

Comptes-rendus

A. — Histoire de la philosophie du droit

Solange Vergnières, *Éthique et Politique chez Aristote*, φυσικς, ηθος, νομος Paris, PUF, 1995, 308 p.

Pourquoi l'Éthique ? Pourquoi Aristote a-t-il choisi de qualifier sa réflexion sur l'agir de l'homme d'Éthique, plutôt que de Prudence ou de Sagesse qui sont pourtant les maîtres mots de sa Morale ? C'est que pour Solange Vergnières le fondement de l'agir chez Aristote n'est pas tant l'exercice de la raison pratique ou la contemplation du Souverain Bien, comme l'interprétation scolastique du Stagirite le voulait, que le caractère : ce qu'Aristote appelle de son côté *Ethos*. De fait pour Aristote, le « comment-devenir-bon » – qui est la question essentielle de sa morale – passe d'abord par la tempérance du caractère grâce aux bonnes habitudes prises dès l'enfance et entretenues tout au long de la vie, tempérance qui conditionne la rectitude du jugement pratique. En effet, ce qui chez Aristote dirige le choix intentionnel et commande la volonté n'est autre que le caractère même : la vertu n'est-elle pas définie dans l'*Éthique à Nicomaque* comme « un *habitus* qui dirige la faculté de choix (*proairesis*) » ?

Si le caractère est cause des actes, la morale d'Aristote n'apparaît pas pour autant comme un déterminisme. Car le caractère est perfectible par l'exercice même des actes. Se crée ainsi un véritable cercle tantôt vicieux tantôt vertueux entre le caractère et l'acte, entre la nature de l'homme et son destin.

Ainsi, autour de cette notion d'*Ethos*, Aristote réussit une véritable synthèse entre l'*arété* aristocratique, la culture des sophistes et l'*agathon* de Platon. De la tradition aristocratique, Aristote retient l'importance de l'acte et de sa beauté pour la perfection des mœurs ; des sophistes, que ce caractère n'est pas inné mais acquis, par conséquent qu'il ne dépend pas du lignage et de son *euphuia* mais s'apprend et se cultive ; enfin de Platon, que le caractère-pour-l'acte et l'acte-pour-le caractère n'ont de sens que dans l'horizon du Bien et du « comment-devenir-bon » qui conditionne l'appropriation du Bien par l'homme.

Une fois définie la dimension morale de l'agir, la politique aristotélicienne se résout ainsi à deux questions fondamentales :

- Comment, par la pédagogie et par la loi, la cité favorise-t-elle la constitution du bon éthos du citoyen ?
- Comment en retour le bon éthos du citoyen participe-t-il à la constitution de la bonne cité ?

Sous la lumière du questionnement philosophique que propose Suzanne Vergnières, l'agir des Anciens et l'expérience morale qu'il dessine semblent prendre une dimension à la fois inactuelle et décisive.

Pierre CAYE

Friedrich Battenberg, *Herrschaft und Verfahren : Politische Prozesse im mittelalterlichen Römisch-Deutschen Reich*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1995, 251 p.

Le travail de Battenberg se situe dans la ligne de recherche inaugurée par Heinrich Mitteis sur le procès politique du haut Moyen Âge. Son enquête s'appuie sur sept procès représentatifs qui s'étalent sur une période allant du XIII^e siècle jusqu'à la deuxième moitié du XV^e. Tous les sept procès ont été plaidés devant le tribunal de la cour de l'empereur-roi du Saint Empire romain. Ils sont très bien documentés et présentent une relative diversité, qui les rend intéressants de par leur simple choix. L'auteur qui est historien du droit et un connaisseur reconnu de la période historique ainsi que du tribunal impérial lui-même, dont il édite méthodiquement les archives depuis un certain nombre d'années, est tout à fait à l'aise dans la matière historique de son sujet. Son propos ne se limite cependant pas à un simple rapport historique sur les cas étudiés, ni à retracer l'évolution de la juridiction de la cour royale du Saint Empire. Battenberg cherche à saisir la *fonction* du procès politique devant cette cour et le sens de son évolution. C'est là qu'il a recours à un instrumentaire théorique original, car peu usité parmi les historiens du droit, à savoir celui de la sociologie wébérienne et luhmannienne.

L'échantillon des procès choisis est représentatif à plus d'un titre. En effet, ils recouvrent la réalité régionale, historique et objective du procès politique médiéval. Le quart de millénaire (1235-1470) qui forme le cadre temporel de l'enquête est le temps d'une significative évolution de la juridiction impériale où les principes de la procédure judiciaire corporative (*dinggenossenschaftlich*) du tribunal de la cour et de la chambre (*Hof- und Kammergericht*) subissent les remodelations les plus profondes, tout en conservant leur structure fondamentale. À y regarder de près, les procès forment les jalons d'une évolution relativement complexe. L'avantage de faire débiter l'enquête avec la grande figure de Frédéric II est de cerner la redéfinition, qui sera déterminante pour la suite, de la fonction judiciaire par celui-ci. Le tribunal royal en sort renforcé sous la forme d'une nouvelle institution à double compétence (jugeant des *causae majores et minores*). Après un temps d'adaptation (sous Rudolf de Habsbourg), le tribunal connaît sous Louis de Bavière une consolidation institutionnelle et personnelle qui annonce son émancipation progressive de la cour royale. Au milieu du XIV^e siècle, les luttes pour le trône impérial incitent Charles IV à tenter, sans grand succès, de recentrer le tribunal autour de la personne et de l'autorité royales, amenant ainsi une régression vers la forme de juridiction pré-institutionnelle du haut Moyen Âge. Les successeurs de Charles IV, au pouvoir mal assuré, utiliseront, dès le début du XV^e siècle, le tribunal aux fins d'une légitimation de leur propre domination, mais devront pour cela revenir aux formes institutionnelles de la juridiction royale. C'est le début d'une bureaucratisation marquée de la cour, qui joue de plus en plus le rôle d'une juridiction commissionnaire d'arbitrage, aux décisions souvent consensuelles. Si elle permet encore une prise d'influence du roi sur ses causes et ses débats – qui sont, pour le procès politique des *causae majores*, essentiellement des conflits de prétentions et de droits de domination –, elle ne se laisse plus instrumentaliser par le pouvoir royal. Avec Sigismond (1415) s'installe une dualité juridictionnelle par le biais de l'institutionnalisation d'une juridiction royale personnelle (le

Kammergericht) qui, lentement et indirectement, prend la figure d'une instance d'appel au-dessus d'une jurisprudence juridicisée et professionnalisée de l'autre cour. Avec Frédéric III (et à partir de 1452), l'évolution connaît un renversement marquant avec la marginalisation complète de la première juridiction (le *Hofgericht*) et la concentration de toute l'autorité judiciaire dans le tribunal royal et personnel de l'empereur (le *Kammergericht*).

Si l'évolution historique peut être bien retracée, son interprétation ne va pas de soi. D'une part, elle ne révèle pas de ligne univoque de développement institutionnel ; de l'autre, la problématique de la fonction que la juridiction impériale assume dans la fabrique du pouvoir médiéval et de sa légitimation n'est pas facile à élaborer. En effet, toute sorte de pièges et de raccourcis menacent de court-circuiter l'interprétation, surtout en l'absence d'une théorie préliminaire du pouvoir dans une société comme celle du Saint Empire médiéval. La trame théorique de fond est celle que livre la sociologie du droit wébérienne qui voit dans l'évolution du droit dans la période prémoderne une préparation à sa rationalisation formelle et matérielle à partir de la Renaissance. Ainsi, on pourrait mettre en évidence que l'évolution à la cour des empereurs germaniques est paradigmatique de l'évolution d'un droit oral-rituel personnel et corporatif (*dinggenossenschaftlich*) à un droit écrit-rationnel institutionnel, qui devient de plus en plus, et finalement inéluctablement, l'affaire de spécialistes d'un savoir juridique systématisé, mis en œuvre dans des formes dialectiques et rhétoriques particulières. On pourrait montrer, comme le fait l'auteur à plus d'une occasion, que cette rationalisation se fait sous l'influence certaine du droit canon, d'un droit qui ne connaissait pas l'hypothèque corporative et se pratiquait dans les officialats (*Offizialgerichte*) de juridictions ecclésiastiques parfaitement autonomes par rapport au siècle. L'évolution de la cour royale accuserait l'opposition entre deux formes de droit : saisonnalité, personnalité et charisme d'une part, autonomie, permanence et institutionnalité de l'autre ; occasionnalité, ascriptivité et nominalité d'une part, fonctionnariat, compétence technique et anonymat de l'autre. L'oralité et l'« errance » d'une cour judiciaire qui suit la déambulation « liturgique » de son chef à travers les différents domaines de son empire, s'opposent à la scripturalité et à la résidence d'une juridiction autonome. À travers tous ces changements, c'est une réalité centrale qui prend consistance et se développe jusqu'à devenir inséparable de la légitimation du pouvoir tant juridictionnel que politique, à savoir la procédure. Si le droit ancien, dans sa ritualité, est loin d'être moins rigide ou moins soucieux de correction formelle que le nouveau, sa « formalité » reste de caractère archaïque – qui est celle d'un verdict divin *ex opere operato*. Il demeure donc en lui-même étranger à l'idée d'une procédure littérale, ordonnée à la recherche de la vérité sur les faits et orientée par des points de vue du droit matériel. De même, il ne contient pas les germes d'une scientification de la juridiction, tendance si caractéristique de la procédure moderne.

C'est ce rôle central de la procédure qui est fortement souligné dans le travail – et dès l'abord dans son titre. La procéduralisation progressive du droit ancien est synonyme de sa modernisation, essentiellement sous l'aspect d'une légitimation du droit à partir de lui-même. Dans la théorie luhmannienne, c'est l'autolégitimation du droit positif qui constitue la base de son autonomie et implique les structures de son autoréférentialité. L'interprétation de cette évolution en termes de « légitimation par la procédure »¹

¹ C'est le titre d'un des ouvrages les plus connus de Luhmann – qui n'est pas encore traduit en français.

accuse la référence luhmannienne et permet à l'auteur de sous-tendre son propre travail d'histoire juridique par une perspective sociologique décidément heuristique. S'il est clair cependant que les débuts d'une rationalisation du droit telle que celle qui s'observe à la cour royale du Saint Empire ne va pas sans un recentrement global de la juridiction autour de la procédure, il n'est pas toujours facile de voir dans quel sens la procédure devient elle-même *légitimante* et surtout aux yeux de qui. Il y a une certaine ambiguïté dans la formulation des thèses de l'auteur dans la mesure où il ne distingue pas avec la netteté nécessaire entre les fonctions de légitimation de la *cour* royale touchant les droits de domination mis en balance devant elle dans les procès politiques d'une part, et la fonction de légitimation de la *procédure* dans ces procès eux-mêmes, d'autre part. En effet, l'auteur analyse de manière convaincante les motivations à déférer de tels litiges devant la juridiction royale : il montre l'intérêt qu'avait l'élite politique de l'Empire à recourir à des mécanismes de régulation arbitrale des conflits. Il était ainsi important pour elle de disposer d'un moyen de conservation ou de restauration judiciaire-arbitrale d'un consensus qui était, dans l'Empire romain germanique, au centre même du pouvoir politique et à la source de sa légitimation. Pour Battenberg, ce moyen est, pour la période considérée, la cour judiciaire royale. Parallèlement, la fonction de la procédure du procès politique se définit pour lui comme celle d'un contrôle du potentiel conflictuel dont l'effet est la stabilisation et la défense des rapports de pouvoir au sein de l'Empire. En mettant en évidence cette fonction, il use, dans un même contexte, indifféremment des termes de procès à la cour et de procédure. Celle-ci ayant cependant, dans son approche, la signification sociologique d'une figure essentielle de la positivisation du droit, on ne voit pas pourquoi elle absorbe à elle seule une fonction qui était celle d'un lieu du politique qui subsistait avant elle et antithétiquement à elle d'une part, de même qu'il subsistera sans elle et continuera à assurer la même fonction après qu'elle fut entrée en déclin à la fin de la période considérée.

Plus simplement : la régulation des conflits par l'arbitrage royal s'est faite dans les formes corporatives et archaïques que nous connaissons avant le début de l'évolution rationalisante décrite ; cette fonction a donc été assurée indépendamment d'une quelconque procéduralisation ou modernisation du droit. Ce qui est nouveau et que souligne l'auteur, c'est l'aptitude et le désir croissant de l'élite politique de l'Empire à traiter ses conflits sur les droits de domination selon des formes procédurales et rationnelles. Ces formes nouvelles sont acceptées clairement pour leurs avantages fonctionnels : permanence, résidence et autonomie de la juridiction, objectivation des litiges permettant de les soustraire à l'interférence avec le point d'honneur et à la qualification personnelle, objectivation de la procédure elle-même permettant de décider *de re* sans la comparution personnelle de toutes les parties¹, garantie de décidabilité de tous les litiges (grâce à la clôture du système juridique et à son autonomisation auto-référentielle²). Cependant, ces avantages ont une rançon que le retour à des formes plus élémentaires d'arbitrage à la fin de la période révèle comme très importante pour ne pas dire dissuasive. La rançon d'une telle rationalisation est en effet si lourde en termes de refoulement de motifs centraux de l'ordre médiéval qu'elle met en péril les acquis de l'évolution institutionnelle et va jusqu'à les annuler pour un temps. C'est bien la preuve que la « légitimation par la procédure » est une figure qui surpasse tant les attentes que les capacités des élites

¹ Chose impossible dans la procédure corporative ancienne.

² Nous nous permettons de compléter, les références à Luhmann étant claires.

concernées. Elle rend improbable le fait qu'une telle procédure ait capté l'essentiel des ressources de légitimation du pouvoir politique du Moyen Âge germanique. Ce pouvoir était en première ligne intéressé au maintien d'une instance supérieure de légitimation des décisions touchant les conflits d'intérêts politiques ; il était occasionnellement intéressé par les avantages fonctionnels d'une juridiction procéduralisée à la manière des juridictions ecclésiastiques. Il ne montre cependant pas, c'est l'impression qui se dégage du travail lui-même, d'aptitude à imputer la légitimation des décisions de la cour royale à leur caractère procédural-rationnel. La procédure n'est pas encore en tant que telle la source principale de la légitimité des décisions et des droits de domination qu'elles sanctionnent.

Jean CLAM

Yves Charles Zarka, *Hobbes et la pensée politique moderne*, Paris, PUF, 1995, 308 p.

Depuis plusieurs années, Yves Charles Zarka propose une relecture complète de la pensée de Hobbes à partir de sa philosophie première considérée comme condition de sa politique. Nous devons en particulier à son premier ouvrage *La décision métaphysique de Hobbes* (Paris, Vrin, 1987) cette ouverture inédite qui réinscrit ainsi le philosophe anglais dans un dialogue décisif avec les grands penseurs du système classique, Leibniz et Spinoza. *Hobbes et la pensée politique moderne* constitue le volet proprement politique de cette réflexion au long cours. L'ouvrage rassemble une série d'articles ordonnés en chapitres qui abordent les questions essentielles de la politique hobbesienne : la théorie de la langue et de la communication, la guerre, la loi, la propriété, l'État, le droit de punir, etc. À travers ces questions, se dessinent trois thèmes fondamentaux pour la constitution de la pensée politique moderne : la critique du contextualisme, l'institutionnalité, c'est-à-dire les conditions et le mode mêmes par lesquels le pouvoir se fait institution et crée des institutions, et enfin la théorie de la représentation.

L'interprétation de Hobbes, et d'une façon plus générale, l'histoire de la philosophie politique sont aujourd'hui traversées par un conflit radical entre les anglo-saxons et les continentaux. Les premiers considèrent que les auteurs philosophiques ne prennent tout leur sens que dans le contexte historique et politique de leur temps (selon une sorte d'historicisme pragmatique) dont ils ne sont en réalité qu'un événement discursif, tandis que les seconds cherchent à extraire de ce contexte les principes et les notions essentielles à la constitution de la philosophie politique, considérée dans le mouvement propre de son développement et de ses crises théoriques. Nous retrouvons autour de l'interprétation de Hobbes le vieux conflit méthodologique entre Oswald Spengler et Raymond Aron, ou entre Michel Foucault et l'École des Annales.

Les deux chapitres consacrés au rapport du Langage et du Pouvoir éclairent d'un jour inédit la question difficile du passage de l'État de Nature à l'État institué. Yves Charles Zarka insiste sur la dimension nominaliste de la pensée hobbesienne et sur l'importance des signes dans l'instauration de l'institution politique. Pour Hobbes finalement, ce qui permet à la communauté de se conserver, malgré l'égoïsme souverain de chacun, c'est la

transformation par l'État de la violence et des conflits physiques en violence et en conflits symboliques.

Mais comment ce qui tient à la seule dimension de la langue et du signe peut-il conduire au pouvoir absolu ? Ou encore comment penser un pouvoir absolu qui soit authentiquement politique, c'est-à-dire distinct de la *patria potestas* du pouvoir naturel et domestique ? Par la théorie juridique de la représentation qui se substitue au *dominium* des vieux seigneurs. Mais, en passant du droit civil au droit public, la théorie de la représentation subit une véritable distorsion puisque chez Hobbes le souverain ne se contente pas d'acter pour ses sujets l'ayant autorisé à agir en leur nom ; au titre de cette première relation, l'acteur autorise à son tour l'auteur à agir : l'effet devient cause, ce qui est déterminé déterminant, le délégué à son tour commande ; dans le premier cas la représentation est dite imparfaite : le représentant reste sous l'empire du représenté, tandis que dans le second elle est parfaite : le représenté est comme un mineur sous curatelle. La représentation se renverse alors en pouvoir absolu. Cependant une question essentielle reste encore en suspens que le nominalisme de Hobbes minimise assurément : la langue et le symbole institués ont-ils une force suffisante pour faire agir le peuple des sujets ?

Pierre CAYE

Pierre-François Moreau, *Spinoza. L'expérience et l'éternité*, Paris, PUF, 1994, 612 p.

À partir de la célèbre scolie de l'*Éthique*, « *Nous sentons et nous faisons l'expérience que nous sommes éternels* », qui à son tour guide une lecture serrée du prologue du *Traité de la réforme de l'entendement*, P.-F. Moreau propose une interprétation inédite et passionnante du projet philosophique de Spinoza centrée sur la notion d'expérience. Notion qu'il repère non seulement dans les premiers textes du philosophe, mais dans l'ensemble de son œuvre. Cette lecture s'éloigne donc radicalement de la conception systématique du monde comme développement *more geometrico* de la substance telle que Martial Guérout l'a décrit dans sa magistrale étude sur Spinoza à partir de l'*Éthique* ; même si P.-F. Moreau s'engage, – et c'est assurément l'un des enjeux principaux de son ouvrage –, à montrer la compatibilité de l'approche expérientielle avec la logique géométrique et systématique. Non seulement l'expérience confirme ce que l'ordre géométrique déduit dans l'ordre de l'universel, mais elle prolonge et enrichit même le système, « *là où le jeu des existences, écrit l'auteur, prolonge les lois de la nature dans les réseaux du singulier* ». L'expérience permet de comprendre le développement de la substance considérée comme *Deus sive natura* et le déploiement de sa nécessité au-delà de la concaténation des causes.

Cette expérience spinoziste, précise P.-F. Moreau, n'a pourtant rien d'empirique. Tous ses résultats sont repris par l'intellect qui leur donne consistance et solidité. Elle marque au contraire « *l'intervention propre du rationalisme dans les champs où la raison n'a pas accès direct* ». Grâce à cette notion, P.-F. Moreau réussit à expliquer comment l'architectonique spinoziste, non contente de se valider par sa seule logique interne, peut intégrer ce qui lui est extérieur. Le système n'en est que plus fort. L'expérience achève la Raison absolue du système.

Cette notion d'expérience a l'immense mérite de référer la philosophie spinoziste – au-delà des autres penseurs « géométriques » auxquels on a l'habitude de l'associer : Descartes, Hobbes ou Leibniz – à des traditions philosophiques et intellectuelles plus larges reflétant parfaitement la richesse et la diversité de la pensée du XVII^e siècle qui ne se limite pas à la révolution galiléo-euclidienne des sciences de la Nature et dont l'œuvre de Spinoza semble ainsi prendre toute la mesure. Et d'abord à la Sagesse des Anciens, en particulier au stoïcisme des *Lettres* de Sénèque à Lucilius qui semble inspirer par les termes et le ton le prologue du *Traité de la réforme de l'entendement* consacré à la conversion de l'homme des biens vains et périssables de la vie commune au Bien véritable de la vie éternelle. Mais pour P.-F. Moreau, sous le vocabulaire de la morale antique, se révèle en réalité une expérience du Bien qui lui est totalement étrangère : le Vrai Bien ici n'est pas une réalité antérieure et transcendante à la conversion, mais se redéfinit à chaque fois dans l'expérience même de la labilité des choses ou de leur éternité, de la tranquillité de l'âme ou de sa perturbation, de la joie ou de la tristesse. Le vrai Bien du Prologue n'est donc pas le *Summum Bonum* de la tradition métaphysique, en même temps que la vie éternelle qu'il dispense ne renvoie à aucun au-delà.

Le dialogue se poursuit avec les physiciens sur la question de l'expérimentation ou avec les théologiens sur la question de l'expérience mystique : à chaque fois l'expérience spinoziste semble en partager l'intuition, mais surtout s'en constitue la critique.

L'ouvrage se termine par la question décisive de la condition de possibilité de cette expérience. Question d'autant plus difficile qu'elle appartient à des traditions philosophiques postérieures, mais à laquelle Spinoza ne peut échapper, si sa propre notion de l'expérience prétend à quelque validité. A cette question Spinoza ne répond pas, mais P.-F. Moreau juge que par sa présence et ses effets il apparaît clairement que « l'expérience n'est rien d'autre que la manifestation de la puissance particulière du corps humain ». L'expérience et la raison, l'homme et la substance, la vie commune et la vraie vie, le présent et l'éternité se rassemblent et s'unissent enfin sous l'égide du *Conatus* de l'homme et de la Puissance du Monde.

Pierre CAYE

Francisco Canals Vidal, *La tradición catalana en el siglo XVIII ante el absolutismo y la ilustración*, Madrid, Fundación Francisco Elias de Tejada y erasmo percopo, 1995, 277 p.

D'emblée, le livre de F. Canals Vidal pose toute la dimension des problèmes politiques, culturels et religieux initiaux : c'est-à-dire, rétablir l'histoire de la Catalogne en la dégageant du poids excessif de la « Révolution des Lumières » issue de la Renaissance et de sa conception anthropologique et, en excellent continuateur de l'œuvre et de la pensée de F. Elias Tejada, corriger l'appréciation d'idées jugées caduques et « médiévales », au contraire, de la riche pensée chrétienne.

Dans ce livre, à l'écriture alerte et sensible, l'auteur montre excellemment comment la « tradition catalane » résiste à la fois à l'absolutisme européen et à l'invasion culturelle d'un européanisme consécutif à l'avènement de Charles III, violemment hostile à

l'autorité des souverains pontifes romains. Il explique qu'il n'entend pas écrire une nouvelle histoire de la Catalogne au XVIII^e siècle, mais qu'il veut démontrer que dans le déroulement historique qui va de la guerre de succession d'Espagne à l'époque jacobine de la Révolution française, il existe une survivance, en Catalogne, d'une forte tradition, celle de la chrétienté médiévale, occultée par l'historiographie moderne ou objet de polémiques. Le travail de Fr. Canals Vidal s'appuie sur une présentation rigoureuse des faits et leur explication, dans une perspective de dialogue conflictuel avec les tenants d'un libéralisme ou d'une pensée conservatrice ou progressiste sur lesquels a été construite, de façon artificielle, la nouvelle conscience « nationaliste » catalane. La richesse et la solidité de la démonstration pourront susciter chez le lecteur une nouvelle compréhension des racines profondes du peuple catalan qui s'appuient sur une conception chrétienne du monde et de la vie, solidement étayées, face aux philosophes de l'idéalisme allemand et à ce que l'auteur appelle le « confusionnisme délétère du climat du romantisme européen » (Herder, les frères Schlegel).

À une « Catalogne de papier » issue d'influences factices, Fr. Canals Vidal oppose, dans les faits culturels et politiques du XVIII^e siècle, une Catalogne profonde, bien éloignée, dans son histoire, des présupposés économiques. L'auteur le montre bien, à propos des guerres carlistes et contre-révolutionnaires anti-absolutistes, et il souligne, au contraire, la faiblesse de l'influence de la pensée religieuse et des forces issues du jansénisme et des philosophies des Lumières.

On le voit, il s'agit d'une mise au point sévère, mais bien située, contre un nationalisme et un patriotisme catalan particulièrement fier et qui risque, selon Fr. Canals Vidal, d'être fondé sur une nébuleuse idéale et absolutiste politique. Car, le point culminant du devenir historique (et pas seulement catalan) oublie la substance initiale de l'homme, la véritable nature de ses droits. Or, que ce soit dans sa tradition antérieure au XVIII^e siècle (le XVII^e n'est pas culturellement mort) et surtout dans la très forte expression de sa culture humaniste et juridique classique (survivance de la tradition thomiste, la place de l'université de Cervera est sévèrement critiquée), que dans les richesses de sa spiritualité propre, de sa langue et dans ses affrontements, qui l'opposent aux Bourbons et à la Révolution française, la Catalogne ne peut pas faire l'économie de la reconnaissance de ce passé fécond, véritable créateur de son identité.

Gérard D. GUYON

Friedrich Carl von Savigny, « Vorlesungen über juristische Methodologie », éd. par Aldo Mazzacane, in *Savignana Texte und Studien* Vol 2, éd. Joachim Rückert, Sonderhefte n° 62 des *Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte*, Francfort, Vittorio Klostermann, 1993, 559 p.

Friedrich Carl von Savigny, « Pandektenvorlesungen 1824/25 », éd. Horst Hammen, in *Savignana Texte und Studien* Vol 1, éd. Joachim Rückert, Sonderhefte n° 63 des *Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte*, Francfort, Vittorio Klostermann, 1993, 227 p.

Il s'agit des deux premiers volumes des *Savignana* dont l'édition est devenue possible depuis que le fonds manuscrit du grand juriste allemand a été acquis par la Bibliothèque de l'Université de Marbourg. Longtemps en effet, l'ensemble du fonds et effets de l'auteur est resté dans la propriété de ses héritiers à Trages, lesquels refusaient leur communication aux chercheurs. Ce n'est qu'en 1977 que la BU de l'université de Marbourg put acquérir le fonds. Quelques années plus tard eut lieu (au Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte), une conférence internationale sur Savigny où le plan de l'édition fut intensément discuté et définitivement établi par l'éditeur actuel des *Savignana*, J. Rückert. Le lecteur intéressé le trouvera dans le premier volume (p. VIII et s) et pourra se faire une idée tant de l'importance du fonds (70 000 pages manuscrites, dont beaucoup de lettres), que de la largeur de vue de l'édition. L'ambition de celle-ci est en effet globale, puisque qu'il est prévu de presque tout publier (10 séries allant des « Matériaux et Compléments aux écrits de Savigny » aux « Papiers personnels » et « Varia », en passant par toute sorte de manuscrits ayant relation aux cours – esquisses propres, notes d'étudiants, notes du jeune Savigny...– et l'impressionnant fonds épistolaire). Ce projet, dont la réalisation commence avec ces deux volumes, a été adopté par la maison d'édition V. Klostermann, laquelle n'a pas lésiné sur les moyens pour donner à cet *Opus posthumum* l'allure qu'on connaît aux grandes éditions d'œuvres maîtresses outre-Rhin : un somptueux format et un luxe d'appareils philologiques et critiques.

Le premier de ces volumes n'est pas à proprement parler un inédit de Savigny. Il s'agit de la rédaction faite par un étudiant anonyme à partir de notes prises par lui à la *Vorlesung* donnée par Savigny à Berlin au semestre d'hiver 1824/1825. Possédant dans l'œuvre publiée de Savigny des travaux d'un grand détail et d'un achèvement certain sur cette matière¹, la question se pose quant à l'intérêt et l'utilité d'une édition aussi dispendieuse, de matériaux relativement éloignés de l'original et ne pouvant accéder à sa précision. L'éditeur (H. Hammen), qui se fait à lui-même l'objection, y répond en mettant en évidence un triple intérêt que présenteraient les relevés de cours savigniciens : ils renseignent plus amplement sur certains aspects du droit civil qui n'ont été que partiellement traités dans les dix volumes publiés de son vivant sur le droit romain et son droit des obligations ; ils permettent d'établir avec une bonne précision la chronologie de l'enseignement public de Savigny et de la réception de celui-ci par ses élèves ; ils repré-

¹ À savoir le *System des heutigen römischen Rechts* (8 Vol. Berlin, 1840-1849) et *Das Obligationsrecht als Teil des heutigen römischen Rechts* (2 Vol. Berlin, 1851-1853).

sentent enfin la seule source pour retracer avec une certaine assurance l'évolution doctrinaire de l'auteur.

À la lecture, le cours publié se révèle être un exposé assez complet du droit des Pandectes, présenté dans un ordre strictement systématique et d'où manque toute discussion allant au-delà des questions techniques de jurisprudence romaine. Les controverses de celle-ci sont souvent rapportées dans une forme très concise. Parfois le professeur prend position en faveur de l'une ou l'autre des doctrines sans pour autant entrer dans le détail des questions. L'ensemble est donc d'une grande technicité où prédomine l'énumération systématique des concepts, de leurs différenciations, des figures juridiques, des sources et des questions. L'on ne voit pas à l'œuvre ni la démarche propédeutique, ni l'effort réfléchi d'une « vivification » du droit romain à partir de ses sources premières par une méthode qui allie l'approche historique et exégétique à l'approche systématique et qui était le projet central de Savigny.

Est-ce le cours lui-même qui en était dépourvu ou est-ce le fait de son auditeur, qui pressé par le flux de la parole s'est concentré sur son contenu le plus positif ? Si la fréquence des abréviations et des ratures laissent penser que nous avons ici affaire à des notes non revues et restées telles qu'elles ont été prises en cours, la multitude de références incluses dans les notes ainsi que l'abondante et très précise annexe (une cinquantaine de pages de format très dense) de textes justificatifs suggère un retour aux notes et éventuellement une rédaction finale qui aurait pris la forme d'une rapide mise au propre. L'éditeur mentionne l'existence d'un deuxième manuscrit d'auditeur (cette fois-ci nominativement connu) du même cours et justifie le choix du premier par les difficultés – apparemment fréquentes – de déchiffrement du second. Une comparaison des deux manuscrits n'a pas été tentée par l'éditeur, qui cependant fait état de divergences considérables entre les deux relevés du cours. Ceci nous paraît être un défaut du travail éditorial, lequel semble rester à mi-chemin de ses propres ambitions : faire valoir les cours comme des indicateurs privilégiés de l'évolution de la doctrine savignicienne.

Le second volume (édité par A. Mazzacane) est en un sens plus instructif, dans la mesure où il rassemble des textes inédits se rapportant à la méthodologie juridique et jalonnant toute l'œuvre scientifique de Savigny puisqu'ils vont de 1802 à 1842. Le premier en date, le plus étendu et le plus intéressant est celui de la *Methodologie* de 1802-1803. Ce texte, écrit à 23 ans par le *Privatdozent* frais émoulu, reflète effectivement une étape assez importante de la période formative de sa personnalité et de sa doctrine. Il s'inscrit en plein dans ce qu'il est convenu d'appeler à la suite de D. Nörr¹, les années d'apprentissage philosophique de Savigny. La problématique de cette période étant en elle-même très intéressante (conflit entre les deux vocations, philosophique et juridique, du jeune auteur et sa libération du démon philosophique par un engagement décidé dans la jurisprudence), elle a attiré le zèle des savigniciens et donné lieu à une série d'études impressionnante. L'esquisse du cours de Méthodologie permet d'éclairer la position de Savigny quant aux rapports du droit et de la philosophie et surtout à la spécificité de la méthode juridique. Elle contient également des réflexions assez précieuses sur le sens et la fonction de l'Université, à une époque où celle-ci était en pleine réforme humboldtienne. La période formative de Savigny coïncide avec la période formative de l'Allemagne moderne elle-même qui lui a donné sa philosophie, sa littérature, sa science et son

¹ Cf. le compte-rendu de l'ouvrage de Nörr ici même.

État. Le texte de cette première méthodologie participe de la fraîcheur qui est celle des textes contemporains des idéalistes allemands – lesquels, pour beaucoup, ne sont pas plus âgés que lui. La distanciation de la philosophie, qui commence alors chez Savigny et qui ne cessera de s'accroître par la suite, se fait sentir par une concentration de sa méthode sur la problématique juridique. Cette concentration freine quelque peu chez lui les élans spéculatifs, si exubérants chez les jeunes enthousiastes de l'idéalisme.

Le mérite de l'éditeur est non seulement d'avoir livré un texte qui satisfait les standards philologiques posés programmatiquement en tête de l'édition, mais d'y avoir aussi introduit par une étude bien fouillée et très instructive sur le projet savignicien d'une « jurisprudence comme science ». Au centre de l'étude et du projet se trouve le couple conceptuel : histoire et système. C'est autour de ce couple que s'organisent les conflits et les lectures de l'œuvre savignicienne : romantisme et classicisme, historisme et dogmatisme, empirisme et philosophie. Ici s'affrontent les partisans d'une continuité dans l'œuvre avec ceux d'un retournement plus dramatique des choses. L'éditeur montre bien qu'à l'époque de sa première Méthodologie, Savigny tente encore de fonder le système du droit civil sur l'autonomie kantienne qu'il est surtout absorbé par le projet de transformer la doctrine du droit comme pure érudition (connaissance subjective d'un grand nombre de « faits ») en une science indépendante. Cela présuppose une rupture avec la jurisprudence du XVIII^e siècle et ses méthodes de « construction » conceptuelle et de distinction purement logique si éloignées de la chose même. La conscience de la nécessité d'un commencement à neuf s'élargit pour inclure l'ensemble de l'enseignement universitaire dont les méthodes sont toujours celles de la science des compendia d'inspiration wolffienne¹. La totalité des sciences historiques se trouvent en effet confrontées à un problème méthodologique fondé dans la tension au sein de leur objet entre la dimension historique d'une *cognitio ex datis* et la dimension logique du concept qui permet d'ordonner ces données et de leur imprimer forme et intelligibilité. La méthodologie atteint ainsi une dignité épistémologique puisqu'elle devient pour Savigny la « théorie de l'invention de la science » – ou encore la détermination de l'« essence de la vraie science »².

Il s'agira donc de « produire » (*producieren*) le droit civil à partir de l'exégèse et du système, de faire naître les concepts scientifiques pour ainsi dire devant les yeux de l'étudiant. Il ne peut plus être question de la méthode encyclopédiste qui part des concepts et de leurs définitions, mais d'un va et vient entre la source historique (ici le texte juridique autorisé) et son agencement dans le contexte de choses qui l'éclairent. Le travail historique-exégétique sera celui d'une recherche sur la source elle-même, dans l'intention de remonter à son origine véritable³ dans le site vital et culturel qu'est la nation romaine, seule créatrice de cette forme autonome de l'esprit qu'est le droit, et d'éclairer son sens à partir de là. Le travail systématique se concentre, lui, sur la mise en évidence du rapport *interne* des matières et de l'unité théorique qui en résulte. La science

¹ Nous renvoyons aux réflexions stimulantes du jeune Savigny sur la bonne pratique de la lecture. « Qu'est-ce que lire ? [Qu'est-ce qu'un livre ? » (p. 110) sont des questions qu'il pose et qui lui inspirent une *Kunstlehre* de la lecture d'une grande originalité - cf. également p. 139, 153 et s., 169.

² Cité par Mazzacane p. 21 et 23.

³ Les « sources » du droit romain sont, on le sait, pour la plupart relativement tardives : elles ont été fixées à un moment où la création juridique romaine était déjà tarie et où son site culturel avait complètement changé.

du droit est une science philosophique dans le sens où l'accession à la systématisme témoigne de cette capacité de développer un donné historique à partir de ses rapports internes et de le laisser se présenter devant l'esprit dans sa propre *vie*. L'esprit est alors spectateur de l'épanouissement d'un « contenu général »¹ qui inhère aux données singulières en même temps qu'il les dépasse dans la mesure où c'est lui qui les organise et qui leur donne sens. La science du droit devient dès lors une science qui vivifie son contenu et le saisit dans sa véritable unité².

Cette science et sa transmission ne sont pourtant pas possibles en dehors d'un certain cadre qu'est l'université. L'université est associée à une « méthode absolue » (*absolute Methodik*, p. 153) et représente « le chemin qui mène au chemin absolu » (*Weg zum absoluten Weg*, p. 132). La compréhension savignicienne de l'université emporte toute une réflexion sur l'évolution et l'état actuel du savoir à l'aube du XIX^e siècle. Le problème est posé pour Savigny par la transformation des conditions de production et de réception du savoir issues de l'invention de l'imprimerie et de l'expansion du savoir écrit dans des proportions insoupçonnées jusque-là. Cette expansion a changé tant l'écriture que la lecture : elle a aboli les conditions de concentration tranquille de l'esprit dans ces deux opérations. Elle a conduit à la pratique d'une écriture non concentrée, rapide et dispersée ainsi qu'à une pratique de la lecture exactement analogue. C'est une explosion de l'écrit qui a lieu dès lors et la constitution d'un écran livresque entre les sources et leur étudiant moderne – à la rigueur, indépendamment du fait qu'il soit novice ou expert. L'idée fort originale de Savigny est ici de recommander une sorte d'*epochè* avant la lettre, en imaginant la disparition de tous les livres et en retournant à l'état réel premier où il n'y avait que la source et rien d'autre – puisqu'un tel état doit nécessairement avoir existé. L'enseignement universitaire correspond précisément à la transposition dans une situation d'apprentissage qui est la plus proche possible de la source et la plus semblable à la structure de l'écriture et de la lecture préindustrielles. La communication orale (*Vortrag*) spécifique à l'enseignement universitaire nous ramène aux mêmes conditions dans lesquelles s'établissaient il y a 400 ans les rapports entre écrivains et lecteurs (cf. p. 169).

C'est le mérite de l'étude de l'éditeur que d'éclairer l'ensemble de la problématique méthodologique chez Savigny ainsi que de faire parler le texte de la première *Méthodologie*. Si celle-ci est en effet très intéressante par endroits, elle reste d'une facture cursive, elliptique et sommaire. Le commentaire, constant et précis, de l'éditeur, en bas de page du texte savignicien, est ainsi d'une grande aide. Quant aux textes qui suivent la première méthodologie, ils sont plus courts et correspondent à des périodes beaucoup mieux documentées du travail de Savigny. Les repères sont plus clairs : la défense du droit romain comme paradigme nécessaire de la science du droit, le refus des codifications modernes (françaises ou allemandes), l'historicité morale (*sittlich*) du droit sont des thèmes essentiels du juriste désormais berlinois. Savoir si ces textes, d'un caractère extrêmement fragmentaire et qui ne sont parfois que l'assemblage de simples notes de quelques mots ou de quelques lignes, sont d'un intérêt pour une meilleure connaissance de Savigny nécessiterait un travail d'exploration et de comparaison systématique allant de ces textes vers l'œuvre publiée et de celle-ci à ceux-là.

¹ Cité par Mazzacane p. 33.

² Cette doctrine rappelle évidemment l'idéalisme objectif. Cette affinité a été soulignée par J. Rückert dans une thèse qui a marqué la recherche sur Savigny.

Dans l'ensemble, la question qui s'est posée à propos du premier volume se répète pour les derniers textes du second. Il est de la nature de ces larges éditions, qu'on pourrait appeler « documentaires », qui publient la totalité d'un fonds littéraire, de contenir des pièces d'inégale valeur. Elles sont cependant toujours utiles parce qu'elles nous ouvrent l'accès au *Sitz im Leben* d'une œuvre et d'une personnalité qui furent des témoins privilégiés de leur époque.

Jean CLAM

Dieter

Nörr, « Savignys philosophische Lehrjahre : Ein Versuch », *Sonderhefte n° 66 Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte*, Francfort, V. Klostermann, 1994, 369 p.

Nous avons parlé plus haut (dans la recension des deux premiers volumes des *Savignana*) de l'époque formative de la pensée et la personnalité du jeune Savigny et de sa coïncidence avec une époque comparable dans l'histoire d'une Allemagne qui s'éveille à ses virtualités philosophiques, scientifiques et artistiques. Les élans des hommes de l'époque vers des carrières qui s'ouvrent à la faveur de ce réveil national, Savigny les partage avec les jeunes intellectuels de sa génération qui se consacrent les uns à la philosophie, les autres à la science, encore d'autres à la théologie... On peut dire encore que toutes ces consciences, par delà la diversité de leurs intérêts et de leurs vocations, sont émues par *un* problème central : celui de la nature et de la destination morales de l'homme. Entre *Aufklärung* et romantisme, le débat est celui de la remise en question de l'optimisme des Lumières dans la crise née de la « barbarie » (un terme de Schiller) de la Révolution française. Une filière de recherche assez étoffée aujourd'hui nous a renseigné sur la brisance de l'« événement » en Allemagne, sur le choc tétanisant qu'il eut sur les consciences dans ce pays et la longue réflexion qu'il y mit en marche. Or, la période formative de Savigny se situe entièrement sous le signe de cette réflexion et de ces débats. Cependant, si elle est animée par le même zèle philosophique et théologique de l'époque, si elle participe du spiritualisme général de celle-ci, elle n'est pas moins originale dans l'élaboration de ses orientations. Débuts marqués par une fascination pour la morale kantienne et son extraordinaire contrainte rationnelle, affinité grandissante avec la pensée esthétisante de F. Schlegel, rapprochement du « pathologisme » de Jacobi, séduction passagère par l'idéalisme objectif, recherche d'un chemin propre dans une discipline, le droit, en plein renouvellement philosophique et évolution vers une conception propre de l'historicité (du droit essentiellement), tels sont les moments de cette période à laquelle Dieter Nörr consacre sa monographie.

La contribution de Nörr représente de par son étendue, son détail et sa minutiosité une synthèse de la recherche et un passage désormais obligé des études savigniciennes. Le sous-titre (*ein Versuch* : un essai¹) donne à l'ouvrage, du coup, une allure trop modeste – et l'on pourrait se demander s'il est vraiment sincère. Cependant, mesuré au projet tel qu'il est mis en œuvre par Nörr, le caractère tentatif du travail n'a plus rien de la coquetterie d'un auteur qui n'est que trop conscient au fond du poids de sa performance. En effet, Nörr ne tente rien moins qu'une enquête biographique globale qui se tisse comme un canevas où la figure centrale ne prend forme qu'à partir d'un arrière-plan qui la dessine et la fait émerger au centre d'une multiplicité de perspectives. Nous avons mentionné, dans l'énumération des moments de l'évolution du jeune Savigny, quelles pouvaient être celles-ci. Nous ne rendrons pas compte des analyses qui s'y rapportent, pour ne pas refaire – en moins bien sans doute – ce qu'Olivier Beaud a fait dans une longue recension du travail de Nörr qui en donne une véritable étude critique². Cette recension a le mérite, au-delà d'un rapport très détaillé du contenu de l'ouvrage, d'en livrer une excellente conclusion – conclusion devant laquelle Nörr avait reculé, effarouché par la complexité du matériel que son propre travail avait mis au jour. Nous

¹ Dans le sens de tentative.

² Elle est parue au *Rechtshistorisches Journal* 14, 1995, p. 108-127 (Francfort).

renvoyons donc, tant pour l'analyse du contenu que pour la conclusion, à la recension de Beaud¹ pour nous concentrer sur une appréciation du projet biographique et herméneutique de Nörr.

Nous pourrions formuler d'emblée le constat central de cette appréciation : le travail de Nörr nous semble trop philologique et trop peu herméneutique pour échapper à une sursollicitation fatale (l'allemand dirait plus simplement : *Überforderung*) des tentatives de compréhension d'une figure historique par la matière historique elle-même. Si son projet rappelle par certains aspects le travail de Dilthey sur Schleiermacher, il s'en éloigne d'autre part par la qualité de son approche. Nörr travaille à la manière des orientalistes ou des philologues classiques cherchant à établir entre les textes et les personnes des liens d'influence ou d'interinfluence causale. Il n'est pas surprenant dès lors que les textes se transforment en « *Belegstellen* » (passages-témoins ou encore pièces à conviction) dont la force probative est mesurée à l'aune de fréquences, de recouvrements et de similitudes d'expression. La recherche se mue alors en un projet, finalement impraticable, de saisie maximale de la matière textuelle et nous laisse au bout du compte avec des « fils pendants » dans la main (« *Hängende Fäden* » est le titre du dernier chapitre du travail) et le constat d'une impossible conclusion². L'érudition historique se prend ici à son propre piège, qui est celui de toute problématique purement historicisante ou strictement philologique des sources et influences. C'est l'impasse où certaines branches de la recherche sur l'histoire de la philosophie se sont notoirement enfermées, qui tentaient par l'établissement, à l'aide d'indices concrets, de la diffusion d'un texte, de conclure à sa « connaissance ». C'est supposer aux textes une efficacité réelle et réduire le processus herméneutique à une « *Wirkungsgeschichte* » où la disponibilité des textes est indépendante de la problématique de la virtualité de leurs accès. L'herméneutique est une science de la médiation de la compréhension des textes par l'arrière-plan des textes eux-mêmes. C'est une problématique de l'« horizontalité » du comprendre, dans le sens où tout comprendre est conditionné dans sa possibilité par une auto-compréhension globale qui ouvre et délimite l'horizon des possibilités du sens et de ses constitutions³. Cet horizon n'est certes lui-même saisissable que dans des textes, mais c'est alors qu'une lecture herméneutique est sollicitée qui en révèle le niveau constituant.

Cela ne veut nullement dire que l'herméneutique puisse nous épargner le travail de recherche historique et nous fasse échapper au « purgatoire » des peines de la lettre écrite, ni au sérieux du *Te totum applica ad textum*. Le caractère indispensable de la « méthode historique » est d'ailleurs prouvé par la fertilité de l'enquête de Nörr lui-même. La richesse du matériel dégagé transforme effectivement la vision qu'on pouvait

¹ Laquelle, au-delà de la conclusion, formule des critiques très sensées, que nous aurons cependant l'occasion de discuter plus bas.

² C'est pourquoi O. Beaud s'est senti obligé, à la fin d'un compte-rendu substantiel, d'y suppléer.

³ Nous allons ainsi à contre sens de la critique de Beaud, lequel s'en prend à l'herméneutisme de la méthode de Nörr en montrant les limitations. Beaud est ainsi d'avis que Nörr s'est trop exclusivement attaché aux textes, négligeant ainsi leurs arrière-plans, pour ne pas dire leurs arrière-pensées sociales. Notre appréciation, sans aller jusqu'à éprouver le manque d'une critique non pas des textes mais de leur « idéologie » latente, montre que l'approche philologique de Nörr, au lieu de préparer ou de se fondre dans une approche herméneutique à la Dilthey, en reste au niveau d'une atomisation des textes comme pièces à conviction et ne se risque pas dans une analyse des horizons premiers de la constitution de leur sens.

avoir des « années d'apprentissage » savigniciennes. De même, l'entretissage des textes du jeune Savigny avec une multitude de textes de tous les horizons de la scène intellectuelle allemande contemporaine, est un beau travail d'herméneutique culturelle¹. C'est toute une géographie savante, littéraire et artistique de l'Allemagne qui se révèle à nous, découverte à partir d'un site biographique pour ainsi dire, qui a ses attaches régionales et sociales précises. Si les grandes figures de Goethe, Schiller et Kant dominent la scène, d'autres, plus jeunes, et d'une productivité (surtout épistolaire et journalistique²) débordante, sont les véritables multiplicateurs des théories et des opinions en cours. Thématiquement, ce sont des concepts, des idées, des controverses qui se cristallisent et se retrouvent tant au niveau des débats entre les « grands » que dans les micro-régions de la scène intellectuelle.

Les excès de la méthode historique de l'auteur n'amoindrissent donc pas significativement les mérites ni les gains de sa recherche. Sa méthode eût été bien moins inappropriée s'il avait traité d'un auteur et d'une époque où les sources textuelles avaient coulé avec moins d'abondance et où le type de pensée et de transmission de la pensée avait été autre. Appliquée pour retracer le cheminement d'une tradition philosophique scolaire (ou scholasticisée) dans un environnement de rigidification des doctrines et de perte de la pratique vivante du philosophe, elle eût été beaucoup plus instructive. Mise à l'épreuve sur une période qui a connu l'une des efflorescences les plus riches et les plus surprenantes de l'histoire de notre culture, elle semble mal adaptée. En effet, face à une production textuelle écrasante, où le penser et le sentir ne cessent d'éclorre en avant des textes, les maintenant pour ainsi dire sans cesse en défaut, et témoignant par là d'une stimulation excessive dans l'horizon même du comprendre, une telle méthode est condamnée à révéler ses défaillances herméneutiques.

Jean CLAM

Michele Cascavilla, *Colpa e infelicità. Giustizia e pena in Rosmini*, Torino, Giappichelli « Recta Ratio » 12, 1995.

Professeur de philosophie du droit pénal à l'université d'Urbino, Michele Cascavilla déjà connu notamment par ses études sur le droit féminin et sur certains aspects du socialisme juridique italien, s'est attaché à la figure de Rosmini qui a si fortement marqué la culture transalpine depuis plus d'un siècle. Cette influence de Rosmini est à rechercher aussi au plan pénal, et même à travers les courants les plus opposés en apparence à sa métaphysique de la liberté incarnée ; les mouvements du positivisme criminologique ne sont pas les derniers à s'en être inspirés (comp. l'article fourni de M. A. Cattaneo publié dans les mélanges offerts à la mémoire de G. Ambrosetti, éd. Giuffrè, 1989, t. 1). Et il ne faudrait pas oublier non plus l'ascendant exercé par Manzoni, le poète et romancier fondateur de la langue italienne, ami le plus cher de Rosmini (qui l'assistera à sa dernière heure). Car les nouvelles et les pamphlets de Manzoni sont restés dans la mémoire des pénalistes, et ils ont été, sous l'instigation précise de Rosmini, d'une virulence extrême à l'égard des principes et des pratiques du

¹ Même s'il n'est pas visé en tant que tel.

² Il s'agit des revues lettrées de l'époque s'entend.

droit italien et de ses hypocrisies de procédure, après comme avant un Beccaria vis-à-vis duquel Manzoni, au retour de son séjour parisien, avait pris quelques distances et dont il était pourtant... le petit-fils !

Dans cet essai de synthèse, fort brillant et concis, l'auteur s'est résolument éloigné des sentiers battus d'une théorie pénale élaborant des apports criminologiques pour s'engager dans la démarche plus proprement philosophique de la justification du « troisième terme », du *présupposé* normatif lui-même, inhérent à la responsabilité et à la culpabilité, à la cause en somme à laquelle répond la conséquence de la peine.

La philosophie rosminienne pratique l'intégration universalisante héritée de la méthode du réalisme thomiste. Elle retient les données d'une tradition, mais elle se préoccupe de les justifier toujours au degré spéculativement le plus haut, face aux courants générateurs de traditions distinctes et nouvelles. C'est ainsi que Rosmini a conservé le vieux schéma aristotélicien de la justice commutative ; or non seulement il y a introduit dans l'ordre pénal le souci de la culpabilité et de la responsabilité que lui ont transmis les doctrines morales d'Augustin et de Thomas d'Aquin, mais il les harmonise avec les éléments reçus à la fois de l'approche empiriste lockienne et de l'approche rationaliste kantienne : éléments de retour plus direct à l'intérêt et au sujet considéré dans sa conscience normative. Encore faut-il bien voir que l'intérêt est revalorisé dans la perspective d'une eudémonologie accordée aux exigences de l'être, et que cette conscience normative n'est que le reflet de ces mêmes exigences désignant un bien objectif.

Il est donc possible de relire Rosmini en des termes qui le situent et l'expliquent par rapport à un utilitarisme ou à un rétributivisme dans l'acception moderne et idéaliste de ces mots. Il ne cède ni totalement à l'un, alors même qu'il incorpore le sens de l'intérêt le plus subjectif, ni entièrement à l'autre, qu'il délivre de ses limites formalistes et objectivisantes, autrefois aristotéliciennes ou aujourd'hui kantienne. Si rétributivité il y a chez Rosmini, comme le montre d'emblée Michele Cascavilla, elle prolonge certes l'idée du Stagirite qu'un certain équilibre a été rompu par le délit et que la peine entend le compenser, mais elle s'interprète nettement sur le versant de l'égalité à rétablir entre un désavantage ou un mal moral et un désavantage ou mal purement eudémonologique. C'est parce que le premier mal est mal à l'éthique, au devoir-être de l'être, à travers la perte d'intérêt ou de plaisir subie, que le second mal peut être imposé comme un *quantum* de souffrance ou de déplaisir : le second mal, mal eudémonologique pur, n'est en somme qu'une conséquence négative du premier, le mal moral, fondé sur la nécessité normative qu'il contredit en référence au bien objectif lui-même. Toute l'éthique rosminienne en effet vise à accorder eudémonologie et éthique centrée sur l'être, dans le respect de la nature ou du degré d'être de chaque chose, et elle conduit à ne justifier l'avantage ou le plaisir du sujet comme bien subjectif que s'il contribue au bien objectif qui repose sur la loi même de l'être. Contrairement à une politique du talion, le mal n'appelle pas en soi le mal ; mais quand le mal n'est mal qu'au regard du bien objectif, il peut justifier un mal subjectif du strict point de vue de l'égalité dont le droit est le garant et qui n'est qu'une proportion eu égard au mal subjectif éprouvé par la victime.

Le droit pénal peut dès lors ne pas vouloir uniquement s'adapter aux attentes d'une défense de la société et de son bien propre, composé du bien subjectif potentiel de ses membres, au nom d'un utilitarisme classique qui semblerait procurer à ce droit un statut d'autonomie. Le droit pénal peut à l'opposé requérir une culpabilité du délinquant, en faisant correspondre le mal du délit au mal de cette culpabilité, et en faisant admettre que

la rétribution que la peine inflige n'est en profondeur qu'une rétribution de la faute. Le mal eudémonologique de la peine équilibrera le mal moral de la faute à l'origine du délit. Car la faute est redéfinie à la fois comme « cause volontaire du mal » et comme perception de celui-ci (représentation erronée de la partie pour le tout) et c'est ainsi qu'elle soustrait la tendance de l'utilitarisme au risque de frapper des innocents, dénués de la moindre conscience ou intention, et la tendance d'un rétributivisme formaliste au danger de favoriser l'esprit de vengeance et de règlement de compte. Autrement dit, par la faute, le souci d'un but extrinsèque et social est intégré et protégé contre ses dérives, mais l'attachement à l'égalité est fondé sur ce « troisième terme » qu'est l'être, qu'est le bien objectif, ce qui évite à l'égalité d'être purement horizontale et immanente : l'égalité s'ordonne au principe d'une nécessité normative dans l'être, dans cet être que la faute consiste à se représenter partiellement et à ne vouloir qu'à moitié selon un acte de reconnaissance limité qui nie la présence antérieure d'une connaissance de l'être par l'idée...

Michele Cascavilla rappelle opportunément la conception rosminienne qui fait du droit *une faculté eudémonologique* (d'où son rattachement à l'intérêt et à l'utile) *en tant que protégée par la loi morale* (d'où son rattachement à la nécessité de l'égal, de la rétribution). C'est ce qui fait apparaître Rosmini, à la manière de Kant, comme désireux de dépasser l'empirisme ; mais Rosmini, s'il ne retombe nullement dans l'égalité réaliste exclusivement objective d'Aristote, ne suit pas le kantisme dans son légalisme subjectif. Certes, la loi rosminienne est elle aussi un constituant *a priori* de l'expérience ; cependant, elle possède une source objective qui n'est pas la raison, mais la *lumière de l'être* que l'esprit, que son intuition première, communique à l'activité de la raison (ce dont la résonance est beaucoup platonicienne et augustinienne). L'on pourrait dire que la loi morale est en langage aristotélicien un principe informatif, une forme, mais ontologique et objective, et que c'est cette objectivité qui fonde seule et justifie l'objectivité seconde d'une égalité caractéristique du mécanisme rétributif.

La faute est donc de transgresser la loi. Mais il ne s'agit pas d'une violation formelle d'un ordre préceptif de la volonté, suivant le schéma imputativiste venu de la Réforme (théorie de l'*impositio-imputatio*), véhiculé par Pufendorf - *Zurechnung* - puis par Kant et Hegel et repris par Kelsen. La faute implique une double postulation cognitive et volontaire tournée vers un objet et saisie dans son contenu normatif. Elle s'attaque par là à ce qui légitime l'activité eudémonologique ou l'attente de plaisir des individus et de la société, une activité qui ne devient droit que lorsqu'elle est précisément « licite » non en conformité extérieure à une règle, mais en accord interne avec une exigence d'être et de valeur. Le critère le plus immédiat de la faute sera dans cette lésion de la félicité d'autrui, dans la restriction eudémonologique imposée à autrui. Mais si de l'acte l'on induit la faute, c'est au regard de la loi qui régit en même temps l'activité eudémonologique de la victime et de l'agresseur et qui soumet l'intérêt de chacun au respect de la norme ontologique. C'est parce que cette norme ontologique ne peut permettre que l'avantage de l'un soit au détriment de l'autre, que le plaisir de l'un se conquière sur le déplaisir de l'autre que la faute est établie et que la peine pourra la compenser comme correspondant à un *quantum* d'infélicité proportionnel au malheur qu'elle a provoqué. L'utilitarisme est écarté en ce qu'il oblige à un calcul de la valeur d'après les intérêts en les quantifiant ; le rationalisme l'est tout autant en ce qu'il conduit à ne juger qu'en fonction de l'adéquation formelle de la volonté de l'inférieur, le justiciable, au supérieur,

le législateur – la raison qui prescrit. Mais il est tenu compte de l'intérêt et de la défaillance que traduit la volonté à travers l'acte délictueux à condition de ressourcer ces deux éléments dans la loi ontologique sous-jacente qui seule peut les ordonner et hiérarchiser le rapport de chacun à autrui et à la société (on le verra dans la réponse à l'homicide sous forme de « légitime défense », quand le tort fait au bonheur d'autrui peut se justifier eu égard à l'être du fait même qu'il assure l'immédiate protection du droit inhérent au bonheur ou à l'intérêt diminué de la victime : le droit naturel de se défendre se fonde comme le droit naturel de punir sur les deux composantes eudémologique et morale qui désignent l'intérêt et sa licéité au regard de l'être).

Il découle de ceci que la mission d'un droit pénal est de promouvoir la justice qui s'inscrit dans l'être. Du moins est-ce la fin qui justifie le droit pénal en tant qu'il peut imposer l'infélicité eudémologique. Or son but doit être sans doute plus modeste que cette fin. Car il n'est pas tout simplement demandé à l'homme d'être l'interprète d'une justice qui vaut au plan moral en faisant aussi l'exécuteur. Le plan juridique doit en réalité demeuré distinct, explique M. Cascavilla, en rattachant cette conception de la dualité du moral et du juridique à une interprétation de nature théologique.

L'homme, pris socialement (le législateur) ou individuellement (le sage) ne peut jamais prétendre accéder à une connaissance totale de cette faute qui se présente comme le premier mal, comme la cause volontaire du mal moral qui semble appeler la responsabilité et donc la sanction du droit à travers un mal eudémologique qui la rétribuera. Il n'est donné à l'homme que de connaître de façon à peu près certaine que la manifestation événementielle de cette faute dans le délit commis, d'en analyser les modalités, d'en mesurer la quantité d'infélicité. La faute ne saurait que se dégager présomptivement et donc indirectement de ces données qui la reflètent toujours imparfaitement.

D'un côté, il est normal que l'homme ait le désir de réaliser la justice, dont l'aspiration se trouve dans sa nature ; il possède une sorte d'inclination à vouloir punir ainsi l'action délictuelle ; mais il ne peut prétendre punir que la faute qui s'y déchiffre, et non une faute qu'il établirait de manière plus directe et isolément, ou une faute qui serait l'expression totale de la personnalité à laquelle elle est attribuée. Ce qui signifie que, d'un autre côté, la compétence d'un jugement sur la faute revient à Dieu, si la faute est détachée du délit et si elle est considérée dans sa réalité morale.

L'homme n'est par conséquent chargé que d'une rétribution juridique qui va à la faute, mais à travers le délit, à travers la forme délictuelle prise par l'activité eudémologique ou d'intérêt de l'homme quand elle porte atteinte à l'activité de jouissance eudémologique ou d'intérêt d'un autre homme. Dieu, quant à lui, assume la rétribution morale qui vise la faute directement et indépendamment du délit, sans considération pour la jouissance eudémologique qui regarde le rapport de l'homme avec l'homme et avec la société temporelle. Et l'intervention divine peut apparaître en l'occurrence comme s'effectuant au titre d'un droit positif et volontaire divin, qui gracie ou qui punit de façon mystérieuse. En fait, le droit de la rétribution divine s'appelle miséricorde ou charité ; or si l'homme en est exclu, si le pouvoir de juger par miséricorde ou charité lui est enlevé, et s'il lui est conseillé de s'abstenir de proférer un jugement comme seul acte de participation à la miséricorde ou à la charité, c'est parce que l'homme blessé est porté aux abus, aux passions et c'est parce qu'il manque, en raison de sa nature originellement viciée, du discernement nécessaire des fautes. La loi positive de Dieu peut dès lors se situer en radical désaccord avec la meilleure loi tirée de la nature de l'homme. Dieu peut

pardonner ou châtier, là où, aux yeux de l'homme, la rémunération pénale de ce qui lui apparaît être la faute semble requise ou écartée. Dieu seul peut composer et harmoniser la justice à vocation juridique et cette justice purement morale qui appartient au domaine de la miséricorde. D'où le pessimisme rosminien touchant la justice humaine, et son optimisme tourné vers la grâce divine. Sur ce point d'ailleurs, Rosmini ajoutons-nous rejoint la tradition réformée et ce n'est pas un hasard si dans la partie pénale de sa *Filosofia del diritto* il se plaît à citer longuement en note Pufendorf (en accord d'ailleurs également avec saint Thomas).

En tout cas, M. Cascavilla le fait clairement ressortir : le droit pénal repose sur un fondement éthique incontestable, qui le rattache à l'ordre de la justice dans l'être ; mais ce n'est pas ce fondement qui l'autorise à établir le droit de punir : il ne lui est permis de le faire que grâce à l'intérêt, à l'utilité, à la jouissance eudémonologique qui caractérise l'activité de l'homme et qu'il faut protéger contre les lésions qui l'affectent ; cependant, la répression ne peut s'exercer que dans le respect de l'exigence de l'être qui pose le principe de la culpabilité, de sorte que si le « fondement éthique, écrit Cascavilla, ne peut donner corps au droit de punir, il indique seulement les *conditions de possibilité* d'une peine juste... ; la justice sans utilité est vide, l'utilité sans justice est aveugle ».

Il reste toutefois à se demander, ce qui pourrait être une objection adressée à Rosmini lui-même, s'il n'est pas arbitraire de diviser entre faute morale non extériorisée et extériorisée et donc exposée au jugement du droit. Existe-t-il donc des fautes purement morales qui ne s'accompagnent d'aucun de ces éléments eudémonologiques qui forment la matière du délit juridique ? N'est-il pas utopique de penser à un retrait du sujet hors de ses actes utiles, si bien que la qualité éthique de son être personnel, autrement dit son innocence ou son caractère juste ne serait lié à aucune expression d'intérêt ? Le « ne pas juger » peut s'appliquer, on le comprend au sens évangélique, à la personnalité comme capacité de se reprendre et d'accomplir des actes différents, mais l'on ne voit guère la raison même théologique qui peut justifier le mythe d'une faute ou non-faute pure, sans manifestation incarnée dans un acte d'intérêt.

La célébrité de l'approche thomiste de la responsabilité pénale (comp. Villey, *Arch., philo. dr.*, t. 28) tient aussi à la recherche de la volonté libre comme cause morale de la responsabilité, mais en individualisant à tel point la culpabilité qu'elle finit par se réduire à l'excès en présence de tous les conditionnements qui pèsent sur elle, qu'ils soient intérieurs (passionnels, héréditaires) ou extérieurs (opinion, imitations sociologiques). C'est ce qui lance un défi au jugement humain sur la culpabilité, pourtant si nécessaire à pratiquer ne serait-ce que pour repousser les arguments de la défense ou de l'utilitarisme social qui ne regarderaient que l'infélicité procurée par le délit. Or, comme l'indique Cascavilla, Rosmini reprend et approfondit cette tradition (qui aura un retentissement sur la criminologie italienne). Il s'attache en effet à décrire toutes les causes d'individualisation qui viennent enfouir la liberté et la culpabilité et la rendent opaque à l'appréciation du moraliste le plus lucide ; il exhorte à une législation sociale qui prévienne les facteurs du crime (alcoolisme, mode d'habitat, incitation à la violence, et même « fiscalisme ») d'où un certain esprit d'indulgence communiqué au droit, à un droit qui doit limiter son champ à la faute immanente pour ainsi dire au délit, et qui doit entériner les raisons mêmes de la défense sociales, aussi relatives qu'elles soient, du moment qu'elles sont compatibles avec l'exigence de faute et de liberté. Mais sans cesse le droit sera menacé d'oublier la faute ou d'en poser une définition qui méconnaisse la

supériorité d'un jugement moral et d'une attitude de miséricorde qui ne peut être en son pouvoir, et sans cesse il risquera inévitablement d'exciter le mal par le mal, par la quête inquisitoriale d'une culpabilité qui échappe donc en son fond à l'homme ou par l'instrumentalisation de l'homme par la société : c'est encore Manzoni, dit Cascavilla, qui craignait le plus le sacrifice d'un innocent par la collectivité et qui s'écriait : « il vous sera tenu compte d'un seul homme immolé pour le peuple ! ».

Jean-Marc TRIGEAUD

Eric Voegelin, Alfred Schütz, Leo Strauss und Aron Gurwitsch, *Briefwechsel über « Die Neue Wissenschaft der Politik »*, éd. Peter J. Opitz, Fribourg, Verlag Karl Alber, 1993, 156 p.

La correspondance que publie la maison d'édition Alber comme une sorte d'annexe à l'édition allemande de la « New Science of Politics » dont elle possède les droits, fait dialoguer quatre grands noms de l'émigration allemande¹ lettrée aux États-Unis. Elle couvre un espace de temps (1951-1953) assez restreint et reste centrée autour de thèmes éveillés par le livre de Voegelin cité plus haut. Ce livre (publié à Chicago en 1952) eut un retentissement assez extraordinaire et déclencha, pour certains, la renaissance de la philosophie politique aux États-Unis². L'approche de Voegelin se situe dans la tradition européenne d'une philosophie, ou encore d'une métaphysique de l'action, issue des philosophies classiques de Platon, d'Aristote et de saint Augustin, elles-mêmes lues à la lumière d'une philosophie chrétienne de la transcendance et de la révélation. Sa vision de la modernité sollicite audacieusement l'idée de gnose et forge celle d'une perversion gnostique de l'attente messianique dégradée en une réalisation par l'homme, dès l'ici-bas, du salut du monde.

La correspondance la plus suivie et la plus « abondante » (6 lettres, 75 p. d'un format peu chargé) est celle entre Voegelin et Schütz. Les deux se connaissaient d'avant l'exil, ayant tous les deux étudié auprès de Hans Kelsen à l'Université de Vienne. L'échange va à l'essentiel avec une exigence d'élucidation conceptuelle et un effort de défense de positions propres qui ménage à peine les susceptibilités de l'autre³. Au centre de l'explication se trouve l'idée husserlienne de motivation dont la théorie est développée par Schütz autour du concept de « relevance ». Tant Schütz que Voegelin sont conscients que la phénoménologie husserlienne échoue devant la problématique de l'autre et du groupe. Alors que le premier élabore la notion d'« état d'intérêts » (*Interessenlage*) et considère que celui-ci est la première donnée d'une théorie de l'action, dont la

¹ Au sens large : Gurwitsch est originaire de Wilna, vécut à Dantzig et fit ses études et un début de carrière en Allemagne. Voegelin est né à Cologne et grandit à Vienne, où Schütz a vécu jusqu'à l'Anschluß, tandis que Strauss est originaire de la Hesse ouest-allemande. Voir les notices biographiques assez utiles à la fin de l'ouvrage.

² Renaissance durable si l'on pense à l'intensité de la réflexion politique aux États-Unis aujourd'hui encore, ainsi qu'à son influence internationale avec des figures comme Rawls, Nozick ou Dworkin.

³ Les lettres contiennent des reproches personnels assez clairs qui laissent supposer une relation tendue entre les deux philosophes. On peut mal deviner, sur la seule base des textes publiés, les motifs de cette tension.

tâche devra être l'analyse des différents ordres de relevance des intérêts, Voegelin tient à une conception plus métaphysique des présupposés du comprendre et du savoir, qui rappelle le premier Heidegger. La pierre d'achoppement de la théorie de Voegelin, sur laquelle butent la plupart de ses correspondants, est une espèce de théologisation subreptice de ces présupposés. En effet, l'approche voegelinienne tend à emprisonner le débat dans des alternatives trop exclusives : en interprétant les fondements métaphysiques d'une compréhension de l'étant comme révélation, et en identifiant celle-ci à la révélation judéo-chrétienne, il invalide tous les accès à la vérité qui ne s'enracinent pas dans la tradition de cette révélation. C'est le reproche que lui fait Strauss, qui se dit incapable de le suivre sur ce chemin. De même, Schütz objecte ne pouvoir distinguer les mauvaises interprétations (gnostiques) de cette révélation, de celles qui le sont moins. Gurwitsch, de son côté, soupçonne la sotériologie messianique de contenir toujours en elle les germes du gnosticisme. Pour lui, les tentatives de réalisation gnostiques de l'*eschaton* ne se font pas contre, ou en dépit de, cette sotériologie, mais à cause d'elle.

Ces objections sont pour Voegelin l'occasion de développer à nouveau son intuition de l'illusion (*fallacy*) à laquelle succombent irrémédiablement la pensée et l'être de l'homme à chaque fois que n'est pas vécue l'expérience de la *non-réalité* des contenus de la foi au sens strict, c'est-à-dire des contenus qui dépassent l'entendement et exigent un *sacrificium intellectus*. En tant que soustrait à la lumière naturelle, l'ensemble de la dogmatique et de l'eschatologie chrétiennes n'a *pas* de réalité, au sens d'une réalité immanente. Ainsi, la tendance opposée à l'éclosion des expériences et des vécus de la transcendance se double-t-elle souvent d'une tendance à l'immanentisation de l'*eschaton*. C'est cela que Voegelin appelle le gnosticisme et décrit comme la chute originelle de l'esprit et son auto-exclusion de la vérité du savoir, tant philosophique que gratial. Millénarisme sécularisé, utopisme, fin de l'histoire, autant de mouvements « gnostiques » qui déchoient dans l'« illusion de la concrétude déplacée » (*fallacy of misplaced concreteness*, dit Whitehead que cite ici Voegelin). Ces tendances sont fausses et mauvaises, tout simplement parce qu'elles refusent d'accepter l'évolution, déjà accomplie, des vécus de la transcendance, qui les a fait passer d'un état « compact » (*Kompaktheit*) – qui est celui, naïf et pour ainsi dire innocent, de la gnose cosmologique antique – à un état « différencié » (*Differenzierung*). Cette évolution a été essentiellement réalisée dans le trinitarisme chrétien.

Par la contraction de l'explication aux dimensions de quelques lettres et par la concentration de chacun des partenaires de l'échange sur les enjeux qu'il considère comme fondamentaux, par le caractère direct et précis des critiques, le recueil se présente comme un bouquet d'intuitions. L'aperçu est roi, ici, qui ramasse en quelques lignes des vues que les auteurs développent ailleurs, dans des œuvres plus académiques, c'est-à-dire dans un état de dilution et d'isolement qui contraste avec ce qu'ils nous offrent dans ces lettres. Nous voyons ainsi Strauss récapituler en quelques phrases son interprétation du « dire à moitié » platonicien, Voegelin préciser sa compréhension de la révélation et formuler une thèse sur la dédivination de l'homme homérique ou le problème de la *Peitho* entre Platon et Eschyle, Schütz éclairer la notion de « rôle social » par sa théorie des niveaux de relevance. La lecture de l'ensemble ne semble cependant profitable qu'aux initiés au problème de la fondation de l'epistèmè politikè dans une phénoménologie ou une métaphysique de l'action. Le dialogue, d'une netteté souvent tranchante,

de quatre représentants éminents de la science sociale de notre siècle, ne manquera pas de les intéresser.

Jean CLAM

Curtis L. Handock et Anthony O. Simon (eds.), *Freedom, Virtue and the Common Good*, American Maritain Association, University of Notre Dame Press, 1995.

Sous l'impulsion du renouveau dont les études juridiques sur la loi naturelle et l'éthique de la vertu ont récemment fait l'objet, certains membres de l'Association Américaine Jacques Maritain (*American Maritain Association*) ont décidé de s'associer au développement des investigations dans ce domaine. Ils manifestent leur volonté de contribuer à cette tendance significative de l'évolution des recherches juridiques à travers une publication collective qui s'inspire non seulement des travaux du philosophe, mais aussi de ceux du juriste d'origine française Yves R. Simon ¹.

Regroupés sous le titre « La liberté, la vertu et le bien commun », les articles d'une trentaine de spécialistes de sciences politiques et de philosophie du droit examinent les éléments qui sont en fait les conditions *sine qua non* d'une conception satisfaisante de la loi naturelle et de l'éthique de la vertu : ceux-ci constituent *grosso modo* une philosophie juridique morale qui donne priorité à la formation du caractère, ainsi qu'au développement des habitudes sociales et individuelles nécessaires au perfectionnement de la vie humaine. L'éthique dont il est question ici se fonde donc essentiellement sur une philosophie juridique de la personne humaine.

Les principes fondamentaux sont abordés dans la première partie de l'ouvrage, ouvrant ainsi la voie à une seconde partie plus fournie consacrée aux directives morales, et dans laquelle on pourra lire en particulier l'article où Mark McGovern livre des remarques critiques sur la conception de la loi naturelle chez Thomas d'Aquin. On y trouvera encore notamment « Trois versions du bien non moral », et des réflexions sur l'éthique existentielle. La dernière partie, qui fait état de considérations sur le bien commun, présente une application de la philosophie politique d'Yves Simon. Les autres articles contribuent eux aussi à montrer que, d'une façon générale, comprendre comment la vie d'un homme devrait être vécue passe de façon inéluctable par la compréhension de ce qu'est précisément la vie d'un homme.

À la question de savoir ce qui définit un bon citoyen face aux exigences de la démocratie, les membres de l'Association Maritain offrent collectivement des éléments de réponse en soulignant la primauté de l'expérience sur la théorie, celle de l'induction sur la déduction. C'est dans cet esprit que la philosophie de la loi naturelle est à même d'approfondir ici d'une part la vie morale de l'individu, et d'autre part la relation qui unit cette dernière à l'autorité, qu'elle soit juridique, politique et sociale. L'examen de cette relation suppose une enquête sur la nature du bien commun – un thème dont l'importance est avérée, à la fois dans le domaine juridique et dans celui de l'éthique. D'autant plus que c'est précisément au nom du bien commun que nombre d'injustices sont commises, alors même que beaucoup de juristes n'envisagent pas cette éventualité.

¹ On pourra consulter la recension de *Practical Knowledge* parue précédemment dans les *Archives*.

Cette même situation étant toujours d'actualité, les auteurs de *La liberté, la vertu, et le bien commun* sont conscients de la complexité des problèmes qu'elle soulève. Avec modestie et lucidité, ils s'emploient à poser les jalons d'une approche juridique et philosophique de la loi naturelle telle qu'elle pourra être appréhendée par les générations à venir.

Cécile COSCULLUELA

Katsuhisa Izuka, *La découverte des philosophies françaises de l'histoire*, Tokyo, éd. Miraisha, 1995.

Toute philosophie du droit située dans l'histoire implique une conception philosophique de l'histoire elle-même. En France, ce type d'approche a paru certes moins répandu qu'en d'autres pays, que ce soit en Allemagne depuis Meinecke, puis avec Herder et Hegel, et en Italie surtout à partir de Vico et de Doria. Mais la démarche historiciste été principalement suivie, comme on le sait, pour opposer les tendances à une métaphysique de l'être et de la durée dérivée de la souche gréco-latine et celles issues d'une théorie germanique du devenir et de la volonté hégémonique. Le premier Habermas s'en fait encore l'écho, les interprétations néo-fichtéennes se rallient implicitement à ce thème qui était celui des célèbres *Discours à la Nation allemande*...

Au Japon, en tout cas, c'est cette tradition allemande qui semble la mieux connue, ce qui rejoint certaines importations à la fois confessionnelles et juridiques, dominantes au XIX^e siècle. Mais, le professeur Izuka s'est préoccupé ici de faire ressortir une tradition française parallèle à celle-ci, et dont quelques noms sont déjà familiers des Japonais depuis bien longtemps, mais sans qu'ils soient rattachés ni réunis dans la même perspective d'une philosophie de l'histoire. Et il invoque au passage l'intérêt que des théoriciens et écrivains anglais ont porté à la France sous cet angle.

En fait, les courants français sont multiples, et l'on ne saurait parler d'une mais de plusieurs philosophies de l'histoire. Des philosophies qui s'imposent très tôt, avec Bossuet ou avec Voltaire (dont K. Izuka a traité dans un précédent essai intitulé : *L'éthique comme philosophie de l'histoire*, Tokyo, 1994) ; des philosophies qui se développent dès le lendemain de la Révolution de 89 selon quelques axes caractéristiques que l'auteur propose de définir ainsi. Il y aurait d'abord une philosophie de l'histoire qui se présenterait dans notre pays comme une réflexion sur la civilisation ; elle regrouperait Odyssée-Barrot, dissertant sur la guerre, Barchou de Penhoën, dessinant le plan d'une république européenne, Cousin, entreprenant une véritable dialectique de l'histoire, et Guizot, visionnaire de la civilisation. Puis, la philosophie française de l'histoire mettrait en évidence le cheminement progressif des idéologies ; à cet égard, Izuka relève : Jouffroy, doctrinaire du droit naturel et critique de la notion de révolution, Eckstein, soucieux d'une comparaison permanente entre la France et l'Outre-Rhin et Quinet tourné vers un examen transcendantal de l'idée d'histoire de l'humanité. Enfin deux voies se démarqueraient l'une de l'autre : la voie d'un progressisme et celle d'un traditionalisme ; la première, correspondrait aux études commencées par Turgot sur le rapport entre le christianisme et les « Lumières » et se poursuivrait par celle de Buchez sur la science et de Ferron et Leroux sur la liberté et la religion ; la seconde coïnciderait avec le mouvement de réaction catholique engagé par Bonald, Maistre et Lamennais. Mais

Izuka s'en prend avec justesse aux déformations que l'on a fait subir à l'ensemble de ces deux voies, en politisant abusivement les données de l'analyse, et en ramenant l'attitude des auteurs français à une simple polémique divisant les utopistes et les conservateurs. Cette réduction, sous l'influence germano-marxiste, a permis d'éviter l'importance d'une philosophie française

Il ne s'agissait nullement de dresser quelque inventaire. L'absence, pêle-mêle, de Chateaubriand, de Comte, de Cournot, de Tarde ou même de Bergson, dans les limites de cette enquête méthodique et scrupuleuse (qui remonte souvent certes à la fin du XVIII^e pour s'arrêter en toute rigueur au dernier quart du siècle dernier), ne préjudicie en rien à son sens de la vérité et du témoignage à rendre à des références parfois négligées par les Français eux-mêmes, lesquels n'ont pas toujours su voir que les modes historicisantes venues d'ailleurs pouvaient avoir leur source chez quelques uns de leurs auteurs oubliés.

Jean-Marc TRIGEAUD

Robert C. Solomon, Kathleen M. Higgins (éds.), *World Philosophy. A Text With Reading*, New York, Mc Graw Hill, 1995.

Il s'agit, en 350 pages, d'une compilation des principaux extraits des grands textes philosophiques mondiaux, commentés de façon très synthétique et pédagogique, avec des introductions bio-bibliographiques par onze auteurs spécialistes des philosophies japonaise, chinoise, arabe, perse, latino-américaine, amérindienne, africaine et occidentale. Incontestablement, ce livre part d'une idée originale et forte : donner aux étudiants débutants en philosophie, un ouvrage de référence où ils trouveront, exposé avec clarté – on trouve un Syllabus sur le déroulement de l'histoire de la culture dans le monde – les grands auteurs et thèmes philosophiques fondamentaux. De plus, écartant la conception occidentale classique de la philosophie, ce livre, écrit sous la direction de R. C. Solomon et K. M. Higgins, entend privilégier une approche très large de la philosophie, davantage comprise comme un vaste champ d'idées inséparables du mythe, de la religion, de la science, de la politique. On n'y trouve certes pas une étude des concepts, ni de la logique philosophique du droit, mais cette exposition permet de poser quelques questions clés, où la morale, le politique, le social sont envisagés dans des rapports juridiques, très largement compris, et autorise de fécondes comparaisons, peu fréquentes dans les manuels contemporains entre des œuvres difficiles d'accès ou ignorées.

Clin d'œil volontaire ou non, bien que les auteurs s'en défendent dans l'introduction, l'ouvrage se clôt par une quarantaine de pages consacrées aux philosophies classiques.

On pourrait bien sûr contester tel choix plutôt que tel autre et des rapprochements parfois singuliers, mais le dessein du livre est ferme et son utilité manifeste, pour peu qu'on le lise avec modération et surtout en se laissant guider par des commentaires et analyses toujours pertinentes. En conclusion, un réservoir de textes, très solidement et originalement pourvu qui n'a pas la prétention d'être exhaustif, ni d'apparaître comme un manuel de philosophie.

Gérard D. GUYON

Michael Stolleis (éd.), *Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, Munich, Beck, 1995, 704 p.

Rendre compte d'un travail de telle nature est une affaire délicate : le *Dictionnaire biographique des juristes, de l'antiquité au XX^e siècle*, édité par Michael Stolleis, impressionne et par l'ampleur du projet, qui consiste à présenter les grands juristes de tous les temps et pays, et par le résultat, qui comprend quelque six cents articles rédigés par de nombreux chercheurs de différents pays.

L'éditeur de l'ouvrage n'est pas inconnu du public savant allemand : professeur de droit public et d'histoire du droit moderne à l'université de Francfort sur-le-Main et directeur de l'institut Max Planck d'histoire du droit européen, il est notamment l'auteur d'une volumineuse *Histoire du droit public en Allemagne* qui couvre la période de 1600 à 1914. Son dictionnaire inclut, d'un point de vue historique, des personnages qui appartiennent à la Chine ancienne, à l'antiquité gréco-romaine, à l'époque byzantine et à la pensée juridique juive et arabe. Il fait état des canonistes et des romanistes du moyen âge et il retrace l'évolution du droit à travers les grands époques du droit européen : en Italie et en Espagne (XII^e-XVI^e siècles), en France (XV^e-XIX^e siècles), aux Pays-Bas (XVI^e-XVIII^e siècles), en Allemagne et en Autriche (XVIII^e-XIX^e siècles). Au bout de cette chaîne chronologique, les juristes du XX^e siècle (de tous pays confondus) occupent une place non moins importante dans le dictionnaire.

Les articles se présentent en ordre alphabétique et de manière courte et concise, réunissant les éléments essentiels de la vie et de l'œuvre de chacun de ces grands hommes du droit. Seul les indications bibliographiques données à la fin de chaque article se révèlent dans certains cas un peu trop succinctes, voire pas à jour (c'est le cas pour Radbruch, par exemple ; l'exemple contraire d'une bibliographie utile est cependant donné par l'article sur Jellinek).

Il n'y a pas de doute qu'il s'agit là d'un ouvrage de référence, inexistant jusqu'à présent en allemand, et dont on souhaiterait par ailleurs voir le pendant en français. Certes, il est possible de citer des ouvrages comparables à ce dictionnaire : d'abord, celui d'E. Wolf, *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte (Les grands penseurs du droit de l'histoire intellectuelle allemande)*, ainsi que celui de G. Kleinheyer et J. Schröder, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten (Juristes allemands de cinq siècles)* et celui de H. Heinrichs [et al.] (éd.), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft (Juristes allemands d'origine juive ; v. le compte-rendu dans le tome 40 de cette revue)*. Finalement, une *Anthologie de la pensée juridique* a été publiée récemment par Ph. Malaurie (éd. Cujas, 1996). Mais si ces quatre livres ne sont pas de véritables ouvrages de référence, c'est qu'ils se cantonnent soit dans un choix de biographies réduit à un seul pays (*i. e.* l'Allemagne), soit dans une présentation résolument subjective de la pensée juridique (c'est le cas de Ph. Malaurie). Cette dernière, à l'instar de Montesquieu, mériterait ainsi le titre de spicilège.

Après avoir insisté sur la très grande qualité du dictionnaire et son mérite évident, l'auteur de ces lignes est d'autant plus gêné d'en indiquer quelques points faibles, dont il convient de chercher l'origine dans le seul choix des juristes traités. Ainsi, les domaines de la sociologie du droit et, dans une moindre mesure il est vrai, de la philosophie du

droit semblent avoir été traités avec une certaine nonchalance. Comment expliquera-t-on autrement l'absence de noms tels que Bobbio, Geiger, Hart, Luhmann ou encore Max Weber ? Dans un dictionnaire qui réunit, à juste titre, les grands auteurs classiques (Bodin, Montesquieu, Kant, Hegel, Marx et tutti quanti), on se serait attendu à trouver également ces éminents auteurs du XX^e siècle. En ce qui concerne les juristes et les penseurs du droit français, on doit déplorer l'absence notamment des noms de Boutmy, Carbonnier, Carré de Malberg, Tarde (que l'on a tendance à oublier même en France), Vedel et Villey. (Afin de rassurer le lecteur, s'il en est besoin, il convient de préciser que la pensée juridique française est bel et bien représentée à travers les noms de Burlamaqui (genevois il est vrai, comme son disciple Rousseau), Capitant, Domat, Duguit, Gény, Hauriou, Ripert, etc.).

Un panthéon du droit qui, comme tout panthéon, est érigé pour des mortels par des mortels, ne peut contenir qu'un nombre limité de noms. Et si cela est vrai à un niveau national, alors les places dans un panthéon consacré à tous les peuples doivent être autrement plus chères. Quoi qu'il en soit, on est toujours confronté à l'arbitraire de la sélection des grands hommes. Mais il faut dire qu'en l'occurrence, la liste des grands absents est un peu longue...

Il est inutile de rappeler la qualité et l'utilité de ce dictionnaire, manifestes pour quiconque s'en servira. Les auteurs des différents articles se sont livrés, en quelque sorte, à un travail de Sisyphe. Le pari de M. Stolleis, qui consiste à présenter, de manière équilibrée et représentative, des juristes de toutes les époques et de tous les pays du monde, peut ainsi être considéré comme pleinement tenu, malgré la critique formulée à propos de ces quelques lacunes qui pourront être comblées lors d'une éventuelle réédition. Après tout, faire des propositions visant à compléter un travail (fût-il de Sisyphe) est bien l'une des tâches qui incombent à tout auteur d'un compte-rendu.

Michael WALZ

Donald C. Abel, *Theories of Human Nature. Classical and Contemporary Reading*, New York, Mc Graw Hill, 1995.

Selon l'auteur lui-même, ce livre répond à deux objectifs : engager les étudiants, par l'intermédiaire de l'étude de la nature humaine, à une approche de la philosophie et, d'autre part, cet ouvrage et les textes qu'il contient peuvent servir d'introduction et d'exemples pour un cours de philosophie. C'est dire que les objectifs pédagogiques sont fondamentaux. Chaque texte est précédé d'une introduction, de notes explicatives, de références pour les lecteurs non encore familiers des auteurs et des thèmes abordés ; enfin chaque extrait est suivi de questions pour la réflexion et la discussion et d'une courte bibliographie destinée à ceux qui voudraient approfondir leurs connaissances par des travaux complémentaires plus ou moins difficiles.

Un soin particulier a été apporté aux diverses traductions et dans le choix des quinze auteurs qui composent le livre, de manière à offrir un panorama très ouvert des idées sur la nature humaine, en vingt-cinq siècles et dix pays représentatifs. Le choix des auteurs peut être discuté, mais D. C. Abel explique clairement les quatre critères de sa sélection.

tion : l'étendue de la conception de la nature humaine, la signification historique, la diversité, l'accessibilité pour les lecteurs débutants dans le domaine de la philosophie.

De même, D. C. Abel a entendu privilégier le *contenu éthique de la nature humaine*. D'abord parce que les étudiants qui s'intéressent à cette question posent toujours, en premier lieu, des questions éthiques et aussi parce que les travaux sur l'éthique sont plus immédiatement accessibles que ceux qui traitent directement et philosophiquement de la nature de l'homme. Cependant, tous les extraits des œuvres commentées n'ont pas, dans cette anthologie, une orientation éthique (Descartes, *Méditations sur la philosophie première* ; Freud, *Les cinq lectures sur la psychanalyse*) et partent parfois de principes métaphysiques ou psychologiques. Mais malgré ces différences, on y trouve explicitement ou implicitement une théorie générale sur la nature humaine et qui n'exclut pas des interférences intéressantes pour le droit. C'est ainsi que Platon, Sénèque, saint Augustin ou Thomas d'Aquin, intelligemment présentés et accompagnés de commentaires plus ou moins étoffés peuvent éclairer les questions posées par des auteurs modernes ou tout à fait contemporains.

Un livre donc qui amène le lecteur à poser ses propres questions touchant à la définition et au sens de la nature humaine et à nourrir les raisons de son choix, dans une perspective éthique sinon même religieuse, essentielle à l'auteur de cet ouvrage et à sa philosophie propre.

Gérard D. GUYON

Christian Debuyst, Françoise Digneffe, Jean-Michel Labadie, Alvaro P. Pires, *Histoire du savoir sur le crime et la peine* ; 1- *Des savoirs diffus à la notion de criminel-né*, Les Presses de l'Université de Montréal, les Presses de l'Université d'Ottawa, De Boeck Université, édit., 1995, 366 p..

Cet ouvrage collectif paru dans la collection « Perspectives criminologiques », répond parfaitement à son titre. Il comprend cinq chapitres : « La criminologie d'hier et d'aujourd'hui », « Les savoirs diffus et pré-scientifiques sur les situations-problèmes au XVIII^e siècle », « Problèmes sociaux et représentations du crime et du criminel de Howard (1777) à Engels (1845) », « Les savoirs psychiatriques sur le crime de Pinel (1801) à Morel (1857) », « Corps et crime de Lavater (1775) à Lombroso (1876) ». Ce livre embrasse donc l'ensemble des connaissances sur le crime et la peine de la fin du XVIII^e siècle à la fin du XIX^e siècle. Les auteurs y ont donné un remarquable tableau de ces sciences nouvelles que sont alors la statistique morale et judiciaire, la psychiatrie, l'anthropologie et la sociologie criminelles, la criminologie, la science pénitentiaire.

Loin de n'être qu'un résumé ou une simple mise au point des connaissances dans ces divers domaines, l'ouvrage présente un ensemble d'études précises, tant sur l'apparition du terme « criminologie » (dont la création semble bien devoir être attribuée à Garofalo), que sur les premiers statisticiens, notamment Quételet ou les auteurs d'enquêtes sociales (Frégier, Buret, Villermé, Parent-Duchatelet), sur les systèmes pénitentiaires (et en particulier sur le mouvement pénitentiaire en France à partir de la fondation de la Société royale des prisons en 1819), sur les conceptions psychiatriques partagées entre les idées de monomanies et celles de dégénérescence, enfin sur les travaux intéressant le

physique du criminel de Lavater à Gall et à Lombroso (le lecteur ne manquera pas d'apprécier les pages consacrées à Gall et à Lombroso).

Nous nous permettrons cependant d'adresser un reproche à ce très bon livre : les auteurs semblent persuadés que les perspectives criminologiques dont ils nous donnent un tableau précis ne remontent pas au delà du XVIII^e siècle. Encore, la référence obligée à Beccaria fait-elle placer la fin de « l'âge théologique » de la future criminologie à la publication, en 1764, du livre *Des délits et des peines* ! Or, par son contenu, l'ouvrage de Beccaria n'apportait, pour ainsi dire, rien aux sciences qui allaient se développer autour du crime et du châtement : qu'on songe combien l'idée banale à cette époque d'amendement du délinquant est étrangère à Beccaria ! Que le livre du jeune Milanais ait été l'objet d'un engouement incroyable n'est pas douteux ; mais après tout, ce genre d'enthousiasme nous est devenu un phénomène courant. Certes, l'Ancien régime n'a pas érigé en sciences autonomes les savoirs diffus qu'il détenait sur le crime et le criminel, encore qu'un Montyon ait eu, vers 1775, la conviction que l'analyse chiffrée des décisions de justice pouvait révéler le degré de moralité d'une population, et l'on a conservé la mise en œuvre par ses soins d'un tel projet statistique pour le ressort du parlement de Paris. Mais comment imaginer que des magistrats instruits qui, au cours de longues carrières, envoyaient au gibet ou aux galères un nombre assez considérable de criminels aient pu accomplir ces tâches sans s'interroger sur les causes des crimes dont ils jugeaient les auteurs, sur la psychologie de ceux-ci, sur l'étendue de leur responsabilité ? Certains ouvrages de droit pénal ancien en témoignent très clairement. Mais surtout, les criminalistes considéraient que ces savoirs relevaient, à juste titre, d'une vraie science reconnue : la théologie morale, et l'on remarquera précisément, que, sans l'exclure tout à fait, les théologiens n'attribuaient comme cause à la perversité des hommes, mère du crime, qu'une très petite part à l'influence diabolique !

De plus, en matière de non-imputabilité, c'est le droit européen dans son ensemble, et non pas d'abord le droit anglais (p. 217), qui a toujours admis le fait de démence comme exonérant de toute responsabilité le malade mental. Les textes des deux droits romain et canonique soutenaient suffisamment une opinion qui dès le Moyen-âge ne fut jamais mise en doute. On notera même que le droit anglais qui, durant des siècles, avait suivi sur ce point les mêmes règles que le droit continental, rencontra des difficultés lorsqu'en 1843, il voulut donner un fondement écrit à l'irresponsabilité du dément par les *M'c Naghten rules*, supprimées en 1957. Dernière brève remarque sur cet ouvrage que les historiens du droit pénal utiliseront avec profit : une référence (également obligée) à Foucault paraît peu claire : « La prison disciplinaire remplacera la torture » (p. 191). S'agit-il des quartiers de sécurité ? De toutes manières, la comparaison avec la torture, pure institution de procédure (et non peine) ne s'impose aucunement.

André LAINGUI

Hugues Lagrange, *La civilité à l'épreuve, crime et sentiment d'insécurité*, PUF, 1995, 310 p.

L'ouvrage de M. Hugues Lagrange est une réflexion sur les aspects de la violence à travers le temps. Il présente l'originalité (car c'en est une de nos jours !) de considérer que notre temps voit non seulement une recrudescence de la violence, mais encore d'une

violence qui s'attaque autant aux biens qu'aux personnes. De là, depuis deux ou trois décennies, des manifestations de peur, de fuite et de défense qu'un « observateur du changement » ne peut raisonnablement mettre en doute.

M. Lagrange a divisé son étude en deux parties, dont la première est historique (« Violences et peur, une perspective historique »), tandis que la seconde, intitulée « Dynamique du crime et de la peur », s'attache précisément à la résurgence de l'insécurité et du sentiment d'insécurité à partir des années 1960-70. Selon l'auteur, ce phénomène est d'autant plus alarmant qu'il rompt un « processus de pacification des mœurs » datant du XVI^e siècle, que révéleraient les études dressées par les historiens et les sociologues du droit criminel. De telles vues sur la « réduction des violences interpersonnelles » résultent-elles vraiment de l'observation scientifique ? Il est permis, selon nous, d'en douter et de les attribuer plutôt à de simples intuitions, au moins pour ce qui touche à la France.

En effet, les statistiques criminelles relatives à l'Ancien régime sont tellement insuffisantes qu'il est presque vain d'en tenir compte. Si l'on prend l'exemple des bailliages ou des présidiaux dont la jurisprudence pénale demeure peu étudiée (p. 80 et s.), il est impératif de connaître l'appel de leurs décisions – appel automatique, ne l'oublions pas –, dans la mesure où la moitié d'entre elles au moins, sont infirmées par les parlements. Quant aux jugements rendus par les tribunaux seigneuriaux, qu'en reste-t-il pour le XVII^e siècle ? En outre, il est bien évident que les poursuites pour les crimes de sang y sont infiniment plus rares que pour des crimes contre des biens. Si le nombre des premiers semble décroître et celui des seconds augmenter durant les trois derniers siècles de l'Ancien régime – mais quelles statistiques exactes imposent-elles cette vision ? – ne doit-on pas plutôt l'imputer au développement de la maréchaussée et de la police, et plus généralement au souci de l'ordre public et de la justice manifesté par le pouvoir royal ? Au reste, comment parler d'une pacification des mœurs au XVII^e siècle, alors qu'au moment du siècle où la littérature est la plus brillante, tandis que s'édifie Versailles, des féodaux forcenés terrorisent une province comme l'Auvergne ? En 1665, une enquête de Colbert de Croissy montre que, dans certains sièges bretons, la justice criminelle n'est, pour ainsi dire, plus rendue ! Un fonds de sauvagerie et d'insensibilité à la souffrance d'autrui continuera d'habiter les individus au XVIII^e siècle, et certains sociologues voudront trouver là l'explication de bien des épisodes affreux de la Révolution ! Comme l'écrivait le célèbre criminaliste Julius Clarus au XVI^e siècle, « l'homme est le seul de tous les êtres animés à être volontairement mauvais ». Il est vrai qu'au XIX^e s et XX^e siècles, ce penchant a pu se trouver mobilisé par les guerres entre nations, mais il a été surtout bridé par la répression pénale. Encore n'est-ce qu'un simple frein : lorsque nous nous reportons aux comptes de la justice criminelle à partir de 1826 (date à laquelle la statistique devient enfin fiable sur de longues périodes), nous y lisons que les attentats violents contre la vie des personnes manifestent de 1826 à 1880 une relative stabilité, mais que les simples délits de coups et blessures sont en progression constante.

Nous ne nous permettrons pas de critiquer le vocabulaire spécifique de la sociologie moderne, sauf sur un point important puisqu'il correspond au titre principal et assez sibyllin du livre de M. Hugues Lagrange. Quelle signification précise le lecteur qui n'est pas sociologue doit-il attribuer au mot « civilité » ? Certes, on pense assez vite aux rapports pacifiques ou belliqueux entre citoyens au sein de la « société civile », aux « mœurs » ; mais une note de la page 109 désigne par « incivilités » des comporte-

ments dont quelques uns sont des infractions qualifiées ! Pour le passé également, certains points de vue historiques auraient gagné à être plus précis ou moins systématiques : ainsi en matière de châtiments (p. 74), ou en matière d'intention coupable (p. 63, 95). Dans l'évolution générale du droit pénal, rares sont les périodes où l'intention n'ait pas gouverné la punition des méfaits.

André LAINGUI

Stamatios Tzitzis, *La philosophie pénale*, Paris, PUF « Que sais-je ? » n° 3043, 1996, 127 p.

Les « Que sais-je ? » se suivent et ne se ressemblent pas, sinon par la qualité. La plupart de ces petits volumes doivent leur succès au traitement très didactique de leur objet. Certains tranchent par leur originalité et leur profondeur, et c'est le mérite principal du volume que nous présentons.

Son auteur est directeur de recherche au CNRS, et l'animateur infatigable de la section de philosophie pénale du Centre de philosophie du droit de l'Université Paris II, dirigé par Stéphane Rials. C'est dire qu'il était qualifié pour écrire de la philosophie pénale, à la suite de Yvonne Bongert, professeur émérite à l'Université Paris II, dont il se veut le disciple.

En six chapitres, d'inégale importance, mais de constant intérêt, l'auteur nous emmène à la découverte des fondements du droit de punir.

D'emblée, l'auteur considère la dimension métaphysique du droit pénal et « vise à dévoiler à travers le caractère normatif » de celui-ci, « ce qui fonde le pénal et renvoie à sa finalité » (p. 3). Loin de la dissociation kantienne, reprise par Kelsen dans sa *Théorie pure du droit*, entre *sein* et *sollen*, être et devoir-être, « la philosophie pénale étudie les liens qui attachent les sanctions aux faits dans leurs fondements et leurs fins sous les angles gnoséologique, esthétique et axiologique » (p. 5). Elle est le « fondement épistémologique de tout ce qui a trait au criminel et au pénal » (p. 5).

Dans un premier chapitre, « La règle pénale » (p. 11) nous sont présentées « l'anatomie de la règle pénale », ou sa « structure » (p. 11), puis les fonctions de celle-ci. L'auteur en distingue trois : « la fonction *poiétique* qui crée l'action punissable » (p. 13), et qui s'appuie sur le principe « *Nullum crimen, nulla poena sine lege* » (p. 13) ; la « fonction référentielle » qui désigne « le lien entre l'acte punissable et le châtimement » (p. 13) ; la fonction expressive par laquelle les textes de droit pénal relèvent d'une « écriture d'autorité » (p. 15).

Dans le chapitre II, « Herméneutique et déontologie pénale » (p. 17), l'auteur oppose la vision positiviste du droit considéré comme norme, un devoir-être, vision développée, chacun à sa manière, par Hobbes, par Kelsen, par Binding, à la vision classique où le droit est conçu comme partage, et comme chose attribuée à la suite de ce partage, conception qui est celle d'Aristote et que M. Villey a réactualisée. L'auteur évite de trancher et préconise une tierce position selon laquelle la règle pénale ne serait « ni purement normative ni entièrement indicative, mais avant tout propédeutique : elle indique, en instruisant sur le pourquoi, le devoir-être » (p. 31). C'est ce que l'auteur appelle du joli nom d'« optatif pénal » (p. 20).

Le chapitre III étudie, quant à lui, « Le caractère polémogène du droit de punir » (p. 32) en ce sens que « le droit de punir témoigne d'un état de lutte ou de guerre contre toute violation qui menace l'intégrité de l'homme ou celle de la communauté » (p. 45). Là encore, l'auteur oppose la vision grecque à la vision moderne non sans remarquer que si les Anciens, comme nous, cherchent la paix au bout de la peine, c'est pour des raisons très différentes, et que si Héraclite voit dans la lutte, dans le *polémos*, le caractère intrinsèque de l'être, il a chez nous bien des épigones, notamment Darwin.

Avec le chapitre IV, est abordé « Le fondement synallagmatique de la punition » (p. 55), dans lequel on voit que la peine est d'abord un échange et ensuite que cet échange rétablit un équilibre détruit par la faute, ainsi que l'a montré Aristote. Cela conduit l'auteur à aborder « l'esthétique pénale » (p. 60) à la lumière de la cosmogonie pythagoricienne.

Le chapitre V traite du sujet probablement le plus attendu et le plus actuel, « Punition et désobéissance au droit » (p. 64). Comment, en effet, dans une optique positiviste, justifier la moindre désobéissance aux lois, mêmes les plus criminelles. Si l'on assure que tout le droit est dans la loi et rien que dans la loi, une loi ne saurait être injuste. *Ergo*, aucune désobéissance ne peut être légitimée. Mais, pour parler trivialement, il y a un os, et même deux os de forte dimension, pour ne rien dire du droit nazi, c'est Socrate et Antigone. Le passage sur ces deux figures symboliques de l'Antiquité grecque (p. 69), est parmi les meilleurs de l'ouvrage. À elles seules, ces pages attestent de la connaissance intime qu'a l'auteur de l'âme grecque et de la qualité de sa réflexion sur le sens de la peine.

Le chapitre VI sur « Le "je" et les autres » (p. 84) ne le cède en rien au précédent en finesse. C'est le plus long et il marie avec bonheur les allusions à Kierkegaard et celles à Levinas. Nous en détacherons seulement ce qui a trait à « l'espace gracieux de l'existence » (p. 100) pour souligner que l'auteur ne craint pas d'aborder les thèmes les plus controversés du droit pénal, la peine de mort bien sûr, mais aussi le suicide et l'euthanasie, avec autant de franchise que d'indépendance de jugement.

Voilà une ardente méditation concernant le principe même du droit de punir qui tranche sur le positivisme engoncé dans ses grimoires ainsi que sur l'utilitarisme toujours en quête de nouveaux débouchés, et qui, cependant, ne néglige ni le code pénal, ni le code de procédure pénale.

Au total, un petit livre mais une forte pensée, servie souvent par le recours à Heidegger, desservie quelquefois par des expressions malencontreuses, pleine toujours de passion contenue.

Nous souhaitons à cet ouvrage le succès que méritent les pionniers et à son auteur de gagner en clarté sans rien perdre de sa vigueur.

François VALLANÇON

Miguel Ayuso Torres, *La Filosofía jurídica y política de Francisco Elias de Tejada*, Fundación Francisco Elias de Tejada y Erasmo Pércopo, Madrid, 1994, 387 p.

Miguel Ayuso Torres propose une brève biographie de l'historien de la philosophie du droit de Séville, Francisco Elias de Tejada, en mettant l'accent sur l'importance de son œuvre consacrée aussi à la philosophie politique.

Pour la cohérence de sa pensée nourrie par l'universalité de son savoir, il paraît bien délicat d'espérer des distinctions tranchées entre les concepts juridiques, philosophiques et théologiques élaborés ici.

Vallet de Goytisolo souligne de son côté qu'Elias de Tejada dénonce les conceptions partielles, incomplètes, oscillant entre idéalisme désincarné et matérialisme déshumanisé, entre les libéralismes qui transforment l'homme en démiurge et les déterminismes qui l'abandonnent à l'inexorabilité d'un devenir historique.

Sa conception anthropologique, gnoséologique, éthique et politique, perçue dans son fondement unitaire, se comprend selon une hiérarchie des connaissances juridiques que l'auteur classe en communes, techniques, scientifiques et philosophiques.

Le savoir commun est le « savoir direct et immédiat que nous observons par le sens commun », le savoir technique est la connaissance pratique dans le maniement des instruments ou règles utiles pour une tâche déterminée (cf. Elias de Tejada, *Tratado de filosofía del derecho*, t. III, p. 13-18). Les savoirs scientifiques et philosophiques sont certains, systématiques et valables de manière « omni compréhensive ». Néanmoins, une distinction s'impose entre les sciences qui s'intéressent à la parcelle du savoir rationnel humain et la philosophie qui procure une vision totale de l'univers sous la double facette du macrocosme extérieur et du microcosme qu'est l'homme. Par définition, le champ de la science est limité alors que celui de la philosophie ne connaît pas de barrières.

De plus, tandis qu'il est possible d'avoir une pluralité de sciences, il n'existe qu'une seule philosophie divisée certes en plusieurs systèmes, mais chacun d'entre eux offre une vision systématique, complète de l'univers (le terrestre et l'ultra-terrestre), le matériel et le spirituel.

Le savoir juridique commun implique le sens de la rationalité et de l'évidence. Il permet à tout le monde d'être à même de qualifier les institutions, les faits, les relations sociales avec les critères de sa raison sans formation spéciale ni réflexion philosophique approfondie. Mais ce système présente beaucoup d'inconvénients dans le monde d'aujourd'hui. C'est la raison pour laquelle il convient de privilégier le savoir juridique et le savoir technique du droit.

Ce dernier désigne le système de formules qui rend possible le rapprochement de la norme écrite ou coutumière et de la réalité de la coexistence humaine. L'auteur le caractérise comme « l'instrument efficace qui permet que les savoirs scientifiques et philosophiques, sur la base du droit commun, transformés en lois et coutumes, régulent la vie des humains les uns avec les autres ».

Pour être complet, Miguel Ayuso Torres met en relief la pensée de Tejada sur les principes généraux du droit qu'il faudra rapprocher du droit naturel. De l'analyse de l'œuvre se dégagent plusieurs perspectives d'interprétation concernant :

- L'idée de droit naturel de la chrétienté, défendue dans les doctrines classiques espagnoles, et selon laquelle le droit positif doit correspondre à un choix libre de l'homme parmi les voies métaphysiques et éthiques que son créateur lui trace.

- Le droit naturel du jusnaturalisme protestant qui confère une valeur absolue à la nature humaine et à l'indépendance des normes dictées par Dieu. On retrouve ainsi certains optimismes anthropologiques dans la ligne de Grotius, Rousseau, autant que le pessimisme propre à Hobbes.

- Quant aux principes généraux du droit présupposés, ils peuvent se ramener à une « collection » de règles élaborées sur la pratique des différents systèmes juridiques à la manière d'une jurisprudence supérieure.

L'ouvrage de Miguel Ayuso Torres est riche en renseignements précieux pour tout chercheur qui veut entreprendre des études sur le courant de philosophie juridique et politique où se situe Elias de Tejada dans la tradition du droit naturel néo-thomiste espagnol du « siècle d'or ».

Denis POHÉ TOKPA

Pier Paolo Ottonello, *Sciacca. La rinascita dell'Occidente*, Venise, Marsilio, 1995, 154 p.

C'est toujours avec le plus grand plaisir que je rends compte des ouvrages consacrés à la philosophie italienne de notre siècle. Attachée aux expériences contemporaines, elle garde pourtant une profondeur métaphysique et historique que le débat philosophique français a trop tendance à négliger. En France, le débat tourne, depuis la fameuse *Lettre sur l'humanisme* adressée à Jean Beaufret par Heidegger, le Heidegger d'après-guerre, sur la nature de l'homme, de son pouvoir et de ses droits, bref sur la question de l'humanisme, tel du moins que les Lumières l'ont défini. En Italie, patrie d'un humanisme plus ancien et authentique, l'humanisme de Dante, d'Alberti et de Vinci, ce qui reste au cœur du débat philosophique est la question de l'Être, débat auquel le Heidegger d'avant-guerre a largement participé, en particulier par son dialogue avec Giovanni Gentile et Eugenio Grassi. La question est de savoir si l'être est la création de l'acte pur des hommes – c'est la position idéaliste admirablement exposée par Giovanni Gentile, ou si l'acte de l'homme n'acquiert sa pureté qu'en participant d'un Être antérieur et transcendant, c'est la position spiritualiste. Entre idéalisme et spiritualisme, nous assistons en réalité au nouvel avatar philosophique de la vieille querelle entre gibelins et guelfes.

Pier Paolo Ottonello nous présente dans son ouvrage un des acteurs de cette longue querelle, malheureusement peu connu en France : Michele Federico Sciacca (1908-1975). M. F. Sciacca est le penseur de l'*integralità* de l'être, c'est-à-dire d'une métaphysique dont la dialectique de l'être passe par la réduction des antinomies fondamentales de la philosophie moderne : la matière et l'esprit, la nature et la grâce, l'immanence et la transcendance. L'*integralità* de l'être est ainsi la réponse spiritualiste que donne Sciacca à la question du nihilisme et à la perte du sens que connaît la raison abstraite de l'Occident.

De cette œuvre si riche qui applique la métaphysique de l'*integralità* à l'ensemble des domaines de la vie et de la pensée de l'homme, je ne retiendrai ici que la dimension juridique. La réflexion de Sciacca est essentiellement critique, dénonçant le triomphe du positivisme juridique. Son œuvre rappelle opportunément à quel prix se paie ce triomphe : par l'oubli du poids et de la valeur réelle des choses, de leur apport au développement de la personne et de leur capacité à affronter la chute du temps. Sciacca dénonce la triple dictature, qui soumet le droit comme l'ensemble de l'activité humaine, du fait sur

le principe, du bien particulier sur le bien commun, et de l'utile sur la valeur authentique.

Mais est-il bien sûr que l'affirmation de la positivité intégrale de l'être contre le positivisme du fait et son déni de la valeur authentique mobilise suffisamment la ressource entière de la métaphysique pour penser et affronter le nihilisme contemporain ?

Pierre CAYE

B. — *Théorie et sociologie du droit*

Jean Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, 276 p.

Il est toujours difficile de s'adresser, par un même livre, aux profanes et aux connaisseurs, surtout lorsqu'il s'agit de droit, et que les phrases, lues à plusieurs degrés, offrent les moyens de tout comprendre dans une œuvre de dimensions accessibles. La performance du doyen Carbonnier est, à cet égard, inégalable. Ceux qui n'ont pas de connaissances juridiques y trouveront une présentation concise, lumineuse, pénétrante de la production et de l'application du droit : cadre constitutionnel, principe de légalité, jurisprudence, Conseil d'État, classe juridique, magistrats, avocats, communication et réception du droit. Suivent des développements sur les dérèglements du droit : inflation, droit en quête de morale, « pulvérisation du droit en droits subjectifs ».

Ces analyses relèvent de la Première partie de l'ouvrage : « Comment la passion du droit vient aux Républiques ». La Seconde montre « quand la passion se marie au droit », qu'il s'agisse des « droits parmi d'autres » (droit pénal, responsabilité civile, droit du travail, droit des contrats, système monétaire) ou, plus spécialement, du droit de la famille qui, dans ses composantes essentielles, a été presque entièrement rénové par d'importantes réformes dont les avant-projets furent presque tous dus à la pensée et à la plume de l'auteur.

Nul mieux que lui n'était qualifié pour présenter dans un livre de moins de trois cents pages une telle synthèse. Ce qui retient particulièrement le juriste, c'est le souffle qui, de bout en bout, l'anime. « Droit et passion du droit sous la V^e République ». Une république dont il arrête l'étude à l'élection de Jacques Chirac en 1995 et dont il distingue trois phases : d'abord une phase initiale qu'une « analogie irrésistible » (Bonaparte) porte l'auteur à qualifier de « consulaire » parce que tenant à l'« élan de renouveau qui avait porté de Gaulle au pouvoir » ; à l'opposé, la république socialiste correspondant à deux septennats ; entre les deux extrêmes, une phase olympienne (Pompidou, Giscard d'Estaing). Sans qu'aucun des présidents n'ait cependant exercé sur la production législative cette « paternité jalouse que les grands législateurs du passé – Justinien et Bonaparte – exerçaient sur la production de leurs chancelleries ». L'explication suit aussitôt : la philosophie du droit a cessé de faire partie de la culture de l'homme d'État et de son entourage, « une culture que les spécialités techniques ont aujourd'hui chassée du programme de l'École Nationale d'Administration ».

C'est dire que Jean Carbonnier ne craint pas de s'en prendre courageusement aux institutions les mieux établies, même si l'on se garde le plus souvent, sinon par lassitude, du moins par prudence ou même ambition, d'en contester le fonctionnement, voire l'existence. Déjà là, on discerne certains signes de cette passion du droit « qui débute par l'appétit d'en faire ». Or, il y a passion et passion. Et celle que déplore l'auteur est malsaine. Non point que l'inflation des règles juridiques ou parajuridiques soit propre à la France legaliste, héritière de 89 ; on l'observe aussi à l'étranger. En Allemagne par exemple. Et, un peu partout, aux États-Unis, « l'involution des procès y est notoire, imputable pour une bonne part à l'embrouillamini des lois ». Observons d'ailleurs cette

insidieuse pénétration de l'américanisme dans la vie juridique française, *via* le droit international et le droit communautaire. Une admiration béate de ce vent d'ouest, auquel contribuent des cabinets américains installés à Paris – dans l'intérêt des justiciables comme de bien entendu – entretient une confusion de plus en plus décadente entre « État de droit » et société contentieuse.

Mais revenons au mal français. La passion du droit y est d'une autre nature et Jean Carbonnier en montre la source de pénétrante manière : « Les autres ont un espace social qui est aujourd'hui envahi de droit autant que le nôtre, peut-être davantage même. Mais ils n'ont pas la passion du droit. Le droit est pour eux une technique utilitaire, conditionnée à une fin précise... Des nations chez qui légiférer n'est qu'une nécessité étroite ne sauraient évidemment comprendre que faire du droit, s'en faire octroyer, en changer – en changer surtout – puisse être objet d'excitation, de désir, d'enthousiasme. Ce qui est le cas français ».

D'où la crise profonde qui sévit en France. De toute évidence, il y a trop de droit, de règles, de décisions, alors que l'harmonie du corps social relève aussi d'autres considérations, à partir desquelles on comprend ce que veut dire une libération du droit que l'on confond avec une libération des mœurs, alors qu'il importe surtout de se référer aussi à d'autres normes de comportement humain lorsque le juridique se révèle défectueux ou inadapté.

Loin de comprendre cette exigence, notre droit est orienté dans le sens du normativisme tous terrains. Là surtout, en termes des moins politiquement corrects, Jean Carbonnier dénonce « les transformations du principe de légalité », l'attitude du Conseil constitutionnel s'arrogeant des pouvoirs que les auteurs de la Constitution de 1958 n'avaient jamais entendu lui conférer, le « glissement de la légalité à la normativité » favorisé à la fois par l'influence du kelsenisme et une réaction au volontarisme illustré par « la tragédie du *Führerprinzip* ». D'où « l'envahissement du discours, philosophique ou politique, par le concept de l'État de droit ». Force est bien d'admettre qu'il s'est constitué de diverses manières une « idéologie des droits de l'homme » dont les ravages se manifestent de maintes manières, à travers la Convention universelle des droits de l'homme, de 1950, et le comportement de la Cour européenne des droits de l'homme, ainsi que par la docilité que manifestent la Cour de cassation et le Conseil d'État devant les décisions des juridictions européennes.

Le constat est alarmant. La « passion du droit » est un mal. Au risque de déplaire – ce qui lui a toujours été indifférent – un des plus grands juristes de notre temps, après tant d'écrits illustres, émet à sa manière, toujours incisive, élégante, dégagée des contingences de la politique et de la polémique, ce que beaucoup devraient considérer comme un cri d'alarme.

Jean Carbonnier propose des remèdes, y compris le rire : « Mécaniquement, la répétition, le cumul ont un effet comique et le vieux fond des plaisanteries sur les juges et sur les lois remonte à l'actualité. Si le ridicule tue, l'exubérance juridique est menacée ». Voici donc un livre offert à la méditation indispensable de nos juristes, de nos sociologues, de nos philosophes. Bref un livre passionnant.

François TERRÉ

Neil Mac Cormick, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, traduction Jérôme Gagey, PUF « Les voies du droit », 1996, 318 p.

La récente traduction en français d'un ouvrage quelque peu ancien, *Raisonnement juridique et théorie du droit* (1978) illustre bien la vivacité des débats dans le monde anglo-saxon sur la théorie du droit.

Cette théorie se situe dans la ligne de pensée de H. L. Hart et du positivisme analytique. Neil Mac Cormick place en effet l'analyse de la structure rationnelle de la technique d'application des règles au centre de sa réflexion. Il tient cette technique pour « le cœur de l'activité juridique » (préf. seconde éd.), laquelle est par conséquent la mieux à même de rendre compte du raisonnement juridique. L'activité principale du juriste ne consiste-t-elle pas en effet dans l'application de la règle générale à un cas particulier ? L'auteur marque également, comme l'avait fait H. L. Hart avant lui, son attachement aux règles de droit positif, indispensables à la cohésion de l'ordre juridique. Pourtant, si Neil Mac Cormick demeure fidèle aux présupposés méthodologiques hartiens, son approche dans la présente étude atteste des distances qu'il prend à l'égard du maître.

Concernant la méthode, l'auteur demeure convaincu qu'il importe de distinguer la description d'un système de droit de son évaluation pour pouvoir réfléchir avec clarté sur le droit (p. 283). En revanche, réduire le droit à un ensemble de règles posées ne peut suffire à embrasser une analyse du raisonnement juridique. L'auteur a tenu compte des critiques de R. Dworkin adressées à H. L. Hart, suivant lesquelles ce dernier ne rendait nullement compte de la place des principes en droit. Tandis que la théorie hartienne est essentiellement fondée sur l'union des règles primaires et secondaires Neil Mac Cormick s'attache à *l'étude du raisonnement opéré à partir des règles*. Ce faisant, il ne se limite nullement à l'étude du syllogisme juridique.

Cette recherche s'inscrit dans une problématique plus large. La question posée par l'auteur, laquelle guide ses réflexions tout au long de l'ouvrage, est celle du rôle et des limites de la raison dans l'ordonnement des problèmes humains, dans la vie pratique. Le souci de l'auteur est de contribuer à une réflexion sur la philosophie de l'action. Il se propose donc d'étudier le raisonnement juridique en tant qu'il constitue un type de raisonnement pratique, c'est-à-dire tendu vers une action ou une décision. Que faut-il faire ou décider dans une situation de choix ? Comment décide-t-on et pour quelles raisons ?

Neil Mac Cormick refuse le réductionnisme auquel mènent les théories sceptiques quant au rôle de la rationalité pratique, ou celles qui appréhendent le raisonnement juridique comme la mise en œuvre de la seule logique formelle. Si le raisonnement juridique tient davantage du mode argumentatif que démonstratif et ne peut être celui, apodictique, des sciences dites exactes, il n'est pas pour autant dénué de toute forme de rationalité. Il faut alors rechercher quelle est la rationalité à l'œuvre dans le discours juridique pratique.

La présente étude est placée dans une perspective philosophique mais elle ne se veut pas moins concrète. Pour s'assurer qu'il existe bien une forme de rationalité pratique en droit, il faut le vérifier à partir de cas bien réels. Les idées développées le sont à partir de cas concrets, de « raisonnements effectivement suivis par les juges aux prises avec de réels problèmes pratiques » (préface seconde édition, p. XIII). L'étude a donc spécifiquement pour objet les arguments invoqués lors d'un procès par les juges ou les avocats. Une étude de cas réels nous permet de suivre et de comprendre aisément la démarche de Neil Mac Cormick dans tous ses cheminements.

L'approche adoptée, appelée dans la préface de la présente édition « reconstruction rationnelle » est particulièrement féconde. L'auteur ne se propose pas seulement de décrire les arguments invoqués par les juges ou les avocats mais surtout de mettre en lumière le fait que ces argumentations « appartiennent à un système de pensée et d'action rationnellement intelligibles » (préf. seconde édition, p. XII). Partant d'une description abstraite des arguments invoqués par le juge pour fonder sa décision, il parvient à identifier les « principes d'action » qui le guident concrètement dans sa décision. Cette spécification est facilitée par la coutume propre notamment aux systèmes britanniques, consistant à faire rapporter dans les recueils de jurisprudence outre l'opinion majoritaire des juges les opinions dissidentes. Aussi, l'argumentation peut-elle être « reconstruite » dans sa globalité et non pas seulement dans son caractère formel. Sont ainsi mis en relief les présupposés à l'œuvre dans l'argumentation et les arguments implicites prenant place dans l'argumentation des juges.

En cela la théorie présentement développée se veut et normative et descriptive : descriptive car elle part des arguments effectivement invoqués par les juges, normative en tant qu'elle établit des normes qui guident ou devraient guider les juges dans leur argumentation. L'auteur a en effet opéré un choix parmi les divers arguments invoqués et retenu ceux qui lui semblaient non seulement pertinents mais également essentiels pour mener à bien une argumentation et justifier complètement une décision. Mais Neil Mac Cormick prend soin de justifier ce choix, soit par une confrontation entre les arguments qu'il a sélectionnés et ceux qui sont globalement tenus pour concluants par les juges, soit en nous précisant que son choix est fondé sur un jugement de valeur qui lui est personnel et que le lecteur lui-même pourrait critiquer. Tenir compte de la forme de réalité que constitue les arguments effectivement invoqués dans le prétoire ne l'empêche nullement de garder un sens critique. Une chose est, selon lui, d'observer quelle est globalement la forme de justification qui suscite l'adhésion des juristes, une autre est d'adhérer de façon inconditionnelle à ces pratiques. On ne saurait par conséquent faire grief à Neil Mac Cormick de ne pas se conformer aux fondements épistémologiques proposés, à savoir le positivisme méthodologique. L'analyse qu'il nous offre du raisonnement juridique nous donne précisément des clés de lecture de son propre ouvrage.

La question de la justification est au cœur du débat. Si, classiquement l'on considère que l'argumentation sert à la persuasion, plus avant, il s'agit de rendre raison d'un choix par une argumentation. Parce que bien des problèmes juridiques peuvent trouver leur réponse dans plusieurs « bonnes solutions » et non dans une solution unique, il importe par l'argumentation de faire admettre le bien-fondé de la solution retenue dans un cas particulier et par conséquent de justifier le choix opéré. L'ensemble des questions posées a donc trait à l'étude de la « technique de l'argumentation comme technique de justification » (p. 17). Pour pouvoir analyser l'argumentation juridique, il faut avoir à l'esprit la fonction qu'elle remplit : la fonction de justification (p. 15 et s.).

Il importe alors de s'interroger sur ce que sont ces « bonnes raisons justificatives » en droit (p. 17). Qu'est-ce qu'un bon argument ? Quels sont les arguments propres à justifier une décision juridique ? Il apparaît que la tradition ou les contraintes sociales sont telles qu'une bonne décision est celle rendue conformément au droit positif. Une analyse du raisonnement juridique se doit donc de commencer par celle du fameux syllogisme juridique identifié par le concept de « Règle de droit » (préf. seconde éd.) : la règle applicable aux faits de l'espèce détermine la conclusion. Dès lors que l'on admet

que la fonction des juges est de rendre une décision conforme aux règles de droit positif, il va de soi que le premier argument propre à justifier une décision en droit est celui tiré de l'application de la règle de droit au cas concret : ce que Neil Mac Cormick appelle la « justification déductive ». Mais il ne faut pas se méprendre sur l'apparent paradoxe que recèle l'adjonction du qualificatif « déductif » au substantif « justification ». Certes, l'adjectif évoque la logique formelle tandis que le terme « justification » a trait à l'argumentation et donc à ce que C. Perelman qualifie de « logique des jugements de valeur ». Cependant, la véritable question n'est pas de savoir si les principes de la logique formelle peuvent être appliqués au droit. Ce qui importe est l'utilisation du mode de raisonnement déductif comme mode de justification. La question « n'est pas tant la démonstration de vérités logiques mais leur application ; c'est-à-dire l'application des formes d'arguments logiquement valides dans le contexte du droit » (p. 27).

S'il est fréquemment recouru à la justification déductive, ce mode de justification ne peut à lui seul suffire à l'analyse de l'argumentation juridique. D'une part parce qu'un tel mode de raisonnement prend place dans un ensemble de motifs sous-jacents, dont la justification déductive n'est pas toujours en mesure de rendre compte. Ainsi en est-il par exemple du présupposé suivant lequel le recours à la justification déductive constitue un argument concluant. Comme le souligne Neil Mac Cormick, « les justifications déductives ne proposent pas de valeurs, mais s'appuient sur un ensemble de valeurs qui leur confère force concluante » (p. 165). D'autre part, en admettant les présupposés à l'œuvre dans la justification déductive, un tel mode de justification présente indubitablement des limites. Comment trancher une question particulière quand plusieurs normes antagonistes sont applicables au cas particulier (« question de la pertinence ») ? Il s'agit encore d'opérer un choix lequel est consubstantiel à la question des valeurs.

Force est donc d'admettre avec Neil Mac Cormick, qu'« à moins d'une régression à l'infini, il nous faut faire des choix et vivre avec » (p. 252). Mais il faut aussi faire en sorte que ces choix ne soient pas arbitraires.

Une première solution au problème des limites de la justification déductive pourrait être trouvée dans l'« exigence de justice formelle ». Si justifier c'est montrer qu'il est juste et équitable d'agir comme nous l'avons fait, et si en outre, « les juges doivent rendre “une justice conforme au droit positif”, et non une justice pure et simple » (p. 85), en l'absence d'une règle de droit directement applicable les juges doivent, selon l'auteur, fonder leur décision sur une règle qu'ils créent. Ainsi, en l'absence d'une règle de droit directement applicable, le juge doit-il énoncer une norme considérée comme justificative du système de droit posé. Comme le note Neil Mac Cormick, « les exigences de justice formelle obligent un tribunal à élaborer des règles universelles sur des questions de droit, et à veiller à leur acceptabilité en tant que règles universelles, essentielles à la justification des décisions particulières » (p. 100). Toutefois, si le principe de justice formelle est une exigence minimale pour rendre la justice, il ne saurait à lui-seul fournir une réponse satisfaisante à la question laissée en suspend des limites de la justification déductive. Encore faudrait-il être en mesure de justifier la « création » des règles par lesquelles a été justifiée la décision particulière en l'absence de règle posée directement applicable. Ni le recours au raisonnement déductif, ni le principe de justice formelle ne peuvent offrir les critères de détermination de la valeur du choix.

Intervient alors la notion de « justification de second ordre », laquelle a pour objet de justifier des choix effectués sur des fondements autres que l'application directe d'une

règle posée (p. 21). Se pose alors la question de la nature des éléments non déductifs de l'argumentation.

Le premier type d'argument qui vient alors à l'esprit comme à chaque fois que l'on se trouve confronté à une question qui relève d'un « choix de société » (p. 122) est l'« argument conséquentialiste ». Un tel raisonnement « peut être défini à la fois comme celui qui prend en considération les conséquences qu'entraînent l'établissement de la règle dans un sens ou dans l'autre et comme celui qui s'interroge sur l'acceptabilité ou l'inacceptabilité desdites conséquences » (p. 123). Savoir si telle décision aura des conséquences acceptables ou non est encore une question de valeur. Aussi, de tels arguments ne peuvent à eux seuls être jugés concluants puisque les juges se reconnaissent liés par la contrainte d'apporter une garantie juridique à leurs choix.

Une justification de second ordre implique donc, outre un raisonnement conséquentialiste, « un raisonnement ayant pour objet d'évaluer les règles proposées en s'assurant de leur cohérence et de leur compatibilité avec le système de droit en vigueur » (p. 126).

Dans ce contexte la place accordée aux principes généraux du droit dans le raisonnement juridique prend tout son sens. C'est précisément parce que les décisions des juges sont soumises à « l'exigence de cohérence » qu'elles doivent pouvoir être intégrées dans un cadre défini par les principes généraux du droit (p. 124). Ces principes ne sont nullement appréhendés comme étant posés *a priori* mais sont « des normes relativement générales, qui sont considérées comme "rationalisant" des règles ou des ensembles de règles » (p. 275-276). Ils ne sont nullement découverts mais créés à partir d'un raisonnement inductif. On voit alors dans quelle mesure les règles de droit et les principes juridiques sont liés. Les principes sont des principes de droit « à raison de la fonction qu'ils remplissent à l'égard de ces règles, c'est-à-dire la fonction que leur assigne ceux qui les utilisent en tant que rationalisation des règles » (p. 276). Ils énoncent également les raisons sous-jacentes au fondement d'une règle positive ou d'un ensemble de règles. Ils sont par conséquent à la fois explicatifs et justificatifs (p. 197). En tant qu'ils expliquent les « raisons sous-jacentes » des règles de droit, ils sont fondés sur une recherche de la « volonté présumée du législateur » laquelle va de pair avec une réflexion sur ce qui semble être « le fondement acceptable de ces règles » et donc un jugement de valeur (p. 182). Pour cette raison, les arguments tirés des principes ne sauraient à eux seuls être tenus pour concluants. Comme le note Neil Mac Cormick, leur force « réside uniquement dans le fait de rendre possible des décisions et non de les rendre obligatoires » (p. 224). En revanche, si une seule règle est applicable à un cas, les juges seront tenus de rendre une décision fondée sur cette règle à défaut de quoi leur décision ne serait pas justifiée. Là se trouve la différence essentielle entre les règles et les principes.

Cette interaction entre les règles et les principes met en relief le caractère circulaire de la théorie présentement développée. À défaut d'une règle directement applicable, une argumentation doit s'appuyer sur des principes, lesquels sont des généralisations des règles. Avec R. Dworkin, l'auteur tient donc pour essentiel le rôle joué par les principes généraux du droit dans le raisonnement juridique et affirme qu'il faut en tirer des conséquences dans le cadre d'une réflexion sur les fondements du droit. Mais contre R. Dworkin, il se refuse à rejeter radicalement les positions admises par les tenants du positivisme juridique. Bien au contraire, tout en réaffirmant son attachement aux fondements épistémologiques du positivisme, Neil Mac Cormick considère que les « positivistes »

doivent élargir leur champ d'étude. Le droit ne peut se réduire à un ensemble de règles posées par le législateur. Le développement ultérieur de la pensée de l'auteur l'a conduit à se dégager progressivement de l'influence du positivisme hartien. En prenant position pour une « théorie institutionnelle du droit », il entend se situer dans une perspective « postpositiviste » laquelle inclut dans le droit des principes et des valeurs. Le présent ouvrage dévoile donc une pensée en devenir, dans la mesure où la plupart des thèmes de recherche ultérieurement développés sont déjà évoqués dans *Raisonnement juridique et théorie du droit*.

Virginie LHULLIER

Éric Millard, *Famille et droit public, Recherches sur la construction d'un objet juridique*, Préface de Jean-Arnaud Mazères, Avant-propos de Marie-Anne Cohendet, L.G.D.J. 1995, 420 p.

Que le droit de la famille fût majoritairement d'ordre public, tout le monde le savait déjà. Les volontés individuelles jouent un rôle nul dans la fixation des droits et obligations nés du mariage, très faible en ce qui touche l'établissement de la filiation, limité lors de la mise en œuvre du divorce ou de la dévolution successorale, fortement encadré dans le régime matrimonial, etc. Toutefois, dans ces exemples, il s'agit encore de droit privé en ce sens que la loi s'applique avec l'aide éventuelle du juge civil, mais sans intervention de la machine administrative. Même le rôle joué par l'administration de l'état civil ne dément pas le propos, dès lors que le justiciable ne se trouve jamais dans le cas de faire procès à cette administration pour faire reconnaître ses droits de parent, d'époux ou d'enfant.

En revanche – mais les juristes n'ont pas tellement pris l'habitude d'y réfléchir –, il faut admettre l'existence d'un droit public de la famille lorsque, au titre du regroupement familial, un étranger se bat avec l'administration afin de pouvoir résider en France ou bien lorsque les services sociaux compétents interviennent pour protéger un enfant contre les mauvais traitements infligés par ses parents. Le mérite de M. Millard est d'avoir consacré sa thèse – aussi fortement pensée que documentée – à ce type de questions. De manière classique et en deux parties, il expose que la famille est pour le droit public un objet de protection et un objet de politiques (au pluriel). Dans sa première partie, axée sur la notion de normalité, il étudie le droit à une vie familiale normale et la protection de l'individu contre la famille anormale (où l'on retrouve respectivement les deux exemples cités plus haut). Dans sa seconde partie, l'auteur s'attache à présenter les diverses politiques d'aide à la famille ou de contrôle social des familles, non sans avoir traité au préalable de l'épineux problème que pose la représentation de la famille auprès de la puissance publique. Toutefois ce n'est pas l'étude de droit positif qui intéressera le lecteur des *Archives*, mais la philosophie inspiratrice de ces différentes interventions et surtout la démarche épistémologique de M. Millard au regard du phénomène observé.

Car enfin M. Millard n'a jamais voulu rédiger un manuel de droit public de la famille, mais plus ambitieusement réfléchir à la « construction d'un objet juridique » (sous-titre de sa thèse). Construction qui l'amène à s'interroger sur notre conception, forcément globale, de la famille et donc à faire de larges incursions du côté du droit privé.

Partant de l'idée peu contestable que l'ordre étatique, sous peine de totalitarisme, doit respecter au maximum l'autonomie de l'ordre familial, l'auteur situe très exactement sa problématique dans l'étroite marge de manœuvre de notre société démocratique. Comme chacun sait et sans avoir besoin de relire *Ubu enchaîné*, les élucubrations du type « Je vous ordonne d'être libre » n'ont jamais donné de grands résultats en démocratie ni ailleurs. C'est bien pourquoi le législateur français, qui fondamentalement veut une famille forte (ne serait-ce que pour adosser la société à ce pilier), ne tente pas d'organiser celle-ci autoritairement, fût-ce pour l'ériger en contre-pouvoir. En vérité notre droit échoue même à traiter la famille en personne morale, car pareille démarche, en soi facile (il suffit d'un article de loi) s'apparenterait au coup d'épée dans l'eau dès lors que tout le droit de la famille a été édifié à partir de l'individu. Or il ne serait pas réaliste, une fois les habitudes prises, de prétendre le réédifier sur une autre base. Comme l'écrit justement M. Millard (n° 95), « les constructions argumentées poussant à voir dans la famille une personne morale, spécialement autour des régimes matrimoniaux, laissent dans l'ombre l'essentiel des interrogations juridiques ». La personnalisation de la famille n'ayant donc pas d'utilité réelle, il s'ensuit que « l'absence de personnalisation ne doit pas être interprétée comme une absence de protection ». Simplement cette protection se construira sur la base des notions habituelles, de sorte que « loin d'être un sujet protégé, la famille apparaît... comme le référent d'un ensemble de règles juridiques qui en assurent, en elles-mêmes, la protection ». Ainsi s'explique – et l'auteur le développe avec une argumentation serrée – que les juristes parlent tellement de la famille bien qu'elle ne soit même pas une notion de droit !

Donc l'objet-famille a été construit par le droit comme le référent de prérogatives individuelles. Et ce statut de référent résulte d'une relation politique entre la famille et l'État, relation définie « comme une relation de relevance juridique, c'est-à-dire comme le moyen par lequel un de ces deux ordres juridiques tient compte de l'existence de l'autre ordre » (n° 170). Bien entendu le fait que le droit de la famille ait été édifié à partir de l'individu présente par définition l'utilité d'éviter une excessive ingérence de l'État dans la sphère familiale. Et de fait ladite ingérence, qui ne se justifie que par une nécessité publique strictement comprise, demeurera limitée.

Dans le même esprit, la loi se garde bien d'organiser une représentation autoritaire et corporatiste des familles. Après la parenthèse de Vichy (qui se signale surtout par l'ineffectivité des mesures adoptées), la République ne reprend l'idée que sur un tout autre mode. Certes elle favorise la constitution d'associations familiales et même elle institue une représentation familiale pour lui servir d'interlocuteur et de relais discret, mais elle l'institue sous la forme d'une représentation d'intérêts. Ainsi l'État « met en place une représentation administrative de l'objet et non une représentation politique du sujet » (n° 308). Il ne regroupe donc pas les familles (au pluriel) en tant que corps, mais dessine encore la famille (au singulier) en tant que référent, en tant qu'objet à administrer.

Cela ne signifie pas pour autant que notre droit positif ait une conception floue ou laxiste ou même pluraliste de la famille : sa conception est forte ainsi que l'exprime, comme on l'a déjà dit, une importante législation de droit privé, mais d'ordre public. Toutefois autre chose est d'imposer, dans les moments fondateurs (mariage, filiation, divorce), une conception rigide de l'ordre familial, et autre chose d'intervenir dans le quotidien de la vie familiale. Le droit privé est à coup sûr contraignant et, comme le relève

M. Millard, il est à ce titre le premier instrument de la politique familiale (n° 481 et s.). Et paradoxalement il est plus contraignant que les autres instruments, ceux qui sont empruntés au droit public : instruments largement incitatifs (subventions, aides, faveurs fiscales) dont l'auteur dresse la liste avec le souci d'en comprendre les justifications profondes et par là d'en raisonner le catalogue ; mais ils n'ont finalement rien à voir avec une intervention directe de la puissance publique dans la vie familiale, intervention qui n'a guère lieu qu'en cas de menace pesant sur la santé physique ou morale des personnes. Or les libéraux les plus exigeants conviendraient que c'est bien là la moindre des choses... Quant à la représentation des intérêts familiaux auprès de l'État, elle ne suscite pas davantage d'inquiétude. Même si cette représentation se réalise avec des moyens parfois exorbitants (monopole de représentation, agrément d'associations, pouvoir de tutelle), personne ne dira que l'État a récupéré à son profit l'institution familiale et la France reste passablement en retrait de la République rêvée ou plutôt cauchemardée par Platon.

Plus précisément l'État et la famille se trouvent au départ dans une relation virtuelle de concurrence. « Mais cette relation doit, si l'on se place du côté de l'État, être reconstruite en une relation de complémentarité et de continuité, fondant la famille de façon à assurer un certain nombre de fonctions envers les individus, que l'on peut, de manière générique, dire socialisantes, et qui sont indispensables au processus par lequel l'État se constitue et se reproduit comme institution souveraine : reproduction biologique, assimilation des normes, adhésion éthique par exemple » (n° 593).

Et l'auteur d'ajouter immédiatement : « Le droit public participe à cette reconstruction de manière essentielle, en assurant, d'une part, la protection de la famille "utile" à l'État, et en suscitant, d'autre part, la mise en place de politiques publiques sur l'objet familial. C'est là la thèse ». On ne saurait mieux résumer celle-ci que ne l'a fait M. Millard lui-même. Mais on voudrait avoir convaincu le lecteur de ce que cette thèse est aussi un ouvrage de philosophie politique et de théorie du droit.

Philippe JESTAZ

Danilo Castellano, Luigi Bagolini *et al.*, *La decadenza della repubblica e l'assenza del politico*, Monduzzi Editore, 1995, 198 p.

On lira avec soin ce livre consacré à la décadence de la République et l'absence du politique. Il contient les contributions introductives de D. Castellano sur les problèmes de la réforme des Institutions et surtout la question de fond, liminaire, qui court dans tout le livre : celle de la détermination de la nature de la *Res Publica*, inséparable de l'homme. Problème posé déjà par Rosmini et qui amène à faire une lecture théorique de l'expérience sociale et politique contemporaine. Or, de nombreux auteurs ont déjà souligné combien la décadence est un signe « épiphanique » de la pathologie du politique et explicatif du déclin de l'État moderne.

Certes, comme le souligne D. Castellano, il s'agit d'un livre engagé. Il offre pourtant au lecteur des critères « inhabituels » de déchiffrement de la crise culturelle et politique contemporaine, marquée par une absence de toute question relative au problème de la vérité dans le politique, en raison d'un manque de philosophie qui considère l'homme en son entier.

Mais, c'est surtout l'article de Luigi Bagolini sur « Justice et christianisme » qui constitue le centre de l'ouvrage, car il dépasse les thèmes plus spécialement centrés sur l'orientation législative de la première République italienne (en matière de droit de l'économie) de Michele Gaslini, ou les débats sur les crises institutionnelles de Giancarlo Gonriovichi ou Giuseppe Guisio sur l'éclipse de la famille comme facteur décisif de la décadence de la république et d'Ernesto Molinari (la culture du séparatisme).

Pour L. Bagolini, il s'agit d'abord de rappeler ce qu'on entend par justice rationnellement, et la nature de la crise de l'idée de justice dans les philosophies empiristes et matérialistes ou dans l'historicisme contemporain, dans lequel l'individu est totalement englouti dans un ensemble éternellement conflictuant. L. Bagolini formule des critiques très fondées, à propos des concepts utilitaristes de la justice et des théories contemporaines des valeurs, spécialement chez N. Hartmann, selon lequel les deux capacités essentielles de l'homme, constitutives mêmes, sont : être libre et créer intuitivement des valeurs (*sui generis*) et qui nie que l'homme ait en lui-même une valeur originale.

Sur ce constat, L. Bagolini montre la nature du rapport entre justice et personne dans le christianisme et les limites de la perspective ontologique contemporaine, dans la culture laïque. Car « sans le droit, la justice est inconcevable et sans la personne, le droit et sans la création, la personne ». Il existe ainsi un sens chrétien de la justice, avec ses exigences fondamentales qui s'expriment dans tous les domaines de la vie, de l'activité sociale, politique, économique. Il est aussi inséparable de l'*autre*, compris dans le mystère divin qui le contient et l'exprime.

Voilà, selon l'auteur, qui donne un sens bien plus ample au principe du *suum cuique* et pose, dans toutes décisions en terme de justice, l'*animo equo* qui rappelle l'existence d'une justice ultime absolue que l'homme doit approcher le plus près possible.

Un livre qui fait donc un utile contrepoids, dans un univers juridique, moral et intellectuel trop souvent exclusif de tout référent chrétien.

Gérard D. GUYON

Helmut Willke, *Ironie des Staates : Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft*, Francfort, Suhrkamp, 1992, 2^e éd. Paperback 1996 (Suhrkamp Taschenbuch), 399 p.

L'ouvrage n'est pas un coup d'essai de l'auteur, mais une œuvre qu'il a mûrie tout au long d'une réflexion ambitieuse sur les structures de la modernité sociale. Cette réflexion, Willke la mène depuis plus de deux décennies sous le signe du systémisme luhmannien. Elle a pris corps dans des ouvrages de synthèse sur la théorie des systèmes (*Systemtheorie*, 3e éd. Stuttgart New York 1991, *Systemtheorie entwickelter Gesellschaften : Dynamik und Riskanz moderner gesellschaftlicher Selbstorganisation*, Munich, Weinheim, 1989), qui offrent une présentation d'ensemble de la théorie des systèmes appliquée à la sociologie. Ces ouvrages se proposent de donner une idée de la fertilité de la théorie, surtout dans la description et la conceptualisation des aspects les plus caractéristiques des sociétés contemporaines que sont la complexité et la « risquité » (*Riskanz*, un concept-clé de la sociologie contemporaine en Allemagne). *Ironie de l'État* renoue quant à lui avec les préoccupations du début de la réflexion will-

keienne, dans la mesure où l'auteur y reprend le thème d'un de ses premiers travaux, *Entzauberung des Staates* (1983) (Désenchantement de l'État).

Quel est le propos d'*Ironie de l'État* ? C'est d'élaborer un cadre conceptuel dans lequel penser l'État des sociétés contemporaines complexes, de comprendre la transformation de son idée et de son rôle. Willke prend son départ dans une revue des deux figures majeures de l'État moderne que sont l'État-Léviathan et l'État-providence, pour montrer l'évolution qui, souterrainement, mène à l'émergence d'une société entièrement remembrée par la perdifférenciation fonctionnelle et décollant dès lors complètement de l'assise structurelle de ces figures. On se rend compte que l'« État de la société » ou, plus clairement, l'État que réclame et produit la « société » (la *Gesellschaft* de Luhmann, qui désigne l'ensemble non totalisable et indéfinissable de la communication sociale), ne peut nullement se situer en continuité des deux figures évoquées, mais qu'il doit naître d'une matrice parfaitement neuve. Cette matrice est loin d'être saisie aujourd'hui dans toutes ses dimensions, en dépit d'une certaine conscience de la profondeur des transformations vécues par les sociétés développées depuis quelques décennies. En suivant Willke dans ses analyses, on penche à penser que – pour le moment du moins – seule la théorie systémique est en mesure de décrire la communication sociale et de saisir la portée de ses mutations.

C'est en approfondissant les descriptions systémiques de la différenciation, l'autonomisation et la clôture opérative des différents sous-systèmes sociaux qu'on se rend compte que l'indispensable régulation des différentes dynamiques et rationalités fonctionnelles par le système politique ne peut se faire que suivant des stratégies d'*intervention incitative*. En effet, il ne peut s'agir pour le système régulateur de faire irruption par la violence ou l'injonction dans le système régulé : une telle intervention soit détruirait les mécanismes de perception, de sélection et de traitements des événements extérieurs chez le système destinataire, soit resterait à l'état de bruit, de multiplicité surcomplexe échappant aux capacités d'interprétation du système et lui demeurant ainsi étrangère et sans présence. Par contre, la supervision dénomme un mode d'action qui s'abstient de toute détermination externe, de toute prise d'influence transitive pour ne faire que stimuler la « réflexion » (en langage systémique, la prise de distance par rapport à soi) du système incité et l'amener ainsi à une correction autonome de ses propres dysfonctionnements.

Dans la reconstruction de Willke, nous voyons les sociétés modernes évoluer vers un seuil d'émergence où s'effectue une transformation radicale de leurs structures. Nos conceptions et nos perceptions de l'État s'en trouvent définitivement caduques. La réflexion se met alors à la recherche de la figure contemporaine, c'est-à-dire socialement adéquate, de l'État. Les thèses de l'ouvrage sont en elles-mêmes claires, mais posent une difficulté à tous ceux qui ne sont pas familiers de la grande « partition »¹ sociologique réécrite par Luhmann pour interpréter les sociétés modernes. La thèse centrale c'est que l'État moderne se trouve, avec le triomphe de la dynamique de différenciation fonctionnelle, en un déclin inéluctable. De centre, sommet et représentation globale de la société, il est en passe de se normaliser et se banaliser en un sous-système social parmi d'autres, dépourvu de toute prérogative, voué à une tâche de coordination certes essentielle, mais définitivement déhiérarchisée, décentralisée et

¹ Comme dit très justement l'auteur.

démythifiée. Après l'État-puissance et l'État-précepteur, c'est l'*État de supervision* (*Supervisionsstaat*) qui prend forme au sein du système politique de la société et prend en charge la fonction de régulation réflexive ou persuasive de la communication intersystémique. C'est en effet le trait essentiel de l'État supervisionnel que d'être, autant que tout autre, un système démuné de moyens d'intervention directs (qu'ils soient autoritaires, contraignants ou tout simplement « instructifs ») sur un autre. Or, tout en perdant ces moyens dont il avait le monopole, il reste une instance de régulation nécessaire dont aucun équivalent fonctionnel – qui pourrait s'y substituer – n'est encore envisageable.

L'État ne dispose effectivement, pour mettre en application cette stratégie, que de trois ressources : le pouvoir, l'argent et le savoir. L'État doit se rappeler sa propre impuissance et en prendre son parti dans une éthique (ou une clairvoyance) de la modestie et de l'autolimitation. Il doit ainsi renoncer à ses fantasmes d'omnipotence, de contrôle et de guidage souverain d'une société qu'aucune conceptualité holistique n'est plus capable de saisir. Willke emprunte sa notion d'« ironie » – qui donne son saillant au titre de l'ouvrage – à Rorty qu'il considère comme le penseur moderne le plus clairvoyant. En effet, Rorty manifeste pour lui le plus de conséquence dans la prise en compte de la prolifération incontrôlable de la contingence qui caractérise notre époque. Il a une conscience aiguë de l'impossibilité de saisir cette contingence dans les cadres métaphysiques traditionnels. Rorty est surtout celui qui a positivement fait de la situation postmétaphysique le fondement de la communication sociale à l'âge libéralo-ironique. Willke dessine son État à l'image de l'individu rortyen : l'« ironie de l'État » (le génitif est ici subjectif et du coup est, en l'absence de précisions, un peu déroutant) est celle de ces individus que Rorty nous présente comme des « excentriques », c'est-à-dire des personnes « qui regardent en face le fait que leurs convictions et leurs besoins centraux sont contingents »¹. Le systémisme lie donc ici alliance avec une philosophie qui lui semble tout à fait congéniale². Sur les ruines des théories juridiques et politiques de l'État justicier et nourricier et de leurs légitimations absolutisantes, la sociologie systémiste de Willke montre à l'État une voie de repli raisonnable : s'affirmer comme l'État de cette société qui le fait être ce qu'il est et assumer ses fonctions autrement modestes de régulation incitative entre les systèmes sociaux.

Bien d'autres points n'auraient pu être discutés qu'en dépassant de beaucoup le cadre d'un compte-rendu. Une multitude de thèses et de descriptions de l'ouvrage sont tout à fait stimulantes. Nous n'en citerons qu'une, celle de la montée en puissance du *savoir* dans les modèles du guidage supervisionnel (*Steuerung*), selon une théorie de la *triple régulation étatique* basée dans les trois média de communication principaux que sont le pouvoir, l'argent et le savoir.

¹ Ou qui, passant à la réflexion, devront « décrire la notion d'avoir des vues [=des convictions] tout en évitant d'avoir des vues à propos du fait d'avoir des vues ».

² Luhmann ne s'est, à ma connaissance, nulle part prononcé clairement sur une « connectabilité » (*Anschlußfähigkeit*) de ses théories avec certaines philosophies de notre postmodernité. Il est évident que celles-ci ont beaucoup d'éléments congéniaux au systémisme, ou inversement si l'on veut. Cependant, il me semble que Luhmann reste réticent à toute connexion pour éviter tout risque d'intervertissement des priorités : le programme du systémisme luhmannien est fondamentalement celui d'une description des sociétés fonctionnellement perdifférenciées et non pas la recherche d'une orientation individuelle en leur sein – quelque illusoire qu'elle soit ou quelque clairvoyante sur sa propre illusorité.

Si l'ouvrage a quelques défauts (un plan un peu trop étalé et une diction quelque peu malaisée pour le non-initié), on serait injuste de ne pas lui trouver le mérite de poser avec insistance et rigueur une question centrale de la sociologie et de la politique contemporaines : celle de la fonction de l'État dans une société basculant irréversiblement dans l'abstraction, la dislocation fonctionnelle et l'hétérotopie des valeurs, des langages et des vécus. Un des apports les plus pertinents de l'œuvre réside dans la pratique de l'analyse systémique sur des sujets très concrets. Il nous montre une sociologie systémiste à l'œuvre dans l'interprétation des phénomènes. S'il est vrai qu'il n'apporte rien de nouveau à l'élaboration catégorielle luhmannienne, l'on pourra soutenir que ce n'est pas là son propos. Il reste que dans le débat essentiel sur la régulation étatique (*Steuerung*), les options recommandées sont d'une faisabilité molle ou illusoire, et leur ensemble d'un profil un peu mat. Ainsi, les solutions proposées sont un peu trop « lisses ». On ne voit pas en quoi se fonde la confiance de l'auteur dans une régulation incitative ni son optimisme dans ses capacités d'être concrètement opérante. Notre impression est au contraire, que la politique et l'État sont tout aussi dépassés par la complexité et la « risquité » de l'évolution sociale que les autres systèmes, et que le « *muddling through* » est ici bien plus de mise qu'ailleurs. L'idée d'une régulation étatique – d'ailleurs en elle-même tellement « *soft* » que son impact en paraît tout relatif – ainsi que celle de son monopole, justifiées par la compétence et les capacités spéciales de l'État pour le long terme, ont somme toute quelque chose de naïf.

Devant ce nouveau tableau des fonctions essentiellement supervisionnelles de l'État et des analyses qui les précisent, nous nous demandons si le guidage étatique ne fonctionne tout simplement que parce que les risques auxquels nos sociétés sont aujourd'hui confrontées n'ont pas atteint un seuil de gravité, un effet de cumul qui bloquerait la régulation réactive assez peu sophistiquée de nos systèmes politiques et de leurs États ? Ainsi, *Ironie de l'État* nous présente un modèle d'harmonisation systémique qui, s'il constitue certes idéalement le meilleur choix, ne semble pas correspondre à une option réelle concrètement envisageable. Cette faiblesse de l'œuvre ne ternit cependant nullement ses mérites, tels que sa rigueur « diagnostique » et le caractère stimulant de ses descriptions. Son défaut, c'est de passer du diagnostic d'une contrôlabilité décisivement amoindrie de la communication sociale actuelle par le système politique, à la construction d'un rôle nouveau pour l'État où finalement tout le monde se retrouve. C'est la très faible prégnance de ce rôle qui nous laisse sceptique. En effet, cette « *Aufhebung* » sans aspérité de la crise « époquale » de nos sociétés et cette réconciliation de l'État avec la société et avec lui-même, alors que la situation de départ n'a en rien changé, convainc peu. Le défaut de la construction willkeienne est inverse de celle qui se rencontre souvent dans la pronostique politique : elle ne pèche pas par un dramatisme ou un fatalisme tragique, mais bien par une propension contraire à faire confiance aux retours « réflexifs » des systèmes sur eux-mêmes ; son défaut est surtout de croire en la possibilité réelle d'un guidage politique de l'ensemble qui serait autre que purement réactif. C'est là être confiant en une « faisabilité du monde » qui continûment en déferait la défection.

Jean CLAM

Luigi Bagolini, *Justice et société*, Bordeaux, éd. Bière « Bibliothèque de philosophie comparée, Philosophie du droit », 1995, 260 p.

Figurant, depuis une cinquantaine d'années, parmi les maîtres de la tradition italienne de philosophie du droit, le professeur Bagolini a consacré un ouvrage aux problèmes des rapports entre « justice et société ». Du texte original paru en 1983 une traduction française a été récemment publiée, avec une substantielle préface du professeur J.-M. Trigeaud, laquelle s'ajoute à la recension déjà donnée par lui aux *Archives* (1992, p. 376 et s.) d'un livre portant sur l'ensemble de la pensée du professeur émérite de l'université de Bologne.

Celui-ci, dans la présente étude, couronne en quelque sorte son œuvre antérieure. Suivant la ligne directrice de son humanisme spiritualiste, il est amené, au cours de ses développements, à écarter les théories juridiques imprégnées d'un rationalisme formel et nominaliste, notamment celles de Kelsen, de Ross, même aussi de Rawls, sans pour autant s'en remettre au jusnaturalisme réifiant de la nature des choses. Dans sa recherche des fondements, il part de la politique, remonte au droit, qui lui-même suppose la justice.

Au niveau politique, il insiste sur l'opportunité de concilier l'homogénéité et l'hétérogénéité des membres de la société, à la fois semblables dans leur citoyenneté abstraite et différents dans leur situation concrète, d'équilibrer deux représentations nécessaires et imparfaites, l'une purement politique et risquant de dériver vers une mythique volonté générale, l'autre socio-économique et si malaisée à mettre en œuvre dans une économie dominée par les techno-structures publiques et privées.

Conditionnant la politique, le droit apparaît déjà dans le lien d'obligation juridique. La constitution de ce lien repose sur le temps : non pas le temps objectivé et spatialisé, certes indispensable pour enregistrer les événements dans une succession chronologique qui découpe le passé, le présent et le futur, impuissant cependant à expliquer le devoir-être normatif ; mais le temps conscienciel, vécu par des consciences individuelles dans une expérience réciproque d'interpénétration du passé, du présent et du futur et permettant ainsi de rendre compte de l'obligation de fidélité, du respect ultérieur des promesses antérieures. Plus largement, le lien juridique se réfère à une sphère de juridicité, à une définition générale du droit. Dans une société donnée, une telle définition est nécessaire, et nécessairement évaluative : elle détermine ce que signifie le concept de droit, ou plutôt ce qu'il doit signifier, son devoir-être, sa valeur obligatoire. Le refus de prendre position ne fait que refléter un jugement préalable sur ce point. Réduite à la simple force contraignante de commandements, éventuellement même arbitraires, la juridicité se vide de sa substance, elle disparaît à proprement parler dans le changement de l'obligation en contrainte. Par elle-même, elle implique au contraire une évaluation des comportements humains au critère de la justice.

Le problème est posé de savoir s'il est possible de trouver un fondement de la justice qui soit indépendant de toute transcendance religieuse. Enfermées dans cette indépendance, les diverses solutions proposées par maints auteurs soulèvent à leur tour des problèmes insolubles. Parmi les plus importantes, l'une voit dans l'individu un absolu en soi, mais paradoxalement relié et relatif à d'autres absolus ; une autre exalte la liberté, sans éviter les risques de la licence et du caprice des choix ; une autre encore incite à traiter autrui comme on voudrait l'être soi-même, mais le sadomasochiste désire souffrir

et faire souffrir. De telles solutions s'arrêtent à mi-chemin. En vérité, la justice dépend de la relation chrétienne de l'homme à Dieu, de la création par Dieu à son image et ressemblance de la personne humaine : dépendance libératrice. Elle se révèle à travers la droite orientation de la raison pratique, tout en la dépassant toujours. Elle appelle, dans les rapports entre les personnes, à la fois l'intransigeance et la tolérance au nom de l'amour-charité.

La générosité de l'inspiration chrétienne qui parcourt tout l'ouvrage colore la qualité de la réflexion intellectuelle.

Jacques DAGORY

Les médias entre droit et pouvoir - Redéfinir la liberté de la presse, ouvrage collectif sous la dir. G. Haarscher et B. Libois, éd. Université Bruxelles, 1995, 124 p.

Voici un ouvrage collectif important, qui aborde le délicat sujet des libertés de la Presse, prise entre son droit fondamental de communiquer avec le public et l'ivresse que lui procure son extraordinaire pouvoir sur les masses, susceptible de la conduire dans certains cas (rarement) aux pires jugements de valeur.

Il faut partir d'un conseil donné par Emmanuel Kant : « *Aie le courage de te servir de ton propre entendement - Voilà la devise des Lumières* ».

On voit que cette invitation à la Raison, soutenue par la liberté d'opinion, n'est pas nouvelle ; et bien des auteurs des siècles passés ont préparé le terrain : Erasme, Thomas More, La Boétie, Locke, Bayle. C'est ce que nous démontre S. Goyard-Fabre dans sa contribution.

Aujourd'hui, on peut se demander si ce n'est pas tout autant la liberté du journaliste que celle de son public, qu'il convient de préserver : la « médiation des médias » est certes précieuse, indispensable, elle ne doit pas moins rester une partie – et *une partie seulement* – de la conviction du citoyen qui l'écoute ou le lit. Le jugement que le peuple fera, à partir des données qui lui sont livrées par les professionnels, ceux qui *savent la nouvelle*, parce qu'ils l'ont apprise avant lui, devra être dicté, pour une fraction irréductible, par les lumières de sa Raison (utopie ?)

C'est donc de sa propre *liberté d'opinion* qu'il est ici question, tout autant que de la *liberté d'expression* de ceux qui s'adressent à lui, en permanence. En d'autres termes, la liberté de la presse, loin d'être un absolu, a une fonction, un but : elle existe « pour » l'édification des masses. Un journaliste est presque un professeur, de ce point de vue. Ah, si les membres de la Presse connaissaient Jossierand !

C'est précisément sur le caractère fonctionnel de cette liberté que B. Libois insiste : la liberté d'expression, lorsqu'elle est revendiquée par des professionnels, constitue une véritable charge publique, comportant pour ses titulaires une responsabilité : « *le journaliste ne peut plus prétendre être le juge exclusif de ses choix et de ses actes* ».

Est-ce vraiment le cas aujourd'hui ? N'y a-t-il pas trop de journalistes qui affirment et supputent, sans vraiment pouvoir prouver ce qu'ils avancent ? On revient à l'analogie

scientifique. Cependant, le journaliste, contrairement au scientifique, est un homme ou une femme pressée, cherchant le résultat immédiat, fût-il parfois approximatif, mais qui fera avancer les choses. Le caractère proprement rarissime de l'admission en droit de la diffamation de l'« *exceptio veritatis* », par laquelle le journaliste pourrait prouver le fait condamnable qu'il impute à quelqu'un, démontre cette zone d'incertitude quant à la véracité de l'information. Mais il est vrai que la procédure pénale pour l'administrer est pour le moins compliquée.

Trop d'affirmations, c'est ce que relève J.-M. Ferry. Au contraire, il faudrait promouvoir une « *éthique de la discussion, où le registre de l'argument serait au moins aussi prégnant que ceux de la narration et de l'interprétation* ».

Les journalistes devraient être par définition des hommes et des femmes trempés dans la dialectique. Nouvel hommage à la science, cette fois philosophique.

S'il y a un métier qui doit échapper au dogme, c'est bien le leur.

Pendant longtemps, le public fut l'allié du journaliste, son bon élève, dans une méfiance partagée à l'endroit de l'État, supposé despote.

Aujourd'hui, explique F. Jongen, ce n'est plus tellement sûr. Et les particuliers, spécialement les victimes de débordements, auraient tendance à rééquilibrer les pouvoirs, en se rapprochant de l'État, pour prendre quelque distance à l'égard des fournisseurs d'informations. D'où les récentes innovations, comme le référé « présomption d'innocence » (qui soit dit en passant, ne semble guère donner de résultats probants, il reste à déterminer pourquoi).

Existe-t-il des modèles – ou des repoussoirs – à l'étranger ? Transportons-nous au pays du « tout est permis », les États-Unis, en compagnie de M. Rosenfeld : là, règne le « marché libre des idées ».

Les Américains ont fait par exemple l'expérience d'une intéressante théorie, très socratique : la « *Doctrine de l'Équité* » : toute information doit être discutée, tout privilège, fût-il légitime (par ex. les « politiques préférentielles » au profit des minorités de toutes sortes) mérite d'être apprécié avec le moins de préjugés possibles. Le préjugé, un autre des pires ennemis du journalisme.

G. Haarscher clôt le volume, par une réflexion approfondie sur les techniques de traitement de l'information par le journaliste, avant qu'il ne la livre à son public : à part les agences de presse – et encore – la donnée brute est analysée, commentée et retranscrite par le professionnel et c'est à *ce moment intermédiaire* que tout peut basculer vers la subjectivité, la croisade, le parti pris conscient ou inconscient, mais à l'inverse, que le plus beau et riche commentaire peut jaillir de la bouche ou de la plume du professionnel.

C'est à l'instant précis où le travail d'analyse est clos, où la synthèse s'opère dans l'esprit du journaliste ou de son équipe, que le réflexe de prudence devra être le plus fort et toujours se manifester – c'est une dernière analogie avec le scientifique : existe-t-il un « *syllogisme journalistique* » ?

Cela passe par une éthique très stricte, que les écoles de journalisme mais aussi les rédactions doivent enseigner et entretenir auprès de leurs membres, brillants sujets ou copistes anonymes.

On voit qu'il ne s'agit pas tant de créer plus de droit, en modifiant les textes de loi existants, pour les rendre plus répressifs, que de renforcer les réflexes spirituels.

Le droit n'a sans doute *pas grand-chose* à faire avec la Presse, sauf celle qui se devoit dans les atteintes au droit de la personnalité des « tabloïd », qui font les choux gras de nos étudiants de première année.

Quant aux droits de l'homme, comme il en existe *des deux côtés*, par le jeu dialectique principe/exception, presse et personnes mises en cause, ils se neutralisent quasiment. Lisez par exemple l'art. 10 de la Convention européenne dans sa totalité.

Il s'agit notamment de faire porter l'effort sur la *conscience* des journalistes, tellement tentés, par exemple, par la couverture des « affaires », de A (la découverte sensationnelle) à Z (le classique compte-rendu d'audience, devenu presque marginal, par rapport aux investigations sur la phase supposée secrète de l'instruction préparatoire).

La Presse entre le Moi du journaliste et l'attente des membres de la Cité, qui lui ont donné toute leur confiance. Et nous autres, spectateurs supposés mieux armés intellectuellement, dans le refus des discours moralisateurs sur les travers des uns et des autres.

D'autant que le débat est en passe de se déplacer sur d'autres terrains, principalement celui des membres de la Cité qui *s'intronisent eux-mêmes journalistes*, pour le meilleur et pour le pire : c'est le « village planétaire » d'Internet et le retour de l'Agora avec la tentation du contrôle étatique.

Ou encore des nouvelles formes de presse humoristique, où l'information, fût-ce sous un jour satirique, est bel et bien donnée et commentée : ce sont notamment les « Guignols de l'info ».

On revient donc de plus fort à la seule véritable sauvegarde, celle évoquée à titre liminaire par Kant – Tâche d'abord (ou ensuite) de te former ta propre opinion.

Pierre-Yves GAUTIER

Français juridique et science du droit, Bruylant, 1995, 378 p.

Cet ouvrage regroupe les travaux du deuxième colloque international du Centre international de la common law en français qui s'est tenu en 1993 sur le thème « Français juridique et Science du droit ». La richesse des vingt-trois articles qui forment l'ouvrage oblige, on s'en doute, à s'en tenir ici à un panorama nécessairement incomplet, pour saisir uniquement les points saillants du livre.

De ce point de vue, l'intérêt de l'ouvrage est d'offrir une grille d'analyse particulièrement renouvelée des rapports entre le droit et le langage, entre les contraintes juridiques et celles de la langue, ou plus exactement *des langues* puisqu'aussi bien l'essentiel porte sur les conséquences du pluralisme linguistique et des transpositions linguistiques d'un système de droit à un autre.

Nombre de communications contribuent tout d'abord à éclairer les rapports entre la langue et le droit, entre le discours commun et le discours juridique.

Il en est ainsi par comparaison en premier lieu, d'où il ressort que les points de rencontre entre droit et langue sont naturellement nombreux, puisque l'un et l'autre sont des phénomènes sociaux. Quant à leurs origines, tout d'abord, droit et langue sont ainsi tous deux en prise aux évolutions venues d'en bas, aux usages et particularismes sociaux qui orientent, de façon parallèle, comme l'a rappelé M. P. Glenn, leur développement. Quant à leurs caractères ensuite, droit et langue étant évolutifs, non seulement sous l'action des usages mais aussi sous celle de l'autorité étatique qui commande et agit de façon comparable sur leurs mutations. Quant à leurs fonctions enfin, puisque droit et langue sont non seulement des faits culturels, mais incarnent tous deux une fonction normative. Comme l'a justement souligné M. J. Verlinden, dans ses « propos perplexes d'un juriste égaré dans la linguistique », « que sont d'autres les dictionnaires et les grammaires, que les ouvrages de doctrine d'un système normatif dont le mode de production [...] est essentiellement doctrinal. Qui est Grévisse, sinon l'Ulpian ou le Papien [...] de la grammaire française ? »

On comprendra alors, sur cette voie, que le rapprochement de la langue et du droit devait conduire naturellement à envisager, en second lieu, les influences respectives qui les unissent. De ce point de vue, M. J. Verlinden rappelle opportunément que leurs relations sont dialectiques : « le discours juridique, comme tous les autres discours, contient ainsi un impensé, autonome au premier degré, qui contribue, souvent de manière décisive, à structurer aussi bien le contexte dont sort le droit que la pensée qui l'élabore au départ de ce contexte. Que, dans certains cas, la langue conditionne le droit semble donc vrai ; mais que, inversement, l'élaboration de la notion juridique précède la formulation est, en d'autres, tout aussi possible ». Mais dans cette approche en termes d'interdépendance, il ne faudrait pas omettre, comme l'a souligné M. A. Levasseur, que c'est avant tout la langue qui « fournit l'enveloppe juridique au sein de laquelle sont véhiculés concepts, notions et expressions juridiques », même s'il arrive parfois que la séparation entre le droit et la langue se produise, hypothèse de disjonction qui se manifeste toutes les fois que le droit ne correspond pas et ne répond pas à la langue qui en véhicule les règles.

La réflexion, on le voit, pouvait alors déboucher sur une analyse du droit en tant que langage et sur la question, si discutée, du point de savoir si le droit est un langage autonome ou un langage simplement spécialisé. De ce point de vue, l'étude de MM. Souriaux et Lerat sur « le Français juridique comme langue spécialisée » dresse un inventaire particulier des quatre aspects du français juridique qui le caractérisent comme langue spécialisée : « en premier lieu, les aspects linguistiques rappellent constamment que le français juridique n'est rien d'autre que la langue française au service du droit. En deuxième lieu, les aspects conceptuels mettent en évidence le fait que le français juridique est aussi le droit en français. En troisième lieu, les aspects aménagistes [...] invitent à prendre en compte le besoin de normalisation et d'harmonisation terminologiques. Enfin, l'ensemble devrait aider à aborder l'aspect comparatiste à la lueur des langues et des cultures »

Ce dernier aspect, orienté par des préoccupations comparatistes, montre combien la question du langage du droit est inséparable de celle des confrontations de systèmes juri-

diques, pluralisme juridique et pluralisme linguistique soulevant le problème de la transposition d'un *corpus* juridique – ou de ses éléments – dans un système étranger.

De fait, l'intérêt principal de l'ouvrage réside sans doute dans l'analyse du pluralisme des langues, rapporté aux phénomènes d'échanges qui peuvent se nouer entre les divers systèmes juridiques voire au sein d'un même système juridique marqué par le bilinguisme. Les études des auteurs canadiens et suisses illustrent ainsi de façon remarquable les apports et les difficultés d'une cohabitation des langues qui se manifeste dans le même temps par une cohabitation des droits.

Ainsi, comme l'a montré M. N. Kasirer dans une étude des contraintes du bilinguisme sur le travail de définition du droit, les simples transpositions d'un système de droit à l'autre peuvent déboucher sur des déformations des concepts si la mesure du particularisme des systèmes qui sous-tendent chaque langue n'est pas prise : de l'anglais au français, le passage ne saurait se faire sans que soient intégrées les spécificités de la *common law* (mais faut-il dire *la common law* ? s'interroge subtilement M. G. Rouhette dans une analyse érudite du genre de « *common law* ») rapportée à la tradition civiliste de langue française. Sans doute aussi faut-il souligner, comme l'a fait le doyen Cornu, qu'il « règne entre une langue et un droit *sui generis* une harmonie naturelle : une harmonie naturelle entre la langue anglaise et la *common law*, entre la langue française et le droit civil », de sorte que la transposition d'un droit dans une langue autre que celle qui l'a vu naître entraîne un nombre considérable de difficultés et requiert « une prouesse linguistique et une performance juridique ».

La diversité des langues soulève ainsi des problèmes que les comparatistes rencontrent chaque fois qu'ils font le lien entre deux droits, par le filtre d'une traduction des mots qui les expriment. Parce que toute traduction est un travail à la fois de fidélité au sens initial et de compromis, comme l'a montré M. J.-M. Kieffer, le passage d'un mot à un autre, qui est censé lui correspondre, n'est pas nécessairement sans risque de mener sur une fausse route, car le droit ne souffre pas la simple transposition. M. D. Tallon l'a d'ailleurs rappelé de façon très concrète, en pointant les contraintes qui pèsent sur le comparatiste, traducteur avant tout, lorsqu'il procède à la transposition d'un texte dans un système étranger. Aussi bien ne peut-on que suivre les perspectives tracées par M. Moreau, dans une étude portant sur « l'avenir de la traduction juridique », notamment quand il souligne que « la croissance des demandes de traductions et l'exigence renforcée de la qualité du résultat, imposent plus que jamais, l'élaboration d'un droit de la traduction juridique, à l'image de ce qui a été conçu pour l'interprétation du droit ».

Sans doute, pour éviter les méfaits de la traduction lorsqu'elle sert ainsi à la communication entre systèmes juridiques, l'effort pourrait-il se manifester, en amont, par le développement des expériences de corédaction. Il faudrait croire à ses vertus, soulignées par M. P.-A. Crépeau : « la solution de la corédaction est la seule qui soit vraiment respectueuse, en droit et en fait, du principe de l'égalité des versions linguistiques des lois, en permettant, d'une part, aux communautés juridiques et linguistiques de participer à l'élaboration des lois, notamment aux étapes préliminaires de la conception et de l'organisation des projets et, d'autre part, en favorisant l'éclosion d'un climat de compréhension entre les groupes linguistiques de nature à susciter des influences réciproques sur la rédaction, au fond et en la forme, des projets législatifs ».

L'ouvrage offre ainsi une utile comparaison, synthétisée par M. R. Bergeron dans un article sur la « formulation du droit », entre la corédaction et les autres méthodes d'établissement de plusieurs versions d'un même acte, que l'on songe à la rédaction-traduction, à la rédaction bilingue (voir ainsi l'expérience suisse menée lors de la révision de la Constitution cantonale de Berne relatée par G. Caussignac) ou encore à la rédaction parallèle (voir ainsi les articles portant sur l'expérience québécoise et celle menée au Nouveau-Brunswick).

On ne saurait cependant négliger les risques de la corédaction et ses limites, lorsqu'il s'agit de mettre à jour un texte unique aux fins d'harmonisation des règles qui régissent différents droits. Pour s'en tenir à celui qui est souligné à diverses reprises dans l'ouvrage, il est quasiment systématique qu'une langue dominante en vienne à imposer sa loi aux autres, et, que de la sorte un système sacrifie une part de son identité : la « guerre des langues » peut alors conduire à un dévoiement du système dominé.

Aussi, même si les méthodes de rédaction canadiennes (sur lesquelles on pourra lire notamment l'article de M. L. Levert) semblent emporter l'adhésion au point qu'elles pourraient être transposées dans l'orbe européenne, on ne saurait négliger que l'Europe, de ce point de vue, pourrait tout aussi être – si ce n'est déjà le cas – ferment de dénatura-tion des particularismes juridiques nationaux, du moins si l'harmonisation européenne devait se solder par une perte d'identité de ce qui fait un Droit.

C'est que les mots, parce qu'ils manifestent des concepts et des conceptions, ne peuvent être, sans dangers, concédés sous prétexte d'harmonisation : « il serait désolant, écrit le doyen Cornu, qu'en droit français la "responsabilité parentale" vint remplacer "l'autorité parentale" », tant d'un point de vue technique – l'autorité déborde la responsabilité et ne lui correspond pas – que symbolique – l'autorité désignant si bien par son étymologie la vocation des parents à « accroître » l'enfant dans son développement. D'où cette colère de l'éminent auteur « faudra-t-il donc qu'une mode servile et mal éclairée dilapide nos biens ? Quelle véhémence faudra-t-il, dans notre ferveur linguistique et notre fidélité au patrimoine, pour qu'aux nouveaux barbares, les écailles tombent des yeux ? ».

De ce point de vue, un des mérites de l'ouvrage – non le moindre – est sans nul doute d'avoir su rapporter nombre d'expériences étrangères et autant de réflexions de spécialistes sur les aléas du pluralisme, dont on peut penser que les « nouveaux barbares » devront bien tenir compte.

Nicolas MOLFESSIS

Roman A. Tokarczyk, *Filozofia prawa w perspektywie prawa natury*, Białystok, Temida 2, 1996, 232 p.

Ouvrage didactique à caractère historique et thématique de philosophie du droit qui est le premier de son genre, et qui eut mérité de plus amples commentaires si l'on avait pu disposer de quelques sommaires plus accessibles en français, en allemand ou en anglais. Il s'agit pour l'auteur, professeur à l'université de Lublin, déjà bien connu par ses études jusnaturalistes (en particulier en Allemagne, aux USA et en Espagne), de combler une lacune dans la littérature disciplinaire de son pays beaucoup plus traditionnellement axée

sur l'épistémologie, la logique et la théorie. Après une analyse systématique et critique des données anciennes et modernes, l'aspect le plus original de cet ouvrage est de s'attaquer sans complaisance au néo-contractualisme, à la doctrine de l'égalité et à l'utilitarisme, du domaine des droits sociaux à celui de la responsabilité pénale ; il recentre ainsi la préoccupation du philosophe du droit sur la liberté humaine, une liberté qui ne trouve son sens qu'en accomplissant l'exigence des valeurs.

Jean-Marc TRIGEAUD

Ubiratan Borges de Macedo, *Liberalismo e Justiça Social*, Préf. A. Paim, São Paulo, Ibrasa, 1995, 242 p.

C'est le cheminement des idées libérales dans la culture brésilienne depuis le début du siècle dernier que propose de manière comparative et remarquablement argumentée, ce petit ouvrage incisif de synthèse. L'auteur, ancien conseiller à l'Ambassade de son pays aux États-Unis et professeur à l'université du Parana, révèle la présence de bien des courants de philosophie juridique et politique peu connus chez nous et souligne leur forte originalité par rapport aux conceptions venues d'Europe (de France, notamment) et d'Amérique du Nord. Cette originalité ne tient pas seulement à une littérature inédite, parfois fossoyée par les tristes événements de l'histoire gouvernementale, mais à la nécessité de parvenir à des équilibres ou à des compromis entre des éléments hétérogènes comme ont pu l'être par exemple le criticisme et l'utilitarisme, le positivisme comtien, le thomisme social, les théologies de la libération ; c'est s'engager, à la façon d'Aron, dans une confrontation raisonnée des héritiers de Marx et de Tocqueville. La partie finale comporte des interprétations constitutionnelles et législatives en forme de dialogues sur la protection des droits fondamentaux. C'est à cet égard qu'il a fallu le plus susciter de solutions nouvelles.

Jean-Marc TRIGEAUD

Miguel Reale, *Paradigmas da cultura contemporânea*, São Paulo, Editora Saraiva, 1996.

Il est des mots qui, à un moment donné de l'histoire, acquièrent une valeur primordiale, et sont par là même amenés à jouer un rôle paradigmatique dans le domaine du droit. En d'autres termes, ils deviennent une référence universelle aussi bien en matière d'études juridiques, scientifiques et philosophiques, qu'en ce qui concerne la vie quotidienne.

Nous en avons vu un exemple notoire au cours de notre siècle avec l'évolution du mot « culture », qui a désormais cessé de désigner exclusivement le développement de certaines facultés de l'esprit comme la sensibilité et l'intelligence, pour étendre son champ sémantique à d'autres acceptions : la culture recouvre en effet aujourd'hui, comme le souligne Miguel Reale, le sens de patrimoine des biens matériels et spirituels que l'espèce humaine accumule depuis les origines grâce à sa connaissance des lois du droit naturel.

Dans l'historiographie brésilienne, aucun penseur n'a su mieux que l'éminent juriste de São Paulo, approfondir le thème de la culture avec autant de pertinence et d'à-propos. Au demeurant, le bien fondé de sa démarche novatrice a fait l'objet d'une reconnaissance mondiale, tant sur le plan juridique, que politique ou philosophique ¹.

Étant donné que la culture est en elle-même un paradigme, l'auteur présente tout d'abord les thèmes fondamentaux du concept de culture. Il les établit avec rigueur et clarté, en mettant notamment en évidence les relations qu'ils entretiennent avec les aspects juridiques de la liberté, de même qu'avec les valeurs politiques et philosophiques de l'homme en tant qu'être historique.

Bien que l'opuscule consacré aux *Paradigmes de la culture contemporaine* soit composé de textes écrits indépendamment les uns des autres, on perçoit nettement l'enchaînement cohérent des divers points abordés. Cette trame logique pourrait être définie en termes de compréhension juridico-philosophique, et être considérée tantôt comme relevant d'un « historicisme axiologique », tantôt comme s'apparentant à un « expérientialisme transcendantal ». En outre, ceci s'inscrit en harmonie avec la dialectique de complémentarité qui, selon l'auteur, met essentiellement en relation l'« être » et le « devoir être », la réalité naturelle et le monde des valeurs juridiques.

C'est donc essentiellement aux étudiants et aux chercheurs en sciences juridiques et sociales que s'adresse l'ouvrage le plus récent de Miguel Reale (...le 60^e !). Celui-ci se termine par des remarques critiques sur l'un des paradigmes les plus significatifs de la culture contemporaine, auquel il donne le nom de « civilisation de l'orgasme ». Les conclusions qu'il est amené à en retenir concernent au premier chef les tendances actuelles, mais elles s'ouvrent aussi largement sur les perspectives politiques et philosophiques que connaîtront vraisemblablement les générations du prochain millénaire.

Cécile COSCULLUELA

Justicia, solidaridad, paz, Études en hommage au professeur Jose Maria Rojo Sanz, Valence Univ., Los Talleres de Quiles Artes Graficas, 1995, 871 p.

Justice, solidarité et paix sont trois thèmes qui trouvent leur unité dans la vie du regretté professeur de philosophie du droit de Valence Jose Maria Rojo Sanz. Les différents articles regroupés dans ces deux volumes entendent rendre hommage à tous les mérites de cet universitaire qui, outre ses qualités d'enseignant, a été vice-doyen de la Faculté de droit de Valence, et auteur de nombreuses publications. Homme de paix, il n'a pas séparé en les ordonnant l'amour de Dieu, l'amour des autres, l'amour de soi-même. Aussi l'oubli de soi-même l'a-t-il poussé à s'attacher aux bons côtés des personnes et des situations et à ne se plaindre de rien. D'où son élégance, son affabilité et sa sérénité devant les adversités. Sa préoccupation pour la paix se traduit par plusieurs travaux sur l'« objection de conscience ». Les contributions rassemblées dans ces deux

¹ Rappelons que certains des nombreux ouvrages de l'auteur ont été précédemment recensés dans les *Archives*. L'école française (philosophie et sciences humaines) née du « culturalisme » (Lévi Strauss, Balandier, Guérout, etc.) doit son élan à Reale alors recteur de São Paulo et ministre.

tomes offrent des points de convergences qui appellent un élargissement de nos réflexions.

En effet, aujourd'hui plus que jamais, justice, solidarité et paix sont le sel de la terre. Le combat quotidien de l'homme est de faire en sorte que ce sel conserve sa saveur afin qu'il ne soit pas foulé aux pieds par les hommes. La doctrine de Platon et surtout celle d'Aristote, transmise aux Romains par Cicéron, font résolument du juste l'âme et l'essence même du droit. Et la justice doit s'imposer à tous, y compris à ceux qui détiennent l'autorité et la force.

Quant au droit qui selon la conception de l'école historique allemande devrait être « l'âme des nations » ou « l'esprit du peuple » (*Volksgeist*), il n'est aujourd'hui qu'une arme dans les conflits de force (Coulombel, *Introduction à l'étude du droit et du droit civil*, 1969, p. 81) plutôt qu'un instrument de paix et de solidarité.

Et pourtant toutes les nations modernes renvoient dans leur constitution à la *Déclaration des droits de l'homme* et à la *Déclaration universelle des droits de l'homme* ; tous les chefs de gouvernement signent des conventions internationales qui garantissent la paix, la justice et la solidarité entre les peuples.

En droit interne, il est habituel aujourd'hui d'exclure et de sanctionner pénalement toute discrimination tendant à porter atteinte à l'idéal de justice. Mais cette dernière n'est qu'apparente. L'arsenal de lois n'est que l'arbre qui cache la forêt. Le problème des minorités ethniques ou raciales (ex. le cas des États Unis) éclaire parfaitement les difficultés rencontrées pour assurer l'harmonie entre justice, solidarité et paix à l'occasion de l'application des principes constitutionnels.

Comment parler de justice et de solidarité dans un monde où règne le mercantilisme déshumanisé, où les fractures sociales ne font que s'accroître ? Il est indéniable que l'homme qui a faim n'est pas un homme libre, car il n'a pas le temps de s'élever au-dessus des contingences matérielles pour s'orienter vers la vertu. C'est la liberté concrète qui ouvre l'esprit à l'idéal de justice et de paix. Tous ces essais stimulent de telles questions.

Dans les relations interétatiques, ne peut-on pas dénoncer avec force l'hypocrisie de la communauté internationale qui proclame tambour battant la solidarité et la justice entre les nations sous forme de droit d'ingérence et de droit à l'alimentation ? Mais à ce haut niveau également la montagne accouche d'une souris ; car souvent les organisations internationales brillent par leur indifférence aux problèmes cruciaux posés dans des pays qui ne représentent aucun intérêt économique pour les grandes nations.

À quoi rime la solidarité internationale lorsque le racisme et la xénophobie ont libre cours dans le traitement des étrangers qui souvent persécutés dans leur pays d'origine, viennent chercher refuge et havre de paix sur « une terre des hommes ». Il va de soi que dans un contexte de crise économique, notre semblable qui est citoyen d'un autre État est bien perçu comme l'envahisseur qui dérange par ses « bruits » et par ses « odeurs » atypiques.

Justice et paix sont loin d'habiter certains pays où, sous le regard indifférent des organisations continentales et mondiales, on assiste à des génocides. L'inefficacité des sanctions infligées aux États qui violent les droits de l'homme rend illusoire le maintien de la paix entre les peuples. Mais il faut savoir que la paix, c'est un comportement. La philosophie morale et sociale doit prolonger la philosophie tout court.

Denis POHÉ TOKPA

Carlos I. Massini Correas, *La falacia de la falacia naturalista*, Mendoza, Editorial Idearum, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, 145 p.

Le naturalisme est mort, Dieu l'a précédé !

Selon cette proposition enfantée par l'absurde ou cette déchirure annoncée du « nouvel homme », l'histoire de la pensée contemporaine n'en finit pas de produire et d'absorber ses propres contradictions. Pendant que la ferveur nihiliste s'étend sur le continent, la crise de la métaphysique traverse la Manche. C'est ici, en 1903, dans les *Principia ethica*, que va naître sous la plume de G. E. Moore, dans une communauté acquise par l'empirisme, la « Naturalistic Fallacy ».

Très vite, l'argument critique exposé par le philosophe écossais va être l'objet d'interprétations variées, et devient le lieu commun de toute une école de pensée. Celui-ci part de la certitude que le caractère déontique d'une affirmation est étranger à toute connaissance de la réalité. Par cette théorie, une partie de l'éthique juridique contemporaine d'obédience analytique prétend avoir invalidé la théorie d'éthique classique dite réaliste.

Qu'en est-il réellement ?

L'action morale peut-elle venir trouver une justification dans la connaissance du réel, c'est-à-dire dans « l'être de l'homme », « l'être du monde », ou dans la relation de l'un à l'autre ?

D'un côté, c'est un débat que l'on considère aujourd'hui volontiers comme nécessaire ; de l'autre, sans doute parce surannée, l'affaire oubliée d'elle-même est classée sans suite, en un « c'est ainsi ». Bref, ici un locuteur qui s'annonce au dialogue, interroge son vis-à-vis, et là son écho qui se heurte à un espace vide.

Sommes-nous déjà au cœur d'un « paralogisme objectif », car si la controverse n'est pas, alors comment *doit-elle être* ?

Pour Moore, inspiré par Hume, l'erreur naturaliste réside, dans un premier temps, dans une interprétation communément erronée du concept justificatif de toute éthique ou philosophie morale et juridique, puis elle apparaît dans un deuxième temps, dans l'élaboration illégitime d'un système normatif.

C'est ainsi que tout discours éthique et juridique se doit de partir de la question fondamentale : « qu'est-ce que le bon ? » (*P. E.*, p. 5). Or, parmi les nombreuses définitions qui furent proposées par les différentes écoles de pensée, aucune ne s'est avérée complètement satisfaisante (*P. E.*, p. 1). En effet, l'analyse sémantique et épistémologique du terme révèle que le « bon » entendu comme « prédicat éthique » est indéfinissable. De plus, parmi les « objets » et « propriétés » qui constituent les « éléments du monde », le « bon » est un objet absolument élémentaire et ne souffre ainsi d'aucune divisibilité. C'est une propriété irréductible à une propriété naturelle, il est un « objet simple », et on ne peut ni le rapprocher, ni l'approcher par des « objets complexes ». Par conséquent, toute tentative de définition par identification avec un autre objet engendre « l'erreur naturaliste ».

Il ne saurait y avoir de définition du « bon » perçu comme « chose en soi » comme l'affirment les naturalistes, ni même du « bon » entendu comme le « plus évolué » ainsi qu'il apparaît dans l'évolutionnisme de Spencer, pas plus qu'il ne saurait y avoir de bon identifié à « l'agréable » comme dans l'utilitarisme de Bentham. C'est par

là tout l'édifice érigé par la tradition classique qui est atteint : l'éthique de veine métaphysique est écartée ne serait-ce que par sa causalité rattachée à une définition de type finaliste, étrangère à la science du fait et du phénomène.

Pour étayer sa démonstration, Moore expose ensuite l'argument dit de la « question ouverte ». La question qu'il convient de poser en présence d'une définition par identification est celle de sa légitimité. La synonymie opérée est-elle toujours exacte, peut-elle se vérifier en toute circonstance ?

Le deuxième moment de la « Naturalistic Fallacy » s'inspire directement du « paralogisme logique », exposé par Hume dans son *Treatise of Human Nature*, par lequel celui-ci entend mettre définitivement fin à l'éthique réaliste. Sa théorie, aujourd'hui plus connue sous le nom de « règle de Hume », déclare illégitime le glissement souvent imperceptible de tout discours éthique et juridique qui passe de propositions de fait de type simplement énonciatif « *is* », à des propositions normatives « *ought* ». Si tant est que l'on puisse découvrir une dérivée d'une fonction descriptive, elle sera nécessairement autre que normative. Inversement, une dérivée normative ne peut trouver son origine dans un énoncé simplement empirique. De chaque côté, il manque une prémisse. L'erreur consiste donc en une confusion permanente entre les concepts de type normatif et les concepts de type descriptif.

Moore va reprendre l'argument. Ainsi, en considérant la « définition du bon » comme énoncé descriptif, on ne saurait en tirer par simple analyse logique et sémantique une loi morale. Par conséquent, toutes les théories naturalistes qui prétendent justifier des théories portant sur la valeur et partant de définitions énonciatives ou empiriques commettent la « Naturalistic Fallacy ».

L'influence de Moore sur l'éthique juridique anglo-saxonne fut décisive. Ainsi, à l'inverse d'Arthur N. Prior, W. K. Frankena s'attacha à séparer la problématique moorienne de la règle humienne. Pour lui, l'erreur dénoncée par Moore ne se trouvait pas dans la construction de termes éthiques à partir de termes non éthiques, ni dans la définition de propriétés immatérielles à partir de propriétés naturelles, mais au contraire dans la définition d'une propriété à partir d'une toute autre de genre différent, ou simplement distincte de la première. C'est-à-dire non pas de la définition d'une propriété non naturelle à partir d'une naturelle, mais dans l'intention de définir le « bon » à partir d'une propriété distincte de celle-ci.

La logique ira jusqu'à repousser la morale et le droit dans le champ des simples « émotions » ou « prescriptions », qu'elles soient purement subjectives, ou consensuelles. Déclinant un non-cognitivism éthique à l'image de J. L. Mackie, ces théories font pour une large part appel aux théories d'usage du langage. Pour R. M. Hare, la formulation de Moore pêche par défaut et il faudra un jour la réexposer pour « rendre le naturalisme insoutenable ». L'émotivisme proposé par A. J. Ayer est encore plus radical : dans tous les cas où l'on observe l'opération d'un jugement éthique, l'énoncé fondamental de ce jugement n'est que purement émotif. D'un côté, il y a l'émotion que me procure telle ou telle action, de l'autre, il y a l'énoncé qui n'exprime aucune vérité de valeur. Sa seule légitimité est de s'avérer « exacte » au regard d'une déconstruction littérale qui passe soit par une décomposition analytique, soit par une vérification empirique. Dans ce système, tout énoncé de valeur, qu'il soit tiré de la métaphysique ou de la théologie, demeure dépourvu de signification, sans contenu réel. Les raisons que

l'on se donne pour justifier les jugements moraux, ne sont des raisons morales que dans le seul cas où elles déterminent des attitudes. Aucune affirmation d'ordre éthique ne saurait ainsi devenir « proposition morale ». Dans la doctrine de C. Stevenson, qui se déclare expressément disciple de Moore, l'erreur commune des « naturalistes » réside dans l'omission de la distinction du descriptif et de l'émotif dans le signifié. Reprenant l'affirmation de Moore, le « bon » demeure indéfinissable, tout au moins dans « l'émotif signifié ».

Pour toutes ces interprétations, ce qui différencie le « bon » des qualités subsistantes avec lesquelles il se trouve généralement lié, tient à son caractère descriptif, ou émotif ou intuitif. Excluant alors *a priori* toute connaissance efficace du champ rationnel, l'éthique objective disparaît.

L'élaboration d'une objection pertinente passe, selon Massini Correas, par une analyse sémantique et historique des définitions proposées par le naturalisme classique, en même temps que par une confrontation et une déconstruction systématique des thèses de Hume, de Moore et de leurs continuateurs.

Le juriste argentin¹ s'en prend d'abord au substrat nominaliste de la théorie des deux nombres qui apparaît derrière l'argument sémantique de Moore, et selon lequel toute prédication est impossible lorsque les deux prédicats que contient la définition ne sont pas identiques réellement.

Il reprend ensuite les catégories de définition (stipulative, lexicale, descriptive ou analytique) exposées par Moore, pour y ajouter une définition dite « réelle », qui se trouve en fait ordonnée vers le mode d'être d'un objet : la « monstration ».

Un autre aspect qu'il entend souligner et soumettre à la critique est l'étroite notion utilisée par Moore pour définir le « bon » et attaquer par ce biais le naturalisme. Il en ressort que les interrogations susceptibles d'appréhender le « bon » comme « objet » se répartissent en trois moments : *que doit-on entendre par bon en général ? À quelles choses peut-on appliquer le « bon » comme prédicat ? Existe-t-il des moyens pour parvenir aux choses « bonnes en soi » ?* (P. E., p. 30). Pour le moins rigoureuses, toutes ces interrogations s'avèrent impuissantes à saisir le principe actif d'un terme.

Selon Massini Correas, malgré certaines interprétations qui considèrent que le naturalisme éthique et juridique visé par la « naturalistic fallacy » est celui du XVIII^e siècle, l'attaque n'en demeure pas moins universelle, et l'objection pourra être particulière. Sur tous ces points, la pensée de Thomas d'Aquin se révèle être une véritable réfutation systématique. En effet, si comme le soutient Fagothey : « Hume et Thomas d'Aquin, même si c'est pour des raisons différentes, sont d'accord en ce que le devoir-être ne se déduit pas de l'être », on ne voit pas pour quelle raison le naturalisme thomiste, conscient du danger, se précipiterait dans l'erreur naturaliste. Massini Correas entreprend donc l'exposé de la conception thomiste du « bon » ainsi que des présupposés philosophiques qui l'entourent.

Il reprend successivement la distinction opérée par l'Aquinate entre « analogie d'attribution et analogie de proportionnalité », la polysémie naturelle du « bon », le « principe d'identité », le fonctionnement de l'entendement et celui de la raison pratique. Il replace ces définitions au cœur du naturalisme classique. La nature au sens large n'y est évidemment pas une nature simplement empirique ou phénoménique, elle est

¹ Auteur également d'une importante *Philosophie du droit*, V. cette revue, vol. 40.

avant tout, comme le souligne la reprise de la philosophie classique, « matière et forme ordonnée vers une fin » (*Métaphysique*, XII,10). Cette observation « cosmologique » traduit une « norme première », qui est cette inclination fondamentale ordonnant la partie vers un tout, qui par réflexivité, ou retour sur soi, donne à chaque « entité » son sens et sa qualité d'être. Par analogie, le sujet connaissant use de ses facultés naturelles (raison spéculative, raison pratique, inclination) pour recevoir en propre les premiers principes de la loi naturelle. Le premier principe transcendantal qu'appréhende la raison pratique est le bien par opposition au mal. La logique thomiste est une logique du mouvement dirigée vers son principe. Il n'y a ici aucune normativité tirée de la prémisse ; tout au plus le bien constitue-t-il un principe directeur qui rend possible la formulation de la loi naturelle. Chaque fois que l'entendement le saisit, il sera habilité à formuler une proposition normative qu'il reconnaît d'emblée comme perfectible.

Massini Correas prend ensuite un soin particulier à réfuter les objections de D. J. O'Connor, reformulées par A. Kenny et opposées au « premier principe » dans sa formulation thomiste. Remise en question par une certaine philosophie du langage, la connaissance ne doit pas être soumise aux jeux des complexités et des formes sémantiques. C'est pour cette raison que l'ouvrage se termine par un appendice relatif au langage normatif du droit naturel. La distinction classique entre *signification* et *désignation des normes*, formulée à nouveau par Frege, accueille l'argumentation critique de G. Kalinowski quant à la connaissance des réalités transcendentes, comme objet premier du langage.

Reste alors la nécessité d'enraciner la normativité pratique et juridique dans l'être, de façon à redonner au sujet une assise, indépendamment des variations contingentes qu'il subit par ses émotions, ses désirs ou ses intuitions. Cette transcendance éthique peut seule tirer la morale du caractère relatif et précaire qui la conduit aujourd'hui dans l'immanence d'un sujet « interchangeable ». Ainsi l'éthique se doit d'être objective, sinon elle n'est pas.

Toutefois, les retrouvailles entre une éthique solide et un jusnaturalisme efficace passent par la réhabilitation d'une philosophie substantielle. Site privilégié d'un véritable enracinement éthique, elle seule dispose des fondations ouvertes à une vision essentielle de l'homme : un sujet posé comme « absolument autre ».

Alexandre ZABALZA

Juan Bechmans Vallet De Goytisoló, *Panoràmica general de la interpretacion juridica*, Madrid, Real academia de jurisprudencia y legislacion, 1995, 93 p.

Après *Metodologia de la determinacion del derecho* (plus de 1 500 p...) dont la recension a été publiée l'année dernière dans les *Archives de philosophie du droit*, accompagnée d'une bibliographie complète de l'auteur, nous accueillons cette année la publication d'un discours lu lors de l'ouverture de la session annuelle de l'Académie Royale de Législation qu'il préside. En réalité, ce discours constitue autant une introduction à la problématique contemporaine de l'herméneutique juridique qu'une introduction à l'ensemble de son œuvre.

« L'office du juriste », tel que l'enseignait M. Villey, se conjugue sur le même mode depuis les origines ; son « *ars iuris* » est justement l'approche spécifique du droit, le « donner un sens », tout en désignant le « *quid iuris* » dans le jeu incessant des faits et des normes.

Les axes directeurs qui jalonnent l'histoire de l'interprétation juridique y sont brièvement relatés. Il rappelle ainsi qu'à travers le legs des juriconsultes romains, celui des glossateurs et des grands commentateurs du Moyen Âge, l'interprétation juridique se trouvait singulièrement rattachée au niveau pratique de détermination du droit. Puis eut lieu sous l'impulsion du nominalisme la « première révolution herméneutique ». En s'introduisant dans la modernité par la voie du rationalisme, les juristes ont construit un système dans lequel ils ne gardèrent que l'application de la norme au fait, selon une élaboration de règles de logique formelle. L'interprétation sortit lentement de son lieu naturel, pour rentrer consciemment dans la sphère du politique. Enfin, initiée par l'école historique allemande et l'école pandectiste, elle retrouva un caractère scientifique.

On peut aujourd'hui parler de « seconde révolution herméneutique » influencée sans aucun doute par la place occupée dans le monde des idées par la philosophie herméneutique. L'auteur observe dans la réalité du droit, un retour vers certains principes de justice, anciennement déclarés incompatibles sous l'autorité d'une raison scientifique intolérante. Or ce retour vers des principes « supralégaux » n'exclut pas une méthodologie rigoureuse. La typologie des méthodes d'interprétation synthétisées par les formules d'E. Betti est dynamiquement confrontée par l'auteur à l'herméneutique juridique, esthétique et théologique proposée par H. G. Gadamer.

Ainsi, au terme d'une approche synthétique, à la fois historique et comparative, l'auteur dévoile sa propre conception de l'interprétation juridique comme « processus interprétatif ». Celle-ci porte à la fois sur les qualités nécessaires de l'interprète et sur les différents moments qu'il se doit de respecter. Vont alors s'intégrer en une spirale d'opérations successives dirigées vers la même « compréhension » unitaire : le diagnostic juridique du fait brut, la sélection et l'intellection des normes qui lui correspondent, la connexion du fait et du droit, la formulation de la question, et enfin la « concrétion » de l'interprété ou l'explication du droit qui réside dans le fait. Ces éléments doivent être appréciés dans leur contexte éthique et social avant d'être appréciés juridiquement par la médiation de la norme. En effet, quel que soit le contexte linguistique, systémique ou fonctionnel de l'opération, celle-ci demeure toujours soumise au jeu des idéologies.

Malgré cette astreinte, qu'elle soit « théorique » ou « pratique », « externe » ou « interne », l'interprétation juridique est avant tout créatrice, dans la mesure où elle dit la parole juste, ouvre à la réalité son être caché à l'endroit où l'interrogation juridique attendait son sens.

Alexandre ZABALZA

Andrés Ollero-Tassara, *Derecho a la vida y derecho a la muerte*, Universidad de Navarra, Instituto de Ciencias para la Familia, 1994, 125 p.

Parmi les droits fondamentaux qui président aux destinées politiques et morales des démocraties occidentales, le droit à la vie proclamé par l'article 15 de la Constitution

espagnole fait figure de « clef de voûte ». Dans les débats passionnés qui ont eu cours ces dernières années, soit sur l'euthanasie, soit sur l'avortement et la fécondation artificielle, le silence complice de la philosophie juridique formée à l'opinion dominante est devenu problématique, voire inacceptable.

Andrés Ollero, titulaire d'une chaire de philosophie du droit à l'Université de Grenade, a présidé de nombreuses commissions parlementaires sur l'éducation, la culture et la réforme du Code Pénal espagnol¹. Il relance dans cet ouvrage le débat difficile sur la protection du droit à la vie qui fut en quelque sorte au centre de la polémique entre Thomson et Finnis, repris ensuite par Dworkin, en prenant soin de le situer d'emblée au dessus du simple vouloir politique ou de l'opinion dogmatique.

Devant la faillite contemporaine des idéologies et des systèmes totalitaires, le prestige démocratique repose plus que jamais sur son aptitude continue à surveiller l'état de ses fondations. A. Ollero soumet dans cette perspective certaines décisions du Conseil constitutionnel à une analyse critique, et confronte ainsi la valeur de l'énoncé « droit à la vie » au contenu que l'instance normative entend lui apporter. Il s'attaque par ce biais successivement aux paradoxes qui conduisent le Tribunal suprême à formuler des principes à contenus variables, parfois même contradictoires, sous la même appellation.

Au cours de son analyse, il découvre les éléments axiologiques que révèlent certaines formes d'interprétation du droit à la vie, et dénonce leur impuissance à légitimer une cohérence absolue dans le contenu réel de ces droits.

Ainsi en est-il par exemple des conséquences logiques d'une décision du Tribunal constitutionnel rejetant le recours formé par des grévistes de la faim en milieu carcéral contre la décision de l'administration pénitentiaire de les soumettre à une alimentation forcée. Pendant qu'ailleurs, on discute sagement sur la possibilité de provoquer la mort d'autrui dans certaines circonstances et d'en faire là aussi un droit fondamental. Ce qui aboutirait en fait, selon l'auteur, à considérer la vie de chacun comme une sorte de bien public, étranger à mon propre vouloir, alors que la vie d'autrui pourrait se voir « privatisée », c'est-à-dire pourrait devenir le bien ou l'objet d'autrui et constituer à la limite un véritable droit subjectif.

Un système démocratique viable ne saurait trouver le principe moteur de sa justice dans la seule logique formelle, qui soumet le contenu d'une norme au consensus majoritaire. Dès lors, face aux dangers que constituent les nombreux paradoxes sous-jacents dans l'interprétation de certains droits fondamentaux, un débat d'idées sur le traitement juridique et sur les implications philosophiques de la notion « personne humaine » est aujourd'hui indispensable.

Alexandre ZABALZA

¹ V. de cet auteur : *Droit « positif » et droits humains*, trad. fr. en cours aux éd. Bière ; et, tout récemment, *¿Tiene razon el derecho?*, Madrid, Congreso de los diputados, 1996, 514 p. – magistrale somme de philosophie juridique sur le problème de l'interprétation.

La Certezza del Diritto. Un Valore da Ritrovare, Firenze, 2-3 ottobre 1992, Milan, Giuffrè, 1993, 177 p.

Il s'agit des actes d'un congrès dont le but principal, ainsi que l'a souligné dans la préface M. D. Monti, était de trouver une nouvelle stratégie efficace contre l'incertitude du droit. Car celle-ci est à l'origine de la crise juridique, qui mène à la décadence du droit. La certitude du droit est dépeinte comme une valeur classique et absolue (S. Puliga).

Le livre est divisé en deux parties, celle des exposés généraux et celle des interventions.

La première partie est inaugurée par M. A. Predieri. Dans sa communication intitulée « Certitude et innovation : la tutelle de la garantie » (p. 29-37), cet auteur, peu sensible aux enseignements de C. Schmidt et de H. Kelsen, met l'accent sur les qualités de la certitude. Elle est valeur, technique et pouvoir. Le pouvoir est derrière la technique présidée par la valeur. La certitude n'a pas seulement une tonalité philosophique mais encore et surtout une tonalité pragmatique : grâce à elle, l'assurance des rapports juridiques de la vie quotidienne est réalisée (p. 30-31). Mais la certitude du droit doit s'accompagner de vigilance. Une trop grande tolérance peut lui causer un dommage certain, notamment lorsque les exigences de changement sont supérieures à celles de la conservation. De cette manière, la valeur de la certitude représente une boussole imparfaite pour mener à bien une navigation difficile. L'intervention des juges s'avère alors nécessaire.

M. C. Mirabelli se demande, de son côté, si la certitude du droit est un problème dû à la crise du droit, ou bien si elle a une liaison avec les problèmes posés dans le cadre de l'État totalitaire (« Le risque "de droit". Le coût de l'incertitude et quelques économies possibles », p. 39-47). Il croit qu'il y a plutôt un rapport avec l'économie qui s'affirme plus importante à notre époque. Il est aussi de l'avis qu'il existe une liaison entre incertitude et subjectivisme, ce qui n'est pas du pluralisme. En effet, celui-ci ne dénote pas une différence de valeurs, mais la présence de conceptions variées qui convergent vers un sentiment commun (p. 40).

M. V. Uckmar consacre son exposé à « L'incertitude du droit fiscal », exposé d'une grande actualité, alors que M. E. Romano présente une communication plus théorique et philosophique : « Phénoménologie et apparence des *topoi* de certitude en droit civil » (p. 57-66). M. Romano, dans les perspectives d'un juriste positiviste, se demande si la certitude du droit est une valeur. Et là-dessus, il nous offre tout un arsenal d'argumentations subtiles et intéressantes : « si la certitude est une valeur, l'incertitude serait une non-valeur (*disvalore*), et sur ce point je me sens perplexe, et pour expliquer ces perplexités, je fais le juriste positiviste... c'est-à-dire je lis le code civil d'une façon pratique... à la recherche des arguments qui m'aident à comprendre si la certitude est une valeur dans le système juridique... un élément essentiel dans la structure du phénomène juridique, si à côté de la certitude n'existe pas encore l'incertitude, celle qui... ferait... céder à la certitude ce rôle essentiel, pour lequel, sans certitude, il n'existerait pas de droit, l'incertitude nierait le droit. » Et dans cette direction, ce juriste dispute la certitude, comme une qualité primordiale du droit.

M. F. Palazzo développe ses idées autour de la certitude comme une exigence fondamentale pour le droit pénal : « Les articulations concrètes de la certitude du droit dans le

système pénal » (p. 67-75). Il y a alors un rapport très étroit entre la certitude et une catégorie fondamentale du droit pénal, la culpabilité » (p. 68). Selon l'arrêt de 1988 sur l'art. 5 concernant l'*ignorantia legis*, en matière pénale, la Cour constitutionnelle a ouvert un nouvel espace à l'erreur du droit. Si la loi pénale n'eût été objectivement connue, ni la culpabilité ni la responsabilité pénale n'eussent été retenues (*ibid*).

Cette partie se termine avec le travail de M. S. Cotta « Certitude et être du droit » (p. 77-89). Cet auteur, préoccupé par l'ontologie juridique, pose ici les fondements de la certitude, et notamment à travers la recherche de la dimension praxéologique du droit. La certitude du droit, au lieu d'être une valeur en soi, est une condition à réaliser du passage de l'être du droit au devoir-faire. Il s'ensuit que la certitude a trait à la connaissance de l'être du droit. Or M. Cotta ne réduit pas la certitude à un produit juridique purement phénoménologique, tout en lui préservant sa dimension pragmatique. Il place la certitude dans le domaine gnoseologique de l'être. Grâce à la certitude, nous pouvons connaître les catégories de la norme. Elle est plus qu'une valeur, car elle constitue la condition qui nous permet d'établir un jugement de valeur. La recherche de l'importance de la certitude amène l'auteur à la recherche de la légalité qui est également une condition de l'existence et de la subsistance du droit.

Dans la deuxième partie, M. P. Marconi nous parle du droit et de l'époque de la sécularisation. M. F. Santosuoso soutient, dans son intervention « L'incertitude du droit dans l'activité jurisprudentielle », que l'incertitude perd progressivement du terrain. De son côté, M. G. Giacobbe avance que la certitude juridique est quelque chose de plus important que la « recherche d'uniformité instrumentale du cas par cas ». La valeur de la certitude est plutôt « une valeur méthodologique », pour réaliser certaines fins fondamentales du droit (« Certitude et dynamique dans l'ordre juridique »).

M. S. Racheli se livre, à travers un discours sémantique de la certitude, à une métaphysique juridique du droit dans « Certitude du droit : reviviscence ou nouvelle connaissance ? », alors que M. Ferri étudie la dimension politique de la certitude juridique (« Politique et justice : valeurs – fondement d'une communauté »). À l'univers pénal se rapporte M. N. Mazzamuto, pour étudier la certitude de la peine et en général du système global du pénitentiaire (« Certitude et ordre pénitentiaire »). M. V. Chiusano a également recours à cet univers pour se rapporter à la « Certitude du droit et l'esprit de la nation italienne ». Le thème du colloque donne l'occasion à M. V. Palumbo de se prononcer sur le comment « freiner la prolifération des lois spéciales ».

Enfin les autres interventions sont : a. - « L'inflation législative et les tâches de l'avocat » par M. E. Ricciardi ; b. - « Les difformités dans la Cour de cassation », par M. S. Cianci ; c. - « Justice et législation » par Mme E. Gazzola. ; d. - « la certitude du droit et le juge : points de départ pour une réflexion sur le colloque de Florence » par M. S. Puliga ; e. - « En marge du colloque de Florence » par M. A. Vincenti ; f. - « Certitude du droit ou certitude d'impunité ? », par M. M. Maddalena ; g. - « La certitude du droit. Réflexions d'un juge pénal » par M. A. Mura. Le rapport de synthèse, sous le titre « La certitude du droit : une valeur "qui a souffert" dans l'héritage de nos temps » est signé par M. V. Sgoi.

Ce livre pose un problème fondamental pour la théorie et la philosophie du droit : l'être de la certitude qui est envisagé pour la plupart des intervenants comme une valeur.

Les développements des auteurs sont souvent plus descriptifs qu'apodictiques. Toutefois soulignons la présence de deux exposés de tendances différentes, celui de M. Romano et celui de M. Cotta qui appellent une attention particulière pour leur rigueur et la force de leurs argumentations.

S. TZITZIS

L'Europa tra Autonomia e Integrazione, sous la direction D. Castellano, Publication de l'Institut International d'Études Européennes A. Rosmini, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, 147 p.

Il s'agit des actes du XXXII Congrès international organisé par l'Institut « Antonio Rosmini » (octobre 1993) qui fait partie d'une série de colloques consacrés à l'actualité de l'Europe. Ainsi que le directeur de l'Institut D. Castellano le souligne, l'attention de ce congrès porte en l'occurrence « sur une question d'une actualité particulière pour l'Europe, celle de l'autonomie et de l'intégration, et notamment sur la relation qu'il y a entre "le différent" et le "commun", deux exigences apparemment opposées » (p. 7).

La première contribution est signée par M. P. G. Grasso, « La décadence de l'État national et l'Europe » (p. 11-19). Cet auteur aborde le problème de la décadence à partir d'une analyse polysémique de l'État. La raison principale de ce phénomène est due au passage de la souveraineté de l'État à l'État souverain qui participe à une union interétatique. Autrement dit, cet auteur voit des aspects certains de la décadence, dans l'intégration de l'État à une communauté d'États. Celle-ci peut affaiblir le pouvoir interne de l'ordre étatique (p. 14-15). M. Grasso se révèle ainsi hostile à une fédération européenne qui serait à même d'accentuer la crise actuelle de l'État.

M. H. Scholler jette un regard d'actualité politique sur l'intégration européenne dans son travail « Europe. Europe contre les régions ; les régions contre Europe » (p. 21-37). Son intérêt porte en particulier sur les points suivants : a. - Le traité de Maastricht, un contrat de « Versailles » sans guerre ; b. - Les perspectives historiques de l'union européenne ; c. - La crainte des régions d'une centralisation européenne ; d. - la réaction de Bruxelles.

Sous l'angle philosophique M. Uscatescu développe ses idées sur l'intégration européenne. Dans son article « Europe : unité dans la diversité. Des problèmes essentiels d'une véritable et pleine communauté européenne » (p. 39-47), il se rapporte en particulier à l'héritage culturel de l'Europe et à la place que doivent occuper la philosophie, la sagesse, la poésie, tout un patrimoine non négligeable qu'il faut gérer et maintenir. M. V. S. Nersessians étudie les problèmes qui apparaissent dans la Russie contemporaine concernant l'autonomie et l'intégration de ses peuples (p. 49-55).

De la philosophie politique relève la contribution de G. Fernández de la Mora : « Région, nation et confédération ». Le thème du colloque l'incite à étudier les idées politiques qui préoccupent grandement le citoyen d'aujourd'hui. Il y va des relations entre le patriotisme et le nationalisme, du principe de la nationalité, des liens entre l'éthique et le nationalisme dans le cadre d'un supranationalisme européen. Cet auteur recherche la réalisation d'une union européenne, inspirée par la vieille idée du cosmopolitisme stoïcien. Dans la perspective idéaliste s'inscrivent les idées de M. M. E. F. Bigotte Chorão : « Autonomie et intégration dans l'ordre juridique portugais » (p. 81-

93). Notamment, il accorde une grande part à la moralité et à la religion chrétienne pour la construction européenne. D'autre part, tributaire des idées éthico-politiques de Rosmini, M. F. Mercadante expose les constantes et les variabilités du fédéralisme (« État national et État plurinational dans la pensée de Rosmini »). Il croit qu'une fédération européenne ne devrait désunir ce qui fait « l'éthique de l'unité » (p. 79), c'est-à-dire envisager la séparation de la famille et de l'Église, la première entièrement soumise au droit public, la deuxième privatisée. D'une façon dialectique et pragmatique M. T. Chaimowicz traite l'intégration européenne : « Intégration européenne : idéal et réalité » (p. 95-101).

Le livre est enrichi d'une discussion entre le Professeur F. Gentile et les Docteurs T. Andreolli, K. Reiner, J. Messener, portant sur « L'autonomie des communautés locales. Problèmes et perspectives dans l'Europe d'aujourd'hui et de demain », ainsi que des interventions d'autres professeurs comme MM. F. Tamassia, C. Bonvecchio, D. Castellano, etc.

Nous estimons que cet ouvrage est d'une grande utilité pour les responsables de l'unification européenne. En effet, plus d'une de ses communications touchent au problème de l'acculturation que le pragmatisme des technocrates de l'unification néglige souvent. Cette acculturation a trait à l'identité nationale et culturelle de l'individu. Or contrairement aux États-Unis dont l'histoire a commencé avec leur création, en Europe, il y a des nations avec une longue histoire et des patrimoines très différents, parfois rivaux. Il nous paraît assez délicat de vouloir supprimer les nations et mettre à la place des États qui aliènent l'identité historique du citoyen. Cette question est effleurée dans ce colloque et mériterait un plus ample développement.

S. TZITZIS

Esperienza Giuridica e Secolarizzazione sous la direction de D. Castellano et G. Cordini, Milan, Giuffrè, 1994, 339 p.

Il s'agit des actes d'une rencontre, en guise de colloque, tenue à l'Université de Pavie, les 17, 18 et 19 septembre 1992. Cette rencontre a été organisée par l'Institut des Études politico-juridiques de la faculté des Sciences Politiques, sous la direction de P. G. Grasso. Le but de la rencontre était d'apporter des lumières sur la polysémie et l'importance de l'expérience juridique d'aujourd'hui qui s'affirme, dans le monde occidental, comme indépendante de la religion. En d'autres termes, dans un climat d'interdisciplinarité, elle visait à étudier les problèmes soulevés par la sécularisation du droit.

Les actes sont inaugurés par l'article de M. F. Gentile « Esperienza giuridica e secolarizzazione » (p.17-38) où l'auteur analyse le concept de sécularisation de point de vue historique. Ce concept désigne, à l'époque de la Réforme, l'expropriation des biens ecclésiastiques en faveur des princes et de l'Église nationale réformée, et à l'époque de la Révolution française, l'expropriation des biens et des domaines de l'Église, fixée par le décret napoléonien de 1803. Ensuite, il se livre à une étude philosophico-juridique afin de relever les phénomènes paradoxaux, issus de la sécularisation entendue comme humanisation du divin et divinisation de l'humain dans l'État moderne. M. Gentile conclut qu'il n'existe point d'expérience juridique sans référence au sacré, comme il n'y a guère

d'expérience religieuse, pour l'homme, sans référence au juridique. D'autre part, M. A. Trabucchi, témoignant en civiliste, avance que son expérience lui a montré que l'autonomie du temporel ne nie point le sentiment religieux inhérent à l'homme. D'un avis analogue est M. G. M. Chiodi : la sécularisation représente une sorte de reconsécration, à savoir une consécration de deuxième main, du genre laïc. Pour sa part, Mme T. Serra développe la thèse que l'État social, où tout est axé sur l'individualisme et où l'idée d'absolu ne dépasse pas la taille de l'homme, est enclin à la dégénérescence.

Pour M. S. Palazzolo, le thème du colloque est une occasion de développer ses idées sur les rapports entre justice, juridicité et justesse, pour M. G. Penzo, la possibilité de nous offrir une sémiologie de la sécularisation. M. A. Tanzi suggère un dépassement des anciens ordres juridiques. Il entend par là la mise en valeur plus de la technique juridique que de la métaphysique du droit.

La sécularisation dans l'univers pénal fait l'objet des études des MM. G. Azzali, M. Cattaneo, A. Giuliani, M. Ronco et G. Marini. Le premier souligne que la sécularisation ne doit pas éliminer les délits religieux du droit pénal, car la religion est un bien social. M. Cattaneo étudie dialectiquement la sécularisation, en présentant tant ses effets positifs que négatifs, alors que M. Giuliani étudie l'imputation en fonction d'un patrimoine historique d'idées religieuses. D'autre part, M. M. Ronco nous brosse un tableau de la téléologie pénale (les fins de la punition) dans sa dimension mythico-magique, conception qui s'oppose radicalement à celle du monde moderne où le rationnel et le pragmatique caractérisent le châtement désacralisé.

MM. D. Campanale, D. Composta et L. Musselli s'occupent de la sécularisation et de ses rapports avec un droit théocratique, pouvoir de l'église. Le premier se réfère à l'autonomie du droit ecclésiastique ; le deuxième à la sécularisation du droit canonique et le troisième à la sécularisation et les problèmes qui en sont issus vis-à-vis du droit ecclésiastique.

M. C. Bonvecchio développe, par l'étude de la sécularisation, une ontologie juridique, bâtie sur la philosophie du *logos* (qui s'ouvre vers le sacré) et du *nomos* (qui vise la réalité politique). C'est à partir de l'orbite pluridimensionnelle du *logos* qu'il faut reconstruire l'idée de *nomos*. Dans le même climat ontologique se meut M. A. Caracciolo qui se rapporte au problème de la vérité du droit qui ne doit pas traduire une phénoménologie du pouvoir juridique mais l'ouverture vers la transcendance spirituelle.

À l'univers constitutionnel se réfère D. Castellano, pour étudier le phénomène de la sécularisation qui est dû, dans une très grande mesure, à la conception moderne de la souveraineté. La même problématique est relevée par M. M. Ganino, bien que située dans la réalité sociale des pays ex-socialistes.

La sécularisation donne l'occasion à M. V. Gasparini Casari de nous offrir une analyse de l'architecture des droits de l'homme dans une diachronie historique. Enfin, M. S. Suppa pose le problème de la sécularisation et de l'expérience juridique au niveau de l'*auctoritas divina* par rapport de la finitude politico-juridique. Toutefois la liste des auteurs qui ont fait des communications intéressantes, dans ce congrès, ne s'épuise pas ici. Le livre, par le thème de l'expérience juridique et de la sécularisation, aborde, de fond, d'autres chapitres de la philosophie juridique et politique qui en font un outil non négligeable pour les spécialistes et les intéressés en ces matières.

S. TZITZIS

Maria da Conceição Ferreira da Cunha, *Constituição e Crime. Uma Perspectiva da Criminalização, e da Descriminalização*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1995, 441 p.

La fin principale de ce livre est la recherche d'un critère formel et légitime qui marque les faits susceptibles d'être incriminés.

Dans cette direction, l'auteur s'efforce d'éclairer le concept de « bien juridique pénal » et les valeurs qui l'entourent. Aussi est posée la question de savoir si la Constitution peut être le médiateur de ce concept, et notamment si elle peut limiter ces faits. Mme da Cunha répond par l'affirmative. En l'occurrence, elle expose les rapports entre droit pénal et constitution quant à la nécessité pénale qui est impliquée dans l'incrimination. Dans ce contexte, l'auteur, à travers l'histoire de la philosophie pénale (des développements subtils de théories comme celle de Birnbaum, de Liszt, des néo-kantiens éclairent ses thèses), établit une déontologie punitive bien argumentée qui nous fait réfléchir, même si nous ne sommes pas d'accord avec ses pensées, sur l'éthique de notre monde en cette fin de siècle et les rapports que doit entretenir le droit pénal avec la moralité des actes individuels et sociaux.

S. TZITZIS

P. Ferreira da Cunha, *Peço Justiça !*, Porto, Asa, 1995, 224 p.

À travers des extraits représentatifs des philosophes et des théoriciens du droit, M. da Cunha s'évertue à établir les principes fondamentaux d'une philosophie juridique qui se veut une initiation. Il touche à des problèmes juridiques actuels (l'avortement, la corruption des juges, les droits des animaux, etc) qui présentent un intérêt certain pour la philosophie du droit. Par l'analyse et le commentaire des concepts-clés pour cette philosophie, comme la personne, le *suum*, le droit-juste, etc., l'auteur se place dans le domaine de l'anthropologie culturelle, allant à la quête de liens qui rattachent la philosophie du droit à cette anthropologie.

S. TZITZIS

P. Ferreira da Cunha, *Para uma História Constitucional do Direito Portugues*, Coïmbra, Almedina, 1995, 445 p.

L'idée maîtresse qui domine dans ce livre tourne autour de l'originalité du génie juridique portugais (et en général ibérique), opposé aux influences étrangères. M. da Cunha, avec beaucoup de clarté, nous brosse le tableau des spécificités du droit portugais qui est marqué par son caractère réaliste et objectiviste. Dès lors, l'auteur l'oppose au subjectivisme et au rationalisme des droits individuels, enfants de la Révolution française.

M. Da Cunha fait de la philosophie du droit, à travers l'histoire du droit portugais (il semble être tributaire de la *Verfassungsgeschichte* d'Otto Brunner) qui témoigne de sa lutte constante pour les libertés concrètes. De cette manière, le premier chapitre porte une vision historico-philosophique générale. L'auteur se centre ensuite sur les sources,

les « *ordenações* » (compilations législatives médiévales). Quant au droit portugais contemporain, M. da Cunha le place « entre le positivisme et le postmodernisme juridique ». Il soutient que le droit actuel est obligé de supporter tout seul le poids normatif dont l'ordre social (comprenant la morale et la religion) était autrefois chargé.

La méthodologie employée par l'auteur relève de la démonstration et de la dialectique ; ce qui assigne une rigueur certaine aux thèses de M. da Cunha et fait la force scientifique du livre.

S. TZITZIS