

Comptes rendus

A. — Histoire de la philosophie du droit

Plato, *Republic*, Translated and edited with introductions and notes by Robin Waterfield, Oxford, Clarendon Press, 1993, 560 p.

Cette nouvelle traduction commentée de la *République*, une des cinq ou six disponibles en anglais, dénote à tout le moins l'intérêt continu qui s'attache à cette œuvre globale, dans la mesure où il ne s'agit pas ici d'une édition destinée aux érudits mais davantage au public cultivé. Œuvre d'un helléniste, traducteur d'autres dialogues de Platon mais aussi d'œuvres de Plutarque, Xénophon et bientôt Aristote, cette version présente trois caractéristiques. La plus frappante consiste à présenter le texte non en dix livres d'égale longueur, selon le découpage du manuscrit grec (donc de la dimension des rouleaux), mais en quatorze chapitres thématiques, correspondant au vrai mouvement du texte (La critique de la convention, Le défi à Socrate, Les fondements de la politique intérieure, L'éducation essentielle des gardiens, La vie et les devoirs du gardien, Moralité intérieure et extérieure, Les femmes, les enfants et la guerre, Les rois philosophes, La suprématie du bien, L'éducation des rois philosophes, Esprits corrompus et sociétés corrompues, Bonheur et malheur, Poésie et irréalité, Les récompenses aujourd'hui et demain). La seconde caractéristique consiste dans le choix d'un langage et d'explications simples pour la traduction et les notes. Ainsi en 389c, les *bodily pleasures* de la traduction de Sterling et Scott ou « les plaisirs de la vie, de l'amour et de la table » de Chambry deviennent plus clairement peut-être « pleasures of drink, sex and food ». De même, si l'on peut dire, le Bien « au-delà de l'être » de 509b « surpasses being in majesty and might » (la note afférente évitant tout commentaire « mystique »). Ce souci de simplicité peut parfois aboutir à des choix plus discutables (quoique clairement expliqués) : la justice (*dikaïosunh*) est traduite par « moralité », ce qui risque toutefois de rendre moins présente l'analogie entre la constitution de l'âme et celle de la cité. Enfin l'introduction, dans la logique de ce qui précède, commente les « thèses » platoniciennes avec intelligence (en particulier pour atténuer l'aspect « totalitaire » de l'œuvre) mais au premier degré, sans rentrer dans les subtilités de l'école straussienne (elle-même absente de la bibliographie) ou d'un Gadamer (sur ce point, cf. notre article « La pensée de Platon sur le politique », in *Arch. Phil. dr.*, t. 35, 1990, pp. 341-357). Il demeure que cette traduction, sans chercher acrobatiquement à renouveler les approches, fournit avec ses notes dans et à la fin du texte, des bases sérieuses, voire agréables, pour élaborer sa propre interprétation de *La République*.

René SÈVE

Eduardo Garcia-Maynez, *Teorias sobre la justicia en los dialogos de Platon*, Mexico, Porrúa ed., t. II-III, 1987-1988, 412 p., 468 p.

Cet auteur réputé s'est originellement situé dans la mouvance de l'estimative ortéguienne et de sa philosophie juridique et politique de la vie, selon le vaste courant qui s'est imposé au cours de ce siècle en Amérique latine (ralliant, au Mexique même, Luis Recasens-Siches) en prenant très tôt ses distances par rapport au normativisme kelsénien et à la théorie analytique. Avec Cossio en Argentine et Reale au Brésil, – chacun dans sa direction spécifique (de l'« égologie » au « tridimensionnalisme »), chacun tributaire de références précises (tantôt Husserl, tantôt Scheler ou Hartmann) –, Garcia-Maynez est sans doute ainsi l'un des noms les plus importants d'une nouvelle philosophie du droit d'inspiration métaphysicienne née du dépassement du positivisme de type formaliste (cf. Garcia-Maynez, *Filosofía del Derecho*, Mexico, Porrúa, 2 éd., 1977, 544 p.). Mais ses travaux se sont engagés aussi dans le domaine de la logique juridique et de l'interprétation (cf. déjà le même traité), puis, depuis un certain temps maintenant, ce qui semble être passé inaperçu, dans celui de l'histoire de la philosophie grecque.

Voici précisément les deux derniers volumes d'une magistrale suite de commentaires sur les dialogues platoniciens, repris dans le texte, et confrontés aux diverses thèses critiques, selon l'axe offert par la recherche du juste, génériquement parlant.

A défaut d'entrer dans le détail de son argumentation, relevons l'originalité et l'apport d'une analyse qui tend à démontrer que le juste selon Platon s'articule sur les mêmes critères que ceux qui ont fait le renom d'Aristote, avec moins de systématisme, mais plus de nuances, suivant les exigences d'une philosophie réflexive, d'une dialectique en acte, et donc moins soucieuse d'édifier un *corpus* théorique. Alors que nous étions habitués à soutenir que Platon n'avait guère différencié la justice éthique et la justice juridique, dans la *République* même Garcia-Maynez discerne l'équivalent de la justice particulière, c'est-à-dire juridique, du Stagirite, par approfondissement du concept de *pleonexia* rattaché à celui d'inégalité (*anison*). En réalité, l'on passe aisément de l'ordre de la *polis* à l'ordre du *dikaion*, de la morale sociale qui gouverne le politique à un droit à strictement parler qui regarde plutôt des distributions ou des échanges de biens au sein de la cité. Mais aucune confusion ne s'installe pour autant. Simplement, le genre platonicien est de dissocier d'autant moins les deux ordres, qu'en partant d'une critique du comportement humain l'on est peu enclin à séparer ce qui relève du souverain ou du magistrat ; entre fonction de souveraineté et magistrature d'ailleurs, les liens sont à resserrer aussi ne serait-ce que pour respecter l'histoire des cités grecques (qui eurent de surcroît quelques précédents mésopotamiens...).

Le débordement de toute mesure, imputable en d'autres dialogues au dérèglement du *thumos*, de l'appétit de soi-même, peut être compris sous la dimension objective d'un déséquilibre entre les parts ou entre les patrimoines comparés, ce qui apparaît déjà dans l'approche de la convention (*synthékè*) du *Gorgias*. Mais Garcia-Maynez s'étend à la justice du premier ordre, celle qui combat l'inégalité dans le politique même, et qui, à ce plan qui est le plus général apparemment (même s'il peut être moins universel que l'art des juristes), concerne à l'extérieur la guerre et la paix et, à l'intérieur, la coexistence harmonique des citoyens. A chaque fois, l'exigence de justice ne s'arrête pas à un postulat d'égalité ou d'équilibre cependant ; elle révèle que la connaissance ne s'élève à la vérité qu'au prix d'un rejet des opinions et des fausses croyances qui introduisent par sug-

gestion dans la pensée des critères de mesure erronés. A chaque fois, l'esprit se présente par conséquent comme le premier critère qui étalonne les situations empiriques à déclarer justes ou injustes. Il est secondaire d'observer que les composantes de ces situations varient, suivant qu'il s'agit du politique ou du juridique ; l'essentiel est de voir que la mesure n'est dans les choses que parce que l'esprit l'y place, qui rattache les choses aux principes par lesquels elles ne seraient pas ce qu'elles sont dans les idées, principes que toutefois leur manifestation risque d'obscurcir. Toute l'éducation à la justice (et d'abord chez le philosophe appelé à exercer les charges suprêmes du gouvernement et des juridictions) se joue sur le fond d'une *paideia* de l'esprit, du *noûs*, qui doit apprendre à maîtriser les apparences et à ne pas se laisser dicter les équilibres qui emportent les décisions des princes ou des juges. Et il n'est pas facile (le philosophe de l'estimative en a déjà débusqué les obstacles) de discriminer spontanément en situation existentielle, la vraie égalité de la fausse, le jugement qui repose sur une évaluation objective de celui qui couvre des motivations égoïstes ou jalouses. Ces motivations s'enfoncent dans la partialité, la particularité de leurs visées et elles tournent à l'injustice. Mais à chacun, suivant le corps dont il relève (l'artiste ou le commerçant) dans la *polis* même, de savoir accéder à la connaissance du critère juste dont le politique doit pouvoir émettre le schéma le plus général – réserve faire du droit en position immédiatement complémentaire.

L'on ne peut pratiquer le politique ou dire le droit sans recourir à la mesure ; mais avant son *comment* ou ses modalités, se pose le problème de sa source, dans la capacité universaliste de l'esprit. Il reste que le politique, ou la justice préfigurant la *dikaïosuné* d'Aristote, comme vertu la plus compréhensive, présente un caractère directeur dont la justice du droit semble bien dépourvue. Mais *diriger* ne signifie pas commander. Si cette justice ordonne en dirigeant, c'est qu'elle met en ordre ou structure en projetant, à la façon de l'architecte qui a établi ses plans, un schéma d'équilibre ou d'égalité de l'action. La nuance qui distingue le politique du juridique est donc en ceci que, sur le fond d'un processus cognitif et axiologique commun, sur la base d'un même jugement, ils s'expriment différemment, car l'un a besoin de fixer les conditions finalisatrices de leur travail à ceux qui ont pour mission d'appliquer les directives, et les autres s'autodirigent en quelque sorte en déchiffrant, par leur propre activité de juristes, des normes qu'ils sont éduqués à percevoir dans les cas dont ils ont à débattre. Dans la première hypothèse, l'on peut ainsi en arriver à démarquer une véritable science d'une technique qui a vocation à en mettre en œuvre les calculs ; dans la seconde hypothèse, la science et l'activité technique s'impliquent mutuellement sous le nom d'« art » générateur d'un corps de métier original. Là diriger s'explique par le fait que l'on s'adresse à des hommes afin de leur faire produire un résultat pratique, tandis qu'ici l'on vise directement un problème de choses inanimées ou de biens à répartir selon le principe du futur *ius suum* du *Digeste*.

Seules lacunes que nous nous permettrons d'indiquer, dans l'apparat des références critiques utilisées : la bibliographie gagnerait à être complétée aussi bien général sous l'angle des études platoniciennes (dans le registre français, apparemment sous-estimé, les travaux de Joseph Moreau ne sont guère cités) comme, de manière plus spécifique, concernant les interprétations de la justice et des lois chez Platon (les multiples essais en langue précisément espagnole d'Angel Sanchez de la Torre paraissent ignorés). Mais l'on appréciera, outre la densité et les précisions des analyses de textes qui font la qualité de cet ouvrage, les traductions nombreuses et étendues respectant la rigueur d'un vocabu-

laire approprié qu'il faut être à la fois philosophe et juriste pour pouvoir restituer fidèlement.

Jean-Marc TRIGEAUD

George Michaelides-Nouaros, *An Essay on the Philosophy of History and another two on The Social Philosophy of the ancient Greeks*, éd. Kardamitsa, Athènes, 1992, 115 p.

Juriste, sociologue, philosophe, le professeur George Michaelides-Nouaros occupe une place éminente en bien des domaines ; souhaitons que sa monumentale œuvre de sociologie du droit soit traduite en français. On pourrait en dire autant de deux, au moins, des études ici relatées. Initialement publiée en grec (*Philosophia*, Yearbook of the Research Center of the Academy of Athens, vol. 17-18, 1977-1978), la première constitue un précieux apport à la philosophie de l'histoire, dont l'existence même suscite, à notre époque, une contestation renaissante (v. *infra* p. 352, au sujet du récent livre de Raymond Polin) ; la pensée de l'auteur s'ordonne de très pénétrante manière sur les philosophies anciennes et modernes. Particulièrement réussis sont les passages sur Vico, Voltaire, Condorcet, Kant, Herder, Comte, Toynbee. Non moins révélatrice est sa perception du retour à Aristote. La deuxième étude, de philosophie politique plus que de philosophie du droit, porte sur les causes des révolutions et sur les origines des luttes civiles ; un résumé de cette communication, présentée en 1978 lors d'un congrès mondial sur Aristote, avait déjà été publié dans l'*Année Sociologique* (vol. 28, 1977, p. 283 s.). Les philosophes du droit seront tout particulièrement intéressés par la réédition d'une magistrale étude, « A new evaluation of the dialogue between Thrasymachus and Socrates », publiée d'abord dans *Les travaux de l'Académie d'Athènes* (1978), puis aux *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, en 1980. Tout juriste, tout philosophe du droit, se doit d'en revenir, pas seulement avec l'aide de Leo Strauss, à l'essentiel et inaltérable premier Livre de *La République* de Platon. George Michaelides-Nouaros, précisément parce qu'il est un juriste éminent, peut, à ce titre comme à bien d'autres, servir de guide incomparable.

François TERRÉ

G.K. Vlachos, *L'idée d'Homme Libre dans la Démocratie d'Athènes. Le Témoignage de Démosthène*, Athènes-Komotinè, 1992, 143 p.

Ce livre de Monsieur Vlachos vise à mettre en valeur la contribution de Démosthène à la formation de l'idée d'homme libre, dans le cadre de la législation d'Athènes à l'époque classique (p. 27). L'Académicien tente ici une nouvelle interprétation des sources grecques qui s'éloigne sensiblement de celle des grands classiques comme Flacelière ou Jaeger (p. 19).

Sur cette voie, M. Vlachos soutient que, par l'interdiction d'hypothéquer le corps humain, le peuple d'Athènes a assuré une condition fondamentale pour la reconnaissance de l'individu « comme homme libre c'est-à-dire comme personne » (p. 41). La

réflexion de Démosthène sur la vie éthique et politique de cette cité abonde dans ses écrits. La déontologie qu'il y développe en matière de droit est d'une grande utilité non seulement pour nous faire connaître le monde ancien mais encore pour nous faire tirer des leçons de politologie.

Ainsi, le rhéteur grec met fortement l'accent sur le rôle de *parrhsiva*, transparence, réflexion libre, dialogue constructeur et édifiant, pour l'épanouissement d'une véritable démocratie (p. 43). À côté de la *parrhsiva*, l'*ijshgoriva*, liberté de la parole, complète le tableau d'un régime démocratique digne de ce nom (p. 44).

Démosthène est, d'après M. Vlachos, l'orateur qui a le mieux éclairé, dans ses harangues, l'importance décisive de la « loi écrite pour le bon fonctionnement du régime démocratique » (p. 55). Or dans la démocratie athénienne, c'est la loi votée d'après la procédure spéciale prévue par l'*Ecclésia* du peuple qui règne (p. 57).

Chaque loi, insiste M. Vlachos, incorpore et par là répète certains principes fondamentaux de la constitution d'Athènes dont les deux plus importants sont : l'*ijsonomiva* et l'*ijsopoliteiva*. Ce sont des principes, commente l'Académicien, qui assurent l'égalité devant la loi et la participation de tous aux affaires de la cité (p. 58-59). Grâce aux développements de Démosthène consacrés à ces vocables, nous pouvons saisir l'idée de liberté grecque (p. 59). De plus, l'orateur nous offre tous les éléments nécessaires, pour soutenir que la démocratie athénienne est un État de droit (p. 62). Enfin, en combinant l'*ijsonomiva* avec le respect et la récompense du mérite de chacun, Démosthène confirme « la présence dynamique de l'homme libre comme condition pour l'acceptation de l'autorité démocratique » (p. 69).

Au chapitre qui concerne « La justice et les droits de l'homme » (p. 83), M. Vlachos affirme que deux mille ans avant Montesquieu, Démosthène considère le juge comme la *viva vox* de la loi. D'autre part, le rhéteur athénien met en relief, plus d'une fois, le lien indissociable entre justice et supériorité de la loi (p. 84). Il faut ajouter ici que l'orateur est, selon M. Vlachos, le précurseur de la maxime *nulla poena sine lege*, pierre angulaire de la théorie légale (p. 94).

Démosthène fut d'ailleurs celui qui a élevé des diatribes sévères contre la corruption politique et l'esprit défaitiste de certains Athéniens à l'égard de la menace macédonienne (p. 12). Dans ce contexte, nous avons la peinture des hommes politiques qu'a faite l'orateur, considérés comme modèles de *kalovi kajgaqovi polivthi* (p. 115).

Grâce à ces harangues, conclut M. Vlachos, nous pouvons saisir l'idée centrale qui domine la cité d'Athènes et que fait sienne Démosthène. Aux fondements de cette *povlii*, nous trouvons « l'homme libre... sujet conscient de droits et de devoirs envers ses semblables ».

Le livre de M. Vlachos, par ses thèses qui lui sont propres, donne beaucoup à réfléchir et ouvre un nouveau débat sur la vie éthico-politique d'Athènes, à l'âge de Démosthène.

S. TZITZIS

Maria-Luisa Facco, *Etienne Gilson : storia e metafisica*, L'Aquila-Rome, Japadre Editore, "Categorie Europee-31", 1992, 304 p.

De Maritain, le philosophe du droit peut retenir une interprétation de la loi naturelle qui corrige les références plus romanistes que thomistes à la « nature des choses », et qui analyse le processus de la connaissance en le délivrant des soupçons empiristes. De Gilson, il est plutôt invité à tirer la leçon d'une puissante réforme du langage ontologique. Car les écoles qui se sont successivement recommandées de l'Aquinate ont souvent occulté l'inspiration essentielle qu'il doit à une intuition première de l'*esse*, seule capable de s'élever à une dimension universaliste. Tout le mérite de l'approche gilsonienne est d'avoir su retrouver le sens originaire de cette démarche métaphysique. Mais encore fallait-il relire à son tour Gilson afin de le soustraire à de nouvelles réductions susceptibles de déformer une fois de plus le vieux réalisme critique si mal compris. Et c'est dans cet esprit que Maria-Luisa Facco présente son originale étude centrée sur le rapport entre l'être et l'histoire chez Gilson ; elle montre comment la réflexion du philosophe français ne sépare jamais l'être de ses manifestations ni de la façon dont notre liberté peut le traiter, que ce soit en le récusant ou en s'ordonnant à lui.

L'*actus essendi* est d'emblée perçu par un jugement précisément d'existence et non prédicatif ou attributif, et c'est l'erreur d'un essentialisme rationaliste d'avoir ramené ainsi l'*esse* à une qualité ou à une substance qui la reçoit, – ce qui a entraîné ensuite ces conceptions discutables qui assimilent personnalité et nature et qui se méprennent donc sur l'assise profonde d'un « droit naturel ». Tout doit commencer par l'effort d'interrogation sur la *subsistence* fondamentale de l'être, en parallèle d'ailleurs avec la théologie du *Qui sum*. Et remonter à cette interrogation assure les conditions authentiques d'un dialogue, si ce n'est même, par la voie analogique la plus étendue, d'une convergence entre les traditions et cultures philosophiques. C'est ce qui fut effectif dans l'Europe médiévale, dans l'Occident latin, où se conjuguèrent avec le christianisme, l'hellénisme, le judaïsme et l'islamisme, avant les coupures engendrées par le rationalisme dénoncé, par ses « scissions analytiques », par la perte de l'*intellectus* et de sa vocation ontologique. Gilson invoque comme « unité génétique », dit M.-L. Facco, ce qu'il appelle, dans cette perspective, la « métaphysique de l'Ancien Testament », source d'un humanisme rénové commun aux juifs, aux chrétiens et aux musulmans : où le sens de l'homme, jusqu'à l'organisation de ses rapports sociaux, juridiques et politiques, se découvre en fonction d'un même sens de l'être transcendant en son existentialité initiale et non en son essentialité qui n'est que l'*ens rationis* de Descartes et de ses épigones, lesquels ont continué la voie de l'*a nosse ad esse valet consequentia*. Et aujourd'hui, il n'est que trop avéré, à travers l'essoufflement des théories du langage, que les principes logiques sont dans l'impuissance totale à assumer l'existentiel et sont, de ce point de vue, affectés d'une « fondamentale indigence ». L'homme lui-même en vient à renoncer à son identité en s'anéantissant dans les catégories abstraites et dans des déterminations spécifiques, individualisées, d'où la véritable universalité en relation avec lui-même et avec les autres est absente. Dévitalisation qui est le fruit de la confusion entre le métaphysique et le généricisme scientifique. Certes, l'universalité est « abstraite », mais dans l'esprit et non dans la raison, comme idée, et non comme concept ; et l'individuel est « concret », mais à condition de ne pas y voir la particularisation d'un genre logique, mais un donné d'expérience plus radical qui précède la formation de tout

genre : en bref, l'individuel cesse d'être le particulier ou le spécifique. Il est vrai qu'à ce dernier égard, quant à la singularité de la « forme informante », la méthode aristotélicothomiste qui conduit à situer plutôt le singulier dans la matière informée, peut révéler certaines limites heureusement dépassées par Rosmini revenant à Platon. Mais saint Thomas avait déjà affirmé la présence de l'*esse*, de l'impensable « acte premier » qui prend pour matière l'acte correspondant à l'intelligible essence, ce qu'aucun des penseurs grecs (même le Stagirite) n'avait pu admettre, engagés qu'ils étaient en somme dans une sorte d'essentialisation implicite bien qu'à l'écart de tout idéalisme. Ce n'est en tout cas qu'à partir de l'universel et non de l'être de raison général que l'harmonie, l'ordre de la création peut se concevoir et devenir respectable pour l'homme qui y trouve sa place en conformité avec le savoir spéculatif et pratique qu'il recueille au seul plan de cet universel. Se contenter d'un savoir borné aux certitudes du vérifiable empirique, dans le champ de la rationalité technique, des « causes secondes » et des « êtres contingents », ne peut qu'aboutir au démembrement des relations des hommes entre eux. Ce qui prouve la solidarité de l'ontologique et de l'éthique, la crise de l'un retentissant sur l'autre.

Les liens entre faculté cognitive et faculté estimative ou appréciatrice, puis entre intellect et volonté, semblent avoir été quelque peu distendus chez Maritain. Le propre de Gilson, comme le montre M.-L. Facco, est de renouer plus étroitement de tels liens, qui sont d'ailleurs le reflet d'une unité créaturelle en accord avec le principe de l'unité de la forme. Motion réciproque, synergie et participation s'établissent ainsi entre les puissances de l'homme pour lui éviter le déséquilibre qui le fait basculer tantôt dans l'intellectualisme (dont Thomas d'Aquin s'est aussi bien méfié) et tantôt dans le volontarisme (celui inauguré par Duns Scott). De proche en proche, c'est, après avoir posé le problème du libre-arbitre, le rapport entre nature et surnature qui se dégage. Un rapport qui découvre les soubassements ontologiques de l'homme même, sans que ceux-ci soient désormais dissociés d'un fondement éthique. M.-L. Facco a précédemment consacré un bel essai à la pensée de l'être chez Jankélévitch dans cette même collection ; elle a suivi son dépassement de la dualité objectiviste caractéristique de l'idéalisme et épousé la pente de ses hésitations et de ses doutes devant une certaine opacité de l'existence humaine en situation. Mais voici que dans l'horizon gilsonien, l'homme, sans échapper à son mystère et à son incommunicabilité, se profile selon un schéma qui rend sa destinée à la fois plus contrôlable et moins prévisible à l'intelligence et au sentiment ; d'où les conclusions que pourra en tirer le juriste soucieux de se fonder sur une éthique stable. Cet homme n'a éthiquement à devenir (*et donc juridiquement à être autorisé à être*, protégé dans cette aspiration) *que ce qu'il est*, il n'a à accomplir que l'acte qui traverse sa nature, il n'a à recréer que ce qui le crée ; dans l'ordre temporel, son bien ultime, vers lequel sa liberté se tourne, est d'assumer sans cesse ce mouvement de l'être en son initialité, de se laisser reconduire à ce centre opératif d'où émane toute force et énergie poursuivant sa propre fin. Pour les tenants d'un droit naturel prétendument thomiste qui ignoreraient cet enseignement classique, et que l'œuvre gilsonienne ravive dans ses racines métaphysiques, *c'est assez dire que la nature ne possède en soi ni valeur juste ni valeur injuste : elle n'est que la potentialité de servir l'unique, et universelle, valeur de justice dont l'être, en tant que puissance active et actuante, est porteur*, cet être qui reçoit une expression dans la nature mais qui la transcende et qui la *justifie*, sous toutes les formes où il se dévoile, sous l'aspect de la vérité ou du bien. Cet être qui, en l'homme, peut être dénommé « personne », à condition de ne pas glisser ici non plus dans l'amalgame

avec une « nature de l'homme » qui est la source du kantiano-thomisme si clairement réfuté par Gilson et diagnostiqué au cœur de son œuvre par l'auteur avisée de ce livre.

Jean-Marc TRIGEAUD

Alasdair MacIntyre, *Quelle justice ? Quelle rationalité ?*, Traduction de Michèle Vignaux d'Hollande, Paris, PUF, "Léviathan", 1993, 440 p.

Dans l'excellente collection "Léviathan" des Presses Universitaires de France, dirigée par Stéphane Rials, est traduit aujourd'hui cet ouvrage d'Alasdair MacIntyre paru aux États-Unis en 1988, après *After Virtue*, son livre le plus célèbre. Stéphane Rials en annonce d'ailleurs la prochaine traduction en français.

Trois éléments retiennent l'attention dans cette étude, dans l'ensemble d'une remarquable qualité.

D'abord une thèse générale, d'ordre épistémologique et aux aspects kuhniens, qui n'est peut-être pas d'une rigueur parfaite, sur la relative incommunicabilité des « traditions », c'est-à-dire, en termes courants, des familles philosophiques, articulées toutefois à des expériences de modèles sociaux, et réduites par ailleurs essentiellement à quatre : Aristote, saint Augustin, saint Thomas et le Libéralisme moderne.

Ensuite, à propos de ce dernier, une étude très fouillée et très instructive des Lumières écossaises, amenant des analyses profondes, en particulier de Hutcheson et de Hume. Cette partie, qui représente environ la seconde moitié de l'ouvrage constitue un des rares exposés disponibles en français sur les philosophes du sens moral, courant trop négligé ces dernières années au profit de l'École du droit naturel, et qui à soi seul justifie la traduction de l'ouvrage.

Enfin, une fresque globale de l'histoire de la philosophie du droit, articulée sur le lien entre conceptions de la justice et conceptions de la rationalité pratique.

Comme pour Leo Strauss, dont il est idéologiquement proche (cf. pp. 430-431), mais dont l'érudition semble plus grande avec cependant un goût de l'allusion ésotérique finissant par agacer, Alasdair MacIntyre, même plus précis dans ses citations, ne convainc pas dans toutes ses analyses, moins à cause de leur aspect provocateur que par leur banalité ponctuelle. Par exemple, l'auteur écrit que « ni le *ius gentium*, ni les conceptions stoïciennes du droit et de la justice, ne fournissent de bases d'une remise en question de l'ordre ou des pratiques dominants dans les régimes grec et romain » (p. 163) ; « Shaftesbury était l'un des premiers philosophes de la morale – si l'on excepte Malebranche – à concevoir la nature humaine comme informée par deux grands principes concurrents, l'un égoïste, l'autre altruiste » (p. 289). Il demeure qu'il s'agit d'un grand livre, ambitieux, très clair et ouvert aux controverses.

René SÈVE

Julian H. Franklin, *Jean Bodin et la naissance de la théorie absolutiste*, Paris, PUF « Fondements de la politique », 1993.

Il convient de saluer la récente traduction du livre de Julian H. Franklin consacré à Jean Bodin et à la naissance de la théorie absolutiste dans les *Six livres de la République*. L'ouvrage prend place dans les travaux d'un groupe d'historiens américains qui, dans la lignée d'E. Kantorowicz, ont cherché à renouveler la connaissance de l'ensemble des théories politiques de la période pré-classique.

L'étude de J. H. Franklin, dont la publication américaine date de 1973 – la version française de cette étude n'a été que ponctuellement revue et corrigée par l'auteur –, porte sur les différents problèmes et débats suscités par la notion de souveraineté. La contribution de Bodin est expliquée à la fois dans son évolution, ses hésitations, ses revirements, mais également dans ses ambiguïtés. L'apport essentiel de l'auteur consiste à montrer la façon dont Bodin a fait subir à sa propre théorie de la souveraineté, de profondes transformations internes. En dix ans, de 1566 à 1576, entre le *Methodus* et les *Six livres de la République*, Bodin est passé d'une conception de la souveraineté indivisible mais limitée, à une conception qui, du caractère indivisible, déduit le caractère absolu de la souveraineté. Ainsi, dans le *Methodus*, s'il fait valoir le respect nécessaire du principe d'indivisibilité, sans lequel le pouvoir serait conduit à la dissolution pour laisser place à l'anarchie, Bodin admet que la souveraineté puisse s'accommoder de limites à l'exercice de l'autorité royale : le roi, qui détient de manière discrétionnaire les attributs de la puissance étatique, reste lui-même, « comme un particulier », soumis aux lois qu'il a édictées. Dans la *République*, au contraire, les pouvoirs du roi de France ne sauraient subir aucune limitation : la souveraineté, indivisible, devient nécessairement absolue.

Au-delà de cette mise en perspective des différents états de l'œuvre bodinienne, la richesse de l'ouvrage est dans l'explication de cette évolution. L'auteur montre parfaitement que le concept final de souveraineté ne découle pas, chez Bodin, d'une clarification des ambiguïtés contenues dans les prémices de la première conceptualisation de la souveraineté, telle qu'elle était présentée dans le *Methodus*. Ce sont les impasses proprement politiques de la première théorie et le déploiement dogmatique ou, comme le dit l'auteur, « dramatique », d'un *parti pris théorique* en faveur de l'absolutisme de la souveraineté, qui rendent compte de l'évolution de la notion.

Précisément, le « tournant absolutiste » doit se comprendre par le contexte, autant politique que théorique, de la période dans laquelle sont rédigés les *Six livres de la République*. C'est en réaction aux théories du droit de résistance aux autorités légitimes, quand celles-ci agissent de manière tyrannique, élaborées par les théoriciens protestants « monarchomaques », au lendemain de la Saint-Barthélémy en 1572, que la pensée de Bodin va évoluer. Refusant la conception pré-contractualiste du droit, qui est à l'œuvre chez ces théoriciens (Théodore de Bèze et surtout François Hotman), consistant à faire du roi un simple « officier du peuple », Bodin va remodeler sa conception de la souveraineté : la notion de limitation de souveraineté devient sans contenu si l'on refuse le droit de résistance, de telle sorte que pour nier le droit de résistance, la souveraineté doit nécessairement être conçue comme absolue.

Mais l'ouvrage est également intéressant en ce qu'il montre clairement que l'absolutisme, tel qu'il est conceptualisé par Bodin à la fin du XVI^e siècle, n'est jamais qu'une théorie dont la pratique n'est pas encore advenue. D'un certain point de vue, Bodin, comme le démontre l'auteur, ne cherche qu'à clarifier la tradition constitutionnaliste française antérieure. La radicalisation qu'entraîne sa réflexion serait donc, en un sens, involontaire. Ainsi s'expliquent ses protestations contre les critiques d'avoir construit une justification du despotisme. Il reste que par l'habilitation qu'il donne juridiquement au roi, à modifier les lois sans consultation des États, il a théoriquement ouvert la voie à la réalisation pratique de l'autocratie du grand siècle.

Mais là ne réside pas seulement, selon J. H. Franklin, l'intérêt de l'œuvre de Bodin. Sans jamais faire l'impasse sur les faiblesses intellectuelles ni sur les ambiguïtés de la théorie bodinienne, l'auteur montre la pérennité de son œuvre au-delà de sa fonction légitimatrice de l'absolutisme royal en France – mais également en Angleterre ou en Allemagne. Son apport est ainsi d'abord méthodologique : sa réflexion sur les sources du droit va largement contribuer à détacher la réflexion juridique de son enracinement dogmatique dans le droit romain. Surtout, sa théorie de la souveraineté va conduire directement à l'idée de la nécessité d'une norme juridique suprême, régulant toutes les procédures du système juridique. L'ironie de l'histoire est bien de constater que, postérieurement, les théories contractualistes du droit public – notamment celles de Grotius ou de Pufendorf – vont emprunter à Bodin mais aussi aux théoriciens protestants qu'il avait combattus, le postulat d'un contrat originel destiné à doter d'une légitimité supérieure l'absolutisme royal.

Nicolas MOLFESSIS

A. V., *Natural Law*, 2 vol., dir. John Finnis, *The International Library of Essays in Law and Legal Theory*, 1991, Dartmouth Publishing Company Ltd.

La *Bibliothèque internationale* indiquée rassemble des articles provenant du monde anglo-saxon et orientés vers le droit naturel et les discussions qu'il a suscitées. Les diverses contributions sont réparties selon trois axes : Écoles, Domaines et Cultures juridiques. Le présent ouvrage, de dimensions imposantes, traite des « Écoles ».

John Finnis pense que l'expression « droit naturel » renvoie à un ensemble de propositions qui permettent de déterminer les biens humains élémentaires, les conditions générales requises en vue du meilleur choix et les normes morales déductibles des conditions jugées nécessaires relativement aux dits biens élémentaires. Une théorie du droit naturel est ainsi définie comme une théorie qui reconnaît que des propositions de ces trois types peuvent être vraies, qui en identifie certaines et fixe leurs implications théoriques et pratiques.

S'insurgeant contre une attitude courante ¹, l'auteur dénonce la confusion entre le droit naturel et les théories le concernant : s'il existe de vrais principes de droit naturel, ils sont vrais indépendamment de toute théorie.

Cependant, si la définition de Finnis permet de ne pas classer parmi les théories du droit naturel toute théorie soutenant que de telles propositions morales sont vraies ², il reste à préciser les trois principales caractéristiques de la tradition des théories du droit naturel qui consistent en ceci : 1) critique et rejet du scepticisme éthique, du dogmatisme moral et du conventionnalisme ; 2) critique et rejet des conceptions « associacionnistes » du bien et du juste ³ ; 3) clarification des méthodes des théories sociales descriptives et explicatives.

Ce premier aspect traditionnel est abordé dans le volume I. Bien qu'ils puissent sembler éloignés des préoccupations du praticien et du théoricien du droit, ces principes sont fondamentaux. On le constate particulièrement en ce qui concerne les propositions construites avec le verbe « être » : elles se transforment en propositions construites avec « devoir », qui constitue la base du scepticisme contemporain relatif aux biens humains élémentaires. Ce raisonnement, invalide mais courant, fait l'objet de plusieurs articles pointus, notamment « Le droit naturel et la problématique “être”/“devoir-être” : Questions à Finnis et Grisez » qui forment – en complément avec des communications plus générales comme celles de Ralph McInerney (1980) ou de Robert P. George ⁴ (1988) –, l'essentiel de la quatrième partie de l'ouvrage (« Pour et contre la nouvelle théorie classique »).

Cette dernière partie fait suite à I « Une controverse des années cinquante », II « La théorie néo-scholastique : pour et contre » et III « La nouvelle théorie classique » où l'on peut lire en particulier les approches inclinant au positivisme de Neil MacCormick (1981) et l'essai résolument jusnaturaliste de Germain Grisez, Joseph Boyle et John Finnis (1987).

Les deux autres traditions théoriques du droit naturel définies dans le premier volume sont développées dans le second, les deux volumes étant d'ailleurs inséparables à cet égard.

Suivant les réflexions modernes sur les questions d'éthique, de politique et de droit, il est raisonnable ou « sage » de requérir l'association de biens ou de valeur (s), et ceci afin d'identifier et de choisir le plus grand bien global ou le moindre mal. Mais, comme le montre d'emblée Grisez (1978 « Droits de l'homme absolus vs. *conséquentialisme* »), rien de tel n'existe dans des situations de choix moralement significatives. En outre, remarque Finnis, si les théories associacionnistes de l'éthique, de la politique

¹ Que l'on retrouve notamment chez Thomas E. Davitt selon lequel « La vitalité de la loi naturelle est démontrée par son histoire qui est une succession d'éclipses et de réapparitions des Grecs à aujourd'hui », p. 94.

² Ce contre quoi Ernest Nagel s'est élevé : « La doctrine du droit naturel (...) est seulement l'une des nombreuses théories qui ont été avancées en ce qui concerne la nature des critères à utiliser [pour évaluer le droit] », p. 13.

³ C'est le cas, par exemple, de l'utilitarisme ; plus généralement, du *conséquentialisme* ou du *proportionnalisme* ; plus étroitement, de la maximisation des richesses.

⁴ « Critiques récentes de la théorie du droit naturel ». Voir aussi récemment sous la direction du même auteur, le recueil *Natural Law Theory, Contemporary Essays*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 372 p.

et du droit étaient justifiables, les droits de l'homme n'auraient ni le contenu, ni la force qu'on leur connaît.

L'article de Grisez traite de l'ensemble des propositions pour guider un choix moralement significatif par association de valeurs. Dès l'apparition de l'utilitarisme à la fin du XVIII^e siècle, de telles propositions ont dominé la majorité des discours moraux, politiques et jurisprudentiels. Bentham, Austin, Holmes, Roscoe Pound et Richard Posner sont quelques uns des principaux conséquentialistes qui ont influencé la théorie du droit.

Grisez esquisse un panorama complet, mais ne dégage que dans d'autres essais les prémisses d'une méthode alternative afin de guider rationnellement les choix individuels et sociaux dans les situations de la vie réelle. Cependant, on peut s'interroger, avec Michael J. Perry (1985) sur la possibilité d'un fondement non conséquentialiste de la revendication absolue selon laquelle certains types de choix sont toujours injustes. La notion de principe moral intermédiaire entre les principes les plus élémentaires de la raison pratique et les normes morales spécifiques – et plus encore le principe moral intermédiaire selon lequel il convient d'agir justement – permettent d'élucider la question de Perry.

On retiendra l'importance du principe qui exclut tout acte opposé à une raison fondamentale, acte qui consiste à choisir de détruire, de nuire à, ou d'empêcher tout bien humain élémentaire dans ses « instanciations » (manifestations phénoménales pour le linguiste). Un bien humain élémentaire est toujours une raison d'agir, et donne toujours une raison pour ne pas porter atteinte à ses « instanciations ». Celles-ci n'étant pas rationnellement mesurables, une raison-pour-ne-pas-agir est insuffisante pour ne pas agir. Seuls des facteurs émotionnels pourraient motiver le choix d'un rejet.

Ceci ne revient pas à centrer l'attention sur les actes plutôt que sur les projets, bien au contraire. Et la critique que fait Robert P. George (1989) de M. J. Perry (1985) donne à l'intention une importance stratégique. Les raisons à la base d'une action constituent un choix, lequel implique au moins la non-réalisation des autres choix possibles. En ce sens, tout choix va contre quelque raison fondamentale.

L'essai de R. P. George (1989) conduit à la conclusion que la cohérence d'une théorie du droit naturel réside non seulement dans l'identification de principes fondamentaux mais aussi dans l'analyse des actes humains, de l'intentionnalité et de la signifiante du libre-choix.

Dans la seconde partie (« Méthode en jurisprudence et théorie sociale »), Norman Kretzmann (1988) dénonce le malentendu des oppositions dont sont victimes saint Augustin et saint Thomas d'Aquin, éclairant ainsi la continuité des traditions classiques et médiévales. Deyrick Beyleveld et Roger Brownsword (1985) participent également à une meilleure compréhension du droit naturel en récusant l'affirmation positiviste qui taxe cette dernière de simplification à outrance. Mais l'approche de ces auteurs n'est pas elle-même aussi rigoureuse qu'ils le prétendent. La « supériorité théorique » dont ils soulignent le caractère décisif fait l'objet des considérations de Finnis (1985) qui étudie comment les sociétés humaines et leurs concepts peuvent être compris sans illusion mais de façon générale.

La troisième partie, intitulée « Raisonnement juridique et positivité », s'ouvre sur un essai de Ronald Dworkin (1982) qui, bien qu'il ne se réclame d'aucune école, est d'une grande pertinence dans l'exploration des façons dont le juge s'inspire ou non des principes et normes morales. On y retrouve les thèses qu'il expose dans son livre, *Law's*

Empire, et que Finnis critique en 1987. Si Dworkin surestime la capacité du raisonnement moral à résoudre de délicates questions de droit, l'école d'« Étude critique du droit » surestime nettement l'impuissance de la raison et de la loi positive à résoudre toute question de droit. Le scepticisme de cette école s'inscrit dans une tendance plus générale que Finnis examine sans complaisance (1985).

Qualité et cohérence caractérisent ces deux volumes sur le droit naturel qui représentent une source considérable et accessible de matériaux nécessaires à la recherche. L'enthousiasme que suscite pareil outil de travail est d'ailleurs attesté par le succès du projet de cette *Bibliothèque* : douze volumes prévus en 1989, un total de soixante en 1991.

Cécile COSCULUELA

Thomas Hobbes, *Béhémoth*, traduction et notes par L. Borot et *Dialogue des Common Laws*, traduction par Lucien et Paulette Carrive, Vrin, 1990.

Ces ouvrages sont les deux premiers parus de la traduction en français, dans une édition scientifique et critique, de l'ensemble des œuvres de Hobbes, sous la direction d'Yves Charles Zarka.

Il faut donc saluer cette entreprise, qui s'inaugure par la parution de deux ouvrages moins connus des non spécialistes et moins philosophiques que le *Léviathan* et le *De Cive*, et qui nécessitent tout particulièrement par les références historiques (le *Béhémoth* est le récit et l'analyse de la première révolution anglaise) et juridiques qu'ils contiennent les notes, glossaires des notions et des noms propres, index que cette édition fournit.

René SÈVE

James Tully, *Locke, Droit naturel et propriété*, Préface de Philippe Raynaud, Traduction de Chaïm J. Hutner, Paris, PUF« Léviathan », 1992, 264 p.

L'ouvrage de J. Tully, paru en 1982, est aujourd'hui traduit en français. On pourrait considérer que les spécialistes de Locke y avaient accès facilement dans la langue originale, mais l'ampleur intellectuelle de l'ouvrage justifie largement sa traduction.

En effet, J. Tully situe la pensée politique de Locke dans son cadre philosophique global, épistémologique et métaphysique, d'une manière très claire et argumentée non seulement à partir des textes systématiques de l'auteur, mais aussi de sa correspondance et de son journal. Il met également l'œuvre de Locke en perspective avec, outre Filmer, toute la tradition jusnaturaliste, néo-thomiste ou protestante, considérant également des auteurs moins connus comme les commentateurs de Grotius. Par ailleurs, le livre renouvelle, et c'est d'ailleurs ce qui fait sa célébrité dans le monde anglo-saxon, l'interprétation de Locke, d'une part, en insistant sur sa conception des sciences morales comme discipline démonstrative, en rectifiant donc une image empiriste habituelle, d'autre part, et surtout, en montrant le caractère traditionnel, plus que « libéral-

bourgeois capitaliste » de sa théorie de la propriété (cf. pp. 178 et s.). Bref, l'ouvrage est exemplaire du renouvellement de l'histoire de la pensée politique, dans la lignée des travaux d'un Q. Skinner, dont la traduction est annoncée dans la même collection.

René SÈVE

Simone Goyard-Fabre, *Montesquieu, la nature, les lois, la liberté*, Paris, PUF « Fondements de la politique », 1993, 360 p.

Plus nettement que les précédents ouvrages que Madame Goyard-Fabre avait consacrés à Montesquieu (*La philosophie du droit de Montesquieu*, Paris, Klincksieck, 1973, 2ème éd., 1979 (prix de l'Académie Montesquieu) ; *Montesquieu, adversaire de Hobbes*, Paris, Minard, 1980), celui-ci situe nettement l'auteur-titre dans la tradition jusphilosophique occidentale, comme s'efforçant d'établir une synthèse du point de vue des Anciens et des Modernes. Les trois premiers sous-chapitres du livre (pp. 2 à 54) sont ainsi consacrés à Aristote, à la Grèce et à Rome, le Stagirite étant tout au long du livre évoqué comme la source principale de Montesquieu, au moins politologue. Une formule empruntée à la conclusion de l'ouvrage résume bien l'interprétation générale de Madame Goyard-Fabre : « (...) si, en "Moderne", il [Montesquieu] pense à la politique de liberté qui, à l'avenir, doit permettre aux hommes de promouvoir et de sauvegarder "ce bien qui fait jouir de tous les biens", c'est en "Ancien" qu'il en dessine les voies, par une méditation sur les principes naturels, donc, méta-politiques, de la politique ».

Ceci posé, en plus du « maître Aristote », Madame Goyard-Fabre retrace systématiquement les autres influences qui ont infléchi la pensée de Montesquieu, spécialement, outre l'École du droit naturel, celle de Domat, qui en est proche, de Malebranche ou de Newton. Inversement, Simone Goyard-Fabre étudie la « contre-influence » de Hobbes ou le démarquage de Spinoza, sur ce point, en réponse aux accusations formulées du vivant de l'auteur.

Ces comparaisons sont toujours menées avec beaucoup de précision. Par exemple sur Domat, l'auteur signale que : « l'analyse anthropologique de Montesquieu ne porte pas, comme celle de Domat, la marque du jansénisme : au lieu de souligner, dans une perspective augustinienne, les méfaits de l'amour que l'homme se porte à lui-même au lieu de le réserver à Dieu, Montesquieu insiste sur le caractère borné de l'intelligence, ainsi exposée à l'erreur, et sur les initiatives que prend la volonté, parfois de manière intempestive, en s'engageant hors de l'ordre universel ».

En introduction à Newton, sont également retracés certains travaux ou plutôt ébauches de travaux scientifiques de Montesquieu, etc.

Indépendamment de l'interprétation générale véhiculée par l'ouvrage à laquelle on doit agréer, et de son caractère exhaustif, il faut signaler quelques moments forts et originaux de l'analyse : la loi de décadence de l'histoire (pp. 105-123) qui n'exclut pas, paradoxalement, le progrès, la signification de la définition de la loi comme rapport (pp. 124-146), la représentation et les partis politiques (p. 194-216), le fédéralisme (pp. 219-244).

D'un style toujours clair, renvoyant systématiquement à des textes précis, ce livre est simplement le meilleur qu'on puisse trouver sur la pensée de l'auteur de *L'Esprit des Lois*.

René SÈVE

Yves Glaziou, *Hobbes en France au XVIII^e siècle*, Paris, PUF « Questions », 1993, 324 p.

Cette thèse de doctorat de philosophie (l'auteur est professionnellement un ingénieur) permet de faire un tour d'horizon global de la postérité hobbesienne en France au XVIII^e siècle. L'auteur a incontestablement entrepris une tâche courageuse et utile et a intelligemment surmonté, en grande partie tout au moins, les difficultés de l'exercice.

La première consiste à donner une structure claire à ce qui pourrait n'être qu'une suite de notices : ce qui est obtenu en divisant les auteurs concernés en « diffuseurs/éditeurs », adversaires et partisans, le cas Rousseau étant traité à part, les deux grands groupes antagonistes faisant eux-mêmes l'objet de subdivision en familles (par exemple Encyclopédistes ou auteurs religieux pour le groupe des adversaires). La deuxième, plus complexe, consiste à fournir des informations précises sur les textes (ce qui est le but principal) sans renoncer à des interprétations ou des mises en perspective. De ce point de vue, le fléau penche peut-être trop vers cette seconde tendance et on regrette parfois de ne pas avoir une liste complète des occurrences de Hobbes chez ses lecteurs, pour fixer les idées. Toutefois, ce reproche reste secondaire, car les citations, souvent sorties de l'oubli, sont très abondantes et fournissent déjà une riche documentation. Enfin, la troisième difficulté est à la fois la plus fondamentale et la plus inévitable. La perspective retenue, en effet, conduit logiquement à isoler la source hobbesienne pour en étudier l'influence. Or, il est clair que malgré sa consistance intrinsèque, la pensée de Hobbes agit également par son insertion dans des courants plus vastes, l'épicurisme, le matérialisme, l'empirisme anglais. La difficulté est d'ailleurs bien reconnue par l'auteur, par exemple lorsqu'il traite d'Helvétius et signale l'imbrication chez le fermier général de thèmes lockiens et hobbesiens.

Il demeure que l'ouvrage fournit soit des résumés utiles et détaillés de comparaisons indispensables entre Hobbes et les grands penseurs du XVIII^e siècle (Montesquieu, Diderot, Rousseau, Voltaire, etc.), soit des aperçus originaux sur des auteurs moins célèbres, comme Romilly, Gerdil, Polignac, l'abbé Guyon, Maréchal, ... les unes et les autres menés avec une lucidité certaine. L'auteur conclut ainsi paradoxalement sa recherche en considérant qu'au total « le nombre élevé des références au hobbesisme a pour contrepartie une réelle méconnaissance de celui-ci » (p. 300) sans doute, *in fine*, parce que le pessimisme de sa pensée heurte l'hédonisme (relatif) du siècle des Lumières.

René SÈVE

Olsen A. Ghirardi, *La filosofía en Alberdi*, Córdoba, Ediciones de la Academia nacional de derecho y ciencias sociales de Córdoba, 1993, 168 p.

Après un premier ouvrage consacré au contexte philosophique de l'œuvre (*El primer Alberdi. La filosofía de su tiempo*, Buenos-Aires, 1989, compte rendu in *Arch. Phil. dr.*, t. 36, 1991, pp. 367-369), le professeur de Cordoba poursuit dans ce livre l'analyse de la pensée de ce disciple des idéologues français, à partir du *Fragmento preliminar al estudio del Derecho*. Pour le lecteur français, l'intérêt réside surtout dans les descriptions intellectuelles, synthétiques et précises, que l'auteur dresse à cette occasion de Leroux, Jouffroy, Lerminier, Guizot, etc. et plus généralement de la philosophie de l'histoire en Europe à partir de Vico.

René SÈVE

Jean Jaurès, *Primi lineamenti del socialismo in Germania, in Lutero, Kant, Fichte e Hegel*, a cura di Sergio Martano, Napoli, Il Tripode, 1992, 172 p.

On peut s'interroger sur la nécessité d'une traduction et édition, en langue italienne, de la thèse complémentaire, en latin, de Jean Jaurès. Mais, outre la valeur d'un texte largement ignoré, le professeur S. Martano ajoute à une belle traduction une importante et éclectique bibliographie qui replace Jaurès dans les courants philosophiques, moraux et sociaux des dernières décennies du XIX^e siècle et rassemble ses divers ouvrages et articles dispersés. S. Martano souligne dans l'introduction comment Jaurès, peut-être influencé dans son enfance par sa mère, fervente catholique, n'aura de cesse de mettre au cœur du socialisme la place de l'amour de l'homme, de l'éducation du prochain, tant contre un universalisme froid et organiciste, qu'un matérialisme pur qui nierait l'être, idéal, libre et autonome. Spiritualiste, quasi panthéiste, Jaurès est à l'opposé d'un socialisme scientifique, d'une vision de l'homme « économique », prisonnier d'une dialectique rigide et des conséquences de l'histoire.

Pour Jaurès, en effet, en digne héritier de la tradition de la Révolution française, c'est l'homme qui fait l'histoire, qui est l'arbitre de son destin ; plus près donc des Stoïciens et des premiers Pères de l'Église ou de Platon. Historiquement, le point de départ est religieux. Pour lui, Luther est un des fondateurs initiaux de l'éthique socialiste. Ce qui ne signifie pas que Jaurès réduise les origines du socialisme à la théologie luthérienne, car sans doute, la Grâce divine, sans laquelle l'homme ne peut atteindre la justice, l'égalité, la liberté, ne l'intéresse pas. Il veut montrer que Luther a été le premier à faire tomber le joug romain et à libérer la conscience de l'homme, que le « vivre au monde » luthérien n'est pas étranger au socialisme et à sa conception de la justice et l'usure lui sert (même si Jaurès ne tient pas compte de l'antériorité du droit canonique) à fonder les arguments socialistes sur la valeur du travail. Davantage centrées sur la liberté politique, les droits de l'État, la société, l'économie et le travail, les études plus brèves (seulement quelques pages sur Marx et Lassalle) à propos de Kant, Fichte, Hegel, Marx et Lassalle visent à la recherche d'une sorte de socialisme intégral parfait à ses yeux, né du socialisme moral de Fichte et du socialisme dialectique chez Marx et Hegel.

Jaurès a une conception de base : le matérialisme est le résultat de l'évolution de l'hégélianisme. Selon Kant d'abord, la liberté et l'égalité politique entre les hommes ne

peuvent subsister sans l'égalité économique selon la trilogie : liberté, égalité, propriété. Ce qui lui plaît, finalement, chez le penseur de Koenisberg, c'est la réalisation dans l'État, de l'universelle raison et la paix universelle qui en résulte.

Quant à la propriété, elle appartient exclusivement à Dieu, chez Fichte, et l'homme n'en a que les fruits. Le droit au travail devient la vraie propriété et c'est à l'État de déterminer les normes de valeurs : valeur d'utilité, valeur du travail. Données qui seront au centre de la pensée économique du socialisme selon Marx.

C'est cependant dans la pensée de Hegel que se forme l'union parfaite dans l'État entre l'individualité et l'universalité. L'État est divin, organisme total ayant ses propres lois, ses propres principes. Jaurès se rencontre ici pleinement avec l'optimisme hégélien, mais en fils convaincu du Credo français de 1789, pour lui, la volonté de l'homme reste fondamentale. Il n'ignore pas toutefois les données historiques et sait bien que l'État « entrepreneur » prussien de Frédéric II n'a pas grand chose de commun avec celui de la Révolution française et qu'y figure déjà une sorte de collectivisme agraire et industriel, faits bien propres à donner à la théorie des éléments essentiels.

Un ouvrage donc, à la pertinence toujours actuelle qui permet diverses études, au présent comme au passé, que des notes plus nombreuses auraient pu enrichir encore davantage.

Gérard D. GUYON

Quaderni Fiorentini, *Per la storia del pensiero giuridico moderno. François Gény e la scienza giuridico del Novecento* vol. 20, 1991, éd. Giuffrè, 588 p.

A l'initiative du professeur Paolo Grossi, un très important ouvrage des *Quaderni Fiorentini* a pour objet : François Gény et la science juridique du XIX^e siècle. Alors que de rares études lui sont, à notre époque, consacrées en France, pratiquement depuis la commémoration, à Nancy, en 1962, du Centenaire de sa naissance (*Le centenaire du doyen François Gény*, éd. Dalloz, 1963 ; v. le compte rendu de H. Batiffol, *Arch. philo droit*, t. IX, 1964, p. 291), le présent ouvrage atteste la vitalité de l'influence de François Gény dans la théorie et la philosophie du droit hors de France, spécialement en Italie, en Espagne et dans le monde latino-américain. L'important et même émouvant article de Norberto Bobbio, expliquant un lien de filiation avec Gény, et la riche introduction de Paolo Grossi peuvent rappeler à ceux qui l'ont peut-être un peu oublié l'importance de l'œuvre de François Gény, spécialement parce que ses immenses travaux marquèrent, à partir de la fin du siècle dernier, un tournant décisif, une libéralisation de la pensée. Dans sa postface, le doyen Jean Carbonnier le rappelle en quelques mots : « En 1899, pour la première fois en France (faut-il dire depuis Domat ? depuis Montesquieu ?), un juriste s'adressait aux juristes et leur parlait de leur métier... Auparavant, ils étaient penchés sur leur matière, ils ne voyaient que le droit, non pas leur rapport, leur distance au droit. Gény les a relevés et leur a dit : vous êtes libres ». Si ce message a souffert en France de l'usure des années et de la pesanteur du positivisme, une approche de type comparatif permet de rétablir une vision plus juste et plus réaliste des choses. A l'aide des contributions espagnoles : de José Luis de los Mozos, sur la théorie de l'interprétation ; d'Angel M. Lopez y Lopez, sur la controverse ayant

opposé F. Gény et L. Duguit, au sujet du droit subjectif ; de José Maria de la Cuesta Saenz, quant à l'influence dans la doctrine espagnole de la pensée de Gény sur la coutume.

La lecture de l'article de Bartholomé Clavero révèle une analyse pénétrante d'une question centrale, relative à l'exagération de l'élément légal dans la méthode juridique traditionnelle. Et cela à partir d'une observation de Gény, dont l'actualité montre la permanence : « Il n'est pas douteux qu'il existe des droits supérieurs à la volonté législative. Celle-ci ne s'exerce légitimement que pour *révéler* le droit qu'elle ne *crée* pas. Mais, pour des raisons d'ordre général et de sécurité sociale, la loi doit être *présumée*, pour tous, révéler le droit supérieur à elle, tel qu'il existe. Cela étant, doit-on admettre que cette présomption soit ébranlée par la prétention de droits individuels méconnus, et à quelles conditions pourrait-elle l'être sans danger considérable ? En ces points gît la difficulté. »

Le rayonnement persistant de l'œuvre de Gény dans le Nouveau Monde, favorisé par la traduction en anglais de *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, se manifeste dans l'univers de la *common law*, ainsi que le montrent Jaro Mayda et Carlos Petit ; son influence au Brésil est analysée avec grande pénétration par Miguel Reale. Aussi révélateurs sont les apports italiens de Pietro Costa et de Giovanni Furgiele, du côté de la culture et du côté de la technique.

Les apports français contribuent à la cohérence de ce beau livre. Pierre Kayser retrace la carrière d'un auteur dont la réussite allait de pair avec l'humilité d'un grand. Chacun à sa manière, Christian Atias et Gérard Timsit développent des analyses d'ordre épistémologique. Et Bruno Oppetit, dans sa pénétrante étude sur « François Gény et le droit naturel », nous fait comprendre la place de F. Gény par rapport aux courants de la pensée philosophique, les nuances, voire les ambiguïtés d'une pensée qui suscita les critiques de Michel Villey, le syncrétisme d'une œuvre marquée par le néo-naturalisme d'un juriste humaniste.

François TERRÉ

Carl Schmitt, *Théorie de la constitution*, traduit de l'allemand par Lilyane Deroche, préface d'Olivier Beaud, Paris, PUF « Léviathan », 1993.

Après les traductions récentes de Schmitt, *Parlementarisme et démocratie*, Paris, Seuil, 1988, et *Théologie politique*, Paris, Gallimard, 1988, on ne peut que saluer la parution de la *Théorie de la constitution* qui fait pénétrer dans le cœur même de la pensée juridique de Carl Schmitt. Ce n'est pas tant celle-ci qu'il convient de commenter dans ce compte-rendu (cf. par exemple dans ce numéro l'article de Jean-François Kervégan, « Carl Schmitt, un théologien du droit ? ») mais l'impressionnante préface d'Olivier Beaud qui occupe les pages 5 à 113 de l'ouvrage. Elle situe d'une part la pensée de Schmitt dans l'ensemble de son œuvre mais également, et surtout, comme cela n'a jamais été fait, dans le contexte juridique et constitutionnel de l'entre-deux guerres. A ce

titre, on sera particulièrement instruit par les références au contexte doctrinal de l'œuvre de Schmitt, et souvent à des théoriciens allemands peu connus en France, comme également à des auteurs plus notoires pour nous, comme Hauriou ou Kelsen. Sur le plan plus philosophique, on se reportera à la discussion de l'augustinisme de Carl Schmitt et de l'influence exercée sur lui par Hegel. Enfin l'auteur de la préface établit le lien précis entre les théories de Schmitt et les polémiques dans lesquelles il se trouve engagé avec l'évolution et la disparition de la république de Weimar.

René SÈVE

Jesús Ballesteros, *Postmodernity. Decadence or Resistance*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1992, 200 p.

Ce livre a été publié en espagnol en 1989, et traduit en anglais (en 1992) selon la formule habituelle, et utile, des Presses de l'Université de Navarre.

L'ouvrage de deux cents petites pages entend tracer une fresque de la Renaissance à nos jours de la culture moderne autour des idées centrales de domination de l'économie, d'affirmation de l'individu, d'échecs pratiques et d'injustice (pollution, exploitation du Tiers-Monde, etc.). Citant environ quatre à cinq auteurs différents par page, l'auteur dresse une sorte de paysage culturel stimulant mais évidemment superficiel ou approximatif (cf. par exemple la critique de Rawls, Habermas, Villey, etc.), car envisagé à toute vitesse et d'un point de vue idéologique donné pour allant de soi. Il s'agit en réalité d'un livre volontairement bref et provocateur qui n'exclut pas que les qualités intellectuelles qui s'y manifestent puissent aboutir à des productions plus charpentées.

René SÈVE

B. — Philosophie du droit

Simone Goyard-Fabre, *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris, PUF « L'interrogation philosophique », 1992.

Sous ce titre, Madame Goyard-Fabre dresse en presque 400 pages une fresque impressionnante de l'ensemble de la philosophie du droit moderne depuis le XVII^e siècle, avec toutefois une insistance plus particulière sur la période contemporaine. L'auteur décrit en effet, de manière systématique, toutes les composantes actuelles de la philosophie du droit, le normativisme, le sociologisme, l'herméneutique, le néo-aristotélisme, l'« auto-poïèse », les théories de l'intersubjectivité, en les rattachant aux évolutions concrètes du droit positif, en particulier à la remise en cause de la prééminence de la loi. On trouve donc dans cet ouvrage des exposés extrêmement denses des thèses, entre autres, de Duguit, Hauriou, Hart, Dworkin, Apel, Habermas, Rawls, Villey, Willke, Foucauld, etc.

Ce qui est le plus remarquable dans ce travail, sans équivalent, c'est l'ordonnement qui organise selon une perspective clairement définie ces différentes descriptions. Le point de vue de Madame Goyard-Fabre est clairement transcendantal, kantien et kelsenien, selon une interprétation non positiviste de Kelsen (cf. *in fine* le rappel de la thèse de Kelsen sur la démocratie). Il s'agit en effet de combattre la « peur de la normativité », cette dernière fondatrice de l'humanité de l'homme, qui caractérise, aussi bien les critiques radicales du droit que ses réductions historicistes ou sociologistes. Ce qu'il importe à l'auteur de préciser à travers un plan très lisible, ce sont donc à la fois les degrés d'erreur des théories qu'elle critique et des degrés de vérité de celles dont elle se rapproche (c'est-à-dire des néo-kantiens). Dans la première catégorie sont donc distinguées les doctrines en définitive anti-juridiques (Marx, Foucauld) et celles qui traitent sérieusement la normativité du droit, mais sans éviter en dernière analyse le relativisme (Hauriou comme Dworkin). Avec la seconde (Apel, Habermas, Rawls), il s'agit davantage de critiques internes, puisque le point de vue « fondationnel » et anti-relativiste de ces doctrines est partagé par l'auteur, qui exprime surtout ses réserves vis-à-vis de Rawls (quant à la technique de démonstration et au lien entre libéralisme, au sens français, et social-démocratie).

La fin de l'ouvrage est donc consacrée à une relecture, croisée en quelque sorte, de Kant et de Kelsen. On peut certes s'interroger, moins sur l'interprétation non positiviste de Kelsen qui est convaincante, que sur l'apport de celui-ci à la perspective kantienne proprement dite. La réponse est indiquée par contraste à d'autres retours à Kant, ceux d'Apel et d'Habermas. L'éthique communicationnelle est en effet non spécifiquement juridique : ces doctrines « ne considèrent le problème du droit que comme un cas particulier du vaste programme socio-politique qui concerne les hommes de notre temps » (p. 376). Anté- ou para-juridiques, elles doivent donc être complétées par une théorie du droit lui-même, comme ordre normatif déterminé, provenant d'une Idée nécessaire de la Raison, que seul Kelsen a pleinement développée.

René SÈVE

Raymond Polin, *La création des cultures*, Paris, PUF, Collection « Questions », 1993, 282 p.

De la lecture du beau livre de M. Raymond Polin, les juristes et les philosophes du droit retireront de précieux enseignements. Sans doute le droit n'est-il pas, ici, directement l'objet de la réflexion de l'auteur. Mais celle-ci les concerne au premier chef, comme le laisse d'ailleurs prévoir le sous-titre de l'ouvrage ici évoqué : « D'une philosophie de l'histoire à une philosophie des cultures », car le droit est culture et, dans chaque ensemble juridique, expression de culture.

Rousseau, Kant, Hegel, Marx... Sur leurs œuvres, et sur bien d'autres, repose une philosophie de l'histoire, qui a nécessairement eu ses prolongements en philosophie du droit. Dans les œuvres mêmes de ces auteurs, aucun d'eux ne fait place dans sa vision de l'histoire à l'*homo juridicus*, tous ayant, d'une manière il est vrai variable, pris position par rapport aux droits de l'homme. Au XX^e siècle, l'approche devenue traditionnelle a

perduré. Elle s'est même développée, notamment sous l'influence de Kojève en qui, écrit l'auteur, qui assista à son célèbre séminaire, « Hegel semblait parfois se réincarner dans les années 30 de notre siècle ».

Pourtant, c'est par un *Adieu à la philosophie de l'histoire* que commence la pénétrante analyse de M. Raymond Polin. Quels étaient les postulats de cette philosophie ? : a) « qu'il existe, non pas simplement une espèce humaine, au sens où l'on parle d'espèce animale, mais une humanité, qui est au centre des choses de ce monde, qui est le foyer des sens et des fins de tout ce qui existe », l'ensemble de l'humanité formant un tout ; b) qu'il y a une historicité de la nature humaine, « ce qui signifie que l'essence de l'homme, raison et liberté, ou mieux, à la limite, raison, c'est-à-dire liberté, ne s'accomplit pas dans une simple existence individuelle, mais tout au long de l'histoire de l'humanité » ; c) qu'il y a une fin de l'histoire, « c'est-à-dire une fin de l'anthropogénèse », ce qui ne signifie pas que toute l'espèce humaine va verser, « tout entière et d'un seul coup, dans la sagesse, le savoir absolu, la satisfaction », mais veut dire que l'achèvement de l'homme en tant qu'homme ne va pas sans un rapport à autrui « qui consiste dans une conscience réciproque et dans une reconnaissance réciproque de la parfaite humanité de l'autre », celles-ci ne s'accomplissant « que par l'institution de l'État moderne », l'homme accompli étant « un citoyen de cet État » ; d) que « le devenir de l'histoire effective et efficace naît de la conjonction, c'est-à-dire d'une conciliation entre la nécessité et la liberté, essentielles l'une et l'autre à l'existence historique ». « Tout se passe comme si le développement du concept d'homme en réalité effective d'homme ne pouvait s'accomplir qu'à travers certaines étapes, qu'en suivant une certaine voie, qui sont des étapes et une voie nécessaires, les étapes et la voie selon lesquelles s'effectuent la raison et la liberté » (p. 2 et s.).

Iconoclaste, M. Raymond Polin montre que les quatre postulats, ainsi rappelés, de la philosophie de l'histoire ne résistent plus aujourd'hui à la critique. Les conséquences de cette contestation radicale reposent sur une définition de la *culture*, distinguée de la *civilisation*. De celle-ci, qui est le produit des progrès des sciences et des techniques, la culture est bien distincte : « dès que l'on définit la liberté comme un pouvoir de création, dont les œuvres vont se situer au-delà du donné naturel et du passé historique, il faut bien considérer son action et son produit comme une réalité originale, à la fois une action et un fait, que je propose ici de désigner sous le nom de culture » (p. 35).

Suit alors une démonstration des plus saisissantes, qui contribue puissamment à dissiper nombre de confusions sur lesquelles reposent tant de constructions et de systèmes : du fait de leurs sources, de leurs milieux, de leurs auteurs, les cultures sont marquées par un relativisme et un pluralisme irréductibles, de sorte qu'il n'y a pas de valeurs universelles (p. 76) et qu'une confrontation entre culture et civilisation conduit à conclure qu'« il ne peut pas y avoir d'ordre politique mondial » (p. 138).

M. Raymond Polin n'abandonne évidemment pas la dimension historique. Il s'interroge sur « les devenirs des cultures » (p. 153 et s.). Mais c'est pour répondre en relevant notamment des spécificités qui les différencient et les rendent incommunicables, incomparables, inégalables, incompatibles et oblige à s'interroger, dans les termes d'une

singulière actualité, sur l'avenir et le destin des sociétés politiques multiculturelles. Interrogation majeure qui, naturellement, conduit à expliquer la crise contemporaine de la culture occidentale, tout particulièrement la crise des valeurs, sur tant de chemins aujourd'hui obscurcis : crise de la liberté, crise de l'individualité, crise de l'égalité, exaltation de la masse, idéologie de l'humanité, justice politique et justice sociale.

Tout cela, loin de conduire à des conclusions désabusées, voire pessimistes, aboutit au contraire à dégager les axes d'une réflexion permettant de mieux conduire aujourd'hui sa pensée, y compris dans les termes d'un pari : « Nous croyons trop à la liberté irrépressible et créatrice pour ne pas parier pour la régénérescence de notre culture et pour une nouvelle prédominance du bon usage, de l'usage raisonnable, de la liberté » (p. 279).

Le droit étant culture, en dépit de tant de malentendus entretenus autour de la notion polysémique de « droit naturel », le livre de M. Raymond Polin, après bien d'autres, enrichit la pensée juridique. Pour n'en donner qu'un exemple, mais de grande ampleur, il renouvelle une réflexion en profondeur sur l'existence, la théorie, l'idéologie, voire la religion des droits de l'homme. La proclamation des droits de l'homme, en 1789, est d'ordre culturel ; mais c'est le produit d'une certaine culture dans laquelle la raison se laisse canaliser par la volonté. Après quoi, l'idéalisme allemand en a construit la philosophie, avant que des strates successives – droits-libertés puis droits-créances –, distinguées par les juristes, n'aboutissent à une multiplication des proclamations, des garanties, des contradictions et des télescopes. De la Déclaration universelle des droits de l'homme, en 1948, Staline put s'accommoder, aussi bien que Truman. Après quoi, l'europanisme régnant s'employa à répandre partout dans le monde une idéologie des droits de l'homme évidemment inadaptée à la diversité des traditions, des croyances et des habitudes.

Universalité des droits de l'homme – des « droits fondamentaux » dit-on aujourd'hui pour être davantage dans le vent – et *diversité culturelle...*, ce thème à la mode alimente les rencontres internationales, sans que, de l'une à l'autre, le discours évolue. Sans doute en irait-il autrement si l'on prenait soin, avant de s'y rendre, de méditer ce beau livre de M. Raymond Polin sur la création des cultures.

François TERRÉ

Persona y Derecho, Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, Escritos en memoria de Michel Villey, 4 vol., t. 24, 1991, 294 p., t. 25, 1991, 309 p., t. 26, 1992, 357 p., t. 27, 1992, 314 p., éd. de la Universidad de Navarra.

La vitalité de la philosophie du droit en Espagne est bien connue. Elle se manifeste par l'existence de plusieurs revues de grande qualité dont le rayonnement international est important. De la sorte, les divers courants de la pensée se développent dans une saine atmosphère. Ainsi la renommée de la revue *Persona y Derecho*, publiée sous l'égide de l'Université de Navarre et la direction des professeurs Javier Hervada et Pedro Serna,

n'est plus à faire. La qualité exceptionnelle de ces deux publications annuelles se trouve, pour le lecteur français, accrue du fait que quatre volumes, correspondant aux années 1991 et 1992, ont été composés à la mémoire de Michel Villey. Comme à propos de la pensée de Gény (v. *supra* p. 349), c'est encore à l'étranger qu'il faut donc, en philosophie du droit, s'enquérir du retentissement de la pensée d'un auteur qui a exercé et exerce une influence décisive partout où le combat est mené contre le positivisme juridique.

Les contributions contenues dans les volumes ici recensés sont si riches qu'il faut se contenter de citer titres et auteurs. Mais cela est déjà singulièrement parlant. Contentons-nous d'observer que la latinité est porteuse d'un immense héritage de philosophie du droit et que, tôt ou tard, sur les aspirations transmises et rénovées de la sorte, une convergence bénéfique se produira, montrant les bornes de la philosophie analytique et de la logique formelle.

Tome 24 : Francesco D'Agostino, « Dalla Bioetica alla Biogiuridica » ; Jose Maria Desantes-Guanter, « De la libertad de expresion al derecho a la informacion » ; Alfred Dufour, « La religion de Savigny » ; Urbano Ferrer, « Los limites del liberalismo en la teoria de la justicia de John Rawls » ; Robert Ginsberg, « Accounting for accountability » ; Daniel Innerarity, « Libertad como pasion. Sobre la idea de Europa en Hegel » ; Arthur Kaufmann, « Recht und Gewissen. Bemerkungen zum Problem der Rechtsgeltung » ; Jose Llompant, « La posibilidad de una teoria del Derecho mas alla del iuspositivismo y del iusnaturalismo » ; Vittoria Possenti, « Democrazia e Filosofia : le aporie della fondazione della democrazia in Kelsen » ; Walter Schweidler, « Naturrecht und Technik » ; Francesco Viola, « Diritto vero e Diritto giusto ».

Tome 25 : Benito De Castro Cid, « La crisis del modelo de la Declaracion Universal de 1948 » ; Mario Bigotte Chorao, « Michel Villey, Paladino do realismo juridico classico » ; Rafael Domingo, « “Ius ratumque” y “ius potestaque” (Una contribucion al estudio del concepto de “ius”) » ; Jean Gaudemet, « L'ordre du monde vu par un canoniste à la fin du XI^e siècle (Anselme de Lucques, Collectio canonum, L.I., ch. 71 à 89) » ; Renato Rabbi-Baldi Cabanillas, « El concepto de Derecho en el realismo clasico a partir de las opiniones de Michel Villey y Georges Kalinowski » ; Salvador Rus Rufino, « Apuntes a la teoria de la justicia de David Hume (Comentarios al Tratado de la naturaleza humana, libro III, parte II, seccion 2) » ; Carlos Raul Sanz, « Un reconocimiento y varias reflexiones » ; Jean-Pierre Schoupe, « Réflexions sur la conception du droit de M. Villey : une alternative à son rejet des droits de l'homme » ; Alain Sériaux, « Du neuf et de l'ancien sur la distinction du droit et de la morale : premières vues » ; Carlos Soria, « La funcion pacificadora de los medios informativos » ; Jean-Marc Trigeaud, « Rome et Jérusalem : le mythe des deux cités » ; Juan Vallet De Goytisolo, « Definicion e interpretacion del Derecho segun Michel Villey » ; Rudolf Weigand, « Zur Problematik des Naturrechts : Inhalt, Erkennbarkeit, Veränderlichkeit, Dispensierbarkeit » ; Jaime Williams Benavente, « Moral y derecho : estudio en perspectiva funcional ».

Tome 26 : Roberto L. Andorno, « Incidencia de la fecundacion “in vitro” sobre la distincion entre personas y cosas » ; Luis I. Arechederra Aranzadi, « Revolucion, tec-

nocracia, demagogia » ; Jaime Brufau Prats, « El derecho de libertad religiosa en Domingo de Sota » ; Carlos J. Errazuriz M, « A proposito de las relaciones entre ciencia y filosofia en la *Teoria Pura del Derecho* de Hans Kelsen » ; Paulo Ferreira Da Cunha, « Direito e Universidade, Do pensamento juridico-pedagogico em Michel Villey » ; Ilva-Myriam Hoyos, « La dimension juridica de la persona humana » ; Angeles Lopez, « Cuestiones preliminares para una semiotica juridica » ; Julio Raul Mendez, « La articulacion del derecho concreto » ; Bernardino Montejano, « Villey, Burke y el espiritu de la doctrina del derecho natural » ; Alberto Montoro Ballesteros, « Notas sobre el imperialismo romano » ; Francisco Puy, « La eutanasia, hoy » ; Marcelino Rodriguez Molinero, « La doctrina del Derecho natural de Hugo Grocio en los albores del pensamiento moderno » ; Lino Rogriguez-Arias Bustamante, « Qué es la filosofia del derecho ? » ; Jose Maria Rojo Sanz, « Justicia y Derecho en Julian Marias ».

Tome 27 : Rafael Alvira, « El trabajo como mediacion y dialogo. Sobre el olvido y la superacion del tiempo » ; Francisco Carpintero, « Nuestros prejuicios acerca del llamado Derecho Natural » ; Joaquin Garcia Huidobro, « Naturaleza y politica : el discurso sobre la desigualdad de J.-J. Rousseau » ; Hector H. Hernandez, « Esbozo de una doctrina tomista sobre la obligacion juridica » ; Angel Sanchez De La Torre, « “Id quod iustum est”. Perspectiva desde la religiosidad helenica » ; Rodolfo L. Vigo, « Aspectos polemicos en la obre de Michel Villey ».

François TERRÉ

Raphaël Draï, *Le mythe de la loi du talion*, ALINEA, 1991.

S'étonnant avec justesse de l'absence presque totale du droit hébraïque dans la pensée juridique contemporaine, Raphaël Draï entreprend dans cet ouvrage d'expliquer l'origine de la loi du talion dans la Torah. Mythe pernicieux de l'Antiquité, la loi du talion a souvent été interprétée comme l'expression d'une justice primitive. Dans le meilleur des cas, elle fut interprétée comme un progrès par rapport à la vengeance antique. « Œil pour œil » est une meilleure solution qu'une ou plusieurs vies pour un œil.

Rien de plus faux que cette conception démontre Raphaël Draï. Cette méconnaissance totale de la loi du talion telle qu'elle est expliquée par les rabbins, est entièrement symptomatique. Elle relève plus souvent d'un antisémitisme latent que d'un véritable désir de vérité. En étudiant *Le Marchand de Venise* et son contexte historique, on s'aperçoit que Shylock est « l'inversion de la conscience juridique juive ». *Le Hêtre aux juifs* de Annette V. Droste-Hulshoff indique bien comment la loi du talion est un fantasme de l'imaginaire collectif. « Dans ces deux récits, le talion est invariablement présenté comme inhérent à la mentalité juive telle qu'elle se manifeste dans les règles impitoyables de son droit positif et dans sa psychologie juridique vengeresse. » La formule imputée aux Juifs par l'Évangile selon Mathieu : « Que son sang retombe sur nous et nos enfants » est due à une méconnaissance de la réalité du droit hébraïque. L'analyse que fait l'auteur du déni de justice à Sodome est à cet égard bien venue.

L'interprétation talmudique de « œil pour œil » dégage les principes généraux de la responsabilité. Le Talmud n'a jamais compris la loi du talion dans son sens littéral. Cela aurait été faire une offense au texte biblique que de l'interpréter sans la loi orale. La loi du talion ne désigne rien d'autre pour les rabbins que l'obligation de la responsabilité. Les catégories de dommages évoqués sont le dommage matériel, le dommage physique (la douleur), le dommage médical (les soins), le dommage professionnel et le dommage moral. Il s'agit donc dans tous les cas d'une compensation pécuniaire.

Si l'ouvrage de Raphaël Draï comble indéniablement une lacune, l'analyse des sources hébraïques entreprise dans la deuxième partie de l'ouvrage est quelque peu décevante. Les sources juridiques juives sont peu développées au profit d'analyses philosophiques générales. On pourra regretter, outre quelques contresens et inexactitudes, que l'étude purement juridique - Halakhique - de la loi du talion ne soit qu'évoquée et pour ainsi dire « noyée » par des considérations littéraires.

Michaël SEBBAN

Jean-Marc Trigeaud, *Introduction à la philosophie du droit*, Bordeaux, Bière, 1992, 96 p.

Il y a deux voies d'accès à la réalité essentielle et universelle du droit. La première, traditionnelle et de visée plutôt didactique, est de caractère analytique, ayant pour but d'atteindre l'idée du juste moyennant la comparaison des concepts qui, dans son ensemble, constituent le système du droit positif.

L'autre voie, de nature essentiellement synthétique, naît de la conviction qu'il faut pénétrer d'emblée dans le juste comme vérité à la fois de l'être et de la valeur. Dans cette seconde option, qui se rattache à l'originale intuition platonicienne de l'idée comme point radical de départ de toutes les formes de connaissance, la *gnoséologie du droit*, entendue comme métaphysique de l'idée du droit, est préalable à la *théorie du droit*, qui n'est que le système argumentatif et descriptif des concepts juridiques. C'est dans cette direction que se place le beau petit livre que Jean-Marc Trigeaud a bien voulu intituler *Introduction à la philosophie du droit*.

Or, ce deuxième point de vue me semble de remarquable importance, parce qu'il implique une critique radicale du positivisme, dont la donnée préconstituée est le *fait*, compris à la fois comme *un comportement* et comme *la règle* qui lui confère un caractère de juridicité, en confrontation avec les normes morales, économiques, politiques, etc. C'est pour cela que le positiviste ne peut pas aller au-delà de généralités sur le concept de droit, puisqu'il lui est impossible d'accéder à l'idée du juste, domaine par excellence de la philosophie du droit.

Dans ce sens, l'observation de M. Trigeaud me semble adaptée lorsqu'il met aussi en relief l'insuffisance du droit naturel quand le jusnaturaliste se borne à faire une critique extérieure de l'ordre juridique, en ne nous offrant qu'une copie idéale et abstraite de celle-ci, sans reconnaître l'unité concrète et indivisible du juridique et du juste, c'est-à-dire de ce qui *est* et *doit être* en raison de la destination même du droit, qui est la réalisation de l'homme à la fois comme individu et comme personne.

Pour mieux comprendre la distinction faite par M. Trigeaud entre concept et idée du droit, je crois convenable de rappeler la thèse du criticisme transcendantal selon laquelle

on *connaît* moyennant des *concepts*, et on *pense* moyennant des *idées*. Dans la théorie de Kant, tandis que le concept constitue l'objet gnoséologique et en est inséparable, l'idée a seulement une fonction régulatrice, en tant que schème d'une classe d'actions possibles. Une fois transporté ce point de vue dans le domaine du droit, on peut conclure que l'idée kantienne du juste est compatible avec toutes les modalités d'expérience juridique, comme, par exemple, celle établie par la volonté de l'État. Le normativisme juridique de Kelsen serait la meilleure démonstration de cette compatibilité de nature purement formelle.

Selon M. Trigeaud, qui dans ce point s'attache à Rosmini, l'idée du juste constitue une unité inséparable de l'être et de la valeur, de l'« être idéal » et de l'« être réel ». C'est pour cela qu'il doit y avoir toujours une corrélation concrète entre ce qui est *pensé*, dans la gnoséologie métaphysique du droit, et ce qui est *conçu* au plan de la théorie du droit. De ce point de vue, lorsque les positivistes réduisent le juste à une des éventuelles relations effectives, ce qu'ils nous offrent n'est que la théorie du droit, et la philosophie du droit est, pas conséquence, usurpée... Dans une conception intégrale du droit, au contraire, la gnoséologie se place au seuil de la philosophie du droit, visant la connaissance primitive que procure l'idée... « Toute la gnoséologie, écrit M. Trigeaud, *comme initiation à la métaphysique*, consiste donc à essayer de montrer que l'idée du droit vise l'être de celui-ci, la vérité de cet être, le *prosôpon* » (p. 43).

C'est, donc, l'idée de personne qui nous ouvre la possibilité de trouver un fondement pour le droit qui ne se place pas au dedans du droit même. Comme l'homme est la raison d'être du droit, dès qu'il en est sa cause et son destinataire, l'idée du *prosôpon* s'impose par elle-même, polarisant l'esprit sous l'aspect de sa vérité. Mais, pour l'application de la justice aux cas concrets, il faut recourir à la médiation du *principe dikèlogique*, qui nous assurerait le sens ou la mesure du juste (p. 72).

Ce recours à un élément médiateur entre le *prosôpon* et l'expérience juridique concrète révèle, à mon avis, l'insuffisance de l'idée platonicienne du juste comme une intuition première admise comme point absolu de la connaissance du droit.

C'est pour cela que, si je m'accorde avec M. Trigeaud en ce qui concerne la valeur fondamentale de la personne comme source première du juste, je pense que, si on doit reconnaître des invariants axiologiques dans la vie du droit, dont l'ensemble constitue le *juste* dans son historicité globale, leur application implique toujours un moment d'option lié inévitablement au problème des décisions du pouvoir, lesquelles, par leur nature axiologique, ne se réduisent pas à de simples actes de volonté. En un mot, on peut se passer du *positivisme*, mais il faut quand même tenir compte de la *positivité* du droit et de tout ce qui, dans son développement, correspond aux surprises de la liberté.

Cette divergence ne m'empêche pas, toutefois, de reconnaître toute la richesse des questions posées par l'œuvre de Jean-Marc Trigeaud, qui, entre autres, a le mérite de relier la pensée classique aux théories les plus actuelles de la philosophie du droit contemporaine.

Miguel REALE

François Dagognet, *Philosophie de la propriété, L'avoir*, PUF, Collection « Questions », 1992, 232 p.

L'inlassable curiosité de François Dagognet dirige son regard dans de multiples domaines du savoir. En sous-titre : L'avoir. L'idée vient, nourrie par le souvenir, de relire *Être et avoir*, de Gabriel Marcel, qui atteste, en relation avec la *corporéité* de l'avoir, des préoccupations philosophiques qui ne sauraient laisser indifférente la philosophie du droit. Mais le mérite de François Dagognet est, avec toutes les précautions d'usage, un cheminement important du côté des choses du droit.

D'où un livre destiné à faire date dans l'évolution de la philosophie du droit de propriété, du droit de la propriété, et à travers elle, de son extension grandissante par la multitude des objets qu'elle appréhende, y compris dans le domaine des choses de l'esprit. Issue de la distinction des choses mobilières et des choses immobilières, l'approche juridique n'a pas été indifférente à des considérations d'ordre politique, économique et philosophique. Transposée dans l'ordre intellectuel, elle a tant bien que mal répondu à de nouveaux besoins nés des progrès de la science, de l'art, de la culture. Et c'est en quoi cette emprise sur le vivant intéresse tout particulièrement François Dagognet.

A un autre propos, lui aussi central, l'auteur décrit, au sujet des *biens dissociés* ou des *biens divisés*, l'évolution profonde subie, sinon en droit positif, du moins dans la démarche juridique depuis deux siècles. La fréquence des usufruits, la persistance des indivisions, l'émergence de nouveaux droits réels, tout cela suscite au fil des pages des réflexions constamment suggestives, ce qui va de pair avec la vision renouvelée du droit de la propriété que Frédéric Zénati a développée (v., en dernier lieu, de cet auteur, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *Rev. trim. dr. civ.* 1993, p. 305 s.). Et dans cette direction, on comprend qu'en dépit des atteintes apportées par la législation au droit de propriété, celui-ci conserve une place centrale dans notre ordre juridique. A telle enseigne que le code civil – code de propriétaires, y compris de tous ceux qui l'étaient devenus de fraîche date – fut axé, jusque dans son plan, sur la propriété et les moyens d'acquiescer celle-ci ; et que la préoccupation de la personne ne s'y est développée que plus tardivement. Ajoutons que, de toute évidence, François Dagognet s'attache pour finir à l'étude de l'objet qui « dépasse tous les objets », à l'« objet des objets » : l'argent. Et il serait intéressant de comparer ses conclusions avec toutes les riches études de la doctrine juridique contemporaine sur la monnaie.

Que certaines conclusions de l'auteur soient de nature à susciter la controverse, nul ne s'en étonnera. L'héritage, générateur d'inégalité et qui « désorganise tout » (p. 232), la propriété qui « flatte les plus bas côtés de l'homme » (*ibid.*)... A quoi l'on peut objecter que, si l'avoir est subordonné à l'être, il lui est nécessaire. Mais François Dagognet admet bien que le droit tempère les excès de l'avoir. On hésitera cependant à le suivre lorsque, parlant des « juristes » et après leur avoir fait reproche de s'enfermer dans leur discipline, il ajoute : « Pire, ils s'emploient tendanciellement à étouffer "le nouveau" que leurs textes et leurs arrêts, malgré eux, charrient et que leur logique évolutive impose. Ils mettent trop en avant le séculaire et ce qui conserve. Trop rares sont

ceux qui secouent ce traditionnel et soulignent justement ce qui germe » (p. 11). Peut-être. Mais quand même... Georges Ripert, René Savatier, Jean Carbonnier, etc.

Il convient aussi de bien comprendre ce que peut signifier « l'esprit conservateur des juristes », dont a si bien parlé un des plus grands auteurs de notre temps, Georges Ripert : dans un sens philosophique, « tout juriste est un conservateur » (*Les forces créatrices du droit*, 1955, n° 3, p. 8). « Il n'est défendu à personne, ajoute-t-il, de déclarer imparfait l'ordre existant, de croire à un droit nouveau qui régira la société future, mais devins et prophètes ne sont pas des juristes ». Reste que, si l'analyse pénétrante de François Dagobert peut les inciter à sortir du positivisme, elle est la bienvenue.

François TERRÉ

Henri Hude, *Éthique et Politique*, Paris, Éditions Universitaires, 1992, 354 p.

« Nous avons plus que jamais besoin aujourd'hui :
 1. d'une morale sociale fondée en raison ;
 2. d'un projet politique original s'accordant à cette morale.
 L'ambition de ce livre est de répondre à ce besoin double. »

Ainsi commence le dernier livre de Henri Hude, jeune et brillant professeur de philosophie en khâgne au collège Stanislas à Paris. Éditeur infatigable des cours inédits de Bergson, sur lesquels il conviendra de revenir un jour, voici qu'il nous offre avec *Éthique et Politique* une ample et riche matière à réflexion.

Servi par un style qui l'apparente à Descartes et à Pascal, il nous offre en 354 pages denses, un programme des recherches qu'il a menées et qu'il nous invite à continuer, ainsi qu'un programme de réformes, qu'il nous presse d'engager.

Vaste programme, trop vaste peut-être.

Qu'on en juge par le seul intitulé des chapitres. I. — La raison, les valeurs et le droit. II. — Les valeurs de prospérité. III. — L'équilibre des valeurs de vie et les valeurs de conservation. IV. — Politique des valeurs ou politique moraliste. V. — Europe et patries. VI. — Immigration et identité. VII. — La paix par la réforme. VIII. — Famille et démocratie. IX. — Culture et éducation. X. — Culture et médias. XI. — Travail et propriété. XII. — Liberté et justice. XIII. — Justice et marché. XIV. — Démocratie aristocratique et démocratie républicaine.

N'y eût-il que des réflexions de fond, sur tous ces problèmes, que l'auteur eût simplement renoué avec une tradition jamais vraiment interrompue où la philosophie s'intéressait, sans se spécialiser, à tout ce qui touche l'homme en général, ainsi que ses tenants et aboutissants. Le titre même de l'ouvrage s'inscrit d'ailleurs nommément dans la partie aristotélicienne de cet héritage, puisque comme on sait, chez Aristote, l'éthique précède la politique, ou mieux, les politiques achèvent et couronnent les éthiques. Le confirment les deux illustrations simples et sobres placées sur la couverture du livre qui donnent par contraste l'une, l'image de l'éthique et de la politique tendus vers le bien, un

bonum, to ; kalon kfiagaon, d'où le divin ne serait pas, par principe, exclu, et l'autre, la figure d'une morale et d'une administration où la fin justifie à elle seule les moyens.

C'est le visage de saint Louis, vu de face, qui est en premier lieu offert, mais sans les mains, comme pour faire comprendre que la lucidité entre en éthique et en politique d'abord par la contemplation. Est reproduit, en second lieu, vu de dos et au-dessous du roi, significativement, le *Tricheur* de G. de la Tour, dont les mains dissimulées et dissimulatrices montrent que l'action, réduite à elle seule, enténébre par ses succès mêmes.

Toutefois, l'auteur ne s'en tient pas là. Il enchaîne sans mollesse sur les conséquences, et n'hésite pas à entrer dans les détails de quelques réformes. Cela fera sourire, c'est à craindre, les politiciens patentés et les économistes machiavéliens. Ce serait dommage. Même s'il y a parfois quelques naïvetés, ou quelques raccourcis, il y a un effort personnel de renouvellement de certains thèmes rebattus, qui mérite d'être souligné et pris au sérieux. Signalons, par exemple, l'analyse très fine qui est proposée du prêt à intérêt, et dans laquelle ce contrat est décomposé en plusieurs contrats complexes d'association-location et de location-vente. On comprend mieux, à le lire, même si on n'est pas d'accord, en quel sens la prohibition d'un certain prêt à intérêt, était, et demeure, justifiée.

L'auteur n'est ni juriste, ni économiste, ni politologue. Si c'est là un défaut, sa docte ignorance nous vaut sur bien d'autres thèmes une fraîcheur de pensée qui nous console de la science étalée de trop de professionnels, voire de professeurs.

Que le bien et le mal, le juste et l'injuste, le beau et le laid, n'ont pas disparu de la cité, ni de la vie, qu'ils ont non seulement droit de cité, mais encore, en un sens, droit de vie et de mort, que c'est par là plus que par toute autre considération d'argent, de nationalité ou d'idéologie que les hommes se rassemblent ou se dispersent, s'entendent ou se disputent, s'égalent ou s'élèvent, bref que tout peut être perdu fors le bien et le mal, ce n'est pas un mince mérite de ce livre que de le rappeler.

On a parlé, on parle, du rôle social de l'officier, de la fonction sociale de la propriété. Ici, il est parlé de plus encore : de la fonction politique, juridique, économique du bien, du juste, du beau, et de la mort de la raison si elle s'exerçait sur autre chose, car c'est là sa nourriture et sa vie.

Pour une fois que le bien, la justice, la liberté, semblent visés et non point manipulés, aimés au sein même des difficultés concrètes, et non point encensés comme pour contourner celles-ci, textes et non point prétextes, on aurait tort de faire la fine bouche.

Au total, une lecture agréable que ne dépare presque aucune citation, hygiène à recommander ; une lecture austère aussi, où l'argumentation ne cède pas à la facilité ; une lecture pour public cultivé, dans la mesure où la culture, c'est, nous dit à peu près l'auteur, ce qui manque lorsque l'on a tout appris.

Quel universitaire ne gagnerait à lire, et à relire, un ouvrage bâti sur un socle aussi robuste ?

EUDIKIA, Revue du Centre International de Philosophie et de Théorie du Droit, n° 2, Athènes, 1992.

Pour son deuxième numéro dans une très belle présentation, la revue grecque propose un sommaire très intéressant d'articles et de comptes-rendus.

Denys de Bechillon s'interroge sur la complexité de l'ordre juridique dans sa représentation sociale. Il analyse cette complexité à travers ses émergences, sa multifactorialité et ses mécanismes tels que la récursion. Cependant, l'ordre juridique tout en établissant sa propre complexité y résiste. De ce point de vue toutes les tentatives visant à éliminer cette complexité sont fort suspectes. Il y a une nécessité à penser l'ordre juridique de manière complexe.

Dans « Les théories idéales de l'argument et le juge malhonnête » George C. Christie étudie le rapport entre les théories de l'argumentation et l'analyse des décisions des juges. Ce que C. Perelman appelle « L'Audience Universelle » que chaque décision de justice doit viser, est analysé ici comme point central de ces argumentations.

Stamatios Tzitzis esquisse dans sa contribution à la revue une esquisse de la gnoséologie du Juste et du Droit. Il y a dans la pensée grecque une véritable architectonique du juste. La gnoséologie du *Dikaion* puise ses éléments dans le *nomos*, la religion, l'art qu'elle dépasse pour « s'objectiver » dans l'architectonique cosmique. Ce qu'on nomme la science du droit témoigne d'une pensée arrêtée au formalisme conceptuel de la raison. En décrivant le juste hypostatique S. Tzitzis finit par donner une sémantique du *Dikaion*. Si la modernité a séparé le juridique de l'esthétique, l'Antiquité par leur mariage a progressé en morale et en droit, notamment grâce à leur interaction.

C'est l'image de Hegel partisan de la Révolution Française que Paolo Becchi nous invite à réviser. Tout comme B. Constant, Hegel sauve la Révolution en en critiquant une partie. Si toute l'admiration de Hegel va aux idées de 1789, toutes ses critiques visent le régime de la Terreur.

On notera enfin la contribution de Georges Merkouris, secrétaire général du Centre de Philosophie du Droit, qui a procédé au dépouillement des *Archives de la Philosophie du Droit* et en présente un compte-rendu thématique. Ce travail est à souligner car il permet à la communauté scientifique internationale de se rendre compte des travaux de cette revue.

Michaël SEBBAN

John Braithwaite et Philip Pettit, *Not Just Deserts. A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford, Clarendon Press, 1990, 229 p.

Ce livre de deux universitaires australiens, le premier auteur en 1989 de *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge 1989, le second de plusieurs ouvrages de philosophie politique, dont *The Good Polity: Essays on the Normative Theory of the State*, Oxford 1989, est sans doute un des plus fondamentaux et argumentés qui ait été écrit dans le domaine de la philosophie pénale.

Comme son titre l'indique, les auteurs critiquent le « rétributivisme », émanant d'une vision déontologique, au profit d'une approche conséquentialiste renouvelée. Il ne s'agit pas, en effet, de revenir aux formes les plus habituelles du conséquentialisme en

matière pénale, en l'occurrence le « *preventionism* » ou l'utilitarisme. Le conséquentialisme défendu ici, dit républicain, propose de « maximiser la citoyenneté » ou le « dominion » entendu comme liberté globale (ensemble des droits subjectifs). Ceci implique que, dans la perspective pénale, soient balancés les gains ou pertes « en droits » des victimes, directes ou indirectes, et ceux des coupables (et non comme dans l'utilitarisme les plaisirs ou les peines des uns et des autres).

Cette démarche, qui se replace dans un mouvement plus vaste de conciliation entre l'utilitarisme et les droits individuels, se comprend davantage par ses illustrations. Les auteurs déduisent d'abord quatre présomptions en faveur a) de la parcimonie (la charge de la preuve appartient à celui qui demande l'intervention de la pénalité), b) de la protection des « less powerful », impliquant la détermination pour chaque infraction d'un maximum légal, c) de l'affirmation de la réprobation sociale, qui n'entraîne pas forcément une punition *stricto sensu*, d) de la réintégration sociale des délinquants. Ces principes aboutissent concrètement à différentes « propositions » de réforme à destination évidemment des droits anglo-saxons : par exemple, le renforcement de la codification, des peines pécuniaires, la modification des politiques de sécurité et de contrôle ou des procédures pénales. Sur le plan critique, les auteurs s'attachent à montrer que le rétributivisme, leur principal adversaire, obtient de moins bons résultats, en particulier dans le cas de la criminalité en col blanc (par exemple dans le domaine de la sécurité du travail ou de la pollution industrielle). C'est de ce point de vue *a contrario* qu'apparaît la justification pratique de la démarche générale du livre, qui repose, certes sur des *a priori* philosophiques, mais aussi sur le constat de l'inefficacité relative d'un système basé sur la rétribution, dont la mise en œuvre aboutit à des effets pervers.

René SÈVE

Slim Laghmani, *Éléments d'histoire de la philosophie du droit. Le discours fondateur du droit*, Tome I. *La nature, la révélation et le droit*, Tunis, Cérès productions, Fondation nationale de la recherche scientifique, 1993, 308 p.

L'auteur de cet ouvrage a estimé qu'il était contradictoire de proposer un cours d'initiation à la philosophie du droit et de philosopher. Refusant ainsi de prendre parti en faveur d'un discours et d'en privilégier un plutôt que l'autre, il a choisi de prendre la philosophie pour objet et de retracer, dans cette première partie que constitue ce livre, l'histoire des théories du fondement du droit et du discours fondateur. Un deuxième volume est annoncé qui s'intitulera « La modernité, l'État et le droit » et traitera de la dégénérescence du droit naturel ainsi que de la volonté, l'État et le droit.

En présence d'un travail qui se veut un travail de pédagogue, c'est d'une certaine manière avec l'œil de l'« étudiant » qu'il faut en aborder la lecture. Nous dirons d'emblée combien cet ouvrage ambitieux se révèle d'entrée de lecture facile (ce qui est une qualité compte tenu du sujet), fortement appuyé par de nombreuses références qui permettent au lecteur un regard synthétique sur la Grèce, Rome, l'Islam et la chrétienté médiévale et abondamment pourvu d'indications bibliographiques.

L'ouvrage débute par une introduction générale destinée à cerner ce qu'il faut comprendre par « fondement du droit » (cause ou origine « objective » du caractère obligatoire du droit) et « discours fondateur » (qui révèle la cause ou l'origine et par là même

cherche à convaincre du caractère obligatoire). L'auteur renvoie dos à dos la conception subjective (impulsion intérieure de l'homme vers une conduite ressentie comme prescrite) et objective (devoir indépendant de la perception du sujet). Il estime que l'obligation du droit est un « sentiment qui s'objective dans une règle » et que le discours fondateur est justement la cause du sentiment d'obligation puisqu'il tend à provoquer l'assentiment du droit. Il sera par là même performatif (non scientifique et lui-même cause) et historique (bien que se présentant comme an-historique). Les conclusions auxquelles parvient l'auteur le conduisent donc à aborder l'étude de ces différents discours, non pour en démontrer la vérité ou la fausseté (leur nature rend cet exercice contre-nature), mais pour analyser leur aptitude à convaincre un milieu donné, analyse qui ne peut se fonder que sur l'approche historique.

Cette perspective historique conduit l'auteur à rassembler sous un même discours dominant les civilisations gréco-romaine, musulmane (classique) et chrétienne médiévale, toutes trois réunies parce que « le droit (y) tire son caractère obligatoire de l'ordre naturel, de la volonté divine, voire d'une combinaison des deux mais dans tous ces cas le droit échappe à la volonté de l'homme » (p. 38). Ce qui veut dire qu'au fil des pages l'auteur évoquera également l'anti-discours dominant, c'est-à-dire la possibilité d'un droit « humain », par exemple celui des sophistes en Grèce ou celui des Mutazilites en Islam.

Deux titres retracent successivement le discours fondateur antique (le droit dérive de la nature et l'auteur étudie successivement la Grèce et Rome) et le discours fondateur commandé par les religions monothéistes et le concept de création (le fait religieux modifie le discours fondateur). Le deuxième titre regroupe en deux chapitres le discours de l'Islam classique et celui de la chrétienté médiévale. On peut difficilement rendre compte ici de la richesse des thèmes débattus par l'auteur : la pensée de Socrate, de Platon, d'Aristote, de Cicéron, celle de saint Augustin, de saint Thomas, etc., sont successivement analysées. On dira combien le chapitre consacré à la pensée islamique convainc par sa finesse. Étudiant le Mutazilisme, puis la victoire du courant traditionniste, l'auteur conclut à « l'absence du discours fondateur en Islam », en ce sens qu'il y a refus d'un discours fondateur spécifique portant sur le droit humain (il n'existe pas de droit humain), qu'il est d'absolue inutilité d'avoir un discours fondateur de droit divin et que c'est justement cette absence et donc ce dogme de l'hérésie d'un droit humain qui est le plus solide fondement du droit musulman. Ce faisant, la sacralisation du droit musulman, conçue pour garantir l'efficacité du droit a d'une certaine manière entraîné son inefficacité.

Ce travail, cependant, souffre de quelques choix volontaires (et parfois exprimés), qui ne convaincront pas tout à fait le lecteur, compte tenu de la volonté affichée par l'auteur de retracer une « histoire ». Sans doute contraint par des exigences de volume, le professeur Laghmani a été amené à faire au plus court sur les origines de la pensée grecque, origines qui auraient mérité, nous semble-t-il, de plus longs et nuancés développements. De même a-t-il choisi de traiter de la tradition judaïque en deux pages « rapides », s'étendant au contraire abondamment sur les discours islamique et chrétien et traitant du premier avant le second. Ce faisant, il trahit quelque peu l'histoire, s'empêchant de souligner ce que les seconds doivent au premier (il se contente d'opposer le discours volontariste du judaïsme aux hésitations entre volontarisme et rationalisme qu'il relève dans les discours islamique et chrétien) et se condamnant à des retours en arrière. Certes, il re-

connaît lui-même qu'il fait injure à la chronologie (p. 165) et justifie son choix par des raisons pédagogiques (puisqu'il permet ensuite la continuité d'exposé entre chrétienté médiévale et pensée moderne), mais cette affirmation n'emporte pas entièrement l'adhésion, tant elle peut être source de confusion : ne lit-on pas à la page 57 que « la chrétienté hésitera longtemps entre la voie antique et la voie musulmane. Dans un premier temps, le temps de l'Augustinisme, c'est de la tradition musulmane qu'elle se rapprochera » (!). Ce reproche serait mineur si, dans le même temps, l'auteur ne renonçait pas à retracer les échanges, emprunts, influences, qui existent entre les différentes approches : apports de la philosophie islamique à la pensée « occidentale » (« poste avancé de la connaissance classique », comme le dit Richard Walzer), apports de la philosophie grecque à la pensée islamique (Al-Kindi et Al-Farabi), dettes de l'Islam envers le judaïsme et le christianisme ou, si l'on veut, envers l'histoire biblique et chrétienne.

On reprochera moins à l'auteur de n'avoir pu donner à ses développements des assises historiques plus solides. Elles ne sont là, on le sent bien, que pour donner quelques points de repères à ses « auditeurs » (dont il soupçonne les lacunes). Condamné à faire « court », l'auteur ne peut éviter quelques maladroites. Pourquoi situer Hésiode au IX^e siècle alors que la date généralement admise par les critiques le place vers 700 avant J.C. ? Pourquoi rassembler sous le concept de « crise » de la cité d'Athènes « les VI^e et V^e siècles » (p. 71) et expliquer ainsi l'essor de la philosophie du droit, ce qui ne nuance guère l'histoire athénienne ? Et pourquoi affirmer que « rien ne semble pouvoir s'interposer entre le califat abbasside et la domination mondiale », ce qui laissera sceptiques les historiens qui ont d'Harun-al-Rachid (p. 168) une idée plus proche des réalités d'un monde musulman qui commence à se démembrer sous son règne et moins conforme à la légende du calife des mille et une nuits, etc.

Mais cette critique dépasse sans doute le véritable propos de l'auteur. « L'œuvre du professeur n'est pas la même que celle du savant » écrivait au milieu du XIX^e siècle un professeur de droit romain. En publiant un livre sur les *Éléments d'histoire de la philosophie du droit*, c'est à ses étudiants que monsieur Laghmani s'adresse. Nul doute qu'ils trouveront dans ces pages de larges connaissances et d'amples sujets de réflexion.

Bernard DURAND

Yves R. SIMON, *Practical Knowledge* (La connaissance pratique), ed. by Robert J. Mulvaney, 1991, New York, Fordham University Press.

Yves R. Simon (1903-1961) est certainement l'un des meilleurs spécialistes américains de la connaissance pratique – la *phronesis* d'Aristote et la *prudentia* de Thomas d'Aquin (v., dès 1934, sa *Critique de la connaissance morale*, et ses ouvrages les plus variés : *Nature et fonctions de l'autorité* par exemple, *Philosophie du gouvernement démocratique* et son titre majeur : *La tradition du droit naturel*, 1992, Fordham).

L'omniprésence de cet intérêt se trouve consacrée par la publication de *Connaissance pratique*, ouvrage posthume édité par Robert J. Mulvaney dont il convient de souligner la fidélité à l'intention originale de l'auteur, ce qu'atteste d'ailleurs la correspondance de celui-ci avec Jacques Maritain (reproduite dans ce volume).

Mulvaney a donc mené à son terme le dernier projet d'Yves Simon. Le volume débute par une reprise de sa remarquable « Introduction à l'étude de la sagesse pratique » (1961) qui, notamment, traite des concepts d'« impératif » et de « jugement pratique ultime » (absolu ou final) et définit le jugement pratique comme la forme de l'action. Poursuivant par un compte rendu plus théorique de la connaissance pratique où il tient à distinguer forme réaliste et forme idéaliste (i. e. subjective), il met alors l'accent sur la philosophie morale et juridique, et sur certaines controverses telles que le problème d'une science *pratiquement pratique*, ou celui de l'éthique reliée à la philosophie chrétienne. En dernier lieu sont proposées des applications concrètes à des points de sciences sociales intéressant le droit. Il est question, en particulier, d'appliquer la théorie générale de Simon à une critique du concept de sciences sociales et juridiques.

Écrit dans un style simple et clair dont la rigueur se trouve renforcée par de sérieuses références – de Platon à Peirce –, le livre de Simon peut être considéré comme une œuvre centrée sur la connaissance pratique, avec l'avantage de la soustraire aux philosophies « pratiques » d'origine néo-kantiennes. Le réalisme de la connaissance implique ici la fonction ontologique du langage et un sens objectif, ce qui est d'ailleurs ensuite la base de l'élaboration d'un « *Natural Law* ».

Cécile COSCULUELA

C. — Théorie générale du droit

Bruno Oppetit, *Le droit international privé, droit savant*, Académie de droit international, Recueil des cours, tome 234, 1 992-III, Martinus Nihoff Publishers, pp. 339-433.

Les meilleures réflexions naissent souvent d'une réaction. Elle est ici patente : l'auteur s'insurge contre la présentation des sources du droit international privé dans les principaux ouvrages français. Ceux-ci, dans la plus pure tradition positiviste, prétendent *constater un fait* en limitant leur étude à *un ensemble de règles étatiques*, issues de la loi et de la jurisprudence. Fondé sur une telle prémisse, l'objet du droit international privé ne peut plus alors résider que « dans la recherche de l'agencement le moins disharmonieux possible, pour les personnes privées qui en sont les destinataires au sein de la société internationale, des règles elles-mêmes issues des différents États » (p. 339), ce qui exclut nombre de sujets de son champ d'étude. Parmi ceux-ci, il en est un auquel l'auteur a voulu consacrer ce cours : « *le rôle de la doctrine comme "force créatrice" du droit international privé* » (p. 340), pour rechercher et analyser, en dépassant la notion de *source formelle* du droit, « la part prépondérante prise par les idées et les auteurs dans la formation des règles de droit international privé » (p. 340). Dès cet instant, l'auteur se place sous l'autorité du doyen Gény en reprenant sa fameuse distinction entre la *science* et la *technique*, le *donné* et le *construit*. Dépassant le stade des règles positives, c'est dès lors jusqu'aux *sources réelles* qu'il veut remonter par cette investigation plus

générale sur le rôle des juristes dans la genèse du droit. Dans cette recherche, le droit international privé constitue un merveilleux champ d'expérimentation, « en raison du caractère savant de la matière » (p. 343). Son *hypothèse* sera donc « celle de la persistance en droit international privé (...) de l'élément doctrinal et scientifique comme facteur prépondérant de son élaboration » (p. 343), sa *vérification* étant « conduite à travers les diverses sources, formelles ou informelles, de la matière, dont une analyse substantielle s'attachera à révéler la véritable nature » (p. 343).

On perçoit immédiatement à travers ce dessein, dont le plan doit tout à la *science expérimentale*, l'un des thèmes majeurs de la pensée du professeur Bruno Oppetit : déceler un donné ou des *sources réelles* (dans les choses) du droit, c'est confier ce droit à une doctrine savante (entendue au sens large) chargée de le découvrir, alors que le réduire à n'être qu'une construction humaine, c'est le livrer au volontarisme du législateur et des technocrates (justifiant alors qu'on se limite à l'étude des sources formelles), dont il a su nous mettre en garde contre les errements (Cf. « L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême », Recueil Dalloz-Sirey 1990, Chr., p. 73 et s.).

L'hypothèse. — L'auteur souhaite replacer la situation du droit international privé dans une perspective plus large d'évolution du droit en se consacrant, dans un premier temps, au *droit savant en général*.

En dépit des soubresauts de l'Histoire, il relève que la tradition juridique européenne a connu, avec Hobbes et Bodin, une mutation fondamentale qui l'a mené d'une tradition savante (le *jus commune* européen) à un droit fondé sur la volonté d'un législateur souverain. Dès lors, et bien qu'il soit contesté, le *positivisme légaliste* qui en est issu n'a pu aboutir qu'à « une expansion incontrôlée et illimitée des réglementations de toutes origines » (p. 354), et à une théorie des sources du droit qui refuse de conférer à la doctrine, tout comme à la jurisprudence, le statut de source formelle du droit positif pour lui préférer, selon une terminologie empruntée au doyen Gény, celui de simple *autorité*. Ainsi marginalisée, la doctrine ne peut plus guère se confiner – sauf lorsqu'elle renoue un dialogue avec la pratique judiciaire – que dans l'étude *spécialisée* et *technicienne* de règles produites par d'autres.

Le droit international privé ne paraît pas reproduire une telle situation car, « si le positivisme légaliste s'y manifeste avec plus ou moins de force selon les époques et les esprits, sa nature de droit savant apparaît tout de même comme une constante » (p. 364). Sur un plan historique, ses règles sont issues d'un « processus essentiellement *scientifique* et *collectif* » (p. 364). L'Histoire des conflits de lois et de juridictions doit ainsi tout à un mouvement des idées dans lequel la doctrine a été partie prenante. Bien plus, le droit international privé contemporain paraît devoir réserver une place importante à la doctrine en raison de la permanence du caractère savant de cette branche du droit. C'est ici l'occasion pour l'auteur de dénoncer nombre de juristes qui prétendent réduire la fonction créatrice de la doctrine au nom d'un positivisme exacerbé, alors que le droit international privé, « droit savant par nature, (...) ne pouvait devenir qu'un droit de savants » (p. 375).

Vérification. — L'auteur perçoit donc le droit international privé « comme un droit systématisé et rationalisé, au caractère scientifique et doctrinal très marqué » (p. 382). Il veut avant tout en trouver la confirmation « dans la phase proprement jurisprudentielle

et coutumière du développement de la discipline » (p. 382), tout en affirmant que l'expansion du droit écrit « ne remet pas fondamentalement en cause ses traits dominants » (p. 382).

Le droit international privé *non écrit* reste largement « caractérisé par la souplesse et l'adaptabilité dans le temps », ce qui lui permet « d'épouser le mouvement des idées dans un dialogue jamais interrompu avec les savants et de se constituer progressivement en système » (p. 382). S'agissant de la jurisprudence, ce dialogue s'opère en premier lieu pour l'édification des décisions des *juridictions étatiques*, dont l'auteur montre que nombre d'entre elles, parmi les principales, sont influencées par des constructions doctrinales (p. 385-93). Il en est de même pour les sentences rendues par les *juridictions arbitrales* (dont on peut certes discuter la nature juridique), les plus importantes étant souvent rédigées par des universitaires. S'agissant maintenant de ce qu'on peut appeler les *sources informelles*, l'auteur s'intéresse à cette *coutume savante* qui s'illustre dans les *adages* et les *principes généraux du droit*. Les premiers, révélant la nécessité pour les juristes de « disposer de règles de droit accessibles (...) face au dérèglement de l'appareil normatif » (p. 402), peuvent se fonder (*locus regit actum*) ou dominer, dans une forme de supralégalité (*fraus omnia corrumpit*), le système juridique. Les seconds, quelle que soit leur nature, révèlent un double souci « d'assouplissement du droit formel » (p. 406) et de recherche de légitimité de la part du juge dans sa fonction normative. Les premiers sont souvent des consécutions par la communauté juridique de conceptualisations doctrinales ; les seconds sont fréquemment repris et systématisés dans des ensembles plus vastes par les docteurs, ce qui permet alors de parachever « la structuration du champ juridique » (p. 408).

Bien qu'il marque « un essor du positivisme étatique » qui aurait dû aboutir à un « droit technocratique, fait d'une collection de règles matérielles dictées par les intérêts du moment et à la confection duquel la doctrine n'aurait plus pris aucune part » (p. 410), le développement du droit international privé *écrit*, marqué par un souci de *codification*, n'a pas altéré la nature savante de cette branche du droit. D'une part, la méthodologie et les problèmes généraux y occupent toujours une place essentielle ; d'autre part, la doctrine a conservé un rôle prépondérant dans l'élaboration des lois et des conventions, « tant dans l'influence intellectuelle exercée que dans la fabrication même des instruments juridiques » (p. 411). Double caractère qui se manifeste pour les codifications nationales (p. 411-20) et pour les tentatives de codification internationale, pourtant caractérisées par un phénomène de *prolifération des traités* (p. 420-27).

Parvenu au terme de son importante étude, l'auteur peut alors s'interroger sur ce particularisme du droit international privé, îlot de droit savant face à une technocratisation du droit qui en inonde presque toutes les autres branches. Ne croyant guère à un *effet de pouvoir* (des savants sur le législateur et le juge), il préfère y voir le signe des limites de « la fiction normativiste [qui] ignore volontairement le contenu matériel du droit, alors qu'il appartient précisément à une systématisation relevant vraiment de la science du droit de déterminer le contenu objectif des règles et le sens spécifique des institutions, ce qui a toujours constitué le sens même de la démarche du droit international privé et ce qui explique sans doute l'emprise qu'a toujours conservé la doctrine sur son élaboration » (p. 432).

Une telle richesse de réflexion dépasse incontestablement le domaine du droit international privé pour participer à l'édification d'une théorie générale des sources du droit : *le droit doit se confondre avec la science du droit*. L'affirmation dernière de l'auteur contrarie certainement une opinion dominante qu'il attribue à une doctrine positiviste stigmatisée tout au long de son texte, au point que celui-ci peut apparaître à bien des égards comme l'expression d'une critique plus générale du positivisme. L'analyse contient sa part de vérité ; elle peut être néanmoins précisée, du moins sur un plan historique. L'auteur adhère en effet à l'historiographie, pour une large part issue des travaux de Bonnacase, qui perçoit pour partie l'origine du positivisme contemporain dans l'œuvre d'une doctrine du XIX^e siècle coupée de toute référence judiciaire (p. 359). D'où la passion législative de cette dernière dénoncée par le doyen Gény à la charnière du XX^e siècle. On peut contester une telle vision des choses. Dans leur majorité, les auteurs du XIX^e siècle ne sont nullement éloignés de l'œuvre des tribunaux (Demolombe est à la fois doyen de la Faculté de Caen et bâtonnier de l'Ordre des avocats). Au contraire, leurs successeurs vont, dès le premier tiers du XX^e siècle, quitter le barreau et, d'un certain point de vue, mépriser les débats judiciaires (débats de praticiens...), pour se soumettre à une *idéologie scientifique*, en vue d'observer les choses du droit avec ce que le doyen Ripert pouvait appeler « la froide impartialité du savant » (*Aspects juridiques du capitalisme moderne*, L.G.D.J., Paris, 2^{ème} éd., 1951, p. 4). Une lecture attentive des théoriciens de cette époque, parfois de second plan mais qui ont eu leur importance dans la formation de la pensée juridique contemporaine (Picard, Roguin, Morin, May, Cruet, etc.), permet alors de penser que c'est moins le positivisme juridique que *l'influence des méthodes de la science expérimentale* qui a partiellement interdit (et interdit encore) à la doctrine de se considérer comme une source du droit. Sous une telle influence, celle-ci veut en effet se situer à *l'extérieur* du système juridique pour l'observer de façon prétendument *objective*. En outre, si elle émet des hypothèses, les vérifications auxquelles elle procède (et auxquelles elle doit nécessairement se soumettre) peuvent la faire se heurter à ce *fait observable* qu'est la loi. Si donc une théorie doctrinale s'oppose à l'œuvre législative, cette théorie doit être condamnée, non parce que la loi est la source indépassable du droit (ce que postule le positivisme étatique), mais *en raison de sa qualité de fait*. En d'autres termes, on peut se demander si, plus que le positivisme, ce n'est pas une certaine idéologie scientifique qui interdit encore aujourd'hui aux juristes d'assimiler droit et science du droit.

On est dès lors étonné (en poussant plus loin une analyse qui masque une interrogation) de voir l'auteur opposer de façon permanente le *positivisme* (qu'il condamne) à la *méthode scientifique* dans l'élaboration du droit (qu'il défend). D'autant qu'il semble retenir une conception de la science dont on peut se demander si elle ne contient pas certains relents d'un positivisme que continuerait de charrier une doctrine continentale lui étant pourtant hostile. Bien que l'auteur ne précise pas vraiment ce qu'il entend par *science*, le lecteur dispose de certains indices (p. 382-83) pour penser que son objet réside pour lui dans *la recherche rationnelle de principes suffisamment abstraits et généraux permettant de façonner un système cohérent*. Or on peut déjà s'interroger sur le fait de savoir si la détermination de ces principes (et le recours à *l'analogie* pour appliquer à un certain litige tel ou tel d'entre eux) ne constitue pas un *obstacle épistémologique* à la mise en œuvre d'une rationalité *scientifique*, celle-ci ne supportant pas les procédés de généralisation. On peut en outre se demander si l'application de tel principe à une espèce donnée

ne se heurte pas à une pensée juridique qui, pour éviter le piège du positivisme, doit plutôt favoriser une logique inductive propre à chaque litige. En d'autres termes, la détermination de la solution juste ne devrait-elle pas moins à la recherche du principe juridique applicable en la cause qu'à une controverse générant sa propre règle mais dont le domaine, parce qu'il leur est trop étroitement imbriqué, ne pourrait être que limité aux faits de l'espèce ? La méthode dialogique dans la recherche du droit (celle qui paraît la plus éloignée du positivisme) n'interdirait-elle pas alors toute possibilité de démarche scientifique au sens où l'entend l'auteur ? Si l'on devait se ranger à une telle analyse, ce serait dès lors moins l'École (qui rationalise) que le Palais (qui détermine les solutions justes à chaque espèce) qui serait la source privilégiée du droit... Mais ce serait aussi accepter l'idée d'un droit purement casuistique, c'est-à-dire sans ordre...

Autant de questions que suscite un texte d'une ampleur remarquable et dont le plus grand des mérites (mais non le seul) est d'apporter, au-delà du domaine du droit international privé, de nouveaux éléments de contradiction – souvent décisifs – à ceux qui défendent une conception instrumentale et technocratique du droit. Un sillon qui se creuse dans la pensée de l'auteur et qui marque ses lecteurs...

Christophe JAMIN

François Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1990, 849 p.

Il s'agit là d'un ouvrage fondamental qui s'appuie sur une impressionnante culture juridique comparative ainsi que sur une très forte capacité d'analyse conceptuelle, qui ne sauraient étonner chez le grand maître belge.

L'ouvrage se divise en trois parties : historique, descriptive (l'auteur analyse toutes les situations où l'intérêt personnel à la vie privée se trouve concerné), théorique, qui permet de déterminer la place occupée par la protection de la personnalité dans l'ordre juridique et la science du droit.

La réflexion se regroupe autour de deux idées-force : la parenté du droit à la vie privée avec les droits intellectuels, le caractère indéterminé de la distinction privé/public.

Il est clair que l'intérêt de la matière repose, comme le souligne l'auteur, sur son caractère conflictuel et casuistique puisque le droit à la protection de la vie privée se définit dans l'opposition à d'autres droits (comme le droit à l'information) ou à la réalisation de l'intérêt général.

Ce qui suscite dans l'ouvrage la réflexion philosophique est d'abord toute la partie historique qui retrace, à travers les normes et la jurisprudences occidentales une sorte d'itinéraire concret du droit subjectif (par exemple sur le droit à l'instruction, l'objection de conscience, le contrôle sanitaire...), ensuite l'ampleur des situations couvertes par la matière à l'heure actuelle (pp. 154-603), enfin la réflexion théorique qui en découle, animée par un recul critique à l'égard de l'idéologie de la singularité. Il s'ensuit que l'auteur trouve, plutôt que dans des définitions théoriques *a priori*, la solution des dilemmes proposés dans l'activité jurisprudentielle et dans la pondération des intérêts, certes imparfaite et parfois critiquable, à laquelle elle se livre.

L'ouvrage comporte un index de 50 pages permettant une utilisation aisée.

René SÈVE

F. Rigaux, *La vie privée. Une liberté parmi les autres ?*, Maison Larcier éd. « Travaux de la faculté de droit de Namur », 1992.

Cet ouvrage rassemble plusieurs leçons données à Namur par François Rigaux dans le cadre de la Chaire Francqui, ainsi que les contributions de membres de cette faculté ayant souhaité réagir aux travaux de l'auteur (Y. Pouillet et Th. Léonard, « Les libertés comme fondement de la protection des données nominatives » ; X. Thunis, « François Rigaux, un juriste singulier »).

Sans doute le thème retenu ne surprendra-t-il pas : il est au centre des réflexions les plus récentes de F. Rigaux (v. « La liberté de la vie privée », *Rev. int. dr. comp.*, 1991, p. 539 et s. ; *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant L.G.D.J., 1990, voir compte-rendu ci-dessus). La liberté de la vie privée, fil rouge de ce cycle de conférences, est ainsi étudiée sous des aspects divers, qu'il s'agisse de retracer sa genèse ou de dégager sa spécificité par rapport aux autres libertés. Mais c'est aussi en tant que *bien de la personnalité* que l'auteur en fait l'étude. Critiquant les constructions doctrinales de la notion de « droit de la personnalité », selon lesquelles le droit de la personnalité serait un droit subjectif absolu, construit sur le modèle du droit de propriété, F. Rigaux les considère comme des libertés que le droit peut appréhender parce qu'ils sont au centre de rapports juridiques : « étant l'expression d'une liberté, les biens de la personnalité sont laissés à la maîtrise du sujet, qui peut en faire l'objet d'un contrat les transformant en biens tout court, et, par conséquent, investir le cocontractant de droits dont ce dernier peut exiger le respect par les tiers. En dépit d'une affirmation purement idéologique, à savoir que les droits de la personnalité sont hors commerce, indisponibles, intransmissibles, bref non patrimoniaux, les attributs humains dont ils assurent la protection n'ont pénétré dans l'univers du droit qu'au moment où ils ont eu accès à un marché d'échange généralisé ».

Mais le titre choisi pour cet enseignement ne doit pas tromper : si les droits de la personnalité sont omni-présents dans la réflexion de l'auteur, c'est en réalité à la découverte d'une véritable théorie du droit que l'on est convié. Les distinctions comme les notions les plus fondamentales, se trouvent soumises à la question. Aurait-on pu en douter ? F. Rigaux avait déjà, naguère, mis en cause la distinction du fait et du droit (*La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruylant, 1966), au motif que le fait dont le juge est saisi est toujours mâtiné de droit, nécessairement investi par les notions juridiques. Encore plus radicalement, il avait critiqué le bien-fondé de la distinction du droit privé et du droit public, en raison de la puissance économique des pouvoirs privés.

Ici, il éclaire la différence entre la notion de droit subjectif et celle de liberté. La liberté « définit une sphère d'autonomie individuelle qui se caractérise, à la différence d'un droit subjectif, par son indétermination : c'est la liberté de faire tout ce que la loi

ne défend pas d'une manière compatible avec le respect des normes constitutionnelles ou internationales ».

De même, la distinction entre les droits patrimoniaux et les droits extrapatrimoniaux est-elle battue en brèche. Seuls les intérêts, exclusifs de la notion de droit subjectif, qui sont relatifs à l'intégrité physique, à la protection de l'honneur, à l'exercice des droits politiques, sont totalement indisponibles. La patrimonialisation de certains biens de la personnalité qui, à l'instar de l'image ou du nom, peuvent être l'objet d'une exploitation commerciale, rend compte de l'absence de pertinence de la distinction. En outre, la composante morale de certains droits subjectifs patrimoniaux (l'auteur évoque les relations entre le propriétaire et le locataire ou entre l'entreprise et le travailleur) finit de persuader que « la totalité des droits subjectifs ou des intérêts ont une nature mixte : ils comportent, sur le modèle du droit d'auteur, des éléments d'ordre économique ou patrimonial et des éléments de nature « morale » ou extrapatrimoniale ».

Si l'ouvrage est remarquable, c'est aussi par la méthode adoptée. La démarche inductive antidogmatique, inspirée par la jurisprudence et le droit comparé, permet une lecture enrichie du droit positif. C'est à une *philosophie du droit positif* que s'adonne F. Rigaux, dont un des mérites est de persuader le lecteur - s'il ne l'était déjà - que la philosophie n'est pas et ne peut pas être une discipline propre, dont le droit serait un objet parmi d'autres. Elle constitue là une démarche de la pensée, une forme de la réflexion qui, loin d'éloigner le juriste de son objet, éclaire celui-ci d'un jour nouveau.

Il n'y a pas de place, chez F. Rigaux, pour une philosophie du droit réservée à une caste de philosophes. Rejetant l'idée même d'un « métalangage qui permettrait de jeter sur le droit un regard critique, donc externe et cependant respectueux de la normativité qui en fait l'essence propre », F. Rigaux réserve aux seuls juristes la vocation de déterminer, en dernière instance, ce qui fait le droit. Loin d'annexer le droit à une pensée qui lui serait extérieure et supérieure, c'est à un exercice inverse que l'auteur se prête, conférant toujours au droit positif la primauté, et pliant les réflexions dogmatiques aux contraintes d'une analyse pratique du droit. La troisième leçon, consacrée à « la liberté du sujet quant à son corps face aux valeurs fondamentales du droit et de la morale », rend parfaitement compte de la richesse d'une telle démarche. L'auteur étudie les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour suprême des États-Unis et de diverses juridictions constitutionnelles, relatives au droit du sujet sur son corps, à partir des critiques formulées par Kant contre la morale utilitariste et la morale du bonheur. De l'analyse des solutions jurisprudentielles rendues en différentes matières (la contraception, l'avortement, l'homosexualité, les contrats relatifs au corps...) il peut conclure à l'émergence d'une « morale qualifiée de relative, l'épithète ayant pour effet d'anéantir l'idée même de morale selon la tradition philosophique occidentale ». En jurisprudence, la morale et les convictions religieuses sont réduites, selon lui, à n'être qu'une « question d'opinions, librement débattues et soustraites à tout jugement de vérité prononcé au nom de la société ». Elles ont dès lors cessé d'appartenir aux éléments essentiels de l'ordonnement social, pour être inféodées à une logique du marché, permise par la démocratie politique et orchestrée par le libéralisme économique : « la plupart des attributs de la personnalité ont été annexés à un marché d'échange généralisé, dont la logique contractuelle a disloqué la révérence anciennement rendue au corps humain ».

Sans doute, la voie était-elle libre pour que l'auteur, dans un remarquable séminaire de clôture intitulé « le droit entre un en-deçà et un au-delà », dresse une véritable philosophie du droit, qui, plus qu'une conclusion du cycle de leçons, est une mise en forme des fondements de l'ensemble de son œuvre. S'il s'affirme positiviste, F. Rigaux récuse autant le positivisme étatique, qui identifie le droit et l'État, que l'idée d'un positivisme logique, qui enfermerait le droit dans un système clos par lui-même et sur lui-même. C'est au nom des valeurs qu'il rejette à la fois l'idée même d'un droit naturel immuable, qui serait extérieur au droit et celle d'un positivisme formaliste, consistant à tenir pour juridique toute règle ayant satisfait aux conditions formelles de son élaboration, sans jamais s'interroger sur son contenu.

Sans doute, pourrait-on insister encore sur la richesse de l'œuvre qui tient au foisonnement de la pensée qui la véhicule : « réaliste et volontariste à la fois, inductif mais tout de même fabricant de concepts, critique d'autant plus avisé du droit positif qu'il prend celui-ci au sérieux », selon l'observation de X. Thunis. De même, avec celui-ci, on pourrait relever les interrogations qui, à l'issue de la lecture, demeurent sans réponse (par exemple, sur le rôle de la contrainte étatique dans la définition du droit).

Mais, plus qu'une somme philosophique, l'ouvrage est une invitation à découvrir ce qui fait, pour une part, la richesse de l'œuvre de F. Rigaux, l'originalité de sa pensée et la fécondité de sa démarche.

Nicolas MOLFESSIS

A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*. Abschiedsvorlesung, 2ème édition augmentée d'une postface, Heidelberg, Decker & Müller « Heidelberger Forum », 1992, 61 p.

Si, en général, les professeurs ont plutôt coutume de publier leurs leçons inaugurales, le professeur Arthur Kaufmann a choisi une voie exceptionnelle en présentant au public sa « leçon d'adieu », intitulée *La philosophie du droit à l'époque post-moderne*. Monsieur Kaufmann, professeur de droit pénal, droit de la procédure pénale et philosophie du droit à l'Université de Munich (de 1969 à 1988 ; antérieurement, il a enseigné à Heidelberg et à Sarrebruck), est un éminent représentant du droit pénal et, surtout, de la philosophie du droit en Allemagne. Parmi ses publications – trop nombreuses pour être reproduites ici –, ne citons que *l'Introduction à la philosophie du droit et à la théorie du droit contemporaines* (5ème édition, 1989), qui est devenue, à côté des *Éléments de philosophie du droit* de Helmut Coing, un classique de la philosophie du droit allemande. En outre, Arthur Kaufmann, disciple de Gustav Radbruch à Heidelberg, s'est chargé de l'édition des œuvres complètes de Radbruch et a également publié une biographie de celui-ci.

Dans son discours, l'auteur se propose de faire le point sur les courants actuels de la philosophie du droit, qui, selon lui, ne se trouve pas en bon état. Dans ces conditions, il n'est pas surprenant que l'auteur essaie d'y porter remède en optant pour une philosophie du droit qui soit bâtie sur des *contenus* (ou des valeurs). Une entreprise, donc, qui ne manque pas d'ambition (l'on comprend qu'un tel sujet ne serait guère convenable pour un jeune privat-docent), mais qui, d'autre part, est commencée en l'occurrence par une

« vedette » (si le terme est permis) de la philosophie du droit allemande qui constitue pour elle-même un courant actuel.

Où en est la philosophie du droit à la « fin des temps modernes » (Romano Guardini) ? En réponse à cette question, l'auteur constate que ce sont surtout des courants formalistes – que l'on appelle souvent « théorie du droit » – qui sont actuellement bien cotés : la philosophie analytique, la théorie des normes, le structuralisme et le constructivisme, entre autres. Ces théories, tout en ayant des mérites incontestables, se voient confrontées au reproche de notre époque « post-moderne » de ne pas donner de réponses aux questions « véritables ». Or, c'est de ces questions – questions qui concernent un *contenu* possible de la pensée philosophique – que traite l'auteur : la différence entre le juste et l'injuste, les conditions d'une société bien organisée et d'une paix durable, les biens, les chances et les charges qui reviennent à chacun en tant que son dû ; en un mot, le degré de justice que les hommes sont en mesure de rendre effectif. L'auteur, auquel il importe de donner un fondement *rationnel* à la philosophie du droit, reprend la théorie du discours et la modifie sous l'aspect de son contenu : pour Kaufmann, la vérité et la justesse (*Richtigkeit*) des énoncés normatifs ne résultent pas simplement d'un processus intellectuel fictif qui se déroule selon certaines règles formelles (cf. la « communauté de communication idéale » de Apel, la « situation discursive idéale » de Habermas ou l'« auditoire universel » de Perelman), mais elles se forment dans un discours réel à travers l'histoire. La vérité et la justesse des énoncés normatifs se font bien *dans* un processus et non seulement *par* un processus. Pour ne pas être purement spéculative, la philosophie du droit a besoin de l'expérience. Ainsi les principes de la justice – le *suum cuique*, l'impératif catégorique, etc. – sont-ils en effet, au-delà de toute expérience historique, des « formules creuses ». « Mais on ne les entend jamais ainsi, ils n'ont de sens que sous la forme dans laquelle ils ont été saturés par un contenu dans les circonstances d'une époque précise. Il est vrai que, dans leurs formes respectives, ces principes ne sont jamais absolus, mais *historiques* » (p. 41).

En rejetant la possibilité d'un fondement ultime (*Letztbegründung*) des principes philosophiques, Kaufmann prend une position relativiste. Dans son relativisme, il maintient néanmoins le principe d'universalité, qu'il essaie de trouver dans un « *utilitarisme négatif* qui ne s'oriente pas vers le bonheur de tous, mais vers le *malheur de beaucoup de personnes*. [...] On peut nommer concrètement ce qui est un malheur pour tout le monde : la maladie, l'infirmité, la douleur, la pauvreté, la faim, le manque d'abri, ... » (p. 51). – Malheureusement, l'exposé de l'auteur devient vers la fin de plus en plus succinct, si bien que le lecteur se retrouve dans la situation ambiguë de savoir où Kaufmann veut aller, mais d'ignorer comment il pourrait y parvenir.

Michael WALZ

Charles-Albert Morand (sous la direction de), *Évaluation législative et lois expérimentales*, préface de Jean-Louis Bergel, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1993, 242 p.

Tirés d'un séminaire tenu en octobre 1992 à Crans-Montana, les divers articles s'organisent autour d'une ambition : la rationalisation de l'activité législative qui, sans la réduire à une expérience de laboratoire, l'améliorerait par une connaissance plus attentive et aigüe des phénomènes sociaux qu'elle prétend régir. Cela conduit tout à la fois à favoriser l'évaluation des lois passées et à concevoir des lois expérimentales dont le contenu ne perdurera au-delà d'un temps d'essai fixé que si cette première application donne satisfaction. Comme le relève Jean-Louis Bergel, la loi en est réduite à du droit transitoire, sous la tutelle d'experts et à la merci de méthodes d'évaluation parfois douteuses.

Ce travail collectif est loin d'être un simple collationnement d'articles juxtaposés. Ils sont articulés les uns par rapport aux autres pour former une démonstration générale et le lecteur sera sensible tout à la fois à l'unité qui s'en dégage, malgré la diversité de tons, de perspectives et de cultures, et au fait que des problématiques effleurées dans un article, ainsi semées, s'épanouissent dans des contributions ultérieures ; du florilège, on passe au bouquet.

Armin Holand expose les bases de « l'évaluation législative comme auto-observation du droit et de la société ». Cela tient dans le constat nouveau que la loi constitue elle-même un risque, dont l'évaluation tend à prendre la mesure pour mieux en parer l'existence. Il faut alors augmenter les connaissances et l'aptitude à anticiper, pour « rendre le futur actuel », à une époque où l'on demande plus de capacité décisionnelle au législateur, face à des problèmes toujours plus incertains et complexes, thèmes à risque dont le politique se défait sur le juridique. Or, plus le risque est important, plus il doit être clairement analysé et prévu : ainsi, bioéthique, organisation des relations de travail, protection de l'environnement, appellent une évaluation législative, la norme devant évoluer en fonction d'un avenir qu'elle peut infléchir. Il est aussi des risques de développement dans les bâtisses législatives, dont on demandera raison au législateur. L'évaluation répond en outre à un certain scepticisme du corps social, exigeant des preuves d'adaptation de la règle avant de s'y plier. Se mêlent alors une volonté d'améliorer l'État de droit, une technique de persuasion des destinataires de la loi, et ce phénomène nouveau d'auto-observation, le droit et la loi apprenant ainsi à mieux se connaître eux-mêmes. Mais cette entreprise de connaissance rencontre des difficultés spécifiques : ainsi, il est malaisé d'isoler les effets sociaux qui ont pour cause la loi que l'évaluation met sur la sellette, incertitude accrue par la difficulté fréquente de déterminer le but d'une législation. En outre, la légitimité de la loi, qui devrait être donnée par la légalité elle-même, est mise en balance par l'observation de ses heureux effets, l'effectivité entrant donc dans la danse : le droit passe ainsi du principe d'indisponibilité à celui contraire d'instrumentalité.

Puis Dieter Freiburghaus aborde la question « de l'efficacité des évaluations ; un discours en trois étapes ». En effet, instrument d'efficacité, l'évaluation se doit d'y satisfaire elle-même. L'auteur entreprend à ce titre de tirer les leçons de son expérience : constat assez amer, voire sarcastique, d'où il ressort que les expertises d'évaluation sont aisément contredites et, en toutes hypothèses, bien peu écoutées... Cela tient à la qualité

des études d'évaluation, si fluctuante que la mauvaise monnaie des études bâclées ou fantaisistes chasse la bonne, laissant le praticien hésitant et d'ailleurs davantage séduit par l'évaluation défectueuse, souvent si simple, nette et péremptoire ! Cela tient encore au flou qui entoure les objectifs de la loi. Cela pose enfin le problème de l'État interventionniste, rassuré par le semblant de rationalisme que lui donne l'évaluation.

C'est assez naturellement qu'à la suite Werner Bussmann soulève la question : « apprendre à travers les évaluations ? ». Abordant les choses avec davantage d'optimisme et posant d'emblée l'opposition entre méthode cartésienne et méthode de tâtonnement par évaluation, l'auteur mesure l'aptitude à acquérir des connaissances fiables sur les effets des lois existantes par l'évaluation, malgré la difficulté de percevoir nettement ces effets, brouillés par les phénomènes générés par bien d'autres émetteurs. Ainsi pourra-t-on comparer la situation régie par la loi et la situation qui en est dispensée, la situation avant que la loi n'entre en vigueur et la situation après, la situation dans un système juridique et une situation analogue relevant d'un autre. Mais encore faut-il que l'expérience ainsi plus finement ressentie du passé puisse instruire pour l'avenir, ce qui suppose une prévisibilité de ce dernier, liée à une certaine stabilité, et l'absence de changement brusque des objectifs fixés par le politique. Cet apprentissage est exploité d'une façon empirique, voire intuitive, par le législateur qui prend en considération les effets passés des mesures analogues sur des situations semblables ou extrapole les résultats, sans que l'on puisse aller jusqu'à la constitution de ces modèles théoriques qui ont montré leur pertinence en matière économique.

Charles-Edouard Morand arrive alors à point nommé pour exposer « l'obligation d'évaluer les effets de la loi ». Effectivement ou par latence, l'évaluation est en train de devenir une fonction centrale de l'exécutif ou du législatif. C'est d'ailleurs par téléologie naturelle que le législateur se soucie de l'effet de ses lois, et l'inefficacité peut entraîner une sanction juridique lorsque le système le prévoit, comme en Suisse par exemple. Cela s'impose lorsqu'une disposition de la loi le prévoit ou lorsque la loi est de nature expérimentale, et qu'elle organise un terme d'évaluation suffisamment rapproché pour que les mesures ne soient pas irréversibles. Plus encore, on peut poser qu'une loi incertaine dans ses effets et destinée à régir un avenir peu net ne peut s'imposer qu'en tant qu'elle admet l'évaluation qui compensera son déficit de légalité, et l'auteur de citer en détail la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande à ce sujet. A cela s'ajoute le principe de subsidiarité qui implique la démonstration d'une performance supérieure du communautaire par rapport au national lorsque le premier entend intervenir dans un domaine où sa compétence n'est pas exclusive. L'ensemble modifie la loi qui s'apparente ainsi à un programme, qui étend son processus de formation dans le temps sous une forme continue et cybernétique et qui constitue un défi institutionnel pour les sources classiques du droit, favorisant le pouvoir grandissant de l'administration et des experts. Se superposent ainsi le contrôle de conformité et le contrôle d'efficacité, produisant deux niveaux d'une rationalité qui n'est plus donnée, et d'une légitimité qu'il faut conquérir par l'efficacité.

L'appétit du lecteur est ainsi suffisamment aiguisé pour entamer la seconde partie du volume, consacrée aux lois expérimentales. Parmi les contributions qui le composent,

on accordera un intérêt particulier à l'étude que Jacques Chevallier consacre au « cas français ». La loi expérimentale, à distinguer de la simulation, est une loi à portée normative qui fixe *ab initio* son terme, après quoi une nouvelle loi pérennisera ou non son contenu, suivant le résultat d'une évaluation organisée. La technique des lois expérimentales s'acclimata difficilement et lentement en France, car elles heurtent les principes traditionnels de permanence et de généralité et s'accorderaient plus à une idée de « législation modeste », mettant en œuvre une rationalité cybernétique. Si l'expérimentation est partielle, se pose la question de sa compatibilité avec le principe d'égalité devant la loi, et l'on rencontre plus volontiers des hypothèses d'expérimentation globale, comme celle mise en place par la loi de 1988 instaurant le RMI, par souci premier de maîtriser les effets pervers d'un tel dispositif. Cette implantation des lois expérimentales, marque d'un changement de l'outil législatif contraint de conquérir ses destinataires, a pour cause négative la révélation des lacunes des lois ordinaires et pour cause positive le développement plus général de l'évaluation des politiques publiques. Il est ainsi acquis que les lois expérimentales, instruments de légistique, compensent des défaillances du système juridique et restituent ainsi la symbolique de la loi, la replaçant sous l'empire de la rationalité. Mais il faut aussi reconnaître que la scientificité de l'évaluation, clef de voûte du système, est souvent douteuse et c'est finalement un déclin de la rationalité juridique que le phénomène des lois expérimentales pointe du doigt, en accentuant la dégradation de la qualité des textes, en incorporant l'incertitude, devenue structurelle, et l'instabilité, posée en principe : la rationalité subsistante n'est plus proprement juridique, mais technico-économique et aliène le pouvoir législatif.

Ce même état embryonnaire des lois expérimentales se retrouve en Italie, comme l'expose Alessandro Pizzorusso, tandis que Bertil Cottier donne les clefs de compréhension des *sunset laws*, qui connurent un vif succès aux États-Unis et qui sont conçues non comme des moyens de connaissance du milieu social pour une adoption rationnelle de dispositifs moins aléatoires mais comme de simples moyens d'économiser l'argent des États, par amélioration de la gestion publique. Puis Wolfgang Hoffmann-Riem décrit la législation expérimentale en Allemagne, montrant à cette occasion que « la politique expérimentale dépend de la disponibilité des acteurs à apprendre et à expérimenter » et de la capacité à découvrir les causalités entre loi et comportements sociaux. Ainsi, la loi expérimentale, source d'expérience, vise à donner une impulsion à l'innovation, sauf si ses résultats en sont détournés pour freiner une idée politique en mettant en avant les résistances sociales. Enfin, L. Mader, dont les travaux et l'expérience font références en la matière, conclut en faisant état de « la législation expérimentale en Suisse », prônant une définition étroite de la législation expérimentale et reprenant la controverse du fondement juridique de telles lois et de l'existence d'un « bonus de légalité ».

Ce sont en effet les droits fondamentaux qui sont en cause à travers ce nouvel art législatif dont le mérite et le courage tient en ce qu'il assume les imperfections de la législation, mais il signe ainsi la fin d'un idéal de législation tel que l'avait notamment posé, et pratiqué, Portalis. On ne sait, ainsi instruit par ce précieux ouvrage, s'il faut louer le pragmatisme et la conscience sociale de ces nouvelles méthodes ou rêver encore d'une législation à la rationalité plus haute. L'ensemble de ces réflexions a l'heureux effet de nous laisser perplexe.

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Jacques Fierens, *Droit et pauvreté. Droits de l'homme, sécurité sociale, aide sociale*, Bruxelles, Bruylant, 1992, 456 p.

Essentiellement consacré au droit belge, malgré des aperçus comparatifs et une évocation constante du droit européen, cet ouvrage mérite d'être signalé par la synthèse qu'il opère dans son premier tiers sur la théorie juridique des droits de l'homme, et des droits économiques, sociaux et culturels en particulier. L'auteur défend la thèse que ces derniers, malgré les insuffisances des réglementations internes ou internationales, ne sont néanmoins pas frappés par principe d'une absence de juridicité puisqu'ils permettent un contrôle juridictionnel, certes spécifique, mais néanmoins effectif.

René SÈVE

Nelson Saldanha, *Ordem e hermenêutica. Sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito*, Rio de Janeiro, Renovar, 1992, 311 p.

Partant du constat de nécessité de l'ordre, composante nécessaire à la vie humaine, et de l'étude des différents courants de pensée relatifs notamment à la notion d'ordre social, Nelson Saldanha passe au crible les diverses formes de pouvoir.

L'étude entreprise en appelle à une vaste culture, non seulement philosophique (des présocratiques à Foucault), mais aussi ouverte à d'autres champs, convoquant sans ostentation la poésie.

Cette démarche globalisante n'évite parfois pas l'écueil du resserrement de telle ou telle pensée à un espace limité (ainsi, l'allusion à l'opposition nietzschéenne entre apollinien et dionysiaque fait-elle fi d'une réalité selon laquelle le second des dieux ne trouve consistance que par le premier) ; mais la pensée développée n'ayant aucune prétention à être totalisante, on navigue aisément au gré de ses propres convictions dans le texte de Saldanha. En revanche, c'est l'auteur qui nous guide inévitablement dès que son étude approfondit l'ordre juridique.

Plus particulièrement, encore, sa lecture de Gadamer retiendra l'attention. On sait que, pour ce dernier, la compréhension herméneutique se forme autour d'une pré-compréhension, sorte d'anticipation par rapport à l'étape herméneutique à suivre. Or, dans ce « cercle herméneutique », l'auteur définit des niveaux dans le processus d'élaboration de la pensée : « *a nosso ver, o problema da pré-compreensão, colocado nos termos mencionados, corresponde à existência de níveis dentro do processo de pensar. Tanto no pensar crítico em sentido o mais genérico, como na compreensão e na hermenêutica ocorrem diferentes níveis, conforme o pensar ou a compreensão se "aprofundem" em direção ao objeto, ou descubram no próprio objeto capas mais interiores (é claro que estes termos envolvem um modo figurativo de pensar)* ».

Ce qui, naturellement, conduit à déterminer une conscience herméneutique très différente de celle de Jürgen Habermas, plus restrictif dans ses concepts, que ce soit par l'attachement de l'herméneutique à l'art de comprendre (nécessaire au post-marxiste), ou la définition plus restrictive de la pré-compréhension teintée par la linguistique (V. J. Habermas, « La prétention à l'universalité de l'herméneutique », in *Logique des sciences sociales et autres essais*, trad. R. Rochlitz, "Philosophie d'aujourd'hui", PUF, 1987, p. 239 et s.). Il est peut-être dommage, au demeurant, que la frontalité de ce dernier ne se dévoile expressément que dans la critique énoncée en annexe de l'ouvrage. Saldanha ayant par ailleurs fixé les bases de la possibilité, si l'on me permet cette reprise d'une expression ayant fait date, de penser Gadamer contre Habermas.

Xavier DAVERAT

Massimo Meroni, *La teoria dell'interpretazione di Tullio Ascarelli* (La théorie de l'interprétation de Tullio Ascarelli), Ed. Dott, Milano, Giuffrè, 1989, 298 p.

L'ouvrage de Massimo Meroni, *La teoria dell'interpretazione di Tullio Ascarelli* est un apport intéressant pour approfondir non seulement la théorie de l'interprétation d'Ascarelli, mais aussi les grands courants, italiens et étrangers, de l'interprétation juridique qui ont traversé le droit italien entre la fin du XIX^e siècle et le XX^e siècle.

La recherche de Meroni, riche de ses références bibliographiques, permettra au lecteur de trouver des citations comparatives des auteurs italiens et étrangers sur les points-clefs des différentes théories de l'interprétation juridique et du droit en général.

De Gény à Scarpelli, de Savigny à Bobbio, de Windscheid à Carnelutti (p. 25 et s.), les théories de l'interprétation se mêlent aux théories sur le droit, au point de perdre leur autonomie pour se confondre dans un discours purement philosophique (p. 115).

Le débat atteint le plus haut des conflits, et peut-être celui de toujours, entre le positivisme et le droit naturel (p. 190). Dans la vision du droit et dans la théorie de l'interprétation d'Ascarelli les tendances du jusnaturalisme « risquent de placer le droit en dehors de l'histoire humaine, pour en faire un ordre qui s'impose aux hommes, au lieu d'être produit par ceux-ci » (p. 193).

L'opposition d'Ascarelli au droit naturel trouve sa source dans le postulat de voir dans l'homme et dans l'activité humaine les moteurs du droit.

De même, Ascarelli ne peut accepter le postulat kelsénien de la « norme supérieure unique » et conteste l'existence d'une science juridique capable de connaître d'une manière objective la norme supérieure, « même si elle doit agir seulement comme un schéma dans lequel on peut déterminer les différentes possibilités de production de la norme inférieure » (p. 202).

Le droit peut difficilement être configuré dans un système clos, coordonné et dogmatique, « tout système juridique est fruit d'une œuvre collective... à laquelle participent tous les membres de la collectivité et sur laquelle jouent tous les facteurs de la vie sociale » (p. 240).

Ainsi se pose la question de savoir si l'interprétation est une activité ou un produit.

Peut-être l'un et l'autre : interpréter c'est jeter les ponts entre les frontières de l'abstrait et celle du concret ; interpréter c'est toujours compléter l'ordre juridique par rapport à la richesse quotidienne de la vie. *Ainsi le système juridique dans sa dynamique quotidienne s'achève et se génère dans un mouvement perpétuel.*

En effet, pendant le cours des opérations d'interprétation et d'application du présupposé normatif, la règle subit « une réélaboration et une reconstruction, à travers lesquelles se produit la norme juridique effectivement en vigueur et appliquée », par conséquent, interpréter, c'est toujours et nécessairement créer (p. 290).

La théorie de l'interprétation d'Ascarelli ne peut être lue que dans cette vision globale, qui fait de l'interprétation un élément intrinsèque de la norme juridique et du droit en général.

Un seul regret, l'ouvrage consacre un trop grand développement aux différentes théories de l'interprétation et la théorie d'Ascarelli arrive en fin de parcours et les analyses consacrées n'épuisent pas les provocations dialectiques d'Ascarelli, tant dans l'interprétation des normes que dans sa conception du droit.

Carlo Alberto BRUSA

Francesco d'Agostino, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, 2ème éd., Turin, Giappichelli ed., 1991, 177 p.

L'ouvrage de Francesco d'Agostino, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, (La sanction dans l'expérience juridique) est un livre pour tous ceux qui entendent approfondir la dialectique de la sanction dans sa justification sociale sous un angle philosophique, sociologique et phénoménologique.

Cet ouvrage est paru pour la première fois en 1987, sous le titre de *Sanzione e pena nell'esperienza giuridica* (Sanction et peine dans l'expérience juridique).

Cette deuxième édition est enrichie de deux nouveaux chapitres, un premier sur « La justice et la miséricorde » et un second intitulé « Le seul argument possible contre la peine de mort ».

Ce travail, d'une grande profondeur analytique, est un long chemin à travers la naissance, l'existence, la persistance et l'utilité de la sanction.

Au départ l'auteur s'interroge sur la théorie de la sanction à travers l'analyse de son étymologie (p. 19). La sanction apparaît à la marge du sacré et du profane : comme le droit recherche son autonomie, la sanction recherche sa justification sociale sans justification religieuse.

Ainsi, « *sanctum* » est ce qui est soumis à « *sanctio* », même s'il n'y a pas la consécration d'un dieu. La sanction devient ainsi un acte existentiel fondamental, un jugement à travers lequel l'homme qualifie le monde.

« *Sanctionner c'est juger, juger c'est distinguer et savoir distinguer, c'est rechercher la raison* ». C'est le point de départ de toute analyse sur la sanction.

La sanction renvoie à l'homme et à sa coexistence sociale et ainsi au droit et nous voilà revenus dans le cercle vicieux entre le droit et la sanction. Mais l'ouvrage n'a pas comme but d'approfondir cette dialectique, même si D'Agostino ne perd pas l'occasion

de critiquer, entre autres, Kelsen dans ses contradictions sur la « primauté de la norme sanctionnatrice » (p. 46).

D'Agostino ne recherche pas non plus la disparition de la sanction dans le droit de l'avenir, comme Durkheim l'envisageait. L'auteur isole, observe et analyse la sanction sans idéologie, sans *a priori*. Le phénomène est capté dans son essence, dans son existence et dans son aboutissement (p. 70).

Le problème de la sanction pénale est au cœur de l'ouvrage (p. 112 et s.). Après une synthèse des différents courants philosophiques qui dominent la matière, l'auteur complète son analyse avec deux chapitres d'une grande profondeur dialectique : « L'homicide et la légitime défense » (ch. V) et « Le seul argument possible contre la peine de mort » (ch. VI).

Il n'en demeure pas moins que, la sanction en général et la peine répressive ne peuvent être comprises sans une perspective judéo-chrétienne : l'enfer n'est-il pas la sanction suprême de l'existence de l'homme ?

Ici la sanction passe obligatoirement du social au transcendant et on dérive de manière inéluctable vers la recherche du bien et du mal et de la vie et de la mort.

L'horreur de l'homicide et sa sanction résident dans l'horreur métaphysique que cet acte procure, ce n'est pas l'acte en lui-même qui est puni, mais le trouble qu'il provoque dans l'âme des hommes (p. 143) et la légitime défense est justifiée parce qu'elle arrête le trouble à sa naissance.

Ainsi, même le débat sur la peine de mort réside dans l'angoisse métaphysique au regard de la sanction « suprême ».

Rien ne s'oppose à la peine de mort dans l'échelle des sanctions, mais la peur de l'inconnu interdit à l'homme d'accomplir ce qui est seulement du ressort de Dieu.

Mais ce passage par le transcendant et le sacré ne fait pas oublier que le droit n'est pas là pour considérer le mal dans la multiplicité de ses dimensions ; il le prend en compte sous un autre aspect, celui de l'altération injuste de l'inter-subjectivité relationnelle, ainsi la sanction devient une nécessité, une utilité pour l'homme, une exigence sociale.

Même dans cette seule dimension le mal attend une réponse et cette réponse est la sanction, comme rétablissement de la symétrie originale modifiée par le délit. Et nous voilà revenu sur terre.

Carlo Alberto BRUSA

Jalons. Dits et écrits d'André Tunc, Avant-propos de Xavier Blanc-Jouvan, éd. Société de Législation comparée, 1991, 447 p.

Il existe dans la littérature juridique - mais ceci est vrai dans d'autres branches du savoir - deux sortes d'ouvrages que l'on peut qualifier de *Mélanges*. Les uns, nombreux, plus même que par le passé, réunissent des contributions écrites en hommage à un auteur. Ils permettent, généralement sur des thèmes qui lui sont chers, de manifester, outre la sympathie des amis, la vitalité de la doctrine. Les autres consistent dans le rassemblement d'articles et de notes écrits par un même auteur. Leurs dimensions variables, leurs objets différents - l'occasion retenue expliquant ces variances -, loin d'occulter la

pensée d'un auteur, facilitent la compréhension de son message. *Le droit comparé, Droits d'hier, Droits de demain*, par René David (Economica, 1982), il y a une décennie, fut un exemple. C'est dans cette même ligne qu'il faut signaler le présent livre. Successivement professeur aux Facultés de Grenoble et de Paris, puis à l'Université de Paris I, André Tunc est civiliste, commercialiste, comparatiste de renom. C'est surtout en cette dernière qualité que ses écrits, avec une exceptionnelle probité intellectuelle, sont porteurs d'une philosophie latente. Trois blocs principaux constituent le principal. Le droit comparé, tout d'abord, directement : sur le désir d'un changement d'approche, sur l'empire du droit, sur la signification de la coutume et de la *common law*, l'auteur va bien au-delà du catalogue habituel des ressemblances et des différences. Épris de communication, il veut comprendre *l'autre*, aider les autres. Cela explique l'importance des études consacrées, dans un autre bloc, à la responsabilité civile. Et comme la solidarité trouve un de ses modes d'expression dans le contrat de société, il est tout naturel que le droit comparé des sociétés soit aussi à l'honneur. Nul ne peut se défendre d'être philosophe, y compris le juriste. A lire ce livre, on se prend à discerner, au fil de toutes ces pages, un certain *personnalisme*.

François TERRÉ