

## Comptes rendus

Association française pour la recherche en droit administratif, *La Doctrine en droit administratif*, Paris, Litec, 2010, 246 p.

L'Association française pour la recherche en droit administratif a organisé, en juin 2009, à la Faculté de droit de Montpellier, un colloque sur « La doctrine en droit administratif ». Présenté dans un avant-propos par Bertrand Seiller, président de l'Association, et dans une introduction par Philippe Yolka, le recueil des actes maintenant publiés, comprend les contributions apportées par une douzaine de professeurs de droit administratif. Si une étude récente considérait surtout celle du droit privé (*La Doctrine* de Philippe Jestaz et Christophe Jamin, 2004), c'est évidemment la doctrine propre au droit administratif qui fait l'objet des articles rassemblés dans le présent ouvrage.

Des « repères » sont posés dans une première partie. Repère sémantique sur « ce que doctrine veut dire » : la doctrine désigne un discours savant apprécié en fonction de sa valeur de vérité, mais aussi un corps formé de juristes ayant une compétence reconnue et une autorité légitime en cette matière (Éric Millard). Repère historique, situant « l'histoire de la doctrine en droit administratif » dans celle du droit administratif lui-même. En effet, alors que la monarchie d'Ancien Régime, sans ignorer l'existence de nécessaires activités administratives souvent anciennes et malgré le développement de l'administration monarchique (voir Jean-Louis Mestre, *Introduction historique au droit administratif*, PUF, 1985), reposait sur une conception judiciaire du pouvoir dans une société pluraliste, l'État unitaire et dépersonnalisé issu de la Révolution française fait naître une fonction d'administration étatique et générale, distincte de celle de la justice, et bientôt pourvue d'un pouvoir spécifique d'action et de contrainte : ce dont témoignent les manuels d'histoire du droit administratif qui partent de cette époque révolutionnaire (François

Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, 1996 ; Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, 2002 ; Katia Weidenfeld, *Histoire du droit administratif*, Economica, 2010). Le régime d'État judiciaire restait, jusqu'au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, celui des pays anglo-saxons, dont l'administration actuelle, même non contentieuse, laisse encore une place au « *due process of law* ». De son côté, le droit administratif français s'ouvre quelque peu à des méthodes plus ou moins proches d'une procédure juridictionnelle (Luca Mannori).

Sur la « structure » qui fait l'objet d'une deuxième partie, sur la communauté des juristes spécialisés dans cette discipline juridique, une vue d'ensemble permet déjà de discerner « les spécificités de la doctrine administrative française » : tendance à théoriser le droit purement positif, influence limitée sur la jurisprudence et la législation, sans doute en raison de la place tenue par le Conseil d'État dans la production du droit administratif, volonté d'autonomie par rapport au droit privé à la différence de la *common law* anglaise dont le droit administratif est un complément, faible ouverture aux sciences sociales, comme aussi au droit comparé tout en s'y référant moins rarement depuis quelques années (Jean-Bernard Auby).

À l'intérieur de cette communauté d'administrativistes, une distinction est généralement faite entre « doctrine universitaire et doctrine organique », l'une étant celle des professeurs qui ont tout naturellement un rôle doctrinal, l'autre celle de quelques juges administratifs, notamment membres du Conseil d'État, tels les commissaires du gouvernement faisant éventuellement paraître leurs conclusions et, du reste, étant devenus maintenant rapporteurs publics, et les juges qui ajoutent à leur fonction principale une activité d'étude et d'enseignement. Tous s'occupent d'approfondir et de valoriser le droit administratif, mais les premiers sont plus systématiques, plus enclins à conceptualiser des principes, les autres plus empiriques, proches des cas concrets. Cette doctrine a fondé, au XIX<sup>e</sup> siècle, le droit administratif sur la jurisprudence du Conseil d'État dont elle a fait pendant longtemps un commentaire élogieux : elle a ainsi construit une interprétation contentieuse du droit administratif dont elle a profité, tout en s'en trouvant rétrécie. Aujourd'hui, après un moment de réaction critique, elle se rapproche de la jurisprudence (Maryse Deguegue). Par ailleurs, d'un autre point de vue, est montrée peu significative, malgré quelques pistes de recherche, l'idée de distinguer entre « doctrine parisienne et doctrine de province » (Fabrice Melleray).

Quant aux rapports entre « doctrine et pratique » en matière administrative, ils se sont, au XIX<sup>e</sup> siècle et même encore ensuite, distendus : après quelques années initiales confuses mêlant praticiens et professeurs, la doctrine enseignée dans les Facultés ne forme pas à un droit administratif économique, sous la Monarchie de Juillet, les praticiens et fonctionnaires, qui suivent alors des cours spécialisés dans les écoles d'application d'État, comme celles des Ponts et Chaussées ou des Mines. Depuis la fin du Second Empire, elle comprend moins souvent des professeurs qui sont en même temps avocats et

elle se concentre sur l'examen de la jurisprudence du Conseil d'État où l'activité administrative ne transparaît qu'à travers le contentieux. Après le milieu du XX<sup>e</sup> siècle, une liaison tend à s'opérer par le développement d'une discipline nouvelle, la « science administrative » qui s'intéresse non seulement à la gestion mais aussi à la pratique administrative (Frédéric Rolin).

Les troisième et quatrième parties du colloque, plus développées, portent sur les « discours » de la doctrine, les caractères des opinions exprimées par les théoriciens du droit administratif. Le premier article s'interroge sur les « écoles doctrinales ». Deux courants précurseurs s'affirmant libéraux apparaissent dans le cours du XIX<sup>e</sup> siècle : un libéralisme étatique des administrativistes, favorables à une administration puissante pour garantir les libertés individuelles à travers l'intérêt général (Gérando, Macarel, Foucart, Cormenin) et un libéralisme se voulant plus fondamental, hostile à une emprise toujours plus forte sur la société d'une administration devenant de fait autonome par rapport au pouvoir exécutif et menaçant toujours davantage les libertés par le soutien qu'elle trouve dans le droit administratif (Benjamin Constant, Guizot, Tocqueville, Laboulaye). À la fin du XIX<sup>e</sup> et au début du XX<sup>e</sup> siècle, deux écoles plus spécifiques semblent se manifester : celle du service public ayant pour chef de file Duguit à Bordeaux et celle de la puissance publique avec Hauriou à Toulouse. Mais la survie de l'une et même l'existence de l'autre sont ici fortement contestées. En réalité, la première devrait se diviser elle-même en trois écoles : celle de Bordeaux d'abord représentée par Barkhausen qui insistait déjà sur l'objectivisme anti-volontariste et sur la solidarité sociale ; celle du service public dont Duguit n'est que l'inspirateur en tant qu'il y voit une théorie politique mais non pas un régime administratif propre et dont le fondateur est plutôt Jèze caractérisant les services publics par leur régime spécial conforme à la volonté des gouvernants, avec ensuite, selon diverses nuances, Bonnard, Rolland, de Laubadère, mais sans que la notion trop floue de service public puisse servir de critère fondamental du droit administratif ; celle de Duguit lui-même, lequel, ne faisant pas partie des administrativistes, bien qu'il en ait influencé quelques-uns, est plus précisément un publiciste dont la pensée n'entend pas fournir de contenu doctrinal au droit administratif. Quant à Hauriou, il dépasse le rôle qu'on est tenté de lui attribuer de promoteur, à Toulouse, d'une école de la puissance publique : il construit une théorie générale de l'institution à l'intérieur de laquelle il intègre la puissance publique comme moyen d'action de l'administration. Si, concernant l'institution, il a eu des disciples tels que Georges Renard, Delos, Le Fur ou, en Italie, Santi Romano, il n'a pas fondé une école de droit administratif, même s'il a pu, lui aussi, inspirer certains administrativistes, comme Achille Mestre, ou encore Georges Vedel, mais chez lequel la puissance publique actionnée par le pouvoir exécutif est, pour le droit administratif, un fondement purement formel, détaché de la théorie de l'institution. Il reste que

Duguit et Hauriou ont mis en valeur les concepts-clefs de service public et de puissance publique (Simon Gibert).

À défaut d'écoles de pensée, apparaissent « les controverses doctrinales », nécessaires pour l'interprétation du droit même dans le modèle du positivisme juridique généralement adopté qui semble atténuer les divergences et confrontations techniques malgré tout existantes entre juges praticiens et professeurs universitaires ou entre juristes théoriciens du droit administratif (Jacques Caillousse).

Il est utile de distinguer « les genres doctrinaux », de classer les œuvres en catégories selon des critères formels, comme leur étendue allant du court article au gros volume, leur objet de spécialisation ou de synthèse, leur fonction d'enseignement ou d'approfondissement, mais en y ajoutant le critère personnel de la réputation de l'auteur. Plus précisément, place est faite ici au genre particulier de la note d'arrêt, qui a progressé depuis le XIX<sup>e</sup> siècle, passant du simple résumé d'arrêts au commentaire scientifique où, à côté de Labbé en droit privé, se sont illustrés en droit administratif Hauriou dans la *Revue Sirey* de 1892 à 1928 et, dans les deux premiers tiers du XX<sup>e</sup> siècle, Jèze et Waline à la *Revue de droit public*. Le commentaire d'arrêt permet de connaître le droit vivant, de l'expliquer, de faire ressortir les principes d'un droit jurisprudentiel si important en droit administratif (Nader Hakim).

Une étude originale, inspirée de la théorie littéraire, cherche à mettre en lumière « les figures de la doctrine » par un « essai d'une phénoménologie des personnages juridiques dans la doctrine administrative française ». Chez les administrativistes du XIX<sup>e</sup> siècle, avec des formules tirées des préfaces de leurs ouvrages, sont déjà détectés des prototypes de personnages juridiques, à la fois indissociables et distincts des auteurs qui leur correspondent : l'« Homme administratif », le praticien compétent et expérimenté, chez Cormenin ; le « Professeur habile et dévoué » chez de Gérando, soucieux de pédagogie scientifique ; le « Citoyen généreux » chez Macarel, favorable à un réformisme modéré ; l'« Esprit qui réfléchit », le juriste savant, chez Dareste. Ils se prolongent au XX<sup>e</sup> siècle, le premier chez Odent, le deuxième chez de Laubadère, le quatrième chez plusieurs auteurs tels Hauriou, Duguit, Jèze, Eisenmann. Ils donnent lieu à des hybridations : le « Haut fonctionnaire académique » représenté par Laferrière, mêlant les premier, deuxième et quatrième modèles, et continué sous deux versions, celle de Braibant et l'autre de Waline ; le cas Rivero, mêlant les deuxième, troisième et quatrième modèles. Prolongements et hybridations se trouvent systématisés dans un tableau d'ensemble. Un tel point de vue éclaire des pistes de recherches sur le rôle tenu par ces types de personnages juridiques et conduit à des conclusions, au moins provisoires, sur la situation de la doctrine administrative, sur les auteurs administrativistes dont il est dit qu'ils jouent leur personnage, mais jouent sérieusement à être sérieux, comme s'ils ne jouaient pas (Mikhail Xifaras).

Le droit administratif se voit soumis à « la critique doctrinale ». Celle-ci peut d'abord rester interne, intérieure au droit administratif lui-même : elle vise les failles de la théorisation de ce droit, ou alors les insuffisances des lois et règlements, parfois de la jurisprudence, avec un résultat concret toutefois limité. Elle peut aussi se faire externe, venir de l'extérieur du droit administratif : elle entend le critiquer, soit en accusant son inaptitude à rendre compte de la réalité sociale, que cherchent au contraire à dévoiler les études de sociologie administrative au-delà d'une coloration parfois idéologique, soit en contestant son efficacité, comme le font, sur la base de l'analyse économique du droit, les sciences de la gestion et du management (Xavier Dupré de Boulois).

Le rapport de synthèse du colloque s'articule autour de la double définition de la doctrine, qu'il reprend : un discours traduisant la fonction doctrinale où le point de vue de la dogmatique du droit positif, prédominant sur le point de vue proprement scientifique, s'explique par l'histoire du droit administratif et de son autonomie au XIX<sup>e</sup> siècle ; et, d'autre part, un corps de juristes savants, comprenant des théoriciens universitaires auxquels s'adjoignent des juges membres du Conseil d'État et formant, malgré leurs différences, un ensemble unitaire compétent dans cette sphère autonome qu'est le droit administratif français (Jacques Dagory).

JACQUES Dagory

Association française pour l'histoire de la justice, *Les Penseurs du Code civil*, Paris, Documentation française, 2009, 350 p.

Sous le titre *Les Penseurs du Code civil*, l'Association française pour l'histoire de la justice fait paraître, par les soins de Claude Gouvard qui en est la vice-présidente, un ouvrage où se trouvent rassemblés dans un même volume les actes de deux colloques différents : l'un portant sur d'Aguesseau et organisé en septembre 2003 par l'Université de Paris I en collaboration avec l'Association, l'autre sur la genèse du Code civil et organisé en novembre 2004 par cette même Association et le Sénat. Cette mise en parallèle est présentée, dans l'introduction (par Marie-France Renoux-Zagamé) comme pouvant se justifier par une double confrontation comparable de la raison juridique traditionnelle avec la nouvelle raison philosophique du XVIII<sup>e</sup> siècle.



Le premier colloque a précisément pour thème « Le chancelier d'Aguesseau, la raison juridique au seuil des Lumières ». Sans rechercher, dans l'élaboration du Code civil, les références faites à d'Aguesseau ni l'influence de ses trois ordonnances concernant les donations (1731), les testaments (1735) et les substitutions (1747), il traite de la pensée juridique exprimée par

d'Aguesseau dans ses œuvres : *Méditations métaphysiques sur les vraies et fausses idées de la justice* (posthumes et inachevées), *Essai d'une institution au droit public* (inachevé), plaidoyers et mercuriales prononcés pendant les années où il est avocat général au Parlement de Paris, instructions à son fils aîné (Plan d'études et instructions sur l'étude et les exercices qui peuvent préparer aux fonctions d'avocat du roi), *Essai sur l'état des personnes* (incomplet).

D'une façon générale, d'Aguesseau est proche d'un premier jusnaturalisme ambiant : l'homme existe dans un état de nature déjà virtuellement socialisée et surtout comme citoyen d'une société politique, tenu de suivre la loi conforme à sa nature rationnelle et reliée en principe à la loi divine, pourvu de droits essentiels protégeant sa liberté et sa sécurité, « droits de l'homme et du citoyen » qui, bien que peu précis, s'imposent aux lois positives, lesquelles exigent un devoir de parfaite obéissance, sous la très prudente réserve d'un droit exceptionnel et théorique de résistance (Christian Bruschi).

Dans sa réflexion de « jurisconsulte », d'Aguesseau adopte la conception du droit naturel moderne, fondé, non pas, comme dans la tradition aristotélicienne, sur la nature des choses, mais sur la nature intérieure de l'homme : droit naturel individualiste et rationaliste, fait de prescriptions fortement moralisées, de lois naturelles d'où sont déduites, selon une méthode cartésienne, les lois positives qui les complètent et qui forment une hiérarchie de sources diverses du droit, en référence à un droit romain idéalisé (Jean-Louis Thireau).

Incitant à suggérer un dialogue en lui-même sur l'état d'esprit du magistrat entre « raison publique et raison métaphysique », d'Aguesseau, dans les *Mercuriales*, publiées de son vivant, témoigne d'un pessimisme très jansénisant où l'amour-propre risque toujours d'asservir à ses passions le magistrat qui doit s'en défendre en s'asservissant à la loi, alors que, dans les *Méditations* (posthumes), où la nature humaine apparaît moins corrompue, l'amour-propre peut devenir éclairé et guidé par la raison (Lucien Jaume).

Quand il juge, le magistrat selon d'Aguesseau se fait « loi vivante » à la différence de celui en qui Montesquieu voit un instrument passif, la simple bouche de la loi. Il fait d'abord régner la loi en lui-même : il écarte, comme homme et comme juge, ses propres passions en respectant scrupuleusement la procédure, la marche et la discipline du procès, les formes de l'ordre judiciaire. Il fait, de plus, parler la loi, qui reste muette sans lui, il la rend vivante en recherchant les principes communs qui se dégagent des règles alors applicables, hétérogènes par leurs scories et leur portée, soumises par lui à un travail d'interprétation et de comparaison afin de les concilier et de les orienter vers une solution unique en remontant à la raison (Marie-France Renoux-Zagamé).

Dans les requêtes et mémoires qu'il présente comme « domaniste », d'Aguesseau défend les droits de l'État, les droits du roi et de la Couronne, éventuellement contre le monarque lui-même : la domanialité, inaliénable et imprescriptible, réputée loi fondamentale, est liée à la souveraineté (Guillaume Leyte).

Après avoir été avocat général puis procureur général au Parlement de Paris, d'Aguesseau, abordant l'activité politique, devient chancelier en 1717 et, sans éviter deux fois un conflit avec le pouvoir monarchique, il le restera durant plus de trente ans (Isabelle Storez-Brancourt).



Le second colloque, avec des participants plus nombreux que dans le premier, s'attache à traiter directement de questions sur « la genèse du Code civil des Français ». Les contributions sont variées et laissent parfois apparaître des points de vue divergents. Elles se présentent regroupées en trois grandes parties.

Dans la première, l'influence doctrinale sur le Code est tout d'abord soumise à un discernement critique, selon lequel il convient de rejeter une interprétation mythologisante voyant dans le Code, depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, l'expression de l'individualisme libéral et de l'autonomie de la volonté et de considérer bien plutôt la méthode et les fonctions de la codification, œuvre qui marque une étape importante dans la formation continue du droit commun français et qui se montre capable d'affronter la durée (Christian Atias).

Mais l'auteur de l'article suivant revient sur l'« esprit » du Code et conteste une vision tout entière optimiste ou, au contraire, pessimiste de son anthropologie. Il insiste sur la distinction entre les Thermidoriens se prolongeant sous le régime directorial et les Brumairiens de la réaction consulaire, notamment les membres de la commission de rédaction nommés par Bonaparte. Ceux-ci, politiquement, à la différence des premiers encore attachés à la Révolution, sont désabusés par les dérapages révolutionnaires et favorables à un régime monarchisant. Philosophiquement, ils ont tous une mentalité empiriste, mais, alors que les idéologues prépondérants sous le Directoire professent un empirisme absolu, un sensationnisme matérialiste, faisant de l'homme un mécanisme manipulable par le ressort de son intérêt égoïste, Portalis et les trois autres membres de la commission, brumairiens, adhèrent à un empirisme relativisé par la place faite à l'intériorité spirituelle et à la croyance chrétienne et manifesté par des procédés qui, utilisant l'intérêt personnel, peuvent ressembler à ceux du sensationnisme par leur méthode mais non pas dans leur principe, afin de tenir compte, par réalisme pragmatique, d'une nature humaine imparfaite mais non pas automatisée. Finalement, l'homme du Code reste autonome en tant que l'État le considère comme chef de famille et propriétaire dans un cadre socialement libéral et politiquement conservateur, ce qui fera la longévité du Code (Jean-François Niort, auteur de *Homo civilis, contribution à l'histoire du Code civil français*, 2004).

Précurseur de la codification, Cambacérés, juriste éminent, élabore les trois projets de code d'août 1793, de septembre 1794 et d'août 1796, caractérisés par l'individualisme et par le libéralisme économique (voir sur ces projets : Jean-Louis Halpérin, *L'impossible Code civil*, 1992). Pour le projet consulaire, il assiste, comme second consul, aux séances du Conseil d'État, qu'il préside même en l'absence de Bonaparte (Jean-Michel Poughon).

D'un point de vue historique, le Code civil fait passer « de la fin des coutumes à la survie des usages locaux ». Il supprime les nombreuses coutumes qui traduisaient, plus encore que les lois romaines méridionales, le pluralisme de l'ancien droit. Mais, s'il reprend la volonté révolutionnaire d'imposer une législation étatique et uniforme, il ménage les habitudes traditionnelles, principalement par son œuvre de transaction entre coutumes et droit romain et d'une certaine intégration des coutumes dans le droit nouveau, et subsidiairement par divers renvois aux usages locaux en matière foncière et rurale (Jacques Poumarède).

La deuxième partie du recueil s'ouvre par la question de savoir si l'on peut faire « terminer la Révolution par le Code civil ». Celui-ci dépolitise les relations sociales, ou plus exactement les civilise en réagissant contre leur hyperpolitisation révolutionnaire qui ramenait tout au droit public au lieu d'accorder la loi et les mœurs ; mais, en même temps, il exprime une volonté politique et fait de l'État la seule source du droit. Comme le montre l'émiettement progressif de la propriété foncière par l'égalité successorale de principe, il fonde à long terme une nouvelle société (Lucien Jaume).

Puis l'auteur suivant prend pour objet d'étude « l'archétype humain du Code civil naissant » : il écarte les nuances subtiles précédemment apportées par un autre auteur et confirme sa position déjà bien connue par ses ouvrages antérieurs (*Nature humaine et Révolution française, du siècle des Lumières au Code Napoléon*, 1994, 2<sup>e</sup> édition 2002 ; *Mythologie du Code Napoléon*, 2003). Il voit dans l'homme du Code un individu fondamentalement mécanisé et juridiquement conditionné par son intérêt égoïste. Il suit, pour le montrer, un double mouvement chronologique. Afin d'élucider ce réductionnisme pessimiste, il remonte au traumatisme de la Terreur jacobine qui le manifeste, mais surtout, bien plus profondément, à l'empirisme sensualiste ou sensationniste qui caractérise la philosophie dite des Lumières. Celle-ci, autour de 1800, domine la mentalité générale, celle des idéologues thermidoriens et matérialistes ou aussi celle des brumairiens même se reconnaissant spiritualistes, dont la similitude entre les uns et les autres est ici mise en valeur. Alors, il redescend les années et, une fois passé le temps des rêves prétendant perfectionner l'homme et faire son bonheur par le jeu spontané ou, au contraire, forcé des passions humaines, il en vient au temps concret du droit, c'est-à-dire au Code civil qui, sans vouloir transformer la nature humaine acceptée comme imparfaite, agit sur les hommes tels qu'ils sont, utilise les ressorts de l'égoïsme et de l'intérêt pour régir les relations inter-individuelles et stabiliser la société (Xavier Martin).



On peut se demander si, en son temps, le Code civil de 1804 a été « conçu comme un modèle juridique pour les nations ». Alors qu'une première tendance révolutionnaire portait à l'universalisme dont témoigne le premier projet de Cambacérés, après Thermidor (juillet 1794), apparaît la nécessité de reconstituer la société française elle-même disloquée par la Terreur jacobine : d'où la préparation et, en 1804, l'adoption du « Code civil des Français ». Dès 1806-1807, ce Code est exporté et imposé dans l'Europe napoléonienne comme système de conquête juridique et de renversement des anciens régimes. Plus tard, au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, dans des circonstances toutes nouvelles, il aura, comme modèle juridique, un rayonnement international (Sylvain Soleil).

En raison du rôle qu'il a tenu pour le faire exister, Napoléon peut bien être dit « père du Code civil ». C'est lui, encore Premier consul, qui, par sa volonté politique, en a imposé l'élaboration et l'adoption. De plus, sans être juriste, il a présidé la moitié des séances de discussions au Conseil d'État (cinquante-sept sur cent neuf), en y prenant une part active. L'appellation, donnée en 1807, de Code Napoléon, tout en servant à glorifier l'empereur alors régnant, est en définitive justifiée (Jean Tulard).

Dans les actes de la troisième partie du colloque, sont examinés « les quatre piliers du Code », contrat, responsabilité, famille et propriété, par le recours aux travaux préparatoires qui en expriment la pensée directrice à travers les discussions, l'établissement progressif et la mise au point du texte définitif. Le contrat, tout d'abord, et surtout le contrat synallagmatique, est tenu pour la source la plus fréquente et la plus caractéristique des obligations, en tant qu'il traduit la dépendance réciproque des individus et contribue à renforcer le tissu social. Comme procédure, technique formelle et plastique, il consiste à engager un rapport avec autrui (*contrahere*), assurant moins l'autonomie de la volonté que la rencontre des consentements, la liberté contractuelle dans les limites de volontés raisonnables et en principe équilibrées et dans celles de l'ordre public et des bonnes mœurs. Considéré dans sa finalité, le contrat établit un lien de droit (*contractus*), une obligation qui tient lieu de loi pour les parties contractantes sans être égale à la loi puisque devant être légalement formée et qui objective et contraint la volonté commune, en même temps qu'elle s'impose au juge (David Deroussin).

La responsabilité civile, dégagée d'une casuistique remontant au droit romain et qu'élargissait déjà l'ancien droit, est centrée sur la responsabilité personnelle devenue dès lors un principe général, comme étant un devoir naturel et moral auquel la loi donne force juridique. Elle touche directement la personne à la suite de sa faute personnelle causant un dommage à autrui, de toute faute résultant d'une action positive et fautive ou d'un comportement involontaire de négligence ou d'imprudence. Sous une forme indirecte, elle atteint ceux qui ont à répondre d'autres individus déterminés : les père ou mère pour leurs enfants mineurs, les instituteurs et artisans pour leurs élèves ou apprentis, les uns et les autres étant responsables à moins de prouver leur

impossibilité d'avoir empêché le comportement fautif de ceux à l'égard desquels ils ont un devoir d'éducation et de surveillance ; les maîtres et commettants pour leurs domestiques ou préposés qu'ils emploient à leur service, qu'ils doivent diriger et contrôler et dont ils sont sans réserve responsables concernant des activités exercées à leur propre profit. De même, on est responsable d'un accident causé par un animal dont on a la garde, ou par un bâtiment pour défaut d'entretien. À la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, le développement d'une société industrialisée fera évoluer ces responsabilités indirectes.

La famille, « pépinière de l'État » selon Portalis, est fortement structurée par le Code. Elle est protégée par la stabilité du mariage difficilement rompu par un divorce, par l'autorité du chef de famille qu'est le mari et père, par les règles de la filiation sur lesquelles insiste le présent article. La filiation légitime bénéficie de règles très favorables : force de la présomption de paternité que le mari de la mère ne peut désavouer que dans des cas très exceptionnels, précautions entourant une réclamation ou une contestation d'état pour éviter la risque d'intrus dans la famille. La filiation naturelle, celle qui est simple et exclusive de la filiation adultérine ou incestueuse et qui, du reste, ne procure pas un droit complet d'héritage, est au contraire soumise à des règles très restrictives : la recherche de paternité étant alors interdite, la recherche de maternité est rendue difficile parce que pouvant porter atteinte à l'honneur d'une femme mariée ; l'enfant naturel ne peut guère compter que sur une reconnaissance effectuée par le père et la mère et confirmée par leur mariage, ce qui fait rejoindre le modèle conjugal (Anne Lefebvre-Teillard).

Le droit de propriété qui, encore selon Portalis, est « l'âme universelle de toute législation », se caractérise, dans le Code, par un absolutisme bien affirmé et toutefois mis en relation avec l'obligation de respecter les prohibitions légales. C'est qu'on peut le montrer situé au croisement de tendances multiples et complexes. Héritant de la philosophie des Lumières, il y trouve la confirmation du droit naturel moderne qui voit en lui le prolongement de la nature humaine, le complément de la liberté humaine apte à se projeter dans les choses et à se les approprier. Mais ce jusnaturalisme, bien qu'enclin à un détournement sécularisé, dérive de la théologie scolastique et d'une théorie de la destination originaires de la terre à la communauté humaine et de l'intervention à la fois ultérieure et nécessaire de la loi étatique dans une communauté politique pour en préciser les déterminations. Un autre héritage provient de la tradition proprement juridique : le droit de propriété est absolu, libéré des liens féodaux ou collectifs, conforme à la propriété du droit romain, du moins tel qu'on l'interprète, et qui tend depuis longtemps à s'imposer. Mais, dans le même temps, s'impose aussi la souveraineté de l'État, qui fait prédominer la loi étatique sur le droit individuel (Marie-France Renoux-Zagamé).

Jacques DAGORY

Frédéric Worms (dir.), *Matière et Mémoire de Henri Bergson, La première édition critique de Bergson*, Paris, PUF, 2010 (521 p.)

Henri Bergson (1859-1941) (prix Nobel de littérature en 1928) est un immense philosophe dont la pensée apporte au droit et à la cité. La dernière édition (aux Presses universitaires de France) de *Matière et Mémoire* accompagnée d'une édition critique réalisée sous la direction de Frédéric Worms le rappelle à bon escient (V. à cet égard, N. Dissaux « L'influence de Bergson sur les idées du doyen Gény », *RTD civ.*, 2008, p. 417 et s. ; V. encore, B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999, n° 55, p. 73 ; D. Toutsakovitch, *Élaboration scientifique du droit positif dans la conception de François Gény*, Paris, éd. Pierre Bossuet, 1939 ; « L'intuitionnisme bergsonien dans la philosophie du droit », *Archives de philosophie du droit*, 1939, p. 238 et s. ; C. Puigelier, « Le droit est-il bergsonien ? », in *Bergson, la mémoire et le droit* (sous la direction de C. Puigelier et B. Saint-Sernin), Travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, à paraître).

C'est à un jaillissement de fines analyses auquel se livre Henri Bergson dans cet ouvrage sur la perception, la sensation, la mémoire, le souvenir, l'intuition, la conscience, le mouvement, l'image.

La philosophie s'y développe abondamment mais la science (du moment) ne manque pas d'être rappelée (science cognitive et neurosciences tendaient alors à la reconnaissance) (V. les travaux de Théodule Ribot (1839-1916) sur les maladies de la mémoire).

« Il y a, écrit Henri Bergson, pour les images une simple différence de degré, et non pas de nature, entre *être* et *être consciemment perçues*. La réalité de la matière consiste dans la totalité de ses éléments et de leurs actions de tout genre. Notre représentation de la matière est la mesure de notre action possible sur les corps ; elle résulte de l'élimination de ce qui n'intéresse pas nos besoins et plus généralement nos fonctions. En un sens, on pourrait dire que la perception d'un point matériel inconscient quelconque, dans son instantanéité, est infiniment plus vaste et plus complète que la nôtre, puisque ce point recueille et transmet les actions de tous les points du monde matériel, tandis que notre conscience n'en atteint que certaines parties par certains côtés. La conscience – dans le cas de la perception extérieure – consiste précisément dans ce choix. Mais il y a, dans cette pauvreté nécessaire de notre perception consciente, quelque chose de positif et qui annonce déjà l'esprit : c'est, au sens étymologique du mot, le discernement » (p. 35).

Il faut voir de plus près les choses et comprendre que la nécessité de l'affection découle de l'existence de la perception elle-même (p. 57). « La perception, entendue comme nous l'entendons, mesure notre action possible sur les choses et par là, inversement, l'action possible des choses sur nous. Plus grande est la puissance d'agir du corps (symbolisée par une complication supérieure du système nerveux), plus vaste est le champ que la perception embrasse. La distance qui sépare notre corps d'un objet perçu mesure donc

véritablement la plus ou moins grande imminence d'un danger, la plus ou moins prochaine échéance d'une promesse. Et par suite, notre perception d'un objet distinct de notre corps, séparé de notre corps par un intervalle, n'exprime jamais qu'une action virtuelle » (p. 57).

On peut lire dans ce bel ouvrage ce que pense Henri Bergson du souvenir pur (« le souvenir pur, indépendant sans doute en droit, ne se manifeste normalement que dans l'image colorée et vivante qui le révèle » (p. 147)), de l'inconscient, du rapport du passé au présent, de la perception et de la matière, de la durée et de la tension.

Les affirmations qui suivent sont stupéfiantes. L'histoire tout entière, dit-il, ne tiendrait-elle pas en un temps très court pour une conscience plus tendue que la nôtre, « qui assisterait au développement de l'humanité en le contractant, pour ainsi dire, dans les grandes phases de son évolution ? Percevoir consiste donc, en somme, à condenser des périodes énormes d'une existence infiniment diluée en quelques moments plus différenciés d'une vie plus intense, et à résumer ainsi une très longue histoire. Percevoir signifie immobiliser » (p. 233).

On ne peut s'empêcher de penser aux travaux d'Albert Einstein (1879-1955) sur la relativité restreinte en 1905 (et à la relativité générale en 1915) ainsi qu'aux échanges lumineux entre les deux hommes (qui ne se sont d'ailleurs pas toujours compris). Mais on ne peut non plus s'empêcher de penser au droit de la preuve, au droit de la responsabilité civile ou de la responsabilité pénale (avec le discernement), au droit de la propriété intellectuelle, au droit de la recherche, à l'invention, à la découverte (est-ce la perception qui est découverte ? ou est-ce la découverte qui est perçue) ?

L'édition critique de Frédéric Worms qui suit n'est pas moins passionnante. À partir d'une bibliographie extrêmement fouillée, un travail scientifique est entrepris avec une profondeur inégalée.

Henri Bergson a beaucoup lu mais il a été également beaucoup lu. On découvre autour du travail bergsonien les yeux de Victor Delbos (1862-1916), Charles Péguy (1873-1914), Jean-Paul Sartre (1905-1980), Maurice Merleau-Ponty (1908-1961), Gilles Deleuze (1925-1995)... Des yeux qui ne suivent pas nécessairement le parcours d'Henri Bergson selon lequel « notre mode de connaissance habituel, fondé sur l'espace, nous masque l'essence de l'esprit, celle de la matière, et leurs relations. On croit que l'esprit est fait d'éléments isolés (d'où une stricte localisation cérébrale) : c'est un acte temporel. On croit que la matière est faite d'objets séparés : c'est un ensemble de mouvements, même si notre corps en isole des « images ». Dans les deux cas, l'espace nous masque la durée » (la quatrième de couverture).

Serait-on alors passé d'un choc Bergson à un choc Worms ? C'est possible. Dans les deux cas, on reste impressionné par tant d'intelligence et d'élégance.

Catherine PUIGELIER

Desmoulin-Canselier Sonia et Canselier Guillaume (dir.), *Les Catégories ethno-raciales à l'ère des biotechnologies. Droit, sciences et médecine face à la diversité humaine*, Société de législation comparée, coll. de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. 24, 2011, 170 p.

*Les catégories ethno-raciales à l'ère des biotechnologies* : le thème est si rarement abordé en France qu'on se réjouit de cette récente publication.

Un mot liminaire sur la couverture de l'ouvrage, ornée d'une belle photo représentant un *inukshuk*. L'*inukshuk* est cet édifice de pierres anthropomorphe choisi comme logo des jeux olympiques d'hiver de 2010 à Vancouver. Chez les Inuits, il signifie « forme humaine ». Ses fonctions sont multiples mais, avant tout, il est un amas de pierres érigé par l'homme pour représenter l'homme<sup>1</sup>. Comment dès lors mieux illustrer l'humain dont le livre ici rapporté entend interroger le tréfonds ? Assurément, l'*inukshuk* traduit l'homme d'une manière abstraite et figurative apte à rendre compte, tout à la fois, de sa simplicité et de sa complexité, de son unité et de sa diversité, de son caractère sacré et de sa fragilité. Or il est question de tout cela dans le beau livre codirigé par Sonia Desmoulin-Canselier et Guillaume Canselier, et publié avec le soutien de la Mission de Recherche Droit et Justice.

Cosignée par les directeurs de l'ouvrage, l'introduction plante prudemment le décor (p. 17 et s.). Il faut dire que « la race » et « l'ethnie » sont des concepts à manier avec précaution. La science a beau avoir démontré l'absence de fondement génétique de la « race », l'usage, et donc la question des catégories « ethno-raciales », demeure d'une actualité brûlante. Il y a là un paradoxe qui sert d'assise à l'ouvrage : alors que le décryptage complet du génome humain a montré la remarquable homogénéité de l'espèce humaine, les références à la « race » ou l'« ethnie » continuent d'être utilisées dans les recherches scientifiques, biotechnologiques ou médicales. Tel traitement est déclaré plus ou moins efficace chez les « patients de couleur noire » ; telle étude est menée sur une cohorte d'« Asiatiques britanniques » ; tel test est recommandé pour dépister le cancer du sein des « femmes juives ashkénazes » ; tel médicament « ethnique » est breveté et mis comme tel sur le marché, etc. Ces références multiples, qui en vérité reposent le plus souvent sur une conception sociale et non plus seulement génétique de la race, peuvent viser des objectifs *a priori* louables (amélioration des soins, prévention sanitaire, réduction des coûts d'assurance-maladie, etc.). Un certain malaise n'en demeure pas moins, qui contraste singulièrement avec les valeurs d'égalité et d'humanisme de l'ordre juridique français.

Ceci posé, les juristes ne devraient guère être les premiers à s'étonner de la prolifération de l'usage de la race dans les recherches scientifiques. Ne sont-ils

<sup>1</sup> Parmi une littérature foisonnante, v. N. Hallendy, *Tukiliit: An Introduction to Inuksuit and Other Stone Figures of the North*, Vancouver et Toronto, Fairbanks, Douglas & McIntyre, University of Alaska Press, 2009, 128 p.

[p. 435-470]

pas eux-mêmes enclins à recourir largement à la notion de race, en promouvant de la sorte une pensée raciale dénuée de racisme ? Les références à la race ou l'ethnie pullulent au sein des normes les plus importantes de notre système juridique. En tête, le préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 consacre la dignité de « tous les membres de la famille humaine » (une « famille », mais différents « membres », tous titulaires des mêmes droits inaliénables). Il s'ensuit que chacun peut se prévaloir des droits et libertés proclamés dans la Déclaration, sans distinction aucune, « notamment de race, de couleur » (art. 2, 1<sup>o</sup>). Par exemple, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille, « sans aucune restriction quant à la race »<sup>1</sup>. Dans la même perspective, l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales prohibe en 1950 les discriminations, notamment fondées sur « la race ». Plus explicite encore, l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne interdit en 2000 « toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques ». Le génocide est par ailleurs constitué par certains faits commis « en exécution d'un plan concerté tendant à la destruction totale ou partielle d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux, ou d'un groupe déterminé à partir de tout autre critère arbitraire » (art. 211-1 du code pénal). Autant en faire le constat : en droit comme en science, l'usage des notions de race ou d'ethnie perdue, aussi discutées et discutables soient-elles. Aussi l'esprit critique ne doit-il jamais se relâcher en la matière. Dans cette posture délibérément critique, il faut faire le départ entre les fins et les moyens. En effet, un objectif louable consistant à interdire les discriminations en droit ne doit jamais empêcher les juristes de s'interroger sur la justesse des moyens conceptuels mobilisés à cette fin. Les juristes doivent demeurer d'autant plus attentifs que les références aux catégories « ethno-raciales » sont parfois implicites, frappées du sceau de la tradition ou de l'autorité. Par exemple, l'article 2 de la Constitution du 4 octobre 1958 précise que « [l']hymne national est *La Marseillaise* », mais l'ambiguïté ressurgit fréquemment dans l'esprit des citoyens quant au sens d'un texte toujours sujet à interprétation (« Qu'un sang impur abreuve nos sillons »). Parfois encore, c'est le juge lui-même qui s'appuie sur des données scientifiques aux références troublantes. Ainsi, lorsqu'il s'interroge sur l'éventuel lien de causalité entre un vaccin et la sclérose en plaques, tel magistrat vise un rapport d'expertise relatif à l'étiologie de la maladie « dans les populations arabes »<sup>2</sup>. C'est dire que les catégories ethno-raciales demeurent d'une brûlante et préoccupante actualité, et qu'il fallait un certain courage pour affronter cette problématique. L'entreprise était d'autant plus délicate qu'elle imposait en outre des recherches multidisciplinaires et internationales, requises par le sujet.

<sup>1</sup> Art. 16, 1<sup>o</sup> ; sur l'actualité de la Déclaration, v. S. Hessel, *Engagez-vous ! Entretiens avec Guillaume Vanderpooten*, Éd. de l'Aube « Monde en cours », 2011, 99 p.

<sup>2</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 28 avril 2011, pourvoi n<sup>o</sup> 10-15.289.

[p. 435-470]

Le professeur Wolfram Henn livre une contribution stimulante intitulée « Ethnomédecine et justice dans l'ère post-génomique : entre soins de santé personnalisés et racisme high-tech », (p. 33 et s.). Sur le fond, ce généticien confirme que l'idée de race ne présente « aucun fondement génétique solide quel qu'il soit ». Pour lui, « les races existent bel et bien en ce qu'elles demeurent des catégories sociales, économiques et politiques puissantes. Cependant, nous devons être conscients qu'elles constituent des vestiges idéologiques du colonialisme plutôt que des mesures scientifiques fiables pour opérer des distinctions entre les êtres humains. Le racisme ainsi que le déni des droits ou le manque de respect en raison de l'appartenance ethnique (présumée) d'une personne constituent donc une discrimination non fondée scientifiquement et injuste du point de vue juridique ». Les propos de l'auteur sont trop riches pour pouvoir être ici résumés. Mais précisons que pour lui, si « les “médicaments raciaux” ne présentent aucun fondement génétique solide », « la diversité ethnique est indispensable à la survie à long terme de l'humanité ». « La prise de conscience de la diversité ethnique ne doit servir ni d'excuse pour les disparités existantes, ni de prétexte à la création de nouvelles disparités, mais uniquement d'indice pour des soins de santé justes et efficaces ».

Dorothy Roberts, professeur de droit à l'Université de Chicago, dresse ensuite un vibrant plaidoyer contre la médecine qualifiée de « raciale » (« Qu'est-ce qui ne va pas avec la “médecine raciale” ? Génétique, pharmacologie et égalité », p. 41 et s.). Les lecteurs trouveront sous sa plume un triple argumentaire contre les dérives scientifiques, politiques et mercantiles de la prétendue « médecine raciale ». L'auteur explique notamment les raisons pour lesquelles la commercialisation de produits pharmaceutiques distingués par un critère racial est davantage susceptible d'aggraver les inégalités que d'améliorer le sort des populations visées. En somme, « [e]n réintroduisant une vision biologique erronée de la race et du traitement des inégalités sanitaires, la “médecine raciale” supporte une nouvelle biopolitique de la race qui menace d'aggraver encore les inégalités sanitaires et sociales ». « Promouvoir la “médecine raciale” avec l'illusion que la mauvaise santé des minorités est due à des différences génétiques ne va faire qu'élargir le fossé et nous détourner de la vraie solution. Si on veut améliorer la santé des minorités, mettre de côté les questions de justice sociale n'a pas de sens. Une société plus juste serait en meilleure santé ».

L'analyse se poursuit par un article dénonçant avec force l'instrumentalisation de la notion de race à des fins commerciales (Audrey Aboukrat et Christine Noiville, « Les médicaments “raciaux” ou “ethniques” : manœuvre commerciale ou enjeu de santé publique ? », p. 55 et s.). Les entreprises pharmaceutiques n'hésitent pas à utiliser les catégories ethno-raciales pour distinguer leurs produits. Ainsi se façonnent-elles des « niches » de marché, à partir de catégories scientifiquement incertaines. Le droit, et notamment le droit des brevets, devrait dès lors avoir vocation à réguler, voire interdire, les pratiques scientifiquement et socialement discutables. Selon Audrey Aboukrat

et Christine Noiville, « il ne semble pas aujourd'hui raisonnable de se priver de toute référence aux corrélations entre variations génétiques, exposition à une maladie et efficacité des produits médicaux dans le processus de développement et d'utilisation des médicaments et autres tests. Il faut cependant éviter que la "race" ou l'"ethnie", qui ne suffisent pas à expliquer à elles seules ces variations, ne constituent, pour des raisons avant tout commerciales, le nouveau graal des entreprises pharmaceutiques. Indépendamment des questions de "design" de la recherche médicale, il paraît indispensable d'enserrer dans d'étroites limites les conditions de brevetabilité et de mise sur le marché de ces produits médicaux d'un nouveau type ». En conséquence, les auteurs suggèrent d'adopter les trois principes suivants : « 1) Plutôt qu'une "race" ou une "ethnie", les médicaments mis sur le marché devraient continuer à cibler une maladie, et les tests génétiques, une mutation ; 2) La race, l'ethnie ou le "groupe d'ascendance" devraient pouvoir être pris en considération pour la détermination des indications et contre-indications du produit médical, dès lors que les catégories sont posées comme étant scientifiquement pertinentes mais aussi dynamiques et flexibles ; 3) La démonstration d'un lien net s'impose entre la maladie ou l'exposition à la maladie d'une part, la "race", l'"ethnie" ou le groupe d'ascendance d'autre part, l'intérêt et les effets du médicament ou du test enfin ».

Estelle Carde, médecin et professeur de sociologie à l'Université de Montréal, se demande quant à elle s'il est possible de concevoir la race comme un objet d'épidémiologie (« La race, de la catégorie sociale à l'objet d'étude épidémiologique », p. 77 et s.). Repoussant tout déterminisme génétique, l'auteur propose de réserver à la race une définition purement sociologique, apte selon elle à révéler certaines inégalités de santé et pouvant, à ce titre, être l'objet d'études épidémiologiques. Dans cette perspective, la race est essentiellement perçue comme « un rapport de pouvoir, c'est-à-dire qu'elle est le fait de majoritaires qui attribuent une identité raciale à des minoritaires qui ne choisissent pas cette identité, même s'ils peuvent secondairement l'intérioriser et la revendiquer ». Les discriminations raciales sont « susceptibles de faire obstacle à l'accès à toute ressource, qu'il s'agisse par exemple de l'emploi, de l'éducation, du logement ou encore des soins. Or toutes ces ressources sont des déterminants de l'état de santé, via par exemple la relégation dans des emplois dangereux pour la santé, des filières éducatives à faible perspective d'emploi et des logements insalubres, ainsi que par des soins de moindre qualité. Les discriminations raciales se traduisent donc, potentiellement, dans des disparités raciales, faisant de la race un facteur de risque au sens où l'entend l'épidémiologiste, et par là même un objet d'étude pertinent pour lui ».

Les réflexions avançant, il ne faut pas s'étonner qu'une question lancinante revienne sur le métier : faut-il, ou non, prohiber tout usage du mot race dans les écrits scientifiques et juridiques ? Guillaume Canselier – dont les travaux



juridiques sont décidément nourris d'un précieux savoir épistémologique<sup>1</sup> – saisit cette question à bras-le-corps (« Usages scientifiques et médicaux du mot race : le juriste peut-il se faire législateur du langage ? », p. 89 et s.). L'auteur identifie d'abord les difficultés, les résistances, qui contrarient les projets de régulation linguistique. Il montre en quoi l'éradication du mot race, régulièrement prônée, se heurte à de sérieux obstacles et en vient à conclure que « la disparition du mot race ne paraît [...] pas d'actualité ». En conséquence, écrit Guillaume Canselier, c'est sur « l'usage » du mot race qu'il convient de porter l'attention. Le propos est riche et dense. On en retiendra surtout que de nombreuses études prétendent reposer sur une conception purement sociale de la race. Pourtant, « dire que la race est socialement construite ne désamorce pas les dangers éventuels liés à la perception de telles études au sein de la société. [...] Dès lors, on peut, d'une part, penser que la mise en évidence de la vulnérabilité particulière à une maladie d'un groupe défini sur la base d'un critère racial est de nature à renforcer encore le sentiment d'identité, au risque d'accentuer les enfermements communautaires. L'on peut, d'autre part, s'inquiéter des interprétations abusives qui seront faites d'études montrant que certains groupes raciaux sont plus sujets à certaines pathologies ». Pire, estime l'auteur, « [s]'il s'avère difficile de manier la race comme une catégorie strictement conventionnelle sans que resurgisse plus ou moins furtivement l'idée de lignée, il semble aussi malaisé de trouver une appellation satisfaisante pour désigner les ensembles humains qui sont définis sur la base de l'ascendance commune ». En somme, il est toujours possible d'éviter l'usage du terme race en employant d'autres mots moins connotés. Malheureusement, « rien ne prémunit ces mots contre de toujours possibles détournements ».

Une problématique voisine est ensuite abordée par le professeur Florence Bellivier : « Peut-on et doit-on se passer de la référence aux minorités ethniques dans les biobanques ? » (p. 105 et s.). L'auteur porte un regard comparatiste sur la pratique des biobanques consistant, en substance, à dresser des collections d'échantillons biologiques utiles pour étudier les grandes maladies de notre siècle. L'analyse situe les avantages et les dangers d'une telle pratique dans une société communautarisée de fichage. Les biobanques sont emblématiques d'une difficulté : s'en priver serait préjudiciable pour la santé des populations. Mais il faut strictement les contrôler. Aussi, pour Florence Bellivier, il ne s'agit pas de supprimer la référence aux ethnies dans les biobanques ou la recherche biomédicale. Il faut toutefois « lui réserver la portion strictement nécessaire à l'avancée de la science et au sentiment que les gens ont de la meilleure façon de faire progresser leurs droits dans le respect de ceux de chacun. Et *a fortiori* n'est-il pas question de supprimer le mot "ethnie" (voire "race") des textes anti-discriminations : leur signification floue est ici com-

---

<sup>1</sup> V. récemment « De l'explication causale en droit de la responsabilité civile », *RTDC* 2010, p. 41.  
[p. 435-470]

pensée par la valeur normative des textes qui les utilisent et qui sont destinés à lutter contre un phénomène tangible, l'inégalité ».

Sonia Canselier-Desmoulin s'interroge sur une tout autre pratique : l'analyse génétique à des fins généalogiques (« La quête des origines : les dispositifs de rattachement à un groupe d'ascendance », p. 117 et s.). Au-delà de l'identification des personnes ou des recherches scientifiques et médicales, l'analyse génétique est en effet parfois proposée par des sociétés commerciales dans le but annoncé de découverte des ancêtres, dans l'espoir de rattacher l'intéressé à un groupe « ethnique » ou « racial ». Dans un premier temps, l'auteur établit de manière frappante l'opposition – sinon l'incompatibilité manifeste – des normes juridiques américaines et françaises régissant cette pratique. Le cadre juridique américain, que l'on peut qualifier de permissif, contraste singulièrement avec le cadre juridique français. Le droit pénal français, en renfort du droit civil, dresse un sérieux barrage face aux tests censés déterminer les origines « ethniques » ou « raciales ». Ce barrage n'est toutefois pas totalement étanche, si bien que dans un deuxième temps, Sonia Canselier-Desmoulin est conduite à affirmer les valeurs défendues par le système juridique français. Dénonçant les dangers de la généalogie génétique, l'auteur rappelle que le droit français porte les valeurs d'égalité et d'universalisme qui peuvent servir de modèle. « Quelle que soit l'évolution de la connaissance scientifique sur la variété des populations humaines, il importe à [ses] yeux que le droit assume sa nature prescriptive. Si la science établissait demain qu'il existe un marqueur génétique totalement fiable de tel groupe humain, ou que des groupes de population génétiquement distincts coexistent, cela n'impliquerait à notre sens aucune conséquence juridique nécessaire. La différence de couleur de peau est une réalité dont la démocratie française a choisi de ne pas tenir compte en droit. Pourquoi faudrait-il fonder cette décision sur l'absence (ou l'existence) d'une spécificité génétique ? Une telle construction marquerait la confusion de l'être et du devoir-être en même temps que l'indexation du droit sur l'évolution des connaissances scientifiques ». On ne saurait mieux écrire.

Vient ensuite une étude acérée de Laurence Brunet essentiellement destinée à nous interroger sur la légitimité de l'appariement à l'œuvre dans les techniques d'assistance médicale à la procréation « Procréations médicalement assistées et catégories "ethno-raciales" : l'enjeu de la ressemblance » (p. 135 et s.). C'est une profonde introspection qui est ici réalisée par l'auteur, qui se questionne sur la pertinence même de la ressemblance entre le donneur et le couple stérile bénéficiant de ses gamètes. Au fond, le souci quasi-instinctif et universel conduisant à tenter d'assortir au mieux les caractéristiques physiques et ethniques du donneur avec le couple stérile est-il fondé ? On pourra en douter, notamment au regard du décryptage de l'appariement opéré par Laurence Brunet et de sa stimulante comparaison avec l'adoption plénière d'un enfant d'origine étrangère. Les pratiques d'appariement sont en effet mises à l'épreuve à partir du modèle de l'adoption d'un enfant d'origine

étrangère, dont l'apparence physique et ethnique contraste avec celle des adoptants. « L'adoption plénière internationale est un laboratoire particulièrement intéressant pour évaluer l'importance de la ressemblance dans l'affiliation, puisque nombre d'enfants proviennent de pays étrangers et peuvent avoir une apparence ethnique éloignée de celle de leurs parents adoptifs. Il y a alors rupture avec la logique de la concordance entre la parenté et les caractéristiques phénotypiques : des familles "transraciales" apparaissent ». « Par les soins qu'ils prodiguent, par la langue et l'éducation qu'ils transmettent, par les vêtements dont ils habillent l'enfant adopté, par la nourriture qu'ils lui préparent, par les rites et les fêtes auxquels ils le font participer, les adoptants provoquent un processus de "naturalisation culturelle" de l'enfant qui permet d'être assimilé et intégré à part entière, à la fois dans la famille de ses parents adoptifs et dans son pays d'adoption ». On saura gré à Laurence Brunet d'avoir caractérisé la « radicale spécificité de l'incorporation familiale de l'enfant étranger adopté par rapport à l'incorporation de l'enfant issu d'un don de gamètes. Dans le premier cas, elle procède de l'intérieur, sans chercher à réduire la dissemblance physico-ethnique qui reste visible mais dont le sens a été neutralisé par naturalisation culturelle. Dans le second cas, l'incorporation familiale est subordonnée à un assortiment préalable des caractères physico-ethniques de façon à limiter les risques de dissemblances. La première opère par le pouvoir d'une acculturation confinante à une fiction, la seconde est conditionnée à une entreprise de sélection entre donneurs et receveurs ». Le droit n'aurait-il dès lors pas vocation à promouvoir plus largement l'altérité physique et ethnique ?

L'ouvrage s'achève avec une ouverture sur l'avenir. Le passé était déjà connu : la science n'a que trop usé de références raciales ou ethniques, en peinant à affirmer les valeurs humanistes<sup>1</sup>. Le présent est amplement éclairé par les contributions susvisées développant différents usages modernes des catégories « ethno-raciales » dans les recherches scientifiques ou médicales. Adoptant la formule de Sonia Desmoulin-Canselier, le droit peut dorénavant « assumer sa nature prescriptive » pour réguler au besoin les pratiques identifiées. C'est enfin au futur qu'il convient de demeurer attentif, ainsi qu'il est suggéré dans l'ultime contribution de Marie-Angèle Hermitte consacrée aux projets posthumains et transhumanistes (« De la question de la race à celle de l'espèce. Analyse juridique du transhumanisme », p. 155 et s.). Les projets de transformation de l'homme ont déjà débuté, mais n'en sont peut-être qu'à leurs balbutiements. Leur compréhension a de quoi donner le vertige, pour ne pas dire « glacer le sang ». Par exemple, « les Transhumanistes se réjouissent de l'émergence d'une "super-intelligence" via la connexion entre cerveaux

---

<sup>1</sup> Pour un exemple symptomatique de cette tendance, v. J. B. S. Haldane, « La Génétique humaine et l'idéal humain », in *Le Progrès scientifique*, J.-Jeans *et al.*, Comité pour l'expansion du livre scientifique, Félix Alcan, 1938, p. 133 et s.

équipés de puces, entre eux d'une part, avec des supercalculateurs d'autre part, de la convergence nano/biotechnologies, se nourrissent de l'espoir de télécharger le contenu informationnel d'un cerveau humain dans un support corporel quelconque (corps inhabités ou silicone). Ils demandent la cryogénéisation de tout ou partie des corps, le droit au clonage – articulé avec la manipulation génétique, la libre interface homme/machine. Il faut transformer radicalement la condition humaine par cette convergence des "nano-bio-info-neuro technologies" ». « [I]ls assument de manière transparente la volonté d'extraire de l'universalité actuelle des humains, des posthumains améliorés qui, ensemble, constitueraient de nouveaux sous-groupes humains supérieurs aux humains actuels ». Marie-Angèle Hermitte étudie l'arsenal juridique apte à faire barrage, peu ou prou, aux dérives présentes et à venir et nous convie, en substance, à un éveil toujours constant.

Bref, « quand on fait un compte rendu de livre juridique, on s'aperçoit très vite si l'auteur a cherché à penser par lui-même »<sup>1</sup>. Nul doute que les auteurs, dont il faut lire les textes, ont ici fait œuvre de profondes réflexions, de doctrine au noble sens du terme.

Gaëtan GUERLIN

Hans Kelsen, *Qu'est que la Justice ?* suivi de *Droit et Morale*, préface de Valérie Lasserre, Genève, éditions Markus Haller, 2012.

Ce volume reprend deux textes importants, mais concis, de Kelsen, qui développent les thèses positivistes de l'auteur. Il s'y adonne, de manière qui n'est pas sans rappeler le Cercle de Vienne, à une critique très systématique de toutes les pseudo-fondations du droit par la morale et de la morale elle-même. L'intérêt de ces textes est d'éclairer la *Théorie pure du droit*, rédigée une vingtaine d'années auparavant, et surtout de montrer les conséquences politiques assumées par l'auteur. Dans un monde relativiste, la seule règle de coexistence ne peut être que la tolérance donc la démocratie. La fin du premier des deux textes est à cet égard révélatrice voire émouvante. La Professeure Valérie Lasserre dans sa préface très stimulante compare ainsi à juste titre Kelsen et Dworkin.

René SÈVE

<sup>1</sup> G. Thuillier, *V° Penser par soi-même en droit*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials (dir.), Lamy-PUF « Quadrige », 2003, p. 1145.  
[p. 435-470] *Arch. phil. droit* 55 (2012)

Xavier Martin, *Retour sur un itinéraire : du Code Napoléon au siècle des Lumières*, Dominique Martin Morin (53290 Bouère), 2010, 334 p.

L'historien du droit Xavier Martin s'est fait connaître, depuis une trentaine d'années, par son œuvre qui renverse le conformisme courant et même savant sur la pensée des philosophes des Lumières et des juristes et hommes politiques ayant élaboré le Code civil de 1804 bientôt dénommé Code Napoléon. Professeur à la Faculté de droit d'Angers et devenu émérite, il a été mis à l'honneur dans une journée organisée par son collègue Joël Hautebert en novembre 2008. Il en fait paraître les actes par la maison d'édition qui a déjà publié ses autres ouvrages.

Il reproduit d'abord les interventions de professeurs français ou étrangers ayant participé à cette journée : les historiens du droit Gérard Guyon (Bordeaux), Jean-Marie Carbasse (Montpellier), Stefano Solimano (Milan), le civiliste Philippe Rémy (Poitiers), l'historienne de la littérature Lieve Spaas (Londres).

En guise de réponse, il relate longuement, sur deux cents pages, son parcours intellectuel. Si, dans son premier ouvrage, *Nature humaine et Révolution française, du siècle des Lumières au Code Napoléon*, (1994), il part historiquement de la mentalité imprégnant la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle pour en étudier l'influence sur l'état d'esprit de ceux qui ont donné naissance au Code, après bien d'autres travaux, il montre maintenant dans son récent ouvrage, comme l'indiquent le titre et le sous-titre, « Retour sur un itinéraire, du Code Napoléon au siècle des Lumières », et sous la rubrique « Trente ans d'étonnement », qu'il a été personnellement amené à suivre un cheminement inverse au cours de ses activités d'enseignement et de recherche ainsi qu'à l'occasion de sa participation à des revues et à des colloques, notamment pour le bicentenaire de la Révolution et celui du Code civil : il a été conduit à remonter du Code jusqu'aux Lumières.

Au départ, c'est pour étoffer la substance d'un enseignement d'histoire du droit privé que, voulant éviter de s'en tenir à des commentaires postérieurs plus ou moins interprétatifs, il a pris l'initiative d'effectuer un retour aux sources directes, aux écrits des auteurs eux-mêmes de l'époque considérée dont il entend pratiquer une lecture simple et neuve et dont il fait, dans le présent ouvrage comme dans tous les autres, d'innombrables citations : ainsi a-t-il pris cette habitude qu'il suit toujours de s'appuyer sur une documentation de première main pour y constater, sans préjugé partisan, ce qu'elle contient manifestement et même pour se concentrer sur ce qui peut y être resté inaperçu ou laissé de côté. Il a donc commencé par s'astreindre à dépouiller le *Recueil des travaux préparatoires du Code civil*, quinze volumes de l'édition Fenet (1827) : au-delà du Discours préliminaire de Portalis, texte d'apparat et de haute volée trop exclusivement connu, il s'est attaché à examiner les procès-verbaux d'une centaine de séances du Conseil d'État et d'environ deux cents discours parlementaires de 1801 à 1804, où s'expriment ceux que l'auteur

appelle les rédacteurs du Code civil dans lesquels, entendus en un sens large, il comprend non seulement les quatre membres de la Commission de rédaction, Tronchet, Portalis, Bigot de Préameneu et Maleville, mais aussi Bonaparte, Cambacérés et une dizaine de rapporteurs le plus souvent incités à intervenir. À sa grande surprise, contrairement à ce qu'il pensait y trouver d'après les traités et manuels juridiques classiquement universitaires, il y découvre, à travers nombre de notations rapides mais concordantes et significatives, non pas la notion d'un type d'homme doué d'une volonté souverainement libre et autonome, mais bien plutôt une vue pessimiste de la nature humaine, dans laquelle l'homme se comporte automatiquement suivant les impulsions de son intérêt égoïste dans une société réduite à des relations moins communautaires que purement inter-individuelles. Tel apparaît le climat mental dans lequel baigne le Code civil.

Cette vision restrictive de l'homme, diffusément présente dans les interventions des rédacteurs du Code civil, est un reflet de la théorie expressément exposée et systématisée, autour des années 1800, par des penseurs, Volney, Cabanis, Destutt de Tracy, qualifiés idéologues, héritiers des Encyclopédistes et des philosophes des Lumières. Mais alors, nouvel étonnement, consécutif au premier et de portée encore plus large devant une évidence constatée : l'homme conforme aux Lumières n'est pas celui qu'on s'attendait à trouver. Dans la mentalité largement répandue au cours de la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle, prédomine le sensationnisme de Condillac accentuant l'empirisme de Locke sur un arrière-fond nominaliste et matérialiste et ramenant l'être humain à un corps doué de sensibilité, simplement affecté de sensations qui, par des modifications physico-chimiques, produisent les opérations de l'esprit et suffisent à expliquer les phénomènes de la liberté et de la volonté, lesquelles ne sont que d'utiles illusions. Également théorisé par Helvétius et d'Holbach, le réductionnisme anthropologique imprime sa marque sur les écrits de Diderot, Voltaire et bien d'autres. Humanisme paradoxal, puisqu'il dévalorise l'homme, le déshumanise, le compare aux animaux évolués dont il n'est qu'une espèce matériellement plus complexe, sans qu'il y ait de différence essentielle entre la nature humaine et la nature animale, opinion qui, rendant l'homme proche de l'animal, conduit à refuser la qualité d'hommes à ceux qu'on estime en être indignes et qui, apparemment humains, sont pris pour des sous-hommes, tels les sauvages ou, sous la Révolution, les Vendéens. Les droits de l'homme sont ceux d'un homme qui n'est plus guère humain. Cette conception péjorative et pessimiste, qui semblerait pouvoir passer pour un courant hostile aux Lumières, se révèle inhérente à ce qu'on est convenu d'appeler les Lumières. Tel est le rationalisme déshumanisant que les philosophes d'alors affichent et dont ils se vantent, mais que, par la suite et encore aujourd'hui, les historiens des Lumières et de la Révolution, voulant voir en eux les précurseurs d'une modernité positive et optimiste, cherchent souvent au contraire à cacher ou à contester, comme le montrent leurs fréquentes réactions à des conférences prononcées par notre auteur dans des colloques auxquels il a participé.

Il s'est lui-même attaché à faire apparaître l'influence de la mentalité réductionniste chez les rédacteurs du Code civil pour lesquels l'intérêt égoïstement matériel et successoriel domine, consciemment ou non, les attachements familiaux. Il en relève des exemples que fournissent des rapprochements à la fois inattendus et significatifs entre plusieurs dispositions du Code ou entre des propos tenus dans les discussions préparatoires. Ainsi, le Code fixe l'âge de la majorité, comme depuis la fin de la Législative en septembre 1792, à vingt-et-un ans accomplis (article 488), mais il prévoit, à l'article 371, que « l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses pères et mère », à tout âge, donc même après sa majorité et tant que vivent les parents : précepte non pas seulement moral mais susceptible d'être juridiquement sanctionné par le jeu de la quotité disponible dont, en plus de leur part légalement réservée, les enfants peuvent être gratifiés, selon les articles 913 et 919 réagissant contre la loi de nivôse an II (janvier 1794) qui avait retiré aux pères toute latitude testamentaire à l'égard des enfants nécessairement plus jeunes et présumés devoir être aussi plus favorables à la politique révolutionnaire. La loi nouvelle, renforçant déjà une loi de 1800, au moyen d'un équilibre entre l'égalité successorale et la liberté testamentaire, rétablit une arme d'ordre testamentaire, sanction d'une certaine puissance paternelle prolongée et délibérément justifiée par l'idée d'une immaturité des enfants même majeurs et de leur tempérament pécuniairement intéressé : selon le présentateur du texte, le père peut ainsi favoriser un ou plusieurs enfants, leur donner une récompense ou la leur faire espérer, car « l'intérêt peut ajouter un degré de force à ces deux sentiments », ceux que la nature et la reconnaissance mettent déjà spontanément dans le cœur des enfants envers leur père. Autre exemple, découvrant, dans les discussions préparatoires également rapportées dans le recueil Fenet, des corrélations entre des problèmes apparemment très dissemblables, où les intervenants comptent sur la pression que peuvent subir des personnes n'ayant pas conscience d'une manipulation occulte : les égards d'un homme que son frère peut sanctionner patrimonialement deviendront pour lui une habitude et le mèneront « par degré et pour ainsi dire à son insu vers l'amitié » (à propos des libéralités, sur l'article 916) ; la dot immobilière inaliénable permettra à la femme âgée de maintenir un appât, une sorte de pouvoir d'attraction sur les siens, « un objet d'espoir qui agit sur les plus vertueux à leur insu » (à propos du régime des biens entre époux, sur les articles 1428-1554) ; la surveillance juridique de la femme se justifie « car sa faiblesse, sa bonté, sa dangereuse sensibilité » rendent indispensable de la défendre « à son insu et contre sa propre volonté » pour la protection de ses biens (à propos de l'expropriation forcée, sur l'article 2208). Agir sur les êtres humains à leur insu, c'est là un thème courant de la littérature réductionniste des Lumières. De tels procédés indirects ou cachés réduisent l'humanisme à un conditionnement patrimoniallement intéressé.

À l'occasion des remarques qui lui ont été faites, le professeur Xavier Martin veut dissiper un malentendu sur l'objet et la portée de ses recherches. Il ne prétend nullement s'attaquer au Code civil, pas plus qu'à ses rédacteurs. Il

ne porte aucune condamnation contre le Code : il en inscrit le contenu dans une histoire longue, dans la lignée des grands juristes du passé, notamment Domat et Pothier, et, réserve faite d'une minoration des femmes et d'une sous-estimation de la richesse mobilière, il en reconnaît la qualité et le bon fonctionnement longtemps prolongé. S'il se concentre lui-même sur une histoire courte du Code, il n'en critique pas les rédacteurs et ne leur reproche rien, mais il étudie leur état d'esprit, leurs convictions et intentions spécifiées et datées, enracinées dans le contexte intellectuel et sociopolitique de leur temps, dans l'anthropologie réductionniste issue de la philosophie des Lumières et renforcée par le traumatisme révolutionnaire. Il y trouve le fond de l'atmosphère généralement répandue de l'empirisme sensualiste, poussé à l'extrême par les idéologues athées, mais dont il montre que Portalis et quelques autres, pourtant chrétiens, sont eux aussi imprégnés : mentalité alors prédominante, avant qu'un courant anti-matérialiste la mette peu après à l'écart. De toute façon, il remet en cause l'interprétation que fait du Code Napoléon, depuis le XIX<sup>e</sup> siècle, la doctrine universitaire des juristes et civilistes qui le prennent pour l'expression d'un humanisme spiritualiste et optimiste, qui le vantent et l'exaltent pour la haute idée de la personne individuelle : il en démythifie la légende louangeuse des commentateurs qui, postérieurement, réinventent l'état d'esprit existant autour de 1800 chez les rédacteurs, en passant par-dessus les exigences de l'histoire courte. Les convictions de ces rédacteurs touchent leur perception du contenu du Code plus que la nature de ce contenu. Ainsi, par exemple, le célèbre article 1134 confirme tout simplement la règle traditionnelle de la force obligatoire des engagements conventionnels, fait un rappel élémentaire et impératif du respect des contrats, en deçà des idées propres aux rédacteurs ou des exégèses ultérieures, sans être l'affirmation du principe d'allure kantienne de l'autonomie de la volonté selon les modernes, sans être non plus la conséquence directe d'une théorie impliquant d'avoir à forcer un individualisme égoïste. Il en va de même pour d'autres dispositions du Code.

L'auteur intègre au présent volume le texte développé d'une conférence qu'il a donnée pour conclure la journée organisée en son honneur : il y fait, sur un sujet à dessein modeste, une application caractéristique de sa méthode. La gestion d'affaire est régie par le Code civil, aux articles 1372 à 1375. Envisagée suivant l'optique sans doute primordiale du droit privé, elle reprend le schéma traditionnel de l'intervention spontanée et gratuite d'un propriétaire en faveur et à l'insu d'un propriétaire voisin alors éloigné. Mais elle reçoit un éclairage politique provenant, chez les rédacteurs du Code, de l'atmosphère de leur époque qui lui donne une valeur ambiguë. Elle est, certes, d'une part, un service socialement utile. Dans une société qui, d'inspiration nominaliste, est moins communautaire qu'inter-individuelle, ce service entre propriétaires voisins, analogue à celui qui est présumé entre les concitoyens du pacte social, repose sur un altruisme égoïste, incitant à faire à autrui ce qu'on voudrait qu'il fasse pour nous, non pas, comme dans la morale évangélique, par un amour désintéressé, mais au contraire par un égoïsme personnellement intéressé qui



compte sur une réciprocité susceptible de nous être profitable et qui, du reste, suite aux désillusions post-thermidoriennes, est jugé devoir correspondre à un égoïsme rejetant une tendance à une étroitesse sordide pour vouloir être éclairé, bien calculé et raisonné. Il faut donc éviter de contrarier un tel service, ce qui conduit à confirmer les règles obligeant le maître de l'affaire à tenir les engagements contractés sans lui et à rembourser les dépenses utiles ou nécessaires et permettant au juge de modérer selon les circonstances la responsabilité de l'intervenant en cas de gestion fautive. Mais, d'autre part, la gestion d'affaire témoigne d'une serviabilité suspecte. Dans la détérioration révolutionnaire des rapports de voisinage, l'individu est précisément tenté de se cantonner dans son intérêt purement personnel au point de se replier sur soi, sur ce qui le touche immédiatement, indifférent ou même méfiant à l'égard d'autrui, et dès lors s'il intervient dans l'affaire du voisin, il est vite soupçonné de se livrer à une immixtion inopportune, d'être motivé par une curiosité indiscreète et malsaine. De plus, il est suspecté d'être trop peu diligent : dans l'atmosphère sensationniste de l'époque, l'homme, étant le jouet des sensations, de leur mobile variété et de leur rapide succession, risque, après une exaltation passagère, de se laisser aller à la négligence par inconstance et légèreté. D'où les règles classiques et le strict encadrement légal qui obligent l'intervenant d'agir en bon père de famille en étant tenu comme par un mandat exprès, avec l'insistance sur l'obligation de mener l'affaire jusqu'au bout, jusqu'à la reprise par le maître de l'ouvrage ou son héritier. La loi doit faire en sorte que les hommes puissent s'entraider sans se nuire. Il reste que, comme depuis toujours, la gestion d'affaire a continué sa vie purement juridique.

L'itinéraire de l'auteur est jalonné par ses travaux dont une bibliographie, sans retenir ses études sur l'histoire d'Angers et de l'Anjou, rappelle ses ouvrages et ses nombreux articles de revues et contributions à des recueils collectifs concernant les influences juridiques et politiques de la philosophie des Lumières au cours des années qui précèdent et suivent le passage du XVIII<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle.

Jacques DAGORY

Stéphane Roux, *Le Concept de « convention nationale » sous la Révolution.*

*Contribution à l'étude de la représentation constituante*, sous la direction du Professeur François Saint-Bonnet, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2011, 669 p.

Stéphane Roux a soutenu une thèse d'histoire du droit le 5 décembre 2011 à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) portant le titre *Le concept de « convention nationale » sous la Révolution. Contribution à l'étude de la représentation constituante.*

L'ouvrage rédigé sous la direction de François Saint-Bonnet (professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)) porte sur l'histoire d'un mot ou plus précisément sur l'histoire de termes (d'une formule ou d'un concept) : « la Convention nationale ».

L'idée est la suivante : de quelle façon la nation ou le peuple, qui sont investis du pouvoir constituant, et qui sont eux-mêmes constitués d'individus en grand nombre, peuvent-ils, par le biais d'une unité, fabriquer ou tout au moins édicter la norme ? L'auteur rappelle que la solution choisie sous la Révolution française « est représentative et parlementaire : la nation exerce son pouvoir "commettant" en désignant les députés chargés d'édicter sa constitution ».

Le travail est incontestablement passionnant. Il est structuré, approfondi, efficace. Le manuscrit accompagné d'une bibliographie fouillée ainsi que de nombreuses annexes (un volume 2 extrêmement précieux de 259 pages comporte des notes de fin et annexe) est l'occasion d'une mémoire (ou d'un rappel) des mots du droit.

Des mots du droit qui relèvent de l'histoire du droit et de l'étymologie, de la sémantique et de la réalité, du principe et du contraire (sans toutefois devenir l'exception).



La première partie de la thèse a trait à la théorie et la pratique du pouvoir constituant extraordinaire et plus encore à la définition juridique du concept de « convention nationale » (la thèse, p. 41) (un chapitre I examine les conventions nationales dans le débat révolutionnaire français, c'est-à-dire la conceptualisation du pouvoir constituant extraordinaire (1789-1791) (*op. cit.* p. 43) tandis qu'un chapitre II aborde la représentation de la nation, c'est-à-dire la source juridique du pouvoir constituant extraordinaire (*op. cit.* p. 179)).

L'histoire des idées trouve ici un champ d'investigations considérable. La plume de l'auteur aime à rappeler les idées et les hommes qui ont participé à ce bouleversement de l'Histoire française. La plume de celui-ci constitue le prolongement d'un regard d'historien du droit sur ce moment si complexe où l'égalité rimait avec terreur, où la nouveauté rimait avec rancœur<sup>1</sup>.

C'est dans la première partie que sont étudiés l'origine d'un concept politique, à savoir l'exemplarité des Conventions anglo-saxonnes (la thèse, *op. cit.* p. 46)<sup>2</sup> puis l'acte constituant initial, à savoir les contraintes et les spécificités de la représentation constituante (la thèse, *op. cit.* p. 87).

La pensée de Sieyès (1748-1836) et les écueils de l'analyse classique sont envisagés avec beaucoup de soin (*op. cit.* p. 92)<sup>3</sup>. Mais la méfiance de Brissot (1754-1793) (avec le recours à une double représentation) (la thèse, *op. cit.*

<sup>1</sup> V. F. Furet et M. Ozouf, *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris, Flammarion, 2007.

<sup>2</sup> V. à cet égard, B. Cottret, *La Révolution américaine*, Paris, Perrin, 2008.

<sup>3</sup> V. J.-D. Bredin, *Sieyès. La Clé de la Révolution française*, Paris, éditions de Fallois, 1988.

[p. 435-470]

p.113) et la confiance de Sieyès (avec la perfection juridique de la représentation extraordinaire) (*op. cit.* p. 115) nourrissent également un paragraphe intitulé les attributions de la représentation constituante : la perfection de la constitution (*op. cit.* p. 112).

L'ensemble est suivi du pragmatisme de Condorcet (1743-1794) où il est examiné le renouvellement du consentement de la nation par les conventions périodiques (*op. cit.* p. 118). On retrouve la distance du mathématicien et philosophe sur les temps controversés de la Révolution française<sup>1</sup>.

Stéphane Roux rappelle à juste titre que les conventions nationales dans le débat constituaient la représentation extraordinaire en tant que palliatif juridique à l'insurrection (section III) (la thèse, *op. cit.* p. 136).

C'est encore dans la première partie de la thèse (au sein d'un chapitre II) qu'est développée (dans une section préliminaire) la chute de la royauté entre fait révolutionnaire et droit constitutionnel (*op. cit.* p. 181).

La révolution juridique que fut la réorganisation des pouvoirs avec l'initiative parlementaire de la consultation nationale, la justification constitutionnelle de la suspension du roi, la réorganisation du pouvoir exécutif et le mandat de la Convention nationale font alors l'objet d'approfondissements (*op. cit.* p. 205).

Mais l'ensemble ne suffisait pas. Il fallait également s'investir dans l'exercice par la nation de son pouvoir commettant, c'est-à-dire l'adaptation du système électoral constitutionnel, avec l'invitation adressée au peuple souverain, l'éventualité d'un suffrage « universel », les critiques du suffrage indirect et l'effectif théorique de la Convention nationale (*op. cit.* p. 223). Il fallait encore s'investir dans les limites d'un encadrement non impératif (*op. cit.* p. 243) (c'est ici que sont constatés des élections sous influences (*op. cit.* p. 243) et un contrôle minimal exercé par la Législative sur les opérations électorales (*op. cit.* p. 254)<sup>2</sup>.

Enfin, l'avènement juridique de la Convention nationale permet d'aborder (notamment) la composition de ladite Convention (la thèse, *op. cit.* p. 298). L'auteur y dévoile ses qualités de chercheur en histoire du droit (tout en apportant beaucoup à l'histoire des mots). Les chemins par lesquels il passe pour révéler ceux qui composaient la Convention nationale présentent des dangers qu'il sait contourner ou affronter.



<sup>1</sup> V. E. et R. Badinter, *Condorcet. Un intellectuel en politique*, Paris, Fayard, 1988 ; O. de Bernon, *Condorcet. Raison et connaissance*, Paris, Riveneuve éditions, 2009 ; notre compte rendu de l'ouvrage d'Olivier de Bernon, *Arch. phil. droit*, Dalloz, 2011, n° 54 p. 420 et s. ; C. Gilain et P. Crépel (dir.), *Condorcet : mathématicien, économiste, philosophe, homme politique*, Paris, Minerve, 1989 ; C. Puigelier, « Nicolas de Condorcet. Science et Constitution », in *Mots de science. Mélanges en l'honneur de Nicole M. Le Douarin* (avant-propos de François Jacob), Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 245 et s.

<sup>2</sup> V. d'une façon plus générale, C. Achaintre, *L'Instance législative dans la pensée constitutionnelle révolutionnaire (1789-1799)*, (préface de J. Rossetto), Paris, Dalloz, 2008. [p. 435-470] *Arch. phil. droit* 55 (2012)

La seconde partie de la thèse porte sur les vicissitudes de la représentation conventionnelle avec la suprématie du tout sur ses composantes (*op. cit.* p.327).

Celle-ci révèle d'une façon extrêmement intéressante le contraste entre l'étendue des pouvoirs de la Convention nationale et la vulnérabilité de ses membres. Un contraste qui – on l'a compris – donne un souffle particulier au travail de l'auteur. Il est presque possible de parler d'un rythme d'écriture de la thèse dominé par des avancées et des reculs, des espoirs et des désillusions, des vérités et des mensonges.

À preuve, le rappel des immunités parlementaires (garanties de la suprématie représentative) (*op. cit.* p. 346) précède la démonstration de la vulnérabilité politique des membres de la représentation constituante et par suite les limites constitutives des immunités parlementaires (*op. cit.* p. 414).

Il figure dans cette partie des lignes importantes sur l'enchaînement stérile des dénonciations et l'impuissance du droit parlementaire à brider les passions politiques (1792-1793) (*op. cit.* p. 421).

Stéphane Roux rappelle que la chute de l'ennemi commun le 10 août 1792 exacerbe les divergences politiques que son existence occultait jusqu'alors (*op. cit.* p. 421). Durant l'été, dit-il, la radicalisation révolutionnaire de certaines sections parisiennes et de la Commune insurrectionnelle creuse le fossé « qui sépare désormais les acteurs de ces mouvements, des législateurs soucieux de reprendre le contrôle des événements. Au mois de septembre, ceux-là mêmes qui ont tant de fois défendu la liberté de dénoncer et pratiquer la censure littéraire des "hommes publics", se retrouvent eux-mêmes dans la posture la plus exposée qui soit : celle de conventionnel, c'est-à-dire de membre d'un corps délibérant sans rival institutionnel dont les attributions sont juridiquement illimitées. Naturellement, l'importance de la mission de la Convention nationale amplifie l'exigence de probité attachée à la fonction de député. La dénonciation de ses membres suspects devient un devoir à la mesure des enjeux de son avènement. Alors même que les premières attaques personnelles sont portées, pour Danton, la sanction destinée à celui qui prétendrait conspirer au sein de l'Assemblée serait radicale :

« S'il y a des coupables dans la Convention nationale, s'il existait un homme assez pervers pour vouloir s'élever au-dessus de ses concitoyens, pour vouloir dominer son pays, sa tête tomberait demain par un jugement de la Convention nationale ; que dis-je, demain, sa tête tomberait aussitôt même qu'il serait démasqué » (*op. cit.* p. 422).

Une sous-partie de ces développements s'ouvre par ailleurs à l'étude du sacrifice de la sérénité des séances à la liberté des opinions (*op. cit.* p. 423). Comme l'écrit Stéphane Roux, Marat (1743-1793) continue, en dépit de son élection à la Convention, « dès l'ouverture de la session, de se faire l'apologiste de la défiance érigée en vertu politique » (*op. cit.* p. 423). « L'approximation est inhérente à une pratique fondée sur le soupçon. Elle lui est d'ailleurs consubstantielle puisqu'elle s'exerce à l'encontre d'agissements et de motivations que leurs auteurs sont censés dissimuler. Poursuivant ses activités

de journaliste, Marat résume très clairement sa conception de la dénonciation dans le numéro du 7 novembre 1792 de son *Journal de la République française* » (*op. cit.* p. 423).

Le soupçon, la méfiance, la dissimulation sont autant de contrastes avec l'enthousiasme parfois naïf des membres de la Convention nationale.

L'auteur, qui n'est en rien déstabilisé par ces constatations (ou ces contradictions), s'intéresse alors (au sein d'une section III du chapitre I de la seconde partie) à la préservation de l'intégrité de la représentation contre la défection de ses membres et plus encore à l'institution de la suppléance (*op. cit.* p. 463).

Le travail de celui-ci permet de découvrir (au sein d'un paragraphe relatif à la finalité originelle de la suppléance) les limites de l'imprévision (1789-1791) (*op. cit.* p. 464), la systématisation constitutionnelle de la suppléance (*op. cit.* p. 68) et l'intégrité des contingents départementaux de conventionnels (*op. cit.* p. 472).

Il permet également d'examiner (au sein du paragraphe 3 de la section III du chapitre I de la seconde partie) l'idée d'un droit éventuel à un droit acquis à siéger (*op. cit.* p. 480).

Durant plusieurs mois, souligne Stéphane Roux, des suppléants sont admis à siéger sans que personne ne réclame l'encadrement juridique d'une procédure manifestement inspirée des pratiques parlementaires antérieures (*op. cit.* p. 480). « Ce n'est que lorsque les conventionnels sont confrontés à un incident inédit qu'ils sont contraints de préciser la portée juridique des différentes étapes du processus d'admission des suppléants. Cet incident se produit le 29 avril 1793. Appelé à siéger pour remplacer Rebecqui, démissionnaire, le quatrième suppléant du département des Bouches-du-Rhône, Minvielle, est mis en état d'arrestation juste après son arrivée à Paris sur ordre du comité de sûreté générale. De prime abord, une telle initiative semble porter atteinte à l'inviolabilité parlementaire qui, rappelons-le, soumet l'adoption de la plupart des mesures restrictives de liberté contre un conventionnel à l'accord préalable de l'Assemblée. Minvielle écrit d'ailleurs à la Convention le soir même de son arrestation pour se prévaloir de cette protection judiciaire : il annonce dans sa lettre avoir vainement fait part aux autorités chargées de l'arrêter de ses "droits", tirés de sa "qualité de député", et demande en conséquence à l'Assemblée à pouvoir en "exercer les fonctions". Cet incident confronte la Convention nationale à une question inédite : Minvielle, alors même qu'il n'avait pas encore commencé à siéger, était-il couvert au moment de son arrestation, comme il le prétend, par l'inviolabilité attachée au statut de conventionnel ? Car dans cette hypothèse, les membres du comité de sûreté générale n'avaient pas le droit de le mettre en état d'arrestation de leur propre chef. Ils devaient obtenir auparavant l'autorisation de la Convention nationale » (*op. cit.* p. 480).

La thèse permet encore d'approfondir l'attribution rétrospective de la qualité de député (*op. cit.* p. 488). L'auteur affirme ainsi que l'inviolabilité des représentants ne les met en aucune façon à l'abri des mesures restrictives de

liberté autorisées ou décrétées contre eux par la Convention (*op. cit.* p. 489). « Si Minvielle était bien député au moment de son arrestation, a-t-il acquis cette qualité dès la survenance de la défaillance de Rebecqui ? Lorsqu'il a été appelé à siéger par le comité des décrets ? Ou bien lorsqu'il a répondu positivement à cet appel ? Cette imprécision souligne le caractère circonstanciel d'une décision dont la portée juridique apparaît de fait, encore ambiguë » (*op. cit.* p. 489). On perçoit par conséquent l'inadaptation du statut des conventionnels à l'exercice serein d'une souveraineté collective (chapitre II de la seconde partie) (*op. cit.* p. 491).

On perçoit d'autant plus celle-ci que l'auteur n'a pas hésité à s'atteler au rappel de l'élimination juridique des opposants politiques (*op. cit.* p. 494) puis à une représentation départementalisée avec les limites de l'exploitation politique de la suppléance parlementaire (*op. cit.* p. 569).

Stéphane Roux achève la seconde partie de son travail doctoral avec la juridictionnalisation de la procédure parlementaire de mise en accusation des conventionnels (*op. cit.* p. 608). Il souligne que sur le plan judiciaire le 9 thermidor ne met pas fin à la justice révolutionnaire mais il provoque son réaménagement progressif vers le retour à une justice moins rigoureuse (*op. cit.* p. 608).

La protection des droits de l'accusé devant la représentation nationale avec la loi du 8 brumaire an III (*op. cit.* p. 611) puis la mise en œuvre d'une nouvelle garantie qu'est la poursuite des anciens terroristes (*op. cit.* p. 621) retiennent ici son attention.

C'est un peu plus tard qu'il affirme que l'insurrection du 12 germinal an III provoque une série d'arrestations spontanées : « huit députés sont décrétés d'arrestation le jour même, sans rapport préalable, et sans pouvoir être entendus pour se justifier, sur les allégations les plus vagues avancées par leurs dénonciateurs ; neuf autres suivent le 16 germinal, à l'issue d'un rapport du comité de sûreté générale dont l'orateur s'attache à souligner la portée purement suggestive ; un autre le 29 de ce mois. Dix-huit conventionnels sont donc sommairement décrétés d'arrestation, pour les motifs les plus divers : le soutien verbal ou les encouragements aux émeutiers imputés aux députés dénoncés suffisent à motiver plusieurs de ces arrestations ; d'autres sont mis en cause pour le rôle qu'ils auraient joué dans le déroulement même de l'insurrection. Les rares voix qui s'élèvent pour critiquer cette pénalisation des opinions se révèlent impuissantes, face à l'émotion provoquée par l'insurrection. Illustration de l'assimilation de ces décrets à de simples mesures de sûreté, les treize députés capturés ou qui se rendent sont éloignés de Paris par la Convention nationale » (*op. cit.* p. 629).



Stéphane Roux affirme dans une conclusion générale que c'est le 10 août 1792 que le concept de « convention nationale » quitte le champ politique pour devenir pleinement juridique (*op. cit.* p. 641).

Le processus constituant qu'ouvrent les membres de l'Assemblée législative est contraire à la lettre des dispositions complexes relatives à la révision constitutionnelle (*op. cit.* p. 641). Mais celui-ci est conforme à un principe fondamental : celui de l'inaliénabilité de la souveraineté nationale, « entraînant la capacité, pour la nation, de changer librement de constitution » (*op. cit.* p. 641). « Seule la nation, entité collective concrète et agissante au sein de ses assemblées primaires, dispose du droit de provoquer la réforme de l'ordre constitutionnel existant » (*op. cit.* p. 642).

Toutefois, ce procédé extraordinaire présente un revers ou plus simplement une contrepartie. La nation peut matériellement s'assembler (extraordinairement) et exprimer une volonté distincte de celle de ses représentants (*op. cit.* p. 642). C'est tout l'attrait de ce travail que de rappeler un droit parlementaire contradictoire et incertain.

Et l'auteur de conclure par ces belles et impressionnantes phrases : « Le constat que la majorité parlementaire peut errer, être trompée, manipulée à des fins partisans, ne suffit pas à remettre en cause la capacité pour la Convention nationale de poursuivre ou suspendre ses propres membres. Issue de la volonté de permettre l'expression libre d'une volonté constituante extraordinaire, l'expérience conventionnelle met alors tragiquement en lumière les limites du droit à tempérer les passions politiques les plus extrêmes, ainsi que les dangers d'une conception exclusivement collective de la représentation constituante » (*op. cit.* p. 644).

C'est dire si de la mémoire des mots du droit à la mémoire des mots du non-droit (ou des mots de la violence) il peut n'y avoir qu'un pas.

Catherine PUIGELIER

Stamatios Tzitzis, *Introduction à la philosophie du droit*, Vuibert, 2011, 284 p.

C'est en lui donnant la forme d'un tableau historique que Stamatios Tzitzis, directeur de recherche au Centre national de la recherche scientifique, propose une *Introduction à la philosophie du droit*. L'ouvrage publié dans une collection de manuels pour étudiants se révèle précieux même aussi pour les juristes plus avancés dans la connaissance du droit. Sur un parcours de plus de deux millénaires et demi, depuis la plus haute Antiquité grecque jusqu'au XX<sup>e</sup> siècle de notre ère, sans de loin prétendre être exhaustif, il montre l'évolution des concepts et des courants intellectuels à travers la présentation, assortie de nombreuses notes de références, des principaux penseurs en matière de justice et de droit.

Il laisse transparaître l'idée d'un fil directeur au cours de cette longue durée : à l'origine, l'esthétique juridique d'une justice ontologique qui, dans l'ancienne pensée de la Grèce antique, reflète l'équilibre et l'harmonie du monde, impliquant un droit objectif, extérieur aux déterminations volontaires des hommes ; puis le passage à la modernité qui, toujours ici montrée sous ses diverses formes dans sa confrontation et même son opposition à l'hellénisme de base, privilégie la condition humaine et favorise une conception individualiste et subjective de la justice, qu'il s'agisse des individus eux-mêmes ou de l'État personnifié dont la volonté collective des uns ou de l'autre est en principe la seule source du droit.

Une large part de l'ouvrage est réservée à l'Antiquité grecque, dont la pensée a elle-même évolué. Dans la Grèce du VI<sup>e</sup> siècle avant notre ère, la justice traduit l'ordre humain et divin du « cosmos » éternel et parfait : elle sous-tend un droit esthétique se réglant sur la nature (« phusis »), la totalité de l'être, objet d'une contemplation admirative. Elle est personnifiée principalement par les déesses Thémis et Dikè, ainsi que par Némésis, chargée de venger les violations toujours fautives de l'homme quand celui-ci, par sa démesure (« hubris »), porte atteinte, dans l'univers social, à la beauté du monde, laquelle doit alors nécessairement être rétablie, remise en ordre. Cette notion de justice inspire les philosophes présocratiques, comme aussi les sages législateurs ou nomothètes des cités, tels, malgré leurs différences, le sévère Lycurgue à Sparte et surtout, pour Athènes, Solon dont la maxime « rien de trop » dénote l'esprit de mesure et de modération.

Après le trouble provoqué par les sophistes et leurs diverses critiques dérangeantes et perspicaces de l'ordre traditionnel, Platon et Aristote recentrent l'esthétique de la justice sur la morale politique et sur le parfait citoyen (« kalokagathos politès »). Platon fait de la justice une idée archétypale et transcendante : elle est la vertu générale et suprême harmonisant les autres vertus à l'intérieur de l'homme, mais aussi dans la cité gouvernée par les magistrats-philosophes ou le philosophe-roi s'élevant de la beauté sensible qui apparaît dans le monde phénoménal à la beauté intelligible présente dans la belle cité (« kallipolis »), dans la réalité invisible des formes idéelles, objet du véritable savoir (« épistémè ») conduisant au souverain bien, un tel modèle étant peut-être jugé susceptible de recevoir éventuellement une application effective sous réserve d'accommodements pragmatiques. Aristote, sans ignorer la justice générale, en dégage la justice comme vertu particulière, spéciale au juste politique (« dikaion politikon »), aux rapports sociaux dans la cité : elle est une disposition de l'âme (« hexis psuchès ») permettant d'atteindre le milieu juste, bien équilibré entre l'excès et l'insuffisance, le trop et le trop peu, et, dans sa fonction distributive, dont la fonction correctrice ou commutative ne fait subsidiairement que compenser la rupture d'un équilibre pré-établi, elle met en œuvre une égalité proportionnelle, attribuant à chaque membre de la société ce qui lui revient selon son mérite (« kat'axian ») selon sa place et son rôle, et ainsi découvre, grâce à la prudence (« phronèsis ») du juge à l'occasion des litiges entre individus, un droit distinct de la morale, un droit naturel tiré



de la nature des choses, des conditions sociales et politiques dans lesquelles vivent les citoyens.

Dans la société hellénistique cosmopolite, à côté de l'épicurisme conseillant le bonheur d'un plaisir raisonné associé à une justice résultant d'un accord utilitaire entre les hommes, c'est surtout le stoïcisme qui se développe et se renouvelle en trois phases successives sur plusieurs siècles. L'ancien stoïcisme, hellénique, pose les fondements de la doctrine : le monde, ou « cosmos », doit sa beauté harmonieuse au « logos » divin qui l'imprègne de sa présence immanente et fait de lui un macrocosme englobant le microcosme qu'est l'individu, lequel peut alors vivre en se conformant à la nature universelle et à ses lois, c'est-à-dire selon la justice à la fois morale et juridique. Le stoïcisme romano-hellénique est connu et représenté principalement par Cicéron : la loi divinement naturelle, vraie et droite raison (ratio) ou « logos », exprime l'ordre esthétique du monde dont fait partie l'homme qui trouve dans le rapport interne de son instinct du juste avec la juste organisation de l'univers la source de la justice et du droit dans la cité et dans l'humanité. Le nouveau stoïcisme est contemporain de l'empire romain et, selon Marc-Aurèle, le sentiment de l'existence subjective s'harmonise, dans la mobilité des choses, avec les métamorphoses apparentes de l'être unique et total dans lequel l'individu, ayant, au cours de sa vie, avec un courage serein, accompli sa tâche dans un sentiment d'amitié qui le relie aux autres hommes, est finalement destiné à se fondre.

La conception romaine de la justice, et plus précisément de la justice distributive, dépend de la philosophie grecque, mais, en même temps qu'elle se trouve plus centrée sur le droit lui-même, elle apporte des perspectives nouvelles faisant déjà présager la modernité. Il convient même de distinguer, chez les Romains, les philosophes et les juristes. Pour Cicéron, transposant la pensée grecque dans la culture latine et se montrant plus proche d'Aristote, la justice est une vertu, une habitude de l'âme qui, tout en sauvegardant l'intérêt commun, attribue à chacun la dignité qui lui est propre (« *justitia est habitus animi, communi utilitate conservata, suam cuique tribuens dignitatem* »), ou qui veille à faire une distribution à chacun selon la dignité (« *ut pro dignitate cuique tribuatur* »). Dans le *Digeste*, pour Ulpien, elle est la volonté constante et continue de rendre à chacun son droit (« *justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuens* »). Alors, la justice n'est plus une activité ontologique n'ayant la volonté que pour moyen, mais une activité essentiellement volontaire par elle-même : elle annonce le volontarisme, celui de Dieu ou de l'homme et le positivisme juridique. D'autre part, elle porte sur le « *jus suum* », mis à la place de la « *dignitas* », et, par là, le droit devient, non plus l'instrument de la justice, mais l'objet de la justice qui la distribue dans les échanges. Voilà des questions sur lesquelles, après la renaissance du droit romain dans un milieu chrétien, discutent les glossateurs et les post-glossateurs médiévaux.

Les théologiens rattachent la justice à la foi chrétienne et en retiennent d'abord le sens biblique. En même temps, les uns entendent christianiser la tradition antique, tels saint Ambroise et saint Augustin qui, marqués par Platon et Cicéron, mettent en valeur la sagesse divine et, dans l'homme, la justice assimilée à la vertu morale suprême et intégrale, tout en faisant une place à sa fonction d'équilibre dans les rapports sociaux. Saint Thomas, utilisant l'apport de la pensée aristotélicienne, reconnaît pleinement, certes subordonnée à la foi, l'autonomie de la raison et, distinguant la morale et le droit, extrait de la justice générale la justice propre à l'organisation de la société. Mais une autre tendance se fait jour, qui insiste sur la toute-puissance de la volonté de Dieu, supérieure même à l'ordre naturel qu'il a créé et dans lequel le droit émane de l'autorité de la souveraineté divine. Tel est le volontarisme juridique de Duns Scot et de Guillaume d'Occam. Il est moins radical chez Suarez qui, proche du nominalisme occamien avec une part de réalisme thomiste, fait du droit naturel l'expression de la volonté de Dieu auteur de la nature et de ses lois, mais dont la nature rationnelle de l'homme est capable d'en découvrir la signification concernant le juste et l'injuste : tentative d'alliance entre la volonté de Dieu et la raison humaine.

Le droit naturel moderne, issu de la deuxième tendance théologique, se réfère, non pas, comme dans la tradition grecque, à la nature des choses, mais à la nature humaine. Déjà présent chez Bodin qui le distingue dans l'interprétation par le prince de la volonté divine, il devient prédominant aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles, exposé par des théoriciens généralement de confession protestante. Grotius, tenu pour en être le véritable fondateur, en trouve la source dans la nature sociable et raisonnable de l'homme dont la raison est capable par elle-même, à l'extrême limite sans relation à Dieu, d'en reconnaître la validité. À côté de cette conception rationaliste se développe une conception volontariste faisant dépendre ce droit naturel de la volonté de Dieu présente dans la nature de l'homme, avec Pufendorf, Cumberland et même Barbeyrac cherchant un compromis entre puissance divine et rationalité humaine. Prolongeant et dépassant la théorie du droit naturel, Kant l'intègre dans sa philosophie morale reposant sur le pouvoir de la raison et l'autonomie de la volonté dans la personne humaine : le droit naturel s'impose comme impératif catégorique de la raison pure pratique moralement obligatoire pour l'État, lequel établit un droit positif qui, comme impératif hypothétique sanctionné par la contrainte, s'impose aux citoyens soumis à une obéissance inconditionnelle ; mais, en même temps, tiré d'une raison « a priori » et réduit au seul principe de la loi de liberté et du devoir, il apparaît plus formel que substantiel, moins proprement naturel que purement rationnel. À un niveau d'une bien moindre hauteur, chez Morelly ou Volney, une notion matérialiste de la nature sous un déisme de façade conduit à un droit naturel de caractère naturaliste.

Parallèlement à celle du droit naturel moderne, la théorie du contrat social, parfois esquissée antérieurement, se construit à la même époque et s'oppose encore plus radicalement à l'esthétique objective du droit de

l'Antiquité grecque, en se fondant, non plus sur le rapport au monde, mais sur le sujet individuel. Abstraitement considéré, l'homme est supposé vivre originellement dans un état anarchique de nature, il n'est pas reconnu comme étant naturellement social, mais il le devient par l'artifice volontaire d'un contrat que, d'après une deuxième supposition, il conclut avec les autres individus pour former la société politique. Les orientations varient selon l'anthropologie des théoriciens. Pour Hobbes, les hommes, voulant surmonter la peur engendrée par la violence de leur instinct de conservation, créent par contrat une société avec un pouvoir étatique qui, sous réserve d'assurer la sécurité, exerce un absolutisme monocratique. Pour Locke, l'homme à l'état de nature est d'abord raisonnable et possède déjà des droits subjectifs que le peuple s'accorde à faire protéger en vertu d'un pacte établissant une justice publique dans un régime politique de liberté individuelle et de distinction des pouvoirs étatiques. Pour Rousseau, l'homme ressent le juste plus qu'il ne le raisonne dans un état de nature qui s'est peu à peu dégradé, et le contrat social, sur le modèle inversé du contrat hobbesien, afin de transformer l'homme en citoyen, lui fait transférer sa liberté naturelle, non pas à une autorité distincte, mais au corps du peuple et lui confère une liberté civile consistant à participer, tout en s'y soumettant, à la volonté générale, au pouvoir collectif : exemple d'un absolutisme démocratique.

La réflexion philosophique porte aussi sur le droit concrètement existant, comme en témoignent deux auteurs qui s'attachent à son étude, mais en étant marqués, l'un par l'atmosphère des Lumières, l'autre par celle du romantisme politique allemand au début du XIX<sup>e</sup> siècle. Montesquieu, par l'examen empirique et scientifique des institutions juridiques de nombreux pays anciens ou modernes, par la pratique d'un droit comparé rappelant la méthode aristotélicienne, cherche à faire ressortir l'esprit général des lois à partir des conditions politiques et sociales, naturelles et culturelles, qui en sont la source, à mettre ainsi en lumière la spécificité juridique propre à chaque nation dans un espace et un temps donnés ; mais il est aussi porté à faire comprendre sa préférence pour les gouvernements modérés, pour les régimes politiques ayant la liberté légale comme objet. Environ soixante-dix ans plus tard, Savigny, centrant à dessein son étude sur le milieu germanique, entend découvrir l'esprit du peuple dans l'histoire de son droit, dans la mémoire collective de son passé juridique, dans les lois et coutumes traditionnelles qui sont intégrées dans la vie organique de la communauté et qui traduisent le génie juridique du peuple ainsi considéré ; mais il veut aussi s'opposer aux théories jusnaturalistes et aux tendances codificatrices, fonder un courant de pensée avec l'école historique du droit.

Dans le XX<sup>e</sup> siècle, trois juristes sont retenus, représentant des orientations différentes. Kelsen, rejetant les conceptions juridiques antérieures, construit une science du droit positif traduisant un positivisme normatif et formaliste, une théorie pure, purifiée de toute confusion avec les sciences factuelles, notamment sociologiques, comme aussi, dans les sciences normatives elles-

mêmes, avec la science morale : ayant sa propre valeur, elle a pour objet la stricte validité des normes rattachées à une hypothèse logique originelle qui doit garantir la cohérence du système où juridiquement la légalité l'emporte sur la légitimité, la forme sur le contenu. Michel Villey, tout au contraire, entend réactualiser le droit naturel classique de la tradition aristotélicienne : le droit est distingué de la loi morale inspirant le jusnaturalisme moderne lui-même source d'incertains droits subjectifs de l'homme abstrait ; mais aussi, d'autre part, il déborde très largement la loi positive, elle-même simple élément de la nature des choses de l'ensemble socio-politique où le juge, par sa recherche prudentielle, découvre et indique le droit, c'est-à-dire la chose juste, le juste partage entre les individus ou les groupes, l'équilibre proportionnel tiré de la réalité mêlant l'être et le devoir-être, les faits et les valeurs. Rawls, présentant dans le courant du libéralisme américain une conception de la justice qui porte à un plus grand degré de généralité et d'abstraction la théorie du contrat social, suppose un accord originel des partenaires créant un ordre juste avec leur choix normalement rationnel des principes fondamentaux et prévoyant un droit égal pour chacun au système qui assure un maximum de libertés égales pour tous et qui soit compatible avec le même système pour les autres, étant entendu que les inégalités sociales et économiques doivent être avantageuses pour chacun et librement accessibles à tous : théorie d'une justice morale et juridique dans l'idéal d'une démocratie sociale.

Pour compléter l'initiation à la philosophie du droit, l'ouvrage comprend une bibliographie et un index des noms propres et des matières, et même, à l'intention des étudiants, deux annexes proposant, l'une des conseils pour la rédaction d'une dissertation et l'autre des thèmes de dissertations avec des renvois aux passages de l'ouvrage où ils sont développés.

Jacques DAGORY