution finale dépend moins de l'impératif de cohérence que d'un véritable choix de politique juridique » (p. 117). Par ailleurs, une solution logique peut aussi se révéler incohérente avec le droit positif comme l'a ainsi révélé un arrêt du 7 avril 1998 de la première chambre civile dans lequel les juges suprêmes ont décidé qu'un mari qui avait tué sa femme ne perdait pas le bénéfice de la communauté universelle à défaut d'un texte en ce sens. Enfin, la cohérence du droit est probablement impossible à connaître laissant ainsi le contenu de l'article 4 1/2 au rang d'une illusion cognitive ou d'une illusion ontologique. Le juge américain Holmes ne relève-t-il pas à juste titre : « la vérité est que le droit ne cesse d'approcher, sans jamais atteindre, la cohérence. Il adopte éternellement de nouveaux principes qu'il tire de la vie, conserve toujours d'anciens principes hérités de l'histoire... » (p. 121). C'est la raison pour laquelle l'incohérence du droit a aussi « son esthétisme, son parfum de fraîcheur, de rébellion, de résistance à tout ce qui est froidement rationnel » (p. 122). Plus encore, un droit incohérent peut être le signe d'un pays libre, de sorte que l'obligation pour le juge de respecter la cohérence du droit relèverait avant tout de sa responsabilité.

L'interprétation des lois est, quant à elle, approfondie par Jacques Chevallier. Le silence, l'obscurité ou l'insuffisance de la loi contraignent le juge, en application de l'article 4 du Code civil, à dégager des principes et plus encore à interpréter l'acte législatif au risque de commettre un déni de justice. Quelle est alors, s'interroge l'auteur, la marge de liberté dont dispose l'interprète ? Y-a-t-il là une innovation, une créativité, inhérentes à l'interprétation ? La jurisprudence est-elle investie d'une puissance normative propre ? S'agit-il d'un rapport d'adhérence, de continuité ou de concurrence, etc. ? Il est en fait ici question d'une liberté sous contrainte qui donne toute sa portée aux observations de M. Van de Kerchove et F. Ost : « tant que l'on raisonne dans les termes des mythes opposés du juge "bouche de la loi" ou du "gouvernement des juges" on ne saisit rien de la démarche véritable de l'interprétation » ; en réalité « l'interprétation combine la contrainte et la liberté » » (p. 127). L'interprétation est un acte de volonté et la théorie classique de l'interprétation voit le juge ne faisant qu'interpréter la loi, ne dégager que le sens qu'a voulu lui donner le législateur. Toute créativité ou subjectivité du juge serait de fait inexistante. Mais cette théorie encourt de sérieuses

critiques, puisqu'elle suppose que le texte soit doté d'un sens véritable que le juge doit découvrir alors qu'un énoncé juridique comporte de nombreuses significations. L'interprétation ne peut être le résultat d'une activité intellectuelle de connaissance mais bien celui d'un choix. Ici, le juge connaît une liberté relative, puisqu'il est soumis à un ensemble de contraintes d'ordre institutionnel (en présence par exemple de « directives d'interprétation »), ou d'ordre sociologique (en présence par exemple d'une « communauté d'interprétation », ou d'un « code de bonnes manières »). Mais il y a plus. La force de l'interprétation et son autorité relative amènent à trois constats. Tout d'abord, toute interprétation juridictionnelle se situe avant tout « dans un univers concurrentiel », lequel restreint, par là même, la liberté d'interprétation du juge. D'autres acteurs, même s'ils ne bénéficient pas du statut « d'interprètes authentiques » (p. 138), influent sur le travail d'interprétation du juge. Ensuite, les interprétations juridictionnelles sont évolutives, et diffèrent alors de « l'autorité de la chose jugée », puisque la décision juridictionnelle peut être définitive lorsque toutes les voies de recours sont épuisées, tandis que les interprétations sont vouées à la précarité même si elles prennent la forme d'une jurisprudence. Enfin, les interprétations juridictionnelles sont contestables et réversibles, le législateur pouvant désavouer l'interprétation donnée par le juge et lui apporter son sens véritable. C'est donc une conclusion nuancée qu'adopte Jacques Chevallier pour qui l'interprétation juridictionnelle repose sur un processus complexe de production de la normativité, pluralité d'acteurs et principes d'autorité différents s'y débattant de façon récurrente.

Les articles 4 et 5 du Code civil sont enfin rassemblés autour d'une analyse des devoirs contradictoires du juge civil par Remy Libchaber. Pour lui, la réputation de ces articles est imméritée et leur gloire est surfaite. Un abus a même été commis en laissant croire aux juristes que : « tout était pour le mieux dans le meilleur des mondes juridiques, alors que les dangers qu'ils avaient identifiés se réalisaient tous » (p. 157). En ce qui concerne, par exemple, la prohibition des arrêts de règlement, la jurisprudence peut être combattue par la loi mais, observe-t-il, c'est plus vite dit que fait, car la Cour régulatrice sait résister que ce soit sur le plan du fond ou sur celui de la méthode. Certes encore, la Cour de cassation n'a jamais perçu ses arrêts comme de véritables règles de droit, puisque le juge du fond ne peut expressément s'appuyer sur un de ses arrêts et que les juges suprêmes n'hésitent pas à s'engager dans la voie du revirement. Mais « à tout prendre », et ces trois mots sont fondamentaux, « on peut tirer de cette pratique une tout autre interprétation : ce que ces observations démontrent effectivement, c'est que la Cour de cassation n'a jamais admis pour son compte le système du précédent, connu ailleurs. Mais en soi, le refus du précédent n'empêche pas la jurisprudence de la Cour de pouvoir être considérée comme réglementaire » (p. 154). À tout prendre encore, on joue donc là avec les mots, et la jurisprudence est certainement, outre une source de droit, un créateur de la règle de droit. Ne devrait-on pas alors confronter notre jurisprudence à celle de la Cour européenne des droits de l'Homme dont les décisions ont une « portée incroyable », et nous font découvrir ce qu'est l'essence d'un arrêt de règlement ? Comme le souligne Rémy Libchaber, ce qui est là le plus agaçant, ce n'est pas que les arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme revêtent un éventuel caractère réglementaire, mais bien plutôt qu'ils se considèrent comme supérieurs à la loi et même au droit interne. En un mot, la Cour européenne des droits de l'Homme fait à la Cour

régulatrice ce que cette dernière fait au juge du fond. Mais que l'on se s'y trompe pas : la Cour de cassation est loin d'être démunie parce qu'en s'appuyant sur les arrêts de la Cour européenne, elle « parvient à présent sinon à censurer la loi, du moins à priver de tout effet sa violation, ainsi en matière de sondages électoraux (Cass. crim. 4 septembre 2001, *Bull. crim.* n° 170 ; *RTDC*, 2002, p. 186, obs. R. Libchaber) » (p. 155). Une touche optimiste attire toutefois l'attention : selon l'auteur, le dépassement de l'ordre interne par des ordres supranationaux redonne une certaine vigueur aux articles 4 et 5 quand bien même de nombreuses questions ne trouveraient pas de réponse au sein de ces deux textes.

Une remarquable synthèse de Philippe Jestaz achève le tout. Ici, il compare le titre préliminaire du Code civil à un théâtre, au théâtre de la loi dans lequel un couple mythique, la loi et le juge, joue une représentation aux côtés d'un autre couple majeur, « sinon mythique », la loi et les conventions particulières. Tout est finesse dans ce très intéressant manuscrit qui a parfaitement tenu sa place avant le 200^e anniversaire du Code civil.

Catherine PUIGELIER

Jacques-Guy Petit (dir.), *Une justice de proximité, la justice de paix (1790-1958)*, Paris, PUF, 2003, 332 p.

La justice de paix a réglé les petits litiges pendant plus de cent cinquante ans, de 1790 à 1958. Son étude, mieux que celle d'une jurisprudence plus élevée, révèle une réalité concrètement vécue dans les incidents que suscitent les frictions inévitables, courantes et ordinaires, inhérentes aux relations sociales. Ainsi, élaboré dans le cadre de l'Université d'Angers, l'ouvrage que fait paraître le professeur Jacques-Guy Petit avec la collaboration d'autres auteurs historiens, juristes, archivistes, regroupe sur cette justice de proximité une quinzaine de contributions.

Celles d'une première partie portent sur ses origines. Le passage des justices seigneuriales d'Ancien Régime, fort nombreuses et déjà elles-mêmes presque intégrées dans les juridictions royales, à la justice de paix cantonale créée par l'Assemblée constituante marque, malgré une certaine succession de fait, une profonde rupture idéologique (Antoine Follain - voir Antoine Follain, François Brizey et Véronique Sarrazin, *Administration et justice locale de la fin du Moyen-Âge à la Révolution*, Presses universitaires de Rennes, 2002). Par la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation de la justice, est institué dans chaque canton un juge de paix, en principe un seul sous réserve éventuelle de plusieurs dans les villes, élu pour deux ans et rééligible sans exigence de connaissances juridiques, entouré d'assesseurs communaux, et qui a une compétence civile (pour les affaires peu importantes), conciliatoire (bureau de paix et de conciliation), gracieuse (présidence des conseils de famille, tutelle) et enfin pénale (tribunal de police), d'où la mise en place de quelque 3 000 juges cantonaux dont les fonctions traversent les années révolutionnaires (Serge Bianchi). Ils tiennent un rôle social et apparaissent à la fois comme témoins, reflets et acteurs dans la société locale où ils sont implantés (Claude Coquard et Claudine Durand-Coquard, auteurs de *Société*

rurale et justice de paix, deux cantons de l'Allier en Révolution, Clermont-Ferrand, Presses universitaires Blaise Pascal, 2001).

La deuxième et la plus longue partie de l'ouvrage contient des études traitant des activités et des mutations de la justice de paix pendant un siècle et demi. Exercée depuis 1800 et le Consulat par un juge désormais nommé par le pouvoir, éventuellement révoqué, siégeant sans assesseurs, c'est autour du milieu du XIX^e siècle qu'elle trouve son apogée, de la Monarchie de Juillet au Second Empire et au début de la Troisième République, au sein d'une société rurale où le juge cantonal est un petit notable, familier des usages locaux, doté d'une autorité quelque peu paternaliste tout en étant très populaire et accessible, soucieux moins de droit strict que de bon sens et d'équité. Mais, depuis la fin du XIX^e siècle et, plus encore, au XX^e, un déclin se fait sentir, dû à la démocratisation, à l'urbanisation, aux changements de la mentalité sociale. La courbe montante et descendante de cette évolution apparaît bien dans l'exploration spatio-temporelle de l'activité des justices de paix de 1834 à 1950, faite d'après les Comptes généraux de l'administration de la justice civile publiés par le ministère de la justice depuis la Monarchie de Juillet, et qui permettent de présenter des statistiques, tableaux, cartes et graphiques assortis de commentaires (Gilles Rouet, auteur de *Justice et justiciables aux XIX^e et XX^e siècles*, Paris, Belin, 1999).

Au XIX^e siècle, dans l'activité du juge de paix, régulateur social de la vie quotidienne grâce à l'influence dont il bénéficie, les conciliations sont plus fréquentes que les jugements, comme le montrent, pour le Maine-et-Loire, plusieurs mémoires universitaires portant sur une dizaine de cantons du département, et particulièrement celui de Cholet où il s'agit, pour des sommes très modestes, d'affaires telles que dettes d'achats alimentaires, différends de voisinage rural, loyers et fermages, salaires et gages, et en cas de jugements, ceux-ci font rarement l'objet d'un appel quand il est possible, et alors sont presque toujours confirmés (Jacques-Guy Petit). Mais les juges de paix ont aussi une compétence pénale : outre leurs fonctions d'officiers de police judiciaire, ils sanctionnent les contraventions en siégeant, depuis la suppression de la police correctionnelle dès le Directoire, en tant que tribunaux de simple police, comme celui, dans le même département, du canton de Ponts-de-Cé, qui, d'après ses archives, statue en matière d'infractions mineures et variées, telles que petites atteintes aux propriétés et aux personnes, rixes, injures, ivresse, tapage nocturne, maraudage, puis devenant de plus en plus nombreuses avec la création de nouvelles contraventions, notamment par la loi de 1851 sur le roulage et relatives à la circulation (Éric Pierre).

En dehors même de leurs compétences légales, les juges de paix ne sont pas toujours restés à l'écart de l'action politique : s'ils souffrent des épurations consécutives aux changements de régime politique, ils peuvent être élus dans les conseils généraux jusqu'en 1870, et surtout, sous le Second Empire, ils sont utilisés comme agents de renseignements qui, parallèlement aux commissaires de police alimentant les rapports des préfets, fournissent la matière des rapports établis par les procureurs généraux, et comme agents électoraux pour favoriser les candidats officiels, pour orienter les électeurs encore peu habitués au suffrage universel datant de 1848 ; mais cette action électorale semble s'estomper avec l'émancipation républicaine des campagnes (Jean-Claude Farcy).

Concernant deux domaines spécialisés, en vertu d'interventions législatives, la compétence de la justice de paix a été précisée pour l'un, refusée pour l'autre. Dans le

droit du travail, dans les relations entre patrons et ouvriers, maîtres et domestiques, elle se trouve partagée et combinée avec, depuis leur création, les conseils de prud'hommes ; mais, par ailleurs, surtout avec les lois sociales relatives au travail qui se multiplient depuis la fin du XIX^e siècle, le juge de paix se voit reconnaître des attributions particulières, civiles ou administratives : saisie-arrêt sur salaires et petits traitements, indemnité d'incapacité temporaire pour accident de travail, présidence de commissions, contrôle des élections professionnelles, possibilité de conciliation ou d'arbitrage dans les conflits collectifs du travail (Nathalie Liébault). Par contre, il n'est pas devenu le juge de l'enfance : s'il s'occupe des enfants orphelins en présidant le conseil de famille, il n'a pas été reconnu compétent pour la protection sociale de l'enfance délinquante, afin que soit évitée la présence auprès de lui d'associations privées catholiques, et le législateur républicain opte en 1912 pour le juge d'instruction, en laissant au juge de paix un rôle consultatif d'enquête et en attendant les assistantes sociales du service à l'enfance et l'institution du juge des enfants (David Niget).

Les juges de paix forment un groupe social susceptible d'études socio-historiques (déjà réalisées pour Paris par Guillaume Métairie, *Le monde des juges de paix de Paris, 1790-1838*, éditions Loysel, 1994 et *Des juges de proximité, les juges de paix, biographies parisiennes*, L'Harmattan, 2003), et l'exemple du département de Loire inférieure, aujourd'hui Loire-Atlantique, de 1895 à 1958 fait ressortir dans la composition et l'évolution de ce groupe une origine géographique purement locale s'entrouvrant peu à peu aux départements voisins, un niveau social qui par les alliances et la fortune correspond à de petits notables issus du monde rural et des bourgs s'élargissant progressivement aux nouvelles couches moyennes de la République, une formation simplement empirique de candidats ayant une bonne renommée de propriétaires ou de négociants dans le canton, mais, de plus en plus, personnes ayant une expérience d'auxiliaires de justice comme greffiers, huissiers, clerks, juristes praticiens qui deviennent juges de paix en considérant qu'ils entrent dans une profession où ils font carrière (Serge Defoix et Vincent Bernaudeau).

Mais vient le temps du déclin, commencé à la fin du XIX^e siècle, aggravé au XX^e. Les justices de paix voient le public s'éloigner d'elles, leur activité diminuer dans de fortes proportions. Il est décidé, dans l'intervalle des deux guerres, de réduire leur nombre et de les regrouper en justices inter-cantoniales, bien qu'alors plus éloignées des justiciables, avec des juges peut-être moins conformes à leur image traditionnelle, mais ayant une meilleure formation juridique contrôlée par un examen professionnel (1918) et par la licence en droit et un stage (1926), ce qui les rapproche des magistrats ordinaires. Finalement, à l'avènement de la Ve République, la réforme de la justice en décembre 1958 supprime les justices de paix, et crée dans les arrondissements des tribunaux d'instance, bien moins nombreux (environ 400), rattachés au tribunal de grande instance dans le ressort duquel ils se trouvent, composés de membres statuant à juge unique, et qui font partie du corps d'ensemble de la magistrature. Ces nouvelles juridictions, même si elles assurent une certaine continuité, ont été voulues comme devant être beaucoup plus intégrées dans l'ordre juridique et judiciaire. Quelques années plus tard, toutefois, apparaissent, sous une forme différente, des conciliateurs et des médiateurs (François Banat-Berger).

La troisième et dernière partie de l'ouvrage, avant quelques remarques conclusives, propose des perspectives de recherche, et d'abord de recherche directe dans les archives (voir Frédéric Chauvaud et Jacques-Guy Petit, *L'histoire contemporaine et les usages des archives judiciaires, 1800-1939*, Paris, H. Champion, 1998). Sont ainsi présentés : un exposé des résultats d'une enquête effectuée à l'initiative des Archives départementales du Maine-et-Loire en 2001 auprès des services d'archives des différents départements sur leurs fonds d'archives des justices de paix (Elisabeth Verry et Valérie Poinssotte) ; un inventaire des fonds des juges de paix du Maine-et-Loire lui-même (Sylvain Soleil et Emmanuel Chevalier) ; un état des archives de justices de paix conservées dans les Archives nationales, et particulièrement au Centre des archives contemporaines de Fontainebleau (Françoise Banat-Berger). Enfin, pour la recherche bibliographique (voir déjà Jean-Claude Farcy, *Histoire de la justice française de la Révolution à nos jours : trois décennies de recherche*, Paris, PUF, 2001), est donnée une liste de quelque cent cinquante ouvrages et articles concernant les justices de paix et parus depuis 1990 (Serge Defois et Vincent Bernaudeau).

Jacques DAGORY

Bryan-Paul Frost et Jeffrey Sikkenga (dir.), *History of American Political Thought*, Claremont Institute.

Ce livre est une introduction exhaustive mais de très haut niveau aux penseurs américains les plus importants depuis les Puritains jusqu'à aujourd'hui. Il comprend 46 essais de 55 philosophes américains et une introduction sur Alexis de Tocqueville par Harvey Mansfield et Delba Winthrop.

Sept de ces articles sont consacrés à des juges de la Cour Suprême et beaucoup concernent des acteurs de la vie politique américaine jusqu'à Martin Luther King et Malcolm X.

Le livre est organisé en fonction des grands chapitres de l'histoire américaine et raconte l'histoire des efforts des Américains pour comprendre et orienter la formation, la réforme ou la préservation de l'expérience états-unienne au cours des vicissitudes de l'histoire.

Même si chaque rédacteur se limite à un personnage particulier de l'histoire, il s'en dégage une construction. En simplifiant radicalement : les Révolutionnaires américains ont rejeté la pensée politique chrétienne typique des Puritains et ont construit une nouvelle nation sur les principes politiques libéraux des Lumières. Ces principes furent menacés lorsque l'anormalité de l'existence de l'esclavage au sein d'une nation vouée à la liberté éclata au grand jour, mais redevinrent triomphants par la pensée et l'art d'homme d'État d'Abraham Lincoln. Après la Guerre civile, les principes connurent un autre déclin pour être remplacés par le darwinisme social, le positivisme et le progressivisme. Cette fois aucun Lincoln ne se dressa pour rétablir les principes des origines. La pensée politique de l'Amérique du XX^e siècle s'est en grande partie bâtie sur les thèmes des Progressistes, tandis que les principes fondateurs disparaissaient dans l'ombre.

Dans cet ouvrage si riche, nous ne pouvons relever qu'un exemple : dans son portrait de John Winthrop, John Cotton et Nathaniel Niles, Michael Rosano marque le contraste important entre la conception de la liberté que l'on retrouve dans la pensée politique traditionnelle chrétienne des Puritains et celle qui transparaît dans le libéralisme éclairé qui a triomphé pendant la Révolution américaine. En rejetant le point de vue américain chrétien traditionnel, la Déclaration d'indépendance et la Constitution qui en découle étaient révolutionnaires en pensée comme en acte. Rosano souligne également en quoi la conception chrétienne de la liberté était peut-être supérieure à celle des débuts et suggère que la notion libérale pourrait être renforcée en piochant un peu dans les vues chrétiennes.

Cet ouvrage de très grande ampleur est indispensable tant pour l'historien que pour le juriste ou le spécialiste des sciences politiques.

d'après Glen THUROW

Kenichi Moriya, *Savignys Gedanke im Recht des Besitzes*, Francfort/Main, Kostermann (Studien zur Europ. Rechtsgesch. — Bd 164 ; *Savignyana*, herausg. J. Rückert, 6), 2003, 262 p.

Cette étude entend dégager les racines philosophiques de la pensée de Savigny, telle qu'elle se développe dans son célèbre essai sur la possession. Après avoir examiné divers auteurs, dont Locke ou Rousseau, elle montre ainsi le rôle de Fichte dont la notion de la liberté et de l'État serait centrale dans l'interprétation savignienne du *factum possessionis*, du fait de posséder ; ce qui s'accorderait progressivement avec l'exigence rationnelle et « libératrice » (*Befreiung*), conduisant à la reconnaissance du droit subjectif de propriété ; ce qui expliquerait mieux le passage du *That des Besitzes* au *RechtsBesitz* comme *RechtsEigentum*.

Certains rapprochements opportuns entre les doctrines de Fichte et de Savigny sont effectivement instructifs sur ce point ; mais ils nous semblent de manière générale peu pertinents ; les analyses des institutions possessoires, de la condition d'*animus domini* au statut de la détention, de la protection interdictale à l'usucapion, ne vérifient guère la thèse préconçue d'un ascendant de Fichte sur Savigny.

Partiel et déséquilibré, l'ouvrage demeure laconique sur des sources plus profondes qui tiennent au cartésianisme et au kantisme. Or ce sont le cartésianisme et surtout le kantisme qui permettent de mieux comprendre la critique de l'enseignement des Glossateurs sur la fiction et le symbole dans l'acquisition du *corpus* possessoire, et d'aborder, sans contresens implicite, la *traditio brevi manu* et le *constitutum possessorium*, expressions symétriques de la suprématie de l'*animus* sur le *corpus*, et d'un *animus* caractéristique de la raison transcendante et nouménale imitant le modèle de la *Rechtstlehre*.

La recherche de M. Moriya paraît encore insuffisante quant aux traditions conceptuelles majeures, de tendance juridico-philosophiques, qui touchent à l'emploi d'un langage rigoureux et bien établi depuis le XVI^e siècle dans la définition de la possession :

qu'il s'agisse du corpus (pouvoir/*Gewalt*, puissance/*Macht*, faculté/*Befügnis*), ou de l'*animus* (conscience/*Bewusstsein*, volonté/*Wille*, intention/*Intentionalität* soit économique, soit juridique — dissociation qui opposa avec véhémence partisans du socialisme réel et tenants de la structure étatique prussienne, mais qui est restée ici inaperçue)... C'est ainsi que l'auteur élude de nombreuses problématiques connues, illustrées par une littérature critique qu'il a exclue de façon scientifiquement assez surprenante de sa bibliographie (v. g. : Dufour, Goldschmidt, Hernandez Gil, Salleilles, Erik Wolf...), en minimisant au passage l'intérêt de la remise en cause pourtant radicale de Ihering, pareillement ignoré dans ses rattachements philosophiques à une notion réaliste et objectiviste du droit, d'origine plus hellénique et romaine classique, et dans son lien avec l'*Interressenjurisprudenz*, qui prélude à l'école de Tübingen. Pas même un mot non plus de Marx, qui fut l'élève assidu de Savigny sur le thème *Besitz/Eigentum*, ce dont témoigne une fameuse correspondance à son père (exposée dans cette même revue par H. Jaeger).

Ces ouvertures manquées auraient empêché M. Kenichi Moriya de partir d'un pré-supposé finalement assez contestable de lecture et de réduire abusivement Savigny à n'être qu'un élément de diffusion du fichtéisme au sein du pandectisme germanique. Il a sacrifié par là à l'esprit d'un néo-libéralisme qui exalte une idée citoyenniste du sujet et qui se réclame constamment de l'archétype fichtéen (y compris, Outre-Atlantique, dans ses amalgames inattendus avec le néo-thomisme). Mais l'homme de Savigny n'est nullement entraîné dans la dérive du post-kantisme, et il n'est pas que l'« homme essentiel » et abstrait de Fichte ou de Feuerbach (Ludwig), c'est-à-dire un genre à accomplir pour accéder à sa dignité. Il désigne plutôt un « homme réel », respectable par sa situation empirique universalisable, et en cela incarné dans le mouvement romantique et historiciste du *Sturm und Drang*.

C'est ce qui révèle peut-être un dernier aspect non négligeable de la pensée de Savigny. D'autres élèves de Savigny furent significativement en effet les frères Grimm. Et Savigny se tourna autant vers la poétique de Jean-Paul que vers le théâtre tragique, sous l'influence, par son épouse, de la famille Brentano. Il fut enfin très attiré par Schelling, et par la conception d'un « je » existentiellement surgi de l'*Urgrund*. Certes, Schelling est à peine signalé dans ces pages. Mais c'est de lui sans doute, c'est de sa *Weltseele* qui marqua le jeune Savigny, plus que toute théorie fichtéenne à la mode du temps, que paraît bien venir l'idée d'un possesseur « émergent » et sans cesse en retrait, derrière un propriétaire qui ne s'officialise au fond qu'en s'inspirant de lui.

Jean-Marc TRIGEAUD

Karl Albert & Elenor Jain, *Die Utopie der Moral. Versuche einer kulturübergreifenden ontologischen Ethik*, Fribourg/Munich, K. Alber, 2003, 304 p.

Suivant une interrogation ontologique, les deux auteurs ont associé leurs diverses compétences (philosophie sociale, philosophie de l'art, de la religion et de l'éducation, d'un côté, et esthétique et philosophie de la vie, de l'autre). Leur but est d'instruire la critique d'une « utopie morale » qui sous-estimerait les données culturelles propres à toute exigence de caractère éthique, à supposer qu'elle ait un fondement *dans l'être*.

Cette utopie morale ressortirait des tendances à la globalisation ou à l'eurocentrisme, porteuses d'une perte du sens de l'être et significatives d'une évasion dans l'abstraction les coupant de toute culture vivante, comme l'ont diagnostiqué très tôt Heidegger et Lavelle.

L'histoire du concept d'éthique est à reprendre en remontant à une nouvelle lecture de Platon, d'Aristote, de saint Thomas et de Kant, à la lumière des révisions feuerbachiennes et marxistes et des conditions posées par une *philosophie pratique* moderne qui envisage toujours l'élaboration du droit comme son point d'aboutissement implicite. En tout cas, l'indissociabilité des termes *être* et *éthique* (et donc *devoir-être*) appelle une perception universalisatrice de mise en relation de l'ensemble des cultures, y compris juive ou islamique, indienne ou chinoise.

On peut parler d'utopie morale, et non encore d'ontologie éthique, dès l'émergence d'une représentation esthétique de l'homme qui en dévoile l'aspect sacré. C'est le point de départ de conceptions évoluant vers le sens de l'humanité en général, qui seront très vite mises à l'épreuve de multiples références concrètes : psycho-biologiques, sociales ou anthropologiques, de manière à poser les questions essentielles de la conduite normative de l'individu dans le groupe, et afin de lui permettre d'affirmer sa propre existence comme facteur axiologique suffisant aux yeux de l'organisation collective.

Passant de Lessing à Nietzsche, d'Ortega y Gasset à Scheler, et introduisant des philosophes moins connus, et cependant médiateurs d'une utile conciliation entre réalisme et idéalisme (tel R. H. Lotze), les auteurs de ce livre s'appuient sur de tels courants, pour réinterpréter les conflits de cultures comme conflits de valeurs ou conflits entre « droite croyance » et incroyance, entre formalisme dogmatique et attitude suspecte d'analyse réfléchie, et pour situer dans leur prolongement les propositions politico-juridiques qui entendent les surmonter en invoquant la paix.

Un dépassement parvient à s'opérer, selon eux, à partir de la dimension authentiquement ontologique de la vie. Hellénisme, philosophies de l'être ou de l'expérience vécue, phénoménologie, réalisme critique, sont notamment conviés au débat en vue d'explorer les manifestations conjointes de l'exigence de valeur et de l'appel au bonheur, saisi autant dans ses connotations empiriques que dans celles que lui confère la théologie mystique. De proche en proche, reprenant des arguments en divers registres, même littéraires (Sillanpää, Kundera, O'Neill, Amiel, Huxley...), et mêlant Orient (Tagore) et Occident (Bergson, Jonas), l'idée s'impose d'une communauté de l'être fondatrice d'une éthique ouverte, respectueuse des personnes (dans une perspective augustinienne où l'on retrouve Boehme, Schweitzer ou Teilhard) et assumant une justice juridique soucieuse de solidarité et de tolérance.

Une approche finalement prégnante de schélérianisme ; une approche généreuse et informée, pluraliste et critique, éprise de vérité, qui réveille la conscience, qui débarrasse des poncifs en cours, des réductions positivistes (d'un certain wébérianisme encore persistant dans ses postulats factuels, comme si une certaine école de Francfort n'était pas passée par là), qui pourchasse les clichés faussant les problèmes, ou favorisant l'irruption des faux problèmes eux-mêmes, tels que ceux avancés ici ou là par quelque législateur s'instituant abusivement garant d'un contrôle des cultures et de leurs symboles et prouvant bien que l'injustice n'est pas toujours celle à laquelle est censé répondre le droit (les fondamentalismes religieux, par exemple, bravant l'ordre public),

mais plutôt celle qu'accuse un excès créonien dans l'usage du droit, quand ce même droit prétend empiéter sur les mœurs.

Jean-Marc TRIGEAUD

Boris P. Vysheslavtsev, *The Eternal in Russian Philosophy*, traduit du russe par Penelop V Burt, UK, Michigan/Cambridge, William B. Eerdmans Publishing & Co, Grand Rapids/Cambridge, 2002, 202 p.

Boris P. Vysheslavtsev (1877-1954) fut professeur de philosophie du droit à l'université de Moscou, expulsé de Russie soviétique pour des raisons idéologiques en 1922, il vécut en France durant ses années d'exil, et s'efforça de diffuser la pensée russe en contribuant à la revue *Put'* (la Voie) aux côtés, notamment de Nicolas Berdiaeff. Il émigra vers la Suisse, s'installa à Genève, où il mourut en 1954, laissant derrière lui de nombreuses publications, dont *La Morale de Fichte* (1914), *Le Cœur de l'homme dans la mystique indoue et chrétienne* (1922), et *L'éthique de l'éros transfiguré* (1932)¹.

Ce livre fut écrit par un *philosophe du droit*, s'il est bien compris par tous que le philosophe du droit, non seulement ne peut en aucun cas embrasser le phénomène juridique abstraction faite de l'idée qui le justifie, mais n'échappe pas au *réalisme métaphysique*. Vysheslavtsev appréhendait la spéculation métaphysique en russe. *La destination de l'homme et sa dimension religieuse* constituent dès lors inévitablement la problématique de l'ouvrage, le dynamisme qui anime chaque article. La moindre ligne de cet ouvrage, fut-il posthume, démontre qu'il ne peut être question de réalisme métaphysique hors de tout enracinement personnel. Vysheslavtsev n'hésitait pas non plus à souligner que le religieux était au cœur même de la manifestation de tout phénomène culturel. Et il s'aventurait fort loin en ce sens, distinguant très aisément les cosmologies indiennes, grecques, ou chrétiennes qui contribuèrent à l'émergence de la culture européenne.

Vysheslavtsev orienta ses travaux vers *une forme d'idéalisme*. Le *néoplatonisme* entretenu par les Pères grecs, dont toute l'orthodoxie hérita, constituait le socle fondamental de toute sa démarche. Sur ce point, il importe de bien préciser que le néoplatonisme des Pères est adapté aux exigences de la révélation, et implique la mise en cause du monisme ontologique habitant naturellement l'antique philosophie grecque. Ensuite, s'il est encore question d'idéalisme, ce n'est que consécutivement à une interrogation sur un fondement du réel que l'on nomme *idée*, et qui est plus particulièrement une *idée divine* : un *exemplaire* divin de ce qui peut être créé. Ce « réellement réel » est en fait un *réalisme* : l'œuvre de Vysheslavtsev doit être comprise en ce sens. Par ailleurs, là où l'idéalisme moderne et contemporain maintient une rupture radicale entre l'intelligible et le phénoménal, l'auteur s'efforce de souligner la participation du phénoménal à l'intelligible, surmontant ainsi l'erreur naturaliste.

¹ N.O. Losski, Histoire de la philosophie russe des origines à 1950, Traduction revue par V. Losski, Paris, Payot, 1954, p 404.

De l'idéalisme allemand et de l'éthique de *Fichte*, il ne put peut-être maintenir que cette fascination pour le Moi absolu qui se retrouve dans les cosmologies indiennes. Cependant le *Moi absolu* de Vysheslavtsev, n'est pas le Moi absolu de Fichte : il s'agit plutôt d'un « moment » absolument dramatique, durant lequel se manifeste la relation entre la grâce et la liberté. Il s'agit du cœur pascalien, du *milieu personnel* essentiel à toute action morale. La personne est un être dramatique, *imago dei et être libre*, dont la condition humaine est confrontée à la question éthique du bien et du mal. Elle s'efforce de tendre du mieux qu'elle peut vers le Bien en tant qu'il est la plus haute valeur spirituelle, mais la manque, terrassée par son état naturel.

Le spirituel peut être terrassé par le naturel au cœur de la personne en tant que la personne humaine participe encore, qu'on le veuille ou non, du monde naturel. L'action mauvaise guette alors les élans du cœur blessé par l'humiliation. La liberté peut ne tendre que vers elle-même, se contenter égoïstement d'elle-même et refuser l'effort de tendre vers le Bien absolu en composant avec son état. La liberté sans substance est une liberté qui refuse la condition humaine et tend vers autre chose que le Bien qui la justifie : c'est la liberté immorale sans identité et la seule justification d'un Mal aux formes multiples. Saint Augustin et les franciscains les moins augustiniens, notamment Duns Scot, n'auraient pas formulé le problème autrement. Toute l'éthique de la période moderne, au-delà des querelles épistémologiques, pourrait presque s'y résumer.

La place accordée à la psychologie de *Jung* est alors légitime. L'action morale est toute entière enracinée dans la personne humaine, donc dans son être psychologique. Vysheslavtsev soulignait l'attitude réductrice de la méthode freudienne, teintée de matérialisme, et renvoyait le lecteur à l'analyse jungienne de l'âme : le soi ne peut rien sans l'Autre, élément essentiel de la relation qui les unissent. C'est à partir de cette relation que le phénomène culturel est possible, naît, évolue et meurt. L'inconscient collectif jungien est cette sublimation du soi par l'Autre, un Nous tout interpersonnel, une *communio* dont la protection fonde le phénomène moral et le phénomène social.

Vysheslavtsev percevait d'ailleurs fort bien les conséquences de son analyse sur le problème du *pouvoir*. Il distinguait, suivant Léon Petrazycki sur ce point, le pouvoir pour soi du pouvoir pour un bien : si le premier, malgré ses intentions, ne peut tendre vers le moindre bien, car sans autre objet que soi-même ou le pouvoir lui-même, le second peut y tendre dès lors qu'il est exercé pour le *Bien commun, par la protection de la personne humaine*. Il est bien évident que Vysheslavtsev reconnaissait une dimension morale au droit, mais il n'affirmait aucunement qu'elle en fût l'unique contenu. Bien au contraire, selon lui, le *juste* constituait le contenu directeur de l'idée de droit, un *suprême bien* autorisant la manifestation du droit, et configurant l'intention au cœur de toute action juridique : Valeur aussi naturellement et physiquement faible, que spirituellement et métaphysiquement haute, objet d'une expérience fondamentale.

Vysheslavtsev s'efforçait de *décrire* ce qu'il voyait, de déployer toutes les possibilités offertes par l'intuition de *l'Éros liant la personne à l'Ineffable*. Peu ont eu le privilège, à la fois dramatique et merveilleux, de saisir dans les entrailles de la vérité, ces quelques lueurs pour les livrer aux philosophes du droit.

Aymeric d'ALTON

Roger Arnaldez, *Fakhr al-Dîn al-Râzî, commentateur du Coran et philosophe*, Paris, Vrin (Études musulmanes, XXXVII), 2002, 258 p.

Magistral essai de l'historien de la philosophie arabisant et islamologue Roger Arnaldez à propos de cet auteur iranien du XIII^e siècle dont la pensée peu connue jusqu'ici ne rayonne pas seulement dans le domaine scientifique et médical (comme les traditions occidentales en ont conservé la mémoire – à l'université de Montpellier notamment), mais dans celui de la pensée juridique. L'œuvre de Râzî possède une incontestable originalité au plan métaphysique, théologique et moral, et R. Arnaldez y consacre d'abondants développements ; mais c'est plutôt sa contribution à la philosophie du droit et aux méthodes d'interprétation judiciaire que l'on retiendra, en tenant compte aussi bien des éléments qu'elle emprunte au commentaire des textes de la révélation coranique et à la réflexion qui la guide à l'arrière-plan sur la liberté du comportement individuel.

Le principal mérite de Râzî a été de se situer sans cesse à la croisée des chemins et d'essayer de concilier et de dépasser divers courants, non seulement à l'intérieur des écoles théologiques (mu'tazilites ou ash'arites, hanbalites ou maturidites, shî'ites ou sunnites) ou juridiques (malékites ou zahirites, hanéfites ou shâféites), mais entre les ordres théologiques et juridiques eux-mêmes, entre les auteurs de générations et d'horizons différents (Aristote, Avicenne, Ghazâlî, Ibn Hazm, Abû Hanîfa, Al Baghdâdi...).

Sunnite (comme ouvert au soufisme) et ash'arite de formation, Râzî s'orientera juridiquement dans une ligne shâféite, qui révèle un rattachement lointain à la spéculation grecque de type aristotélicien par le biais d'Avicenne ; mais il n'apparaît pas pour autant comme un Averroës oriental, et il demeure ancré dans la culture globalement shî'ite, plus idéaliste, avec laquelle il n'a cessé de rechercher une médiation, même s'il n'a guère toujours été apprécié – et si sa tombe à Herat n'a jamais suscité autant de dévotion qu'en ont provoqué les noms qui sont mieux latéralisés que le sien dans l'histoire doctrinale. C'est ce qui tend à faire de lui un excellent exemple de rencontre Orient-Occident. Il est à cet égard dommage, comme l'observe R. Arnaldez, que H. Corbin ait fait si peu de cas de lui, alors qu'il projette un éclairage décisif sur le rapport d'un mode de réflexion conceptuelle et objective classique avec la démarche mésopotamienne et persane d'apparence plus introspective. Des problèmes et des solutions qui sembleraient tirés de livres plus récents ont à découvrir de toute façon ici certaines de leurs origines insoupçonnées ; et c'est ce qui fait de ce livre un instrument incomparable de référence.

Le premier constat, de nature à convaincre d'une possibilité de lien avec les méthodes habituelles de la pensée abstractive occidentale, avant qu'elle ne tende vers l'idéalisme cartésien, vise la pratique de l'inférence immédiate, dans la ligne d'Ibn Hazm et de Ghazâlî, ce qui conduit à repousser toute inclination au déductivisme et au systématisme propres aux argumentations rationnelles *a priori*.

Le second constat, qui porte à son exigence la plus élevée la philosophie du droit, tient à la valeur absolue de la science, servie pour elle-même et *non pour un autre objet que le sien*. C'est toute la différence entre le droit qui s'inféoderait à des mobiles (politiques) d'utilisation extérieure, qui s'aliénerait à des attentes de groupe (fussent-elles, en quelque prétendu lieu de pure étude, celles des procédures d'examen ou de contrôle), et la philosophie du droit, ne discutant, quant à elle, *que de l'objet universel et de la valeur de justice authentique ou falsifiée de la cause d'être et de devoir-être du juridique*.

En tout cas, comme chez Averroès au XII^e siècle (comp. son *Traité décisif*, et notre recension dans cette revue, 1998, t. 42, p. 363 et s.), le même devoir s'impose au croyant de s'adonner à la science, si elle est véritablement telle, *pour elle-même, pour sa propre fin, en tant qu'elle a un but universel et indépendant*, ce qui ne compromet nullement l'unité de l'ensemble du savoir où tout se rejoint dans l'harmonie dont est garant le droit (*fiqh*) et à laquelle veille la théologie (*kalâm*), centrée sur l'unicité divine (*tawhîd*). C'est pourquoi la science requiert le respect du langage en toute sa rigueur ainsi que le respect des définitions, des qualifications qui le composent, en éprouvant l'intellect en quête d'un fondement (seul qualifiable), et en suivant les conditions d'une grammaire sémantique où l'essentiel est de faire apparaître les relations de transition entre les causes et leurs effets.

Une comparaison s'impose également avec la pensée du contemporain d'Averroès, à Cordoue, Maïmonide, au moment où les éditions Maisonneuve & Larose viennent de rééditer une seconde fois (1981, 2003, préf. H. Zafrani) *Le Guide des Égarés*, dans la vieille traduction du XIX^e siècle de Salomon Munk : ce traité oublié de théologie et de philosophie juives d'expression arabe andalouse, et dont l'influence est connue sur toute la scolastique chrétienne thomiste, exprime quasiment les mêmes exigences et se porte lui aussi sur la science des « causes » comme science des « sources » ; à cette occasion d'ailleurs, Maïmonide approfondit la métaphore biblique de l'eau, qui signifie encore la « doctrine » de la loi, ce que les juristes, au titre des fameux « *fontes iuris* », manient au moins depuis Cicéron, en passant par Accurse (*Grande Glose du Digeste*) et Grotius (*Droit de la guerre...*) : thème suggestif de la « grand-mère », doctrine des causes, qui est la « source » du droit, la mère de ce dernier étant la loi.

Râzî s'engage donc dans l'analyse de la notion d'acte et d'agent auteur qui est impliquée en toute causalité, ce que rend assez complexe à saisir l'idée de l'absence de futur en arabe, au profit du présent ou du passé simple. Au-delà de l'examen minutieux des univocités/équivoques ou homonymies et synonymies de la langue, le prolongement tout naturel d'une méthode qui se soumet à de telles règles est de vanter juridiquement les virtualités pratiques de *l'analogie* ; c'est l'analogie qui permettra de remonter à des « principes du droit » (*usûl al-fiqh*) capables d'éclairer les solutions casuelles ou judiciaires à dégager d'un corps de doctrine.

Dans l'approche des sources du droit, l'on relève la loi (*sharî'a*), sans y voir un code à la façon volontariste moderne, comme traduction, sous forme de divers impératifs grammaticaux, de versets coraniques dispersés. Leur interprétation les fait entrer dans des catégories qui marquent des nuances entre le licite simple, le répréhensible, le recommandé, l'interdit et le commandement obligatoire (comme peut l'être l'obligation de connaître par la science pour chasser l'irrationnel des opinions). Mais la *sunna* vient compléter la loi, en renvoyant aux récits (*hadith*) relatant le comportement coutumier du Prophète, pour l'étayer sur une tradition historique et aider à surmonter les ambiguïtés de son exégèse. Cependant, les *hadith* sont parfois chargés d'incertitudes, à la fois d'origine et de contenu, et la difficulté de cette interprétation reportée cette fois de la loi sur eux, sera de faire admettre qu'ils possèdent une probabilité suffisante et que la chaîne de leurs transmetteurs est solide. Enfin, il est permis de s'interroger sur la cohérence logique de l'ensemble des textes, légaux ou coutumiers, et des propositions qui en ressortent ; d'où

la préoccupation centrale d'ordonner le général et le particulier et de scruter sans cesse la « cause » de chaque disposition légale, au sens de sa raison d'être et de son esprit caché.

À cet égard, Ibn Hazm et Shâfi'î ont fixé les orientations à suivre que reprend et développe Râzî. En cas de doute sur la hiérarchie à appliquer au général et au particulier, le mieux est de s'en tenir à l'idée d'*abrogation*. Autrement dit, la loi (pourtant d'origine révélée en son fond) pourrait être conçue comme abrogée à travers certaines circonstances qu'elle a prévues elle-même (dans la même perspective en somme que le « lier » et « délier » évangélique). Il y va ici d'un débat entre *volontaristes* (partisans d'une toute puissance législative) et *intellectualistes* (soutenant la priorité du motif rationnel), ce qui n'est pas sans rappeler la controverse entre franciscains (allant jusqu'à invoquer la *liberté négative* – v. notre *Droits premiers*, p. 151) et thomistes (retenant le transcendantal d'une vérité d'abord) ; et l'opposition se déchaîne ainsi entre hanbalistes d'une part, qui vont pousser le raisonnement à ses limites en matière de responsabilité, et hanéfites et shaféites qui suggèrent toujours de s'en remettre d'une certaine façon aux opinions consensuelles des docteurs pressentis (dans le refus explicite de toute autorité unifiée, chargée de représenter les fidèles, ce qui est, faut-il y insister, des plus contraire à l'esprit de l'Islam).

La voie est alors libre pour assumer en toutes ses dimensions le seul problème subsistant : celui de la structure de l'interprétation analogique (*qiyâs*), le syllogisme des philosophes, coordonnant le général (*al-'umûm*) et le particulier (*khusûs*). Il s'agira de ne pas substituer en tout cas la volonté de l'homme à celle du législateur implicitement divin, et, d'un commun accord entre tous les auteurs, auxquels se rallie Râzî, de ne pas tomber dans cette caricature de raisonnement par analogie qu'est *le raisonnement par ressemblances*, ou par ces abstractions que sait produire l'imagination herméneutique. Ce qu'il faut rechercher en effet est moins la ressemblance entre deux connus, que la « cause » (*'illa*) qui fait que le sens d'un texte est d'être le cas particulier d'une loi générale ; de sorte qu'il faut par induction extraire cette cause de la forme particulière derrière laquelle elle est supposée pour montrer en quoi le texte précisément particulier est prescriptif en tant qu'il s'en déduit et en quoi elle peut donner lieu à de nouvelles applications déductives particulières. Reste à prévenir des erreurs susceptibles de se glisser dans cette démarche où la preuve de la cause est redoutable à établir, si l'on veut bien ne pas confondre supposition et conjecture, cause dans sa substance et cause dans ses qualités, qualités intrinsèques et qualités synthétiquement unies à elle.

Typiquement juridique, le *qiyâs* transpose en somme la notion juridique grecque de « *topique* » qui se retrouve chez Aristote et dans le droit romain d'Occident, celui de Gaius et de l'école judéo-arabe andalouse, avant que Bologne ne les récupère en l'amalgamant à un droit subjectivisé plus oriental et byzantin. Il désigne une *mesure*, un rapport d'égalité, permettant une évaluation de proportion (ce qu'indiquait classiquement le « *nomos* » qui est apparenté au « *nomisma* », à la monnaie). Or, pour être juste, un *qiyas* ou jugement analogique doit relier deux éléments, deux connus, de façon nécessaire, et il doit se présenter comme une conclusion qui s'impose ; mais, chez Ghâzâlî, influençant ici Râzî (dans le cas de l'interdiction des boissons fermentées), les deux éléments, le principe général et le cas particulier, ne sont pas aristotéliennement comparables comme des choses (ce qui vaut aussi dans l'autre hypothèse où l'on mettrait en présence ablution et lavage du linge ou soins du corps), en faisant apparaître une

ressemblance entre eux, et en les regardant comme deux prémisses hiérarchisables qui seraient les causes nécessitantes de la conclusion. La nuance est essentielle : c'est plutôt *le moyen terme*, c'est la « cause » inférée du cas particulier, et non le cas particulier lui-même, comme le pense à tort le Stagirite, qui rend nécessaire une telle conclusion.

Une différenciation est par conséquent à marquer entre *analogie de ressemblance* (*al-shibh*) et *analogie de signification* (*al-ma'nâ*). Mais, plus subtilement, Râzî (emboîtant à nouveau le pas à Ghâzalî) élabore une analogie de ressemblance particulière, déterminée par le critère utilitaire de la fin pratique que remplit la signification (p. ex., le recours à toute espèce de blé, et non à celui visé par un texte comme préconisé pour l'observance d'une aumône). L'originalité de Râzî évolue en ce sens qu'il en arrive à rendre *relative la cause signifiante conclusive de tout jugement, à son utilité*, en dissertant sur utilité générique et spécifique. Si le jeûne prescrit peut être rompu au cours d'un voyage, c'est en raison de la modification sémantique que prend la loi pour s'appliquer aux conditions de fatigue du voyage et par extension analogique à tous les travaux pénibles : ce n'est nullement, en l'occurrence, la fatigue qui est cause de l'adaptation de la règle, c'est la réalité des circonstances du voyage ou du travail ; l'utilité visée et décisive de la solution est spécifique, et elle se tire du voyage ou du travail qui doit pouvoir se poursuivre.

Passons sur la remarquable analyse du contrat de mandat, du phénomène de l'usure et de l'enrichissement sans cause (d'esprit aristotélicien classique) ou encore de la vente, qui éblouit par sa richesse conceptuelle et par sa virtuosité abstraite : les distinctions entre options et promesses, entre ponctualité des échéances et délais de réflexion, puis entre le nécessaire et le possible et, plus exactement, entre vente obligatoire et vente possible, anticipe sur ce que l'on a pris trop vite pour des avancées des qualifications du droit des contrats en pays consensualiste. Râzî n'a pu compter sur un quelconque droit romain, ni sur l'apport d'Aristote, ni sur celui de la Glose bolognaise encore en gestation, mais sur quelques principes avicenniens, et pas davantage : il s'aventure donc apparemment sur un terrain neuf, cher aux volontaristes modernes ; il invente, il préfigure, il prépare...

Le second volet de la réflexion philosophico-juridique de Râzî touche surtout au problème de la responsabilité délictuelle. Mais il convient de s'entendre au préalable sur ce concept au plan moral, tributaire à son tour d'un arrière-plan théologique, qui n'est pas sans évoquer certaines diatribes tardives entre jésuites des XVIe-XVIIe siècle en verve contre les tendances jansénistes de l'époque : l'on croirait discerner chez Râzî la synergie moliniste dans l'analyse de la participation ou de la collaboration de la créature réputée libre au projet divin à travers son action positive ou négative, quand il s'efforce de corriger ce que le hanbalisme a d'excessif dès qu'il professe (comme le feront tour à tour, *mutantis mutandis*, les écoles scottiste, calviniste et janséniste) un arbitraire de Dieu déchargeant d'une certaine manière le sujet de sa responsabilité en soi. L'agent possède un minimum de raison et de libre-arbitre, ce qui l'expose à des choix pensés pour ratifier ou récuser ce qui viendrait en lui d'une inspiration qui le dépasse. Et c'est ce qui permet d'établir le concept de *responsabilité* selon le droit : il réclame en effet *un présumé de liberté* pour pouvoir être reconnu, ce qui constitue le point d'ancrage ultérieur de la notion de *faute* (comme mauvais usage de la liberté par rapport à un sens objectif, *i.e.* rationnellement vrai, de l'action). Ce n'est pas chez Aristote que Râzî pouvait trouver même en germe cette conception de la liberté, qui devient familière avec le thomisme (comp. notre *Homme coupable*, chap. VI).

La liberté de l'homme s'affirme, dans la tradition mu'tazilite, du point de vue de l'impossibilité qu'il peut y avoir à accomplir un commandement auquel il faut donc être présumé capable de résister. Mais Râzî préfère déplacer l'attention vers l'aspect temporel, en reprenant le principe hanéfite de la contemporanéité du pouvoir d'agir à l'action ; quand un tel pouvoir est simultanément à l'action, il suffit d'admettre, pour assurer la cohérence du raisonnement, que le commandement qui la précède est donné avant qu'existe le pouvoir d'action. Cependant, Râzî confère à la liberté de l'homme un rôle essentiel où il adhère implicitement aux thèses mu'tazilites et se sépare de l'ash'arisme (qui le renvoyait à l'enseignement de son père, prédicateur à Téhéran). Cette liberté reflète l'état de *subsistence* ontologique (*ibqâ'*) dans lequel Dieu place ses créatures en leur offrant une faculté de choix pour gouverner leur existence dans l'ordre d'un bien qu'elles auront voulu ou d'un mal dont elles devront répondre. Sur cette question, Râzî est incontestablement en rupture avec l'essentialisme averroïste, qui professe l'individualité par la matière et la refuse à la forme qui cesse d'être le siège d'une liberté en ce sens ; et il manifeste un accord virtuel avec le thomisme dans sa notion même de *res subsistens* et de *dominium sui actus*, sous la « nature raisonnable », ou de liberté de n'agir que par soi (« *persona-auctor* »), telle qu'elle caractérise l'acte d'exister singulier, informatif de la matière humaine.

Il faut admettre ainsi chez Râzî le jeu d'une personne individuelle (où il reprend à al-Bahgadâdî sa conception de l'âme). Cette personne se révèle dans la présence d'un exister particulier qui la situe au-delà de la représentation qui prétend accéder à l'intellection de son essence et la réduit à un universel mental, condition de l'existence en général qui n'est que l'être « associé » aux choses par notre esprit après qu'il en ait déterminé l'essence (critique relativisante de l'abstraction d'une étonnante modernité d'approche).

Sohravardî, le maître persécuté d'Alep, a de même orienté sa pensée vers cette reconnaissance de l'unicité ou de l'irréductibilité par la forme (comp. Chr. Jambet, « Introduction » à Sohravardî, *Le Livre de la sagesse orientale*, Gallimard, 1986, p. 25). Mais chez Râzî, comme chez Thomas surtout (v. notre *Homme coupable*), il est possible d'articuler sur cette liberté éminente, preuve de *la singularité métaphysique de l'homme*, de sa quiddité personnelle, à l'encontre de la pensée grecque prônant l'individuation par la matière, *le sens précis de la responsabilité*, même si celle-ci doit tenir compte ensuite de facteurs multiples d'atténuation liés aux faiblesses de la volonté. En particulier, la liberté ne pourra créer les moyens de l'action, mais elle consistera à savoir utiliser humblement les moyens mis à sa portée. C'est ce qui traduit au fond un mystère, et ce mystère cache aussi celui de l'action divine. Dieu n'abandonne pas la créature, et il lui permet de disposer toujours du nécessaire en vue d'un comportement minimum ; d'où le fait qu'elle soit exposée au jeu de sa responsabilité pour faute : pour avoir désobéi en provoquant un déséquilibre intérieur qui est source de toute perte, un déséquilibre pris au sens en revanche très grec et avicennien de démesure et d'inégalité, ruinant la totalité d'être de l'objet connu, mais affectant directement le motif même (*dâ-'î*) de l'action procuré à la conscience et au cœur (*kashb*). Ces deux derniers mots, motif de la conscience et cœur, se rejoignent ici de façon presque augustinienne et visent le ressort profond de toute responsabilité.

Une véritable relation personnelle s'instaure ainsi entre l'homme et Dieu. Si l'homme obéit et si Dieu commande, l'homme n'est pas obligé d'obéir à la volonté

divine, mais il n'y obéit que parce qu'il choisit librement de le faire. Dieu en somme n'a pas commandé l'obéissance comme il a commandé aux lois physiques du monde : il y a introduit la liberté qui permet de dissocier en lui vouloir et commander, obéissance potentielle et réelle. Or le législateur humain ne fait rien d'autre que reproduire ce schéma qui débarrasse le juridique comme le moral du carcan sclérosé des rituels, qui met au premier plan la conscience de l'homme au-delà de la société civile, et qui laisse à cet homme concret, existentiellement perçu, la possibilité d'engager son destin individuel.

C'est d'ailleurs pourquoi l'homme est autorisé à invoquer dans cette perspective l'angoisse et le tourment qui agitent sa conscience, le *wijdân* qui manifeste l'impatience et l'insatisfaction d'une liberté dans son aspiration ou sa direction « intentionnelle » vers les biens qu'elle ne peut atteindre. Des thèmes, on en conviendra, qui hantent notre mémoire philosophico-juridique au sujet de la responsabilité, partagée entre l'intellectualisme thomiste tourné vers une liberté majeure de l'esprit (appelant du reste bien des nuances) et l'éternel volontarisme pascalien axé sur une liberté en situation.

Jean-Marc TRIGEAUD

Chantal Delsol, *La grande méprise, Justice internationale, Gouvernement mondial, Guerre juste*, Paris, La Table Ronde, 2004, 171 p.

En un temps où se développe un nouveau fondamentalisme, né de la religion occidentale des droits de l'homme, avec tous ses avatars — droits fondamentaux, droits primordiaux —, il faut saluer le courage de Catherine Delsol. Dans son dernier livre, elle a décidé de mener un juste combat contre une pensée unique développée par toute une bande de bateleurs de foire qui, contrairement au pavillon qu'ils brandissent, portent des atteintes répétées aux libertés, tout spécialement à la liberté d'expression et, plus profondément encore, à travers celle-ci, aux libertés de pensée, d'opinion, de conscience. Une mentalité de marchands envahit la vieille Europe. Quand on voit certains esprits réagir, on reprend courage.

Catherine Delsol, sans aucunement renier l'héritage de la France moderne et son rayonnement dans le monde, remet en cause un développement relativement récent des relations entre les peuples et les États : celui de la justice internationale qui a trouvé un nouvel essor il y a quelques années, lorsqu'un traité de grande ampleur, signé à Rome le 18 juillet 1998, a créé une cour pénale internationale, et a été ratifié par la France un an plus tard. Un assez large assentiment de l'opinion a accompagné cette innovation. Et l'on ne peut de prime abord qu'y voir un progrès de la justice internationale. Cette juridiction serait, en effet, compétente pour les « crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ».

À y regarder d'un peu plus près sans trop écouter les robins et les idéologues, on ne peut manquer d'être frappé par plusieurs caractères de l'institution nouvelle : compétence à l'égard de toutes personnes de manière égale, sans distinction fondée sur la qualité officielle, y compris celle des chefs d'État ou de gouvernement ; aptitudes à se prononcer sur des crimes commis non seulement dans les cas de conflits internationaux, mais aussi au cours de conflits internes ; ingérence possible des juges dans les affaires internes ;

atteintes aux règles régissant l'amnistie et la prescription. Le tout tendant non pas à rendre la justice, mais à exercer un rôle de pédagogie collective destinée à impressionner un public contraint de jouer le rôle de spectateur.

Ce qui contribue puissamment à l'intérêt du livre de Chantal Delsol, c'est que celle-ci est une philosophe, mais une philosophe qui, lorsqu'elle parle de droit, sait de quoi elle parle et en parle intelligemment. Elle apporte à la démonstration des juristes rebelles à une pensée unique pernicieuse un support indispensable. Ils savent bien, depuis la nuit des temps, que la justice pénale internationale, faute d'État universel, n'a jamais été que la justice des vainqueurs, même lorsque les circonstances auraient peut-être permis qu'il en fût autrement. Le vrai autant que le juste, la logique autant que le droit interdisent d'ériger, sans contrepoint ni soubassement politique, une justice internationale qui ne peut trouver en elle-même, faute de pouvoir juger les juges, sa justification et sa légitimité, par rapport à nos références, que la vie sociale interdit d'imposer aux autres.

Catherine Delsol répond courageusement à la question. Qui ne voit combien une justice internationale en tant qu'elle servirait à imposer un ordre juridique uniforme, un uniforme de la justice, constituerait, entre quelques mains qu'elle soit confiée, la fin des diversités et des pluralismes, et sonnerait le glas des libertés ? « Aucune justice, dit-elle, ne peut s'exercer sans la reconnaissance ». On ne peut légitimement placer « les citoyens sous une loi mondiale ». Et c'est pourquoi « la justice internationale porte en elle-même la tare rédhibitoire de l'uniformité et du despotisme ». Il est précieux que l'auteur ait rappelé, face à une ingérence devenue l'objet d'un culte nocif, la morale de Grotius, de Montesquieu et de Kant.

François TERRÉ

Jacynthe Tremblay, *Nishida Kitarô. Le jeu de l'individuel et de l'universel*, Paris, CNRS Ed. « CNRS Philo. », 2000, 334 p.

La métaphysique de Nishida (1870-1945) se situe dans la tradition de l'école de Kyôto et se présente comme l'accomplissement complexe de la logique du « *basho* », c'est-à-dire du lieu, du « *topos* » en somme, où se révèle l'être, où s'éveille la conscience de soi, où se forme le jugement et où émergent les valeurs qui déterminent l'orientation de nos actions historiques et sociales. Encore faut-il montrer comment s'y joue une dialectique surmontant hégéliennement l'opposition des contraires, celle de l'individuel qui correspond au *sujet* et celle de l'universel qui désigne son *prédicat*, quand il est de l'essence du prédicat de se subsumer le sujet, et de l'universel de résorber en lui le particulier qui s'y nie. Cette dialectique accueille l'héritage du criticisme, mais aussi celui de la phénoménologie husserlienne et de sa pratique de la réduction eidétique. Elle assume en toute sa singularité existentielle le sujet, mais en le reconduisant, par le biais d'un prédicat transcendant, à un sujet lui-même transcendant où le particulier s'identifie à l'universel et s'ouvre à la réalité profonde du néant absolu. Le processus de dépassement est donc celui d'une universalisation progressive du singulier, de sa lente assomption totalisante qui aboutit à une *néantification*, source d'une suprême réconciliation de sagesse.

Rien de très surprenant que ce mouvement de retour de l'empirique au transcendantal et de ce dernier à la transcendance d'une totalité de l'être compris comme pure universalité, si la dimension de la particularité y découvre sa justification. Il s'inscrit en effet dans une démarche extrême-orientale assez classique où le monde ontologique affirme sa supériorité sur la réalité de la personne qui serait susceptible de revendiquer une identité propre et un foyer de liberté autonome. C'est dès lors ce qui explique la place morale de l'homme dans le monde et, spécifiquement, l'importance qu'y prennent le juridique et le politique. L'individualité humaine ne s'exprime qu'en une forme d'activité, développée dans l'histoire et la société, qui manifeste la présence d'autrui et met en relation inévitable avec lui. L'inter-subjectivité qui conditionne la socialité, et dont le droit a vocation à traduire les liens d'interdépendance, est l'origine même de l'individualisation. Une individualisation qui procède d'une différenciation dans un affrontement résolu. Et si ce schéma exclut de soi toute contradiction et tout conflit, si par là le droit se dessine comme facteur d'harmonisation et d'équilibre grâce à une implicite égalité dans la modulation des distributions de biens et de leurs échanges, c'est en proportion inverse de l'effort consenti pour remonter au « *basho* » de l'être et du devoir-être qui enseigne une universalité sous-jacente à la multiplicité de tous les états particuliers qu'il s'apprête à régir.

Rigoureusement précis et minutieux, ce livre guide le lecteur dans les divers domaines où s'impose la pensée du « *basho* », de la perception psychologique du moi à la critique de la connaissance, des structures mêmes de la logique au « jeu de l'universel et du singulier » dont témoigne cette spéculation ontologique, d'une altitude redoutable et peu commune, éclairée à la fois par les apports d'Orient et d'Occident (notamment Aristote, Hegel et Husserl). Mais il ne néglige pas non plus, quoique souvent en filigrane ou indirectement, le lien avec une philosophie de l'histoire, de la société, du droit et de l'État. Il contribue dès lors à la compréhension d'une attitude de négation de la singularité personnelle et de l'universel singulier dans l'acception que nous pouvons être tenté de donner à ces formulations, en reprenant l'idéalisme hégélien ou, *a fortiori*, en prolongeant un réalisme personnaliste de l'existence. L'hégélianisme doit être élargi afin de mieux articuler le concret, saisi comme différenciation individualisante pour l'action, sur l'abstrait, au sein d'un même universel qui traduit la substance nihiliste du « *basho* ».

Dans la rencontre des cultures, ce renversement atteste de la réinterprétation en termes de métaphysique occidentale d'une ligne de pensée en accord avec ses inspirations nettement confucianistes et shintoïstes. Elle oblige en tout cas à ne pas laisser croire que le droit échappe à poser le problème de l'individualité ou de la singularité, selon des modalités différentes de celles d'un rationalisme génériciste ou d'un empirisme individualiste et libéral. Le droit apparaît tributaire d'une métaphysique de la justice universelle, et non d'une théorie généralisante à la remorque d'une politique idéologique, même si, dans son contenu, où la singularité n'indique au fond qu'une frontière pratique de l'action, la pure universalité conduit à admettre la suffisance de l'idée d'égalité ou d'égalisation étendue à tout ce qui existe, et à suivre l'exigence latente d'avoir à coordonner les structures universalisables, conformes au « *basho* », que toute contingence sociale, toute facticité de l'action implique par sa nature même d'être reliée à l'homme pensant.

L'intérêt d'une telle approche tient moins ainsi à ce que l'on soumet ou non l'homme à une protection juridique, qu'à la façon d'en respecter d'abord la constitution mentale, plus d'esprit que de raison, plus d'idées universelles que de concepts abstraits, quelles que soient les divergences que l'on devine et qui peuvent affecter ensuite la notion même que l'on s'en forme. Le droit est donc arrimé au métaphysique. C'est ce qu'ont précisément perdu les théories gestionnaires d'une justice issue de la raison productive, d'un néant qui n'est plus cette fois celui l'être, au sens du *basho*, mais celui, irrémédiable, de la rupture d'avec l'être : le néant de ce qu'on pourrait ne pas hésiter à appeler *le mal* sous l'apparence du bien.

Jean-Marc TRIGEAUD

Jean-François Cesaro, *Le Doute en droit privé*, Préface Bernard Teyssié, Paris, éditions Panthéon-Assas, 2003, 772 p.

La très belle thèse de Jean-François Cesaro sur le doute en droit privé, rédigée sous la direction du Président Bernard Teyssié, pourrait conquérir n'importe quel lecteur. Le linguiste tout d'abord, l'écriture est parfaite, précise. Le psychologue ensuite, le regard porté sur le droit qui se nourrit du doute, état intermédiaire entre ignorance et savoir, éclaire sur l'esprit constamment en proie à l'incertitude et que tout individu, qu'il soit juriste ou non, tente de combattre. Le juriste enfin, qui sait que le doute est, comme le souligne l'auteur, la promesse d'un droit à construire.

Le plan adopté attire tout de suite l'attention : une première partie est consacrée au doute du juge, tandis qu'une seconde s'intéresse au jugement du doute. Tout notre droit repose en effet sur ces deux entités : à quel moment le juge est-il en proie au doute, et quels sont les moyens de combattre celui-ci ? L'irruption du doute et son traitement occupent donc les cinq cents premières pages de ce travail. En droit interne, le doute apparaît protégé, inévitable, le préjugé est même toléré. Mais le doute peut être aussi évincé sous l'angle du droit d'interpréter et du devoir de décider du juge. Le doute sur le fait, en ce qui le concerne, nécessite un examen de la gestion du doute (au travers du bénéfice du doute ou de la prohibition des motifs dubitatifs), puis des propriétés et des résultats de cette gestion. Par exemple, le doute explicite permet de protéger le salarié, d'interpréter des conventions, d'innocenter un accusé, etc. Quant au doute implicite, il peut résulter d'un présupposé légal comme une présomption, un risque de la preuve, voire résulter d'un double débouté, d'une conviction imposée, etc., tout ceci étant à distinguer de l'évidence qui exclut le doute même si, comme le dit l'auteur, se poser la question de l'évidence conduit à celle du doute (p. 395). Selon lui, trop d'audace du juge pourrait le conduire à voir l'évidence là où le doute est possible. Aussi l'intervention de la Cour de cassation est-elle décisive : « en censurant fermement les dérives elle ramène l'unité autour de la rigueur que doit connaître le standard d'évidence ; son laxisme, en revanche, est de nature à encourager les abus » (p. 429). Pour autant, le rôle créateur du juge de cassation notamment en matière de standards, de mots à sens multiples, etc. est-il exclu ? Loin de là comme le démontrera plus tard Jean-François Cesaro.

Les deux cents dernières pages révèlent que le droit n'en reste pas là, qu'il sait juger le doute et donc le prévenir, et, qu'en toute hypothèse, il cherchera à le sanctionner. La prévention du doute est notamment réalisée à l'aide d'une connaissance de la loi en tant que norme stable et compréhensible. La jurisprudence participe aussi à la prévention du doute même si l'auteur est lucide et n'ignore pas que le visage de notre système juridique présente de nombreuses disgrâces. On appréciera tout particulièrement les développements relatifs à la stabilité de la jurisprudence où celui-ci rappelle que le point de savoir si la jurisprudence est rétroactive ou déclarative relève d'une position quasi-philosophique sur la création ou la découverte de la règle par le juge, et que les revirements de jurisprudence peuvent être une source d'instabilité sans être nécessairement un mal. Ici, il rappelle le contenu de l'arrêt du 21 mars 2000 de la première chambre civile de la Cour de cassation selon lequel « la sécurité juridique [...] ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit » (p. 596). Et celui-ci d'ajouter que le législateur peut, pour neutraliser les effets d'une solution jurisprudentielle inattendue, adopter une loi rétroactive, mais qu'« Un tel mécanisme de contrôle réciproque corrobore la théorie “des boucles étranges”, développée en droit par MM. Ost et Van de Kerchove : l'imprévisibilité de la solution jurisprudentielle est contrôlée par une loi rétroactive qui est, elle-même, contrôlée par la jurisprudence (contrôle de “conventionnalité”). Complexe du point de vue théorique, ce système constitue un progrès pratique : il soumet la rétroactivité à un examen à la fois législatif et jurisprudentiel dont on peut espérer qu'il permette de concilier prévision des parties et progrès du droit. L'imprévisibilité peut ainsi être contestée, ce qui auparavant n'était pas possible. Mais l'intervention législative n'est pas une solution pleinement satisfaisante. Tout d'abord, au nom de la séparation des pouvoirs, le contrôle du législateur sur la jurisprudence ne saurait être systématique. Ensuite, cette intervention législative est source d'inégalité. N'en bénéficient que ceux qui ont les moyens de se faire entendre. C'est là accorder un crédit peut-être contestable aux groupes de pression. La justice c'est “rendre à chacun le sien” et non “donner le tout à quelques-uns” » (p. 598). Enfin, la sanction du doute, nourrie de l'examen de l'acte fondé sur le doute (avec le doute unilatéral ou le doute bilatéral) ainsi que de l'acte accompli malgré le doute, achève admirablement l'ensemble. Doute négligé et doute ignoré permettent ainsi à l'auteur de parcourir une à une les dernières tranchées creusées par la matière juridique en proie au doute.

Sur un plan psychologique, on pourrait être effrayé à la lecture de ce travail. Car, enfin, tout ceci nous conduit à croire que le doute en droit est partout, que le droit n'est que doute. Cela est vrai, mais Jean-François Cesaro sait relativiser le propos, sait convaincre du rôle fondamental du doute en droit et plus simplement de son caractère incontournable. Le doute, dit-il, est tout à la fois substance du droit et outil de premier choix du juge, il est tout à la fois protecteur, justificateur, devoir, objet de griefs, obstacle, etc., parce qu'il est le résultat d'une opération intellectuelle destinée à protéger et au besoin à sanctionner les individus d'une société. Quel que soit l'angle sous lequel on

l'aborde, on ne peut se passer de sa présence salutaire. C'est finalement plus serein que l'on referme ce livre, persuadé que dans ce magnifique travail, rien n'a été laissé au hasard, sauf lorsque l'auteur doute de lui-même, de l'emprise du doute sur un point de droit.

Catherine PUIGELIER

Jean-Claude Croizet et Jacques-Philippe Leyens, *Mauvaises réputations. Réalités et enjeux de la stigmatisation sociale* Paris, Armand Colin, 2003, 299 p.

Le juge, en particulier le juge social, peut être contraint d'examiner la réalité et les incidences d'une stigmatisation sociale. Jusqu'où la mauvaise réputation d'un individu peut-elle influencer sur la solution d'un litige, voire empêcher un individu de faire appel au droit ? Ce très intéressant ouvrage sur les mauvaises réputations, au travers de sa réalité et de ses enjeux, permet de lever le voile sur ce qu'une mauvaise réputation encore trop « accolée » à de nombreuses catégories d'individus peut provenir ou emporter de stéréotypes, d'erreurs de jugement. Dans le cadre de recherches de psychologie sociale sur la stigmatisation, Jean-Claude Croizet et Jacques-Philippe Leyens s'attaquent aux stéréotypes sociaux, et notamment aux stéréotypes de la stigmatisation sociale elle-même en relevant que celle-ci est bien plus subtile qu'il n'y paraît et que ce sont parfois les stigmatisés eux-mêmes qui confortent leurs différences, pour ne pas dire leur exclusion.

Stigmatisation et estime de soi, perceptions différentes des discriminations individuelle et groupale (à l'aide notamment d'explications cognitives ou d'hypothèses motivationnelles), menace du stéréotype, stigmates sociaux et comparaisons interpersonnelles, affirmation de soi et du groupe chez les personnes stigmatisées, etc., sont examinées avec soin. Toutes sortes de stratégies d'évasion sont ainsi utilisées par les personnes stigmatisées. Les membres d'un groupe peuvent éprouver une satisfaction et une estime de soi équivalente, voire supérieure aux membres d'autres groupes qui ne sont pas en proie à la stigmatisation ou la discrimination. Les psychologues expliquent ce paradoxe par un recours à des comparaisons sociales très sélectives chez les personnes stigmatisées ou discriminées, celles-ci évitant d'opérer une comparaison avec des membres d'exogroupes non stigmatisés afin de privilégier une comparaison avec des personnes qui leur ressemblent comme celles de leur propre groupe d'appartenance. Par exemple, en dépit de l'inégalité flagrante entre les hommes et les femmes au sein de différentes professions, de nombreuses femmes n'éprouvent pas une insatisfaction à ce déséquilibre parce qu'elles se comparent majoritairement à d'autres femmes plutôt qu'à des hommes (p. 216 ; V. encore, Crocker et Major, « Social stigma self-esteem : the self protective properties of stigma », *Psychological Review*, 1996 (4), 608-630). Cette comparaison avec des membres de l'endogroupe a également été relevée par le chercheur américain Pettigrew dans le cadre d'études réalisées sur la ségrégation raciale aux États-Unis. Selon lui, les noirs-américains se comparaient à d'autres noirs-américains (endogroupe défavorisé) plutôt qu'à des blancs (exogroupe favorisé), de sorte que ce processus de comparaison aurait permis la pérennisation de la ségrégation et la stigmatisation des

noirs aux États-Unis pendant de nombreuses années (« Social evaluation theory : convergences and applications », in D. Levine (eds), *Nebraska Symposium on motivation*, University of Nebraska Press, 1967, p. 241 ; cf. Croizet et Leyens, p. 217). Mais il y a aussi des cas où une mauvaise réputation est attribuée aux préjugés et à la discrimination. Les psychologues Jean-Claude Croizet et Jacques-Philippe Leyens relèvent : « Lorsque l'on est Noir ou femme, par exemple, faut-il attribuer son plus faible salaire ou ses difficultés de promotion à un manque d'ambition ou à l'existence d'une discrimination à l'égard des Noirs et des femmes ? Dans toute situation menaçante de ce type, la personne stigmatisée qui cherche à protéger son estime de soi a tout intérêt à expliquer sa mauvaise performance par une cause externe, par exemple en faisant une attribution à la discrimination. Conformément à cette hypothèse, une étude a montré que lorsque les membres de groupes stigmatisés attribuaient leurs mauvais résultats à la discrimination, leur estime de soi s'en trouvait préservée » (p. 42). Enfin, d'autres études proposent la présence d'une minimisation de la discrimination chez les personnes stigmatisées. Les chercheurs Ruggiero et Taylor notent ainsi que les membres d'un groupe stigmatisé (femmes, noirs, asiatiques) ont tendance à minimiser la discrimination « lorsqu'ils rendent compte de leurs performances, sauf si elle est incontestable » (in « Why minority group members perceive or do not perceive the discrimination that confronts them : the role of self-esteem and personal control », *Journal of personality and social psychology*, 1997, 72, 373-389 ; Cf. Croizet et Leyens, p. 45). Après avoir invoqué la probabilité d'être victimes de sexisme, ces chercheurs ont demandé à des femmes d'expliquer leur échec à un test. Les résultats obtenus furent étonnants : « seules les participantes de la condition 100 % de probabilité de discrimination ont attribué leurs faibles résultats à la misogynie de leurs juges. Dans toutes les autres conditions, les participantes avaient tendance à réduire l'impact de la discrimination sur leur mauvaise performance en l'attribuant à la piètre qualité de leurs propres réponses » (p. 46). Des résultats identiques ont été constatés avec des participants noirs et asiatiques, et révélé la généralité de cet effet. Cela signifie que les personnes stigmatisées endossent plus facilement la responsabilité d'un échec, et évitent de l'imputer à une discrimination opérée par d'autres « et, ce, quand bien même cette discrimination est très probable » (p. 46). Et Jean-Claude Croizet et Jacques-Philippe Leyens d'ajouter : « Un stigmatisé qui, ne rejetant pas son échec sur la discrimination, reconnaît être responsable de sa mauvaise situation fournit "clé en main" une justification aux membres des groupes dominants pour continuer de le discriminer. Minimiser la discrimination conduit donc à légitimer le système de discrimination » (p. 49).

Malgré un droit du travail qui consacre l'égalité entre les hommes et les femmes, l'impossibilité de harceler moralement un salarié, une sérieuse protection de la femme enceinte, etc., on frémit à l'idée que bon nombre de salariés de sexe féminin renonceraient à défendre leurs droits devant un juge. Mais on frémit aussi à l'idée qu'un salarié, pour conserver une estime de soi, imputerait les raisons de son échec professionnel à l'attitude de son employeur et non à son incapacité d'accomplir correctement sa tâche. Tout cela est tellement précis, fin et finalement assez nouveau que l'on se demande ce que le juge pourra puiser de concret dans cette étude de psychologie sociale ? Sans doute qu'il ne juge qu'une partie bien infime des rapports humains, et que le droit ne peut embrasser toutes les situations ou contraindre un justiciable à saisir une juridiction. Le

juge le sait certainement déjà, mais ce qu'il pourra encore tirer de cet ouvrage, c'est une vigilance toute particulière à l'égard de visions faussées d'un individu au sein d'un groupe ou d'un groupe d'individus à l'égard d'une personne stigmatisée. Si par exemple en droit du travail, l'ordre public social permet de secourir un salarié qui renoncerait trop facilement à ses droits en raison de la minimisation de la discrimination dont il est l'objet, il en est tout autrement dans d'autres branches du droit où le juge, qui ne pourra certes se substituer au justiciable, pourrait, après lecture de ce travail, apprécier différemment le litige dont il est saisi.

Catherine PUIGELIER

La Mémoire, Le temps des savoirs, Revue interdisciplinaire de l'Institut universitaire de France, Paris, Odile Jacob, 2003, 195 p.

Il est souvent affirmé que le travail de mémoire appartient aux historiens. C'est en partie inexact car la mémoire est partout comme le prouve ce nouveau numéro de la *Revue interdisciplinaire de l'Institut universitaire de France, Le temps des savoirs*. Ici, sept spécialistes d'histoire, d'histoire de l'art, de littérature, de neurobiologie, d'informatique et d'astrophysique se sont penchés sur la neurobiologie de la mémoire (Serge Laroche), la mémoire informatique (Michel Morvan), la mémoire de l'artiste (Sophie Krebs), la mémoire de l'univers (Sylvie Vauclair), etc. La mémoire est tout à la fois connue et mystérieuse. Elle est toujours présente et pourtant on a quelque peine à la saisir, à tout simplement la définir. La neurobiologie de la mémoire apporte, dans ce domaine, des informations fondamentales mais qui restent encore insuffisantes. Certes, il y a l'imagerie fonctionnelle du cerveau humain qui permet la localisation et l'analyse chronométrique des cartes fonctionnelles des régions cérébrales activées lors de tests de mémoire (p. 21), il y a la mémoire de travail, la mémoire à court terme, etc., il y a le support neuronal des souvenirs (p. 31), l'incontestable plasticité synaptique et la formation des souvenirs (p. 36), les mécanismes moléculaires de la mémoire à long terme (p. 42), etc., mais tout cela revient finalement à dire que notre mémoire sert à encoder, stocker et rappeler une information. Aristote nous l'avait déjà dit, et d'ailleurs nous l'avons compris dès notre plus jeune âge. Pourtant, c'est bien la mémoire qui régit tout notre droit. C'est bien à partir de la mémoire, du rappel mnésique que se construisent la coutume, l'usage, le Code, la jurisprudence, l'arrêt de principe, etc. C'est là que l'on comprend, au travers de ce très intéressant numéro du *Temps des savoirs*, que la mémoire est vaste et en particulier que la mémoire du juge, ou celle d'une partie à un procès sont fondamentales tout en étant en partie insaisissables. Les études réalisées sur la mémoire, les progrès présentés par la neuropsychologie actuelle, ne permettent pas à un juge de savoir à quel moment une partie a menti, ou à une partie de mieux se souvenir, d'améliorer sa mémoire. Le détecteur de mensonges, parfois apprécié aux États-Unis, ne détecte rien si ce n'est les illusions de celui qui s'y soumet et de celui qui s'en sert. Le juge lui-même, qui travaille à l'aide d'une mémoire à long terme, à court terme, etc. n'est pas à l'abri d'une déformation naturelle de ses souvenirs, d'un raisonnement qui peut être biaisé par un rappel mnésique erroné, etc. Et c'est bien parce que nous compre-

nous quelques mécanismes de la mémoire sans en avoir une totale maîtrise que la Cour de cassation a tout récemment rejeté le recours à l'hypnose en matière pénale. C'est dire si la *Revue interdisciplinaire de l'Institut universitaire de France*, qui paraît deux fois par an et a voulu rompre, affirment Dominique Rousseau et Michel Morvan, ses rédacteur en chef et rédacteur en chef adjoint, avec « les définitions dogmatiques des disciplines,... casser les logiques d'enfermement et de cloisonnement académique », et « construire un lieu d'échanges entre les savoirs et de réflexion sur leur implication dans l'histoire politique et sociale » (p. 9), a atteint son objectif. Dans le fil d'un questionnement de plusieurs disciplines, la revue s'est intéressée tout aussi brillamment à des thèmes aussi divers que l'erreur, la limite, le Code, la preuve, etc.

Catherine PUIGELIER

Ouvrages reçus

Anuario de filosofía del derecho, Tome XX, 2003, Madrid.

Martha Minow, Robert M. Cover, *Contribution à la réflexion sur les droits*, trad. Françoise Michaut, Paris, L'Harmattan « Logiques juridiques », 102 p.

Il est constamment fait appel, dans les discours juridique et politique contemporains, à la notion de droits en France, aux États-Unis et en beaucoup d'autres lieux. Pourquoi ? Comment faire sens de ces usages ? Quel rôle exact cette notion joue-t-elle dans le fonctionnement réel du droit positif et comment aide-t-elle à l'analyser ? Martha Minow et Robert M. Cover, dans les deux textes traduits dans cet ouvrage, invitent à reprendre la réflexion sur ces sujets.

Revista brasileira de filosofia, n° 208, 2002, São Paulo.

Anne Teissier-Ensminger, *L'enchantement du droit : légistique platonicienne*, L'Harmattan « Logiques juridiques », 2002.

Franco Todescan, *Metodo diritto politica. Lezioni di storia del pensiero giuridico*, 2e éd. Bologne, Monduzzi editore, 2002.

INDEX DES MOTS CLEFS

Les termes relevés ci-dessous renvoient à la première page de l'article concerné et non aux occurrences de ces termes dans le corps des articles.

Aliment	455	Justice	57
Balkanisation	19	Laïcité	15, 19, 27, 43, 57, 75, 85, 95, 109, 123, 143, 157, 169, 197, 221, 249
Belgique	123	Légitimeur	381
Biens culturels	413	Libéralisme	331
Briand, Aristide	75	Liberté de conscience	197
Canada	169	Loi du 15 mars 2004	197, 221
Catholicisme	109	Mœurs	57
Chari'a	143, 157	Monothéisme	57
Citoyenneté	249	Morale	275
Cognitivisme	371	Neutralité	27
Communautarisme	27	Normes	157, 343
Communauté	43	Obligation	455
Conseil d'État	197	Personne	455
Conséquentialisme	274, 275, 291, 305, 315, 331, 343, 355	Politique	43
Convention européenne des droits de l'homme	221	Post-national	19
Création (œuvre)	399	Prédiction	305
Crise identitaire	249	Presse (droit de la)	413
Critique	413	Prosélytisme	109
Croyance	109	Rawls, John	123, 275
Démocratie	249	Règle de droit	381
Difamation	413	Religion civile	43
Dilemme du prisonnier	331	Responsabilité civile	275
Dogmatisme	15	Responsabilité collective	355
Droit d'auteur	399	Salariat	399
Empirisme	15	Scepticisme	15, 371
Enseignement public	123	Secte	109
État	27	Séparation	75
États-unis	123	Singularité	57
Femme	95	Souveraineté	27
Fonctionnaire	221	Standard	381
Gentile, Giovanni	439	Stasi (rapport)	169
Humanités	43	Téléologie	275
Incitation	399	Théologico-politique	27, 43
Inégalité (des sexes)	95	Théorie de l'interprétation	371
Information	291	Tolérance	19, 43
Intérêt général	249	Turquie	143
Iran	143, 197	Uniformisation	19
Islam	143, 157, 169		
Jurisprudence	85, 197, 381		