

---

TROPER Michel, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1994, 358 p.

## Les leçons de Michel Troper : vingt-deux variations sur l'État comme objet juridique

Comme il l'indique par le titre même de son livre, M. Troper a voulu composer une manière de manifeste « pour une théorie juridique de l'État ». La lecture de l'ouvrage ne permet guère d'en douter : en rassemblant vingt-deux articles<sup>1</sup> d'une production scientifique qui s'étend sur une vingtaine d'années (de 1974 à 1993 en l'occurrence), l'auteur poursuit bien une visée prescriptive. N'expose-t-il pas tout au long de ce travail comment une science du droit digne de ce nom doit poser ses concepts, construire ses thèses et ses théories ? Pour servir pareil programme épistémologique, M. Troper analyse les mots de la langue juridique comme ceux de la science du droit, il en dégage le(s) sens, les remet à leur place, après la critique méthodique de leurs usages. Prévenons d'emblée tout malentendu : la théorie juridique de l'État dont il est ici question n'a surtout pas pour ambition, affichée ou implicite, de faire bouger le droit. Si on peut la dire prescriptive, c'est uniquement dans le sens où elle veut contribuer à une connaissance authentiquement scientifique du droit, et qu'elle en définit sur le mode critique les conditions de possibilité. « Si l'on veut construire une science du droit, écrit M. Troper<sup>2</sup>, il faut donc nécessairement la concevoir comme extérieure au droit lui-même [...]. La science du droit, poursuit-il<sup>3</sup>, en tant que science, doit se borner à connaître son objet, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas chercher à le modifier, et qu'elle ne doit tenter de connaître que ce qui est connaissable. » Autant dire que « si la science du droit doit décrire un objet qui lui soit extérieur et qui ait une existence empirique, cet objet est le droit positif et ne peut être que le droit positif »<sup>4</sup>.

### Montages

D'un positivisme intransigeant, le parcours de M. Troper est construit avec une implacable rigueur. Reste que les vingt-deux éléments qui le composent forment un système théorique complexe dont l'unité et la

1. L'ouvrage se constitue en effet de vingt-deux articles déjà publiés. Au document de la page 355 qui en précise l'origine, on ajoutera que le texte tenant lieu de préface à lui-même fait l'objet d'une publication, sous le même titre « Sur la théorie juridique de l'État », dans la revue *Le Débat*, n° 74, 1993, p. 81 à 93.

2. Cf. le chapitre 1 de l'ouvrage évoqué ici, p. 31.

3. *Ibid.*, p. 35.

4. *Ibid.*, p. 38.

cohérence n'excluent nullement de fortes tensions. Œuvre d'une pensée exigeante, la théorie juridique de l'État dont il est ici question prend forme et sens dans un texte dense qui requiert une lecture active et spécialement vigilante. À cela, trois séries de raisons principales.

D'abord, il y a la forme même de la démonstration. Chacun des chapitres offre une étude aboutie et se suffisant à elle-même, mais il remplit encore une fonction déterminée au sein d'un montage intellectuel dont il est par ailleurs tributaire. Pour soutenir sa théorie juridique de l'État, M. Troper commence par la situer au cœur même de la « théorie générale du droit » — tel est le propos de la première partie de son livre. Il la fait voir ensuite du point de vue de la « théorie du droit constitutionnel » qui donne à la deuxième partie son intitulé.

Derrière ce montage, un itinéraire de recherche d'apparence paradoxale puisqu'il feint d'ignorer, ou peu s'en faut, son propre objet : l'État. La table du volume pourrait en inquiéter plus d'un : l'État n'y figure expressément qu'entre les pages 141 à 198, à la rubrique : « Théorie de l'État ». Encore convient-il d'insister sur le statut mineur réservé à cette dernière qui ne forme qu'un troisième titre au sein de la première partie. Pour n'être pas évidentes, les raisons d'un pareil agencement ne sont pas ici moins nécessaires. Mais n'allez surtout pas attendre de ce livre qu'il décrive la réalité matérielle de l'État ! Cette chose-là, l'auteur n'en a cure. Non pas parce qu'elle serait dépourvue d'existence réelle, mais parce que l'État de M. Troper, comme celui de Kelsen est, d'abord, un concept juridique, et qu'il n'existe pour lui « aucun concept d'État qui ne présuppose un concept juridique »<sup>5</sup>. Voilà pourquoi une réflexion juridique sur l'État trouve logiquement place dans la théorie générale du droit : au lieu que l'État soit au principe de la théorie juridique se proposant de le décrire, comme s'il s'agissait d'un objet empirique préexistant à une quelconque formalisation, la théorie juridique est plutôt ce qui produit l'État. M. Troper a cette formule dont on imagine bien la réception par la science politique française : « Ce n'est pas l'État qui définit le droit, mais le droit, la forme juridique, qui définit et constitue l'État »<sup>6</sup> !

Le choix d'organiser la deuxième partie du livre autour de la théorie du droit constitutionnel ne manque pas, lui non plus, de solides justifications : pour l'auteur, c'est l'occasion de mettre en situation les thèses avancées dans un premier temps de l'argumentation. En outre, plus que tout autre champ juridique, le droit constitutionnel est considéré comme l'expression même du droit politique de l'État : il offre donc à ce titre un terrain d'investigation privilégié à qui veut analyser le sens juridique de l'État.

Une deuxième série de raisons vient du « combat » singulier que l'auteur, inlassablement, poursuit avec Kelsen. L'œuvre de M. Troper donne sous cet angle l'impression d'être tiraillée par deux certitudes contrastées.

• Elle porte, c'est sûr, la marque indélébile d'un engagement kelsenien<sup>7</sup>. La théorie pure du droit y joue le rôle d'une référence nécessaire dont l'émergence provoque la division de l'histoire de la pensée juridique entre un avant et un après Kelsen. Sans doute ne serait-il pas sérieux de dire que pour M. Troper le normativisme constitue toujours l'horizon indépassable de la science juridique, mais cette théorie a trop remué les

5. *Ibid.*, p. 153.

6. *Ibid.*, p. 159.

7. Nombre d'études ne figurant pas dans l'ouvrage présenté ici témoignent de cet engagement kelsenien. Cf. pour illustrations : « La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amselek », *Revue du droit public et de la science politique*, 1978, p. 1523 à 1536 ; « La doctrine et le positivisme ! À propos d'un article de Danièle Lochak », dans *Les usages sociaux du droit*, travaux du CURAPP, Paris, PUF, 1989, p. 286 à 292 ; « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », dans P. AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 310 à 325.

approches du droit pour laisser les juristes libres de choisir ; les voici condamnés à penser et à agir dans un univers mental définitivement transformé par ce positivisme-là<sup>8</sup>. Une chose est sûre : l'ensemble des contributions écrites au cours de la période 1974-1993 et agencées ici pour servir et illustrer « une théorie juridique de l'État » réfléchissent un style d'investissement, propre à M. Troper, dans l'œuvre kelsénienne.

C'est en prenant appui sur la théorie pure du droit qu'il entreprend la déconstruction systématique de ce qu'il appelle la doctrine traditionnelle. Non seulement il en conteste les prétentions normatives, avouées ou dissimulées, mais il démontre la vanité de ses méthodes d'analyse : qu'il s'agisse des classifications utilisées par les constitutionnalistes à la manière de choses qui préexisteraient aux régimes politiques étudiés, du dogme de la séparation des pouvoirs dont la doctrine n'a jamais été conçue par Montesquieu, ou encore des illogismes auxquels conduit le mythe de l'État de droit<sup>9</sup>, pour ne rien dire d'une approche classique qui continue de situer l'interprétation du côté des actes de connaissance plutôt que d'y voir, comme le réalisme le commande, un acte de volonté...<sup>10</sup>, etc.

Une fois passé au crible des exigences d'un positivisme authentique, tout ce par quoi la théorie usuelle prétend connaître et faire connaître le droit positif se ramène à du matériel idéologique, voué au service des causes les plus contradictoires<sup>11</sup>.

C'est toujours en assumant l'intransigeance logique du programme kelsénien que M. Troper peut, selon ses termes, « envisager de renverser la perspective traditionnelle » en matière de théorie de l'État, c'est-à-dire « tenter d'expliquer la théorie de l'État par l'État » plutôt que de vouloir « expliquer l'État par une théorie de l'État »<sup>12</sup>. Ce renversement, l'auteur l'accomplit en des termes déjà cités mais qu'il importe de rappeler, tant ils résument à eux seuls la radicalité singulière de la démarche : « Ce n'est pas l'État qui définit le droit, mais le droit, la forme juridique, qui définit et constitue l'État. »

• Si le texte de M. Troper laisse toujours parler celui de Kelsen, cette intervention du chef de l'École de Vienne est organisée sur le mode critique. Ce n'est pas tant l'économie de la théorie pure qu'il s'agirait d'actualiser pour mieux lui rendre hommage, que le « kelsénisme » qu'il importe d'inventer. Cette tâche à laquelle il se donne depuis le départ conduit M. Troper à penser loin de Kelsen, et parfois même contre lui. L'ouvrage évoqué ici fait prendre toute la mesure de cette mise à distance critique. Ainsi, de la même manière qu'il défend le positivisme contre les lectures erronées ou biaisées qu'en propose la doctrine courante des privatistes comme des publicistes<sup>13</sup>, l'auteur scrute les faiblesses<sup>14</sup>, incohé-

8. Pour un constat analogue, encore que son auteur en tire une tout autre perspective de recherche, cf. F. EWALD, *L'État Providence*, Paris, Grasset, 1<sup>re</sup> éd. 1986. Dès l'introduction de son ouvrage, l'auteur se dit condamné au positivisme « parce que la conjoncture épistémologique nous y contraint. Elle s'est peu modifiée depuis que Kelsen a formulé le programme d'une théorie pure du droit : relativité des valeurs, impossibilité d'articuler le droit positif sur un droit naturel, absence de toute référence possible à une objectivité transcendantale » (p. 41).

9. Sur cette question particulière on lira encore l'étude consacrée par M. TROPER au « concept d'État de droit », et publiée par la revue *Droits*, n° 15, 1992, p. 51 à 63.

10. Voir plus spécialement, dans le volume *Pour une théorie juridique de l'État*, le titre 2 de la deuxième partie, intitulé : « Méthodologie ».

11. Cf. en particulier l'analyse que donne ici M. TROPER de la controverse née du refus du président de la République de signer les ordonnances de l'article 38, p. 275 à 289. Sur cette affaire, voir aussi l'analyse politiste de D. GAXIE : « Jeux croisés : droit et politique dans la polémique sur le refus de signature des ordonnances par le président de la République », dans *Les usages sociaux du droit*, travaux précités du CURAPP, p. 209 à 229.

12. Extraits de la p. 195.

13. Cf. ci-dessus les références de la note 11.

14. À propos de la théorie kelsénienne de l'interprétation par exemple, M. TROPER note (*Pour une théorie juridique de l'État*, p. 86) : « À y regarder de plus près, la présentation par le maître de Vienne de l'interprétation n'est exempte ni de particularités ni de faiblesses. » D'où la critique qu'il développe dans un texte intitulé : « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », p. 85 à 94.

15. Concernant l'approche kelsénienne de la notion de système juridique (cf. le chapitre X « Système juridique et État », p. 161 à 176), on lit, par exemple, p. 173 : « Si Kelsen affirme que la norme juridique est la signification objective d'un acte de volonté, comment peut-il dire que cette signification lui est conférée par une norme supérieure, si cette norme est elle-même une signification ? Comment une signification pourrait-elle conférer une signification ? »

16. M. TROPER ne manque pas une occasion de mettre Kelsen en contradiction avec lui-même. C'est le cas lorsque le théoricien de la « pureté » est pris en flagrant délit d'attitude partisane. Cf. notamment p. 79 où l'auteur écrit : « On peut constater, d'une manière générale, que Kelsen s'écarte sérieusement du principe de pureté qu'il proclame avec tant de force. Il ne se borne pas, en effet, à décrire le droit tel qu'il est, mais énonce des préférences. » C'est encore le cas du principe kelsénien d'identité complète des concepts d'État et d'ordre juridique dont notre auteur montre le fonctionnement contradictoire puisqu'il conduit Kelsen à rechuter purement et simplement dans la vieille doctrine dualiste dont il prétendait se déprendre (cf. p. 158).

17. Échec de la théorie kelsénienne, tel est le diagnostic de M. TROPER au terme de son analyse des relations entre propositions de droit et jugements de valeur dans le texte des deux éditions de la théorie pure. Voir en ce sens, p. 54.

rences<sup>15</sup>, contradictions<sup>16</sup> et autres échecs<sup>17</sup> de la théorie kelsénienne.

C'est l'œuvre entière de M. Troper qui combine ces deux registres : son propos consiste toujours à faire retour sur Kelsen pour mieux le prendre en défaut. Qu'il s'agisse de la théorie du droit, de la théorie de la science du droit, ou bien entendu de celle de l'État, M. Troper part des présupposés kelséniens pour en traquer les usages par/dans la théorie pure. Ce détour lui permet de faire prévaloir une autre conception de l'ordre juridique, de la théorie de la science du droit, ainsi qu'une autre conception juridique de l'État.

Mais à ces limites internes du normativisme que l'examen du discours kelsénien lui permet d'identifier, M. Troper en ajoute d'autres que l'évolution de la pensée juridique contemporaine lui impose. Surtout regardé à la lumière de la théorie réaliste de l'interprétation<sup>18</sup>, le modèle de la pureté connaît une épreuve de « vérité » autrement redoutable.

On trouve ici une troisième série de raisons à la complexité en même temps qu'à la nécessité de notre livre : en même temps qu'il établit l'actualité persistante de Kelsen contre ce qu'on pourrait appeler la « doxa » juridique, M. Troper s'arrête sur tout ce qui compromet la logique du discours de la théorie pure. Et ce double travail de déconstruction est d'autant plus impressionnant qu'il sollicite les principaux courants de la réflexion juridique d'aujourd'hui. La constatation n'a rien d'innocent car, dans le matériau ainsi mobilisé, des perspectives contrastées dont il faut assurer la cohérence se laissent entrevoir. Le texte de M. Troper démontre ainsi toute sa force : il réussit à nous convaincre que la pyramide kelsénienne est toujours debout, non sans démontrer que l'idée même d'une hiérarchie des normes se dissout dans la théorie réaliste de l'interprétation puisqu'aussi bien l'interprète dont elle nous parle n'est jamais soumis qu'à sa volonté propre ! Pour peu que ce dernier soit un organe capable de fournir « une interprétation authentique », non susceptible d'être contrôlée, force est alors d'admettre qu'« un ordre juridique est formé d'autant de pyramides qu'il y a d'ordres de juridictions, le sommet de chacune de ces pyramides étant constitué des normes que la cour suprême de cet ordre de juridiction énonce par la voie de l'interprétation »<sup>19</sup>. La métaphore de la pyramide des normes est alors, pour le moins, soumise à révision. D'autant que la même théorie réaliste permet, selon l'auteur, « de faire l'économie de la norme fondamentale »<sup>20</sup>. Peut-être voit-on mieux maintenant pourquoi on a pu soutenir plus haut que la pensée de M. Troper reposait sur de fortes tensions : en faisant sienne la théorie réaliste de l'interprétation, il ne se donne pas seulement les moyens de rendre explicites les présupposés les plus naïfs et les certitudes les plus inacceptables de la doctrine académique, il dévoile du même coup la grande vulnérabilité de la problématique du droit et de la science du droit. D'où cette tension du texte qui exige du lecteur une vigilance sans relâche : le voilà juge d'un projet consistant à mettre la théorie kelsénienne à l'épreuve, tout en faisant subir l'épreuve de cette même théorie à la doctrine traditionnelle des juristes.

---

18. M. TROPER la ramène à une proposition simple : « Voilà donc, écrit-il page 334, l'essence de la théorie réaliste de l'interprétation : le véritable législateur n'est pas l'auteur du texte, c'est l'interprète. »

19. Cf. p. 94.

20. *Ibid.*

Ce ne sont évidemment pas les quelques lignes qu'on lui consacre ici qui rendront justice à la subtilité en même temps qu'à l'importance du travail de M. Troper. Aussi, plutôt que de chercher à rendre compte de ses développements, mieux vaut en relever quelques traits saillants. L'accent vient d'être porté sur l'une des « clés » de l'ouvrage : la part déterminante de l'interprétation dans le processus de production et de formalisation de la norme juridique <sup>21</sup>. S'il fallait, parmi les autres ouvertures marquantes pratiqu es par M. Troper, n'en retenir qu'une, ce pourrait être le traitement — parfois inattendu dans une œuvre que ne cesse d'informer la théorie pure du droit — des liens du juridique et du politique. Sur ce thème, l'auteur multiplie les variations : il nous entretient indifféremment des liens entre juristes et politistes, entre théorie du droit et théorie politique <sup>22</sup>, ou beaucoup plus abstraitement, ainsi que l'exige le commentaire critique d'une ontologie qui sépare le *sein* et le *sollen*, des rapports de la norme et du fait <sup>23</sup>.

Pour dissiper les malentendus et les réserves que provoque traditionnellement la référence insistante à la pureté, M. Troper rappelle ce que Kelsen a toujours énoncé, que la pureté ne saurait engager que la seule théorie du droit <sup>24</sup>. Elle est, cette notion, au principe même d'un positivisme qui refuse de confondre pratique scientifique et activité normative. Une science du droit ne peut qu'être purement descriptive et ne peut concerner que le droit tel qu'il est. « Elle ne comporte pas de normes, dit l'auteur, pas de descriptions, pas de jugements de valeur, mais des propositions qui décrivent des normes et qui, par conséquent, sont susceptibles d'être vraies ou fausses et, dans certaines versions du positivisme, vérifiables empiriquement <sup>25</sup>. » S'écarter de cet impératif de neutralité, c'est compromettre la constitution d'une science du droit authentique, car celle-ci « doit se borner à connaître son objet, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas chercher à le modifier et qu'elle ne doit tenter de connaître que ce qui est connaissable » <sup>26</sup>. Ne rien préconiser, parler exclusivement de ce dont on peut parler, voilà l'attitude dont un pur positiviste ne doit jamais se départir.

Ces contraintes méthodologiques perdent tout sens là où il s'agit de s'interroger sur les caractères propres du droit. Celui-ci ne saurait être pur : exprimant la volonté des hommes qui le font, il est de ce seul fait tout imprégné de politique. Le positivisme de M. Troper est donc profondément allergique à la thèse admise dans la doctrine courante des juristes d'une antinomie entre droit et politique. Le rejet de cette thèse ne vaut évidemment pas adhésion à l'idée contraire d'une totale confusion des deux registres. Il signifie qu'il est faux de présupposer que les décisions juridiques ne sont pas politiques comme il n'est pas sérieux d'admettre *a priori* que les décisions politiques ne sont pas juridiques sous prétexte qu'elles ne feraient que traduire des rapports de force. Bref, si pour être pure la science du droit se refuse à servir quelque cause ou pouvoir que ce soit, le juriste est voué, qu'il le veuille ou pas, à travailler sur un objet politique. Il fait donc, par la seule analyse juridique, la démonstration que le droit ne procède pas seulement du politique mais qu'il en est même un mode de réalisation. Parce qu'il est « un ensemble de normes comprises

21. Cette reconnaissance de la primauté de l'interprétation dans le fonctionnement ou la structure de l'ordre juridique et pour la science du droit est également au principe des recherches de G. TIMSIT. Cf. notamment dans la collection « Les voies du droit », des PUF : *Les noms de la loi*, 1991, et *Gouverner ou juger. Les blasons de la légalité*, 1995.

22. Cf., dans le livre décrit ici, le chapitre XIII : « Le concept de constitutionnalisme et la théorie moderne du droit », p. 203 à 221. Voir aussi un texte non reproduit dans l'ouvrage, publié sous le titre « Le droit, la raison et la politique » par la revue *Le Débat*, né 64, 1991, p. 187 à 192.

23. Question plus spécialement traitée dans le chapitre III : « Les théories volontaristes du droit : ontologie et théorie de la science du droit », p. 57 à 68.

24. Voir en ce sens H. KELSEN, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », *Droit et Société*, né 22, 1992, p. 551   568.

25. Extrait de la préface, p. 18.

26. Cf. la page 35 du livre de M. TROPER.

27. Voir p. 158.

28. Cette formulation tirée de la page 94 revient dans le livre de M. TROPER comme un leitmotiv. On la retrouve, presque à l'identique, aux pages 66-67, 158-159, 176, 181 et dans bien d'autres textes de l'auteur. Cf., par exemple, sa présentation de l'ouvrage d'H. KELSEN : *La démocratie. Sa nature. Sa valeur* (Paris, Economica, 1988), où il écrit, p. 14 : « La forme juridique est elle-même politique dans la mesure où elle traduit et justifie une certaine répartition du pouvoir. » Voir encore « Le concept d'État de droit », article précité (note 9).

29. Pour une tentative de réflexion sur cette question toujours ouverte, cf. J. CAILLOSSE, « Droit et politique : vieilles lunes, nouveaux champs », *Droit et Société*, n° 26, 1994, p. 127 à 154. Voir aussi les réflexions d'E. NEVEU, *Revue française de science politique*, août 1996, p. 681 à 688.

30. p. 67.

31. Cette « tentative » sociologique se fait spécialement sensible dans le chapitre XIII où M. TROPER examine le rapport entre « le concept de constitutionnalisme et la théorie moderne du droit ». On y voit même M. Troper dire le profit que la science du droit constitutionnel pourrait tirer des travaux de L. Althusser sur Montesquieu. La mise en rapport systématique entre structure de pouvoir et société que pratique cet auteur est pourtant, *a priori*, étrangère à la démarche de la théorie pure...

comme les expressions d'actes de volonté dont chacun est justifié par sa relation avec un autre acte de volonté », le droit, affirme M. Troper « est une forme d'exercice du pouvoir politique dont la spécificité réside dans la nature de ces relations entre actes de volonté »<sup>27</sup>. Apparue en Europe vers les XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles, cette forme juridique n'est que l'autre nom de l'État, c'est-à-dire d'un « pouvoir qui s'exerce dans la forme de normes organisées de manière statique et dynamique »<sup>28</sup>.

Ce n'est pas le moindre intérêt des thèses de M. Troper — qu'il s'agisse de la nature politique de la forme juridique ou de l'État entendu comme ordre juridique — que de renouveler le questionnement sur les liens qu'entretiennent, sans toujours le savoir ou le vouloir, la science politique et la science juridique<sup>29</sup>. Telle que notre auteur la conçoit, cette dernière n'est nullement indifférente — c'est le moins qu'on en puisse dire — à l'une de ces interrogations vertigineuses qui sont au principe de la première et tournent autour de l'obéissance au pouvoir. En cela la science du droit apparaît bel et bien comme une science politique. Cette liaison, M. Troper l'établit on ne peut plus fermement par ces remarques relatives aux fonctions de l'analyse normative : « C'est elle seule, écrit-il, qui peut fournir les concepts propres à faire comprendre l'organisation et la répartition du pouvoir, celui d'État ou de démocratie, et l'on peut penser qu'une description de la structure de l'ordre juridique est en même temps une description de la structure du pouvoir politique. Dire que les normes juridiques sont les significations d'actes de volonté, qu'elles sont valides, qu'elles existent dès lors que ces actes ont été accomplis d'une certaine façon, signifie que la description de l'ordre juridique est en même temps une analyse de la distribution du pouvoir<sup>30</sup>. »

Appliquée au cas particulier de la théorie du droit constitutionnel, cette problématique n'est pas loin d'investir le juriste d'un rôle de sociologue<sup>31</sup>. Elle introduit à coup sûr un peu plus d'incertitude sur le tracé, périodiquement disputé, de la frontière où droit constitutionnel et sociologie politique se séparent. C'est que la Constitution n'est pas un texte comme les autres. Et les analyses de M. Troper conduisent à fortement mettre en doute son appartenance au *sollen*. Non pas tant en raison de sa contribution active aux agencements institutionnels du pouvoir mais du fait qu'elle doit être considérée comme constitution de la société tout entière<sup>32</sup>. À partir du moment où il est établi que la constitution relève du monde du *sein*<sup>33</sup>, les vieux découpages disciplinaires doivent, logiquement, être repensés : « La séparation de la science du Droit constitutionnel et de la sociologie politique, insurmontable si elle est conçue comme un aspect de la distinction du *sein* et du *sollen*, ne se justifie plus si la constitution est un fait<sup>34</sup>. »

---

32. M. TROPER nous invite en cela à prendre au sérieux le fameux article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, d'après lequel : « Toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution. » Voir chapitre XVII l'interprétation qu'il donne de ce texte.

33. La conclusion du chapitre XIX, p. 314, malgré la prudence du propos, est en ce sens.

34. *Ibid.*, p. 314.

Que les positivistes se rassurent ! M. Troper ne revendique nullement — comme cela fut peut-être le cas de Ch. Eisenmann<sup>35</sup> — d'étendre la science juridique aux dimensions de la science politique. En énonçant la thèse de la constitution politique du droit, il ne confond pas la théorie juridique avec la théorie politique. Les certitudes positivistes ont ici raison de la tentation sociologique. Entre la science du droit et la science politique il y a toute la différence des visées et des méthodes : là où la première reste vouée à la description du système et des rapports juridiques, la seconde s'emploie, avec d'autres moyens, à l'analyse des rapports de force. Il ne reste pas moins vrai que l'évolution historique du droit constitutionnel a fait subir un élargissement notable au champ de la théorie du droit constitutionnel : « La théorie moderne, observe M. Troper<sup>36</sup>, à l'exemple de Montesquieu, rapproche ainsi la description juridique de l'analyse sociologique. »

## Confrontations

Oui, le livre de M. Troper est un objet rare. Une interrogation aussi systématique sur les conditions de possibilité et les frontières d'une science autonome du droit n'est pas, en France, chose si fréquente. Sans doute ce travail n'est-il pas absolument sans équivalent. À bien des égards, les recherches de Paul Amselek ou de Gérard Timsit, par exemple, procèdent d'une inquiétude analogue, même si elles ne conduisent pas à la même destination et ne font pas voir le même droit. Mais, de façon générale, la doctrine française ne paraît guère stimulée par la réflexion sur ce que pourrait ou devrait être l'objet de la science du droit. On ne peut même pas dire que le nouvel intérêt pour les questions juridiques — il est vrai que ce mouvement n'est pas, loin s'en faut, l'affaire des seuls juristes — a provoqué des changements d'attitude significatifs. Dans ce que l'on désigne du nom de doctrine, c'est la même entreprise de dogmatique juridique qui, pour l'essentiel, se perpétue : que ce soit du côté du droit public ou de celui du droit privé, on se montre, dans l'ensemble, assez peu soucieux d'un questionnement épistémologique. Comme cette doctrine semble avoir trouvé dans le genre du manuel son mode d'expression privilégié, l'enseignement et la connaissance du droit sont largement tributaires d'auteurs qui ne pratiquent qu'à la marge le doute méthodologique sur le territoire du juriste. Sur les voies qu'elle emprunte habituellement, la littérature juridique poursuit son œuvre sans avoir à éprouver la validité de son discours au regard de principes constitutifs d'une science du droit. Il y a bien de temps à autre un événement — fait politique, décision de justice, sortie d'un livre, etc. — pour raviver l'interminable dispute entre jusnaturalistes et positivistes. Une fois passées ces crises ponctuelles au cours desquelles la question d'une science du droit redevient momentanément actuelle, le débat épistémologique s'arrête, comme s'il avait perdu tout sens. Et la doctrine renoue avec son passé, sûre de pouvoir se dire « juridique » sans éprouver le besoin constant d'une interrogation sur son objet, assimilant le droit à une chose disponible et déjà là, offerte à une connaissance spontanée.

Objet rare s'il est vu depuis les structures dominantes de la doctrine des juristes, le livre de M. Troper offre sous l'angle de la science politique un parcours théorique tout aussi exceptionnel. Car, sous réserve de

35. Tel est en tout cas le point de vue de G. TIMSIT analysant les rapports entre « science juridique et science politique selon Charles Eisenmann », dans P. AMSELEK (dir.), *La pensée de Charles Eisenmann*, Paris, Economica, 1986, p. 15 à 30.  
36. P. 216.

*Chronique bibliographique  
À propos de...*

37. Cf. par exemple A. STONE, « Le néo-institutionnalisme », *Politix*, n° 20, 1992.

38. Cette singularité de M. TROPER, l'auteur la définit lui-même au terme de la préface de son livre, par ces quelques lignes qui résument son projet : « Si la théorie générale de l'État au sens traditionnel est un ensemble de principes et de concepts, alors il y a place pour une métathéorie, ayant pour tâche non de pénétrer une quelconque nature de l'État ou de produire des justifications, mais de rechercher la relation entre ce système de principes et de concepts et la structure générale du système juridique. La question n'est pas de savoir si l'État est ou non souverain, s'il possède ou non la personnalité juridique, si la souveraineté est indivisible ou s'il vaut mieux appeler le Parlement un représentant ou un organe, mais d'analyser la spécificité de ce type de discours et de tenter de l'expliquer par la forme du droit. »

39. Cf. cette critique précitée dans la page 79 : « On peut constater, d'une manière générale, que Kelsen s'écarte sensiblement du principe de pureté qu'il proclame avec tant de force. Il ne se borne pas, en effet, à décrire le droit tel qu'il est, mais énonce des préférences. »

40. Cette tendance est notamment à l'œuvre p. 44, 66, 93/94, 125, 216, 314/315.

41. C'est moi qui souligne cet extrait de la page 66.

42. *Ibid.*, p. 94.

43. Texte de la page 67.

44. Les recherches de P. Legendre disent les risques d'une pareille impasse. Parmi ses récentes contributions, cf. « Ce que nous appelons le droit », *Le Débat*, n° 74, 1993, p. 107 à 122, et « Qui dit légiste, dit loi et pouvoir », *Politix*, n° 32, 1995, p. 23 à 44.

réorientations intellectuelles que le mouvement de retour au droit et le développement du « néo-institutionnalisme »<sup>37</sup> rendent envisageables, il y a belle lurette que la science politique a fini de se penser comme une sorte de lieu naturel des interrogations sur l'État. Puisque dans cette discipline on continue, malgré tout, d'éprouver de sérieuses difficultés à se débarrasser de vieux préjugés antijuridiques, la théorie de l'État est devenue un champ de recherches largement déserté.

En proposant son programme de reconquête juridique de l'État, M. Troper prend donc à rebours deux traditions solidement établies : d'une part, la fameuse neutralité dont se réclament les juristes, attachés à définir « leur » droit, sur le mode d'un espace neutre soustrait à la conflictualité politique ; d'autre part, l'ajuridisme des politistes soucieux de s'émanciper du droit et des juristes pour constituer enfin leur propre territoire. Par ce programme original qu'il n'a cessé de mettre en œuvre depuis maintenant plus de vingt ans<sup>38</sup>, M. Troper ne peut manquer de « déranger ».

Il est vrai que le positivisme radical revendiqué ici a de quoi rendre la critique périlleuse. Affirmant ne rien vouloir préconiser, s'interdisant tout ce qui ne relève plus de la seule description du droit dans sa pure positivité, M. Troper produit un texte conçu pour désamorcer toute critique, en la rendant vite coupable de dérapages idéologiques et partisans.

Sans doute n'y a-t-il rien d'innocent dans la volonté de pureté. Le texte qui se propose de la servir ne manquera pas d'être lu avec les exigences de son auteur. À la manière de M. Troper décrivant les infidélités de Kelsen aux commandements de la théorie pure<sup>39</sup>, il est possible de faire subir à l'auteur l'épreuve de son propre « kelsénisme ». Jusqu'où n'est-il pas lui-même tenté par une forme de « sociologisme » qui, s'il ne compromet pas son positivisme juridique, y introduit des impuretés capables de le troubler ? Pour fonder sa critique de Kelsen, M. Troper n'en vient-il pas à mobiliser des arguments qui compromettent la singularité du normativisme ? À force de tirer la norme du côté du fait, c'est le statut même de la science du droit qui risque d'être transformé : n'assiste-t-on pas à la métamorphose d'une science normative vouée à décrire des relations d'imputation en une science causale cherchant à établir des rapports de causalité entre faits ? Le souci du fait qu'exprime constamment le travail de l'auteur<sup>40</sup> ne réfléchit-il pas, en définitive, une volonté d'explication du droit par le fait ? Aussi, M. Troper nous invite à ne pas oublier que « la théorie du droit en tant que connaissance du droit positif ne porte en réalité que sur *les normes comme réalités sociales* »<sup>41</sup>. Pousant jusqu'à son terme la logique de la théorie réaliste de l'interprétation, il n'admet pas par hasard que « si la production de normes juridiques résulte en dernière analyse de simples faits, il devient possible [...] de *fonder en théorie l'étude des rapports du droit et du fait* »<sup>42</sup>. Il est vrai que la distinction entre analyse normative et analyse sociologique telle que la pratique Kelsen n'a qu'une valeur méthodologique : « elle n'implique pas que l'analyse normative ne puisse pas servir à une meilleure connaissance de la vie politique et de la société »<sup>43</sup>.

Reste qu'avec sa théorie juridique M. Troper fait volontairement et logiquement l'impasse sur l'épaisseur et les enchaînements historiques du droit et de l'État<sup>44</sup>. Peut-être parlera-t-on pour qualifier son approche du droit de « logicisme ». Par ce terme, P. Amselek vise un travers de la pensée kelsénienne « qui consiste à traiter les normes juridiques en vigueur

dans une société donnée comme des propositions logiques, comme des segments de logos, de pensée discursive, comme des éléments non pas d'un processus socio-historique de commandement public, mais d'un simple processus logique de pensée » alors que « les règles juridiques, ce n'est pas simplement de la pensée, de la tessiture discursive, mais des outils mentaux d'un type spécifique élaborés et mis en service dans un certain contexte socio-historique »<sup>45</sup>.

N'est-il pas dans la logique même de la théorie pure de ne retenir du droit qu'une forme particulière et codée de mise en mots du pouvoir à un stade déterminé de son développement ? Puisqu'à compter de ce moment-là les choses se passent comme si l'histoire ne comptait plus, la science juridique ne peut envisager de se construire qu'à partir d'une représentation mutilante de la juridicité<sup>46</sup>.

Le livre de M. Troper oblige à reprendre ces questions qui font son importance et sa nécessité. Il faut le dire une fois encore : il y a dans le discours de la pureté un projet de clôture du droit sur lui-même. Et cette esthétique de l'enfermement n'est pas de nature à stimuler la volonté de nouer ce que Pierre Legendre appelle des « liens de controverse »<sup>47</sup>. Elle ne laisse d'autre choix que celui d'une juxtaposition, plus ou moins conflictuelle, de savoirs prétendant chacun pour son compte au monopole de la connaissance légitime. Toute autre est la démarche de M. Troper. En raison même des tensions qui la traversent (des « impuretés » qu'elle admet ?), elle est une incitation à l'interdisciplinarité. La pureté dont elle se prévaut laisse la plus grande ouverture aux champs disciplinaires couvrant les figures multiples du savoir juridique. Mais la reconnaissance de ces dernières ne rend pas moins nécessaire l'affirmation de cette science juridique (de l'État) dont M. Troper a entrepris de définir la discipline.

Il y aurait, on s'en doute, bien d'autres questions à soumettre à l'auteur. On pourrait ainsi, en vrac, lui demander si l'identité juridique de l'État qu'il découvre à partir et au travers du droit constitutionnel ne se serait pas plutôt formée en France dans le droit administratif où l'on a pu voir le vrai droit politique de l'État<sup>48</sup>. On pourrait encore lui demander si la doctrine traditionnelle que son discours invoque et fait agir à des fins de dénégation légitimante existe réellement. Il est probable que M. Troper la sollicite quelque peu pour mieux poser sa singularité. Pourquoi même ne pas demander au théoricien d'une pureté, revendiquée le cas échéant contre Kelsen, s'il n'est pas parfois conduit à imposer son ordre à la positivité juridique<sup>49</sup> ? Mais l'essentiel est ailleurs : l'irrecevabilité de l'intégrisme kelsénien établissant la confusion intégrale de l'État et du droit<sup>50</sup> n'empêche pas qu'il faille les penser ensemble. Nous voilà prévenus : autant il est absurde de vouloir comprendre le droit en faisant l'économie de l'État, autant il est vain de prétendre appréhender l'État comme s'il n'était pas un concept juridique.

Jacques CAILLOSSE  
Professeur de droit public,  
Centre de recherches  
administratives et politiques,  
IEP de Rennes

45. Extrait de P. AMSELEK, « À propos de la théorie kelsénienne de l'absence de lacunes dans le droit », *Cahiers de philosophie juridique et politique* (Université de Caen), n° 17, 1990, p. 124 et suiv.

46. On trouvera dans la « "Nouvelle" préface » de la présente revue l'argumentation qu'appelle le thème brièvement évoqué ici. Cf. *Droit et Société*, n° 1, 1985, p. 11 à 13.

47. Voir son entretien précité avec la revue *Politix*, p. 32.

48. Nous avons en ce sens les travaux de Pierre LEGENDRE. Voir, notamment, *Le désir politique de Dieu. Étude sur les montages de l'État et du Droit*, Paris, Fayard, 1988.

49. Des traces d'une pareille tendance ne seraient-elles pas perceptibles, par exemple, aux pages 208, 209, 300 de l'ouvrage présenté ici ?

50. Démonstration de cette thèse par KELSEN dans un texte publié en 1926 sous le titre « L'essence de l'État », reproduit dans le n° 17, précité, des *Cahiers de philosophie juridique et politique* (Université de Caen), p. 19 à 34.



---

BORLANDI Massimo et MUCCHIELLI Laurent (dir.), *La sociologie et sa méthode. Les Règles de Durkheim un siècle après*, Paris, L'Harmattan, coll. « Histoire des sciences humaines », 1995, 416 p.

Un siècle après la publication des *Règles de la méthode sociologique* de Durkheim, le texte et son auteur sont revisités à partir d'un retour aux sources et d'un remarquable travail de mise en relation entre celles-ci. L'autonomisation du champ disciplinaire de la sociologie émerge comme un processus laborieux, surdéterminé par la volonté de Durkheim d'institutionnaliser la naissance d'une science de la société, rationnelle dans sa méthode descriptive et explicative des faits sociaux, et, dans le même temps, d'établir cette science non pas comme une fin en elle-même, mais comme le meilleur moyen de résoudre la crise sociale. L'ouvrage étudié ici propose un essai de repositionnement des *Règles* non seulement par rapport aux filiations intellectuelles de Durkheim, mais également en fonction des usages scientifiques que les sociologues en ont fait tout au long du xx<sup>e</sup> siècle.

Le premier objectif de l'ouvrage est d'inscrire le texte de Durkheim dans le jeu des contraintes intellectuelles et institutionnelles qui s'imposent à lui de par sa volonté de fonder *ex nihilo* la sociologie comme discipline scientifique et positive et de la différencier, sur le plan de l'objet d'étude et de la méthode, des sciences limitrophes. De ce fait, les quatre contributions de la première partie, auxquelles il faudrait ajouter l'étude, présentée dans la deuxième partie, consacrée à l'autonomisation de la sociologie par rapport à l'histoire (P. Steiner), suivent une trame cohérente, qui est celle des stratagèmes intellectuels et méthodologiques grâce auxquels Durkheim parvient à créer l'impression et l'exigence d'une « naissance de la sociologie ».

Choissant de rédiger un ouvrage de méthodologie à l'intention des universitaires, Durkheim met en branle, en l'espace de quelques années, la dynamique collective nécessaire pour fonder une sociologie scientifique sur le plan institutionnel. La rédaction des *Règles* s'est pour ainsi dire imposée comme une nécessité dans un champ institutionnel en réaménagement, de par la réforme universitaire et la création de nouvelles filières d'études scientifiques, et dans un champ intellectuel en pleine effervescence, ce qui peut expliquer le discours prescriptif de son auteur et la place faite, dès le titre de l'ouvrage, à la rationalité cartésienne dans l'établissement de règles méthodologiques (L. Mucchielli).

Sur le plan intellectuel, la stratégie de Durkheim consiste non seulement à prendre une distance critique vis-à-vis de ses deux prédécesseurs émérites, Auguste Comte et John Stuart Mill, mais surtout à présenter leur contribution respective comme une réflexion trop abstraite et, somme toute, sans impact réel sur les préoccupations méthodologiques que la sociologie est en devoir de se poser (A. Petit). La réflexion durkheimienne sur le normal et le pathologique (M. Gane) éclaire utilement les raisons qui fondent la critique du sociologue à l'égard de Comte, dont la méthode est rejetée comme *non scientifique*. Si le cadre du raisonnement durkheimien peut être présenté comme un cadre comtien restructuré, il apparaît néanmoins que le traitement scientifique de l'observation est foncièrement différent chez les deux auteurs puisque Durkheim entend créer une cohérence épistémologique entre observation sociologique et inférence, cohérence qui seule peut garantir la validité scientifique de la démarche.

Ayant mis les erreurs de Comte sur le compte de l'histoire et celles de Mill sur le compte de la philosophie, Durkheim obtient comme résultat à la fois la dénégation de tout héritage intellectuel et la spécificité de la méthode sociologique par rapport à ces deux disciplines solidement ancrées dans la tradition universitaire française. En réalité, Durkheim intègre l'approche historique dans l'explication sociologique et, s'il critique les historiens (en pensant surtout à Comte, Spencer et Mill), c'est à cause de leur passion pour le détail et pour la monographie, qui fait obstacle, autant d'ailleurs que la manie des sociologues à trop généraliser, à ce qu'il entend ériger en règle : une démarche expérimentale propre à la sociologie. L'attitude est la même envers la géographie humaine et régionale de Vidal de la Blache : si relation il y a entre ces disciplines et la sociologie durkheimienne, c'est bien une relation de domination en vertu de laquelle la sociologie, discipline complète, est chargée d'analyser les matériaux rassemblés par les autres (L. Mucchielli, M.-C. Robic).

Afin de mieux appréhender les modalités d'élaboration de la méthode durkheimienne, l'ouvrage nous fait entrer au cœur de la dynamique intellectuelle des *Règles*, donnant à voir les tensions intellectuelles qui traversent l'ouvrage et, par là même, la laborieuse réflexion qui est à l'origine d'une pensée scientifique en sociologie. Dans cette perspective, les résistances intellectuelles contre lesquelles il lutte de son vivant sont aussi importantes, pour la compréhension de l'économie interne des *Règles*, que les filiations intellectuelles de Durkheim. Le travail de reconstitution des conflits institutionnels et intellectuels qui nous est proposé ici permet de faire la part des choses dans la rigidité des définitions et l'étroitesse des développements explicatifs des *Règles*, et d'identifier les ressorts cachés de l'argumentaire de Durkheim (F. Héran). Le fait, par exemple, que Durkheim insiste si fortement sur l'autonomie du social par rapport à l'individuel et au psychologique s'explique par la volonté de Durkheim de se démarquer des sociologues contemporains, et de Tarde en particulier. C'est dans le contexte de la polémique avec Tarde que se comprend la nécessité d'une définition canonique du fait social et d'un cadre explicatif purement sociologique (M. Borlandi) élaboré, plus sur le mode de l'opposition que sur celui de la réfutation scientifique, contre la théorie explicative psychologiste tardienne (P. Besnard). Les distinctions conceptuelles auxquelles Durkheim se laisse aller dans la construction discursive tendant à montrer la spécificité sociologique sont des distinctions qu'il ne pourra maintenir par la suite. La nécessité de compléter la théorie explica-

tive par l'introduction des représentations collective, dans le *Suicide* (1897) et surtout dans les *Formes* (1912), est la preuve que la sociologie durkheimienne s'est développée paradoxalement *contre* la psychologie et *dans* la psychologie (B. Karsenti). Déjà dans les *Règles*, comment ne pas voir, dans l'immanence du fait social, déjà construit et déjà là, une contradiction ou du moins un obstacle à la « rupture avec le sens commun », première règle de la méthode sociologique ? La coexistence des deux thèmes chez Durkheim, celui de la rupture qui procède par destruction des évidences et celui de la construction de l'objet sans tenir compte de la dimension individuelle, renvoie à la question du sens de la rupture entre connaissance vulgaire et connaissance scientifique, à laquelle on a cru, à un moment, que la méthodologie durkheimienne apportait une réponse et dont on sait aujourd'hui qu'elle reste une des interrogations majeures de la sociologie. Rupture scientifique signifiant rupture avec le discours et les préjugés de l'observateur et non de l'agent observé, elle implique l'acceptation par l'observateur de l'état d'objectivation institutionnelle des faits sociaux qui, débordant l'individu, permet une rupture entre l'individuel et le social institué en dehors de soi. L'objectivité sociologique que défend Durkheim a pour but non pas de briser les évidences communes sur lesquelles elle est, en définitive, obligée de s'appuyer, mais plutôt d'approfondir l'expérience individuelle de la rupture entre logique individuelle et logique institutionnelle et de sortir cette expérience de l'univers psychologique.

La rupture durkheimienne ouvre autant d'interrogations qu'elle apporte de solutions et gagne donc à être réinterprétée à la lumière de la tentative d'autonomisation, parfois réductrice, de la sociologie par rapport à la psychologie. Toute la théorie anthropologique de *l'homme total* développée par Mauss n'est d'ailleurs qu'une réponse, moins surdéterminée par les enjeux disciplinaires et donc plus pragmatique, à la nécessaire conciliation entre individuel et social, entre psychologique et sociologique.

La rigidité dans laquelle se figent les préceptes sociologiques des *Règles*, rigidité de définition mais aussi rigidité disciplinaire, ne manque pas d'être soulignée comme une des principales lacunes du texte de Durkheim dès sa réception en 1895. En France, la lecture des *Règles* du vivant de Durkheim, dans le milieu des philosophes, des psychologues, des sociologues et des anthropologues donne prise à une critique de fond qui porte précisément sur l'improbabilité d'une explication purement sociologique des faits sociaux (G. Paoletti). Pareillement, en Angleterre, au début du *xx*<sup>e</sup> siècle, le discours durkheimien est reçu avec un certain scepticisme à cause de l'exclusion totale du facteur psychologique (D. Becquemont). Aux États-Unis, l'impossibilité de situer les idées de Durkheim dans l'une des deux catégories du discours sociologique (biologique et psychologique) explique le faible retentissement de toute l'œuvre de Durkheim jusqu'à l'entre-deux-guerres, moment où un courant d'études spécifiques sur Durkheim se fait jour (J. Platt). À partir de la fin des années 1930, la lecture de Durkheim par Parsons rend possible un discours d'analyse critique et, par là même, de clarification de l'œuvre de Durkheim et une remise en question scientifiquement argumentée de la construction théorico-empirique proposée dans les *Règles* comme « la méthode sociologique » (P. Almondo).

En définitive, la réception tout au long du *xx*<sup>e</sup> siècle de l'ouvrage de Durkheim est déterminée plus par les conditions du savoir et les clivages

disciplinaires propres à chaque pays (H. Mendras) que par le contenu des *Règles*. L'histoire des lectures successives de l'ouvrage de Durkheim est liée à l'histoire du champ intellectuel de la sociologie et aux processus scientifiques et symboliques par lesquels s'est progressivement élaboré un regard de la sociologie sur son objet et un regard de la sociologie sur elle-même. Si les *Règles* sont reconnues aujourd'hui comme un moment fondamental dans l'affirmation de la démarche expérimentale en sociologie, elles doivent aussi être analysées dans les usages que la discipline en a fait, comme un miroir des préoccupations et des schèmes de pensée qui ont construit la sociologie actuelle et son projet de scientificité (J.-M. Berthelot). En ce sens, une relecture des *Règles* un siècle après n'est pas uniquement un bénéfique retour aux sources, mais une autre manière, critique et constructive, d'observer à distance la sociologie et de se regarder en tant que sociologue.

Mariangela ROSELLI  
Docteur en science politique,  
Institut d'études politiques  
de Grenoble

---

DEBUYST Christian, DIGNEFFE Françoise, LABADIE Jean-Michel et PIRES Alvaro P., *Histoire des savoirs sur le crime & la peine*, vol. 1 : *Des savoirs diffus à la notion de criminel-né*, Bruxelles, De Boeck Université, coll. « Perspectives criminologiques », 1995, 366 p.

LABADIE Jean-Michel, *Les mots du crime. Approche épistémologique de quelques discours sur le criminel*, Bruxelles, De Boeck Université, coll. « Perspectives criminologiques », 1995, 249 p.

On peut saluer la publication de deux ouvrages qui renouvellent l'analyse et le regard sur l'histoire du crime. Le premier est un ouvrage collectif qui réunit des contributions sur l'histoire de la criminologie. Des contributions distinctes mais non juxtaposées qui toutes, au delà de l'information qu'elles apportent, répondent à un objectif de clarification et de problématisation de ce ou de ces savoirs autour du crime et de la peine.

De disciplines différentes mais tous liés à la « criminologie », ces quatre auteurs ont été confrontés à ce besoin d'un travail sur « les origines », eu égard aux nécessités de l'enseignement, de la transmission du savoir mais aussi sans doute, plus généralement, pour rompre avec une certaine diffusion d'une histoire criminologique linéaire, déconnectée de tout environnement social et politique, c'est-à-dire d'un savoir autonome et présenté tel quel par les manuels traditionnels. C'est une vision des choses à laquelle nos auteurs ont heureusement échappé, malgré un souci pédagogique évident, pour construire cette réflexion à quatre voix.

« Les discours sur le crime et la peine accompagnent d'une certaine manière les discours sur l'organisation de toutes les formes de société. » Cette première phrase d'avant-propos synthétise assez bien le parti pris choisi dans cet ouvrage : s'interroger sur la manière dont apparaissent les problématiques et sur les savoirs qui s'organisent autour d'elles, repérer les « points de bifurcation » de la pensée sur le crime et la peine. Dans cette perspective, le souci est de « présenter au lecteur les options théori-

ques et certaines manières de concevoir le développement des savoirs sur le crime et la peine, et de lui fournir les éléments de référence pour de nouveaux débats ».

Ce tome 1 part du XVIII<sup>e</sup> siècle, période émergente des sciences humaines et d'une réflexion sur le droit pénal où il y a effervescence d'idées (d'où cet intitulé sur les savoirs diffus...), et s'arrête à la moitié du XIX<sup>e</sup> siècle. D'autres volumes sont prévus pour continuer la marche chronologique et problématique de cette histoire.

Le chapitre d'Alvaro P. Pires sur « La criminologie d'hier et d'aujourd'hui » restitue admirablement les questionnements autour de l'intitulé, du statut, de l'émergence ou de l'invention de la criminologie.

Érudition et souci de clarification tentent de cerner l'insaisissable de cet objet... Ainsi en est-il de son appellation, de l'usage des termes, de la date de naissance.

La « criminologie » (et non pas l'anthropologie criminelle ou la biologie criminelle) permet une définition que chacun, selon son matériau ou son expérience, peut moduler ou affiner. Et par ailleurs, au-delà des prétentions de la criminologie au statut de « science » autonome ou non, l'intérêt réside également dans l'importance donnée au rôle qu'elle a joué ou qu'on lui fait jouer dans des choix, des décisions ou des projets politiques... Enfin voilà un objet qui montre la diversité de ses facettes et la multiplicité des possibilités d'exploration de son histoire. Christian Debuyst retrace « Les savoirs diffus et pré-scientifiques sur les situations-problèmes au XVIII<sup>e</sup> siècle » en reconstituant les éléments divers qui ont participé à l'élaboration de cette pensée pré-scientifique. Des manières de définir la raison (de Condillac à Newton) aux conceptions différentes sur l'homme, « mauvais par nature » ou « naturellement bon », pour aboutir à une analyse des comportements de transgression, ainsi qu'à l'émergence des « savoirs psychiatriques sur le crime, de Pinel (1801) à Morel (1857) ».

Françoise Digneffe a pris la responsabilité du chapitre sur les « Problèmes sociaux et représentations du crime et du criminel, de Howard (1777) à Engels (1845) ». On voit ici se développer les instruments « structurants » comme les statistiques, avec la naissance de la statistique morale et judiciaire et le rôle multiple et fécond d'A. Quételet, dans la mesure du crime. On ne peut occulter l'importance de l'hygiénisme<sup>1</sup> renforcée par la revue des *Annales d'hygiène publique et de médecine légale*<sup>2</sup> et la mise en œuvre des enquêtes sociales ou monographies à la Frégier ou Buret.

C'est ici tout un « appareillage » qui étaye une certaine vision d'un projet social et d'un projet de société portés par les « philanthropes »<sup>3</sup>. Dans leur vaste conception d'assainissement de la société, il s'agit de combattre la pauvreté, l'alcoolisme, mais également le crime, et la prison devient un objet de réflexion. Comme le développe J.G Petit<sup>4</sup>, les élites voient bien dans la réforme pénitentiaire un des moyens de résoudre la question sociale, d'où leur intérêt grandissant pour la protection de l'enfance, passerelle entre le pénal et le social.

Jean-Michel Labadie conclut ce volume par une approche qui, à elle seule, montre la volonté de rupture avec un savoir « officiel ou classique » sur la criminologie, et témoigne de l'originalité des postures et des regards posés sur l'objet. C'est au corps qu'il s'intéresse et qu'il propose comme pivot ou articulation pour ce travail d'élucidation des idées sur le

1. Voir la somme de L. MURARD et P. ZYLBERMANN, *L'hygiène dans la République. La santé publique en France ou l'utopie contrariée 1870-1918*, Paris, Fayard, 1996. Bien que sur une période ultérieure, cet ouvrage explicite au mieux ce rôle de l'hygiénisme en République et la force de ce courant.

2. Il est étonnant que sur ce point les travaux de B.P. LECUYER ne soient pas utilisés ou mentionnés en bibliographie, entre autres « Médecins observateurs sociaux : Les annales d'hygiène publique et de médecine légale », dans *Pour une histoire de la statistique*, tome 1, Paris, INSEE 1976, p. 445-476.

3. Voir C. DUPRAT, *Pour l'amour de l'humanité, le temps des philanthropes*, tome 1, Paris CTHS, 1993.

4. J.G. PETIT, *Ces peines obscures. La prison pénale en France 1780-1875*, Paris, Fayard, 1990.

crime. De Lavater à Lombroso en passant par Gall, les bosses ou le visage ont été pris comme miroir de l'âme et de la conduite.

On a donc ici un ouvrage mêlant subtilement une logique chronologique et un savoir « classique » avec une démarche problématique et des regards personnels, pour aboutir à une trame différente concernant l'élaboration d'une histoire des savoirs sur le crime et la peine : une trame soucieuse de la pédagogie, respectant une certaine démarche de recherche, qui restitue de la façon la moins artificielle, la plus « réfléchie » un récit, un savoir, une histoire qui ont souvent été bridés, enfermés, réduits...

\*

Dans le second ouvrage, *Les mots du crime*, J.-M. Labadie persiste et signe. On retrouve son inébranlable sens critique et ses réserves face à ce qui a été l'appropriation de cet objet, ses convictions solides quant à la (ou aux) manière(s) de travailler en totalité l'ambiguïté, sans sombrer dans le réductionnisme. Il s'agit de privilégier (sans doute pour être lui-même à l'abri de tout reproche) des moments particuliers dans l'évocation des discours et de ce que furent les mots du crime. Moments ou époque illustrés par « un discours significatif, officiel, définissant à sa manière le criminel » (p. 10). Le premier moment, situé au XVI<sup>e</sup> siècle, c'est « L'ailleurs du crime », illustré par le discours de J. Bodin, la sorcellerie et la sorcière. Le second moment se déroule au XIX<sup>e</sup> siècle autour du « corps du crime ». On y retrouve C. Lombroso, sa frénésie anthropologique et sa volonté de tenter de faire parler le corps du criminel, dans sa mesure, ses marques, sa forme, sa chair ou son esprit. Le troisième moment prolonge cette investigation. Que nous dit S. Freud du criminel, du crime, de l'inconscient du crime ?

Il y a ici un choix affirmé et assumé : celui d'un voyage à travers des moments historiques, des contextes particuliers, riches de leur(s) savoir(s), de leur(s) discours, de personnalités qui ont construit, élaboré peu à peu les mots du crime... et ont eu aussi parfois le souci de l'expliquer, de le comprendre. Nous sommes ici face à une analyse singulière qui n'embrasse pas, volontairement, l'ampleur et la polysémie de l'objet. Comme le dit J.-M. Labadie : « Il faut suggérer à la criminologie non seulement de ne plus se tromper d'histoire, mais de se définir dorénavant comme une simple et riche occasion de recherches et de discours, aux multiples facettes et prolongements, et non comme le nécessaire épanouissement d'un projet scientifique » (p. 10).

Ce pari est tenté à l'aide d'une écriture « inspirée », à la fois très proche de l'objet, entrant profondément en son cœur, et qui parfois explose et s'envole... jusqu'à risquer de semer le lecteur dans ses voyages et ce jeu à travers les mots auquel se livre ici l'auteur, tel un artisan, comme il se définit lui-même.

Martine KALUSZYNSKI  
CERAT/CNRS, Institut  
d'études politiques de  
Grenoble

D'entrée de jeu, ce très beau titre d'ouvrage témoigne à la fois d'une montée en puissance de la Justice et d'une atteinte (« éventuelle »), en ses principes et son fonctionnement, à une République criblée de délits et sujette à quelques défaillances au sein de son système judiciaire.

Dans ce livre se poursuit une réflexion qu'Antoine Garapon avait amorcée dans divers ouvrages ou articles — certains publiés dans les *Cahiers de l'IHEJ*, émanation de l'Institut des Hautes Études sur la Justice dont il est le secrétaire général. De même en est-il pour Denis Salas, également à l'IHEJ, qui collabore à ce texte. Cette réflexion en duo est structurée autour de plusieurs thèmes, dont le traitement est étayé par des exemples d'actualité pour renforcer la démonstration et enrichir les propos et les réflexions.

Tout d'abord, A. Garapon et D. Salas observent ce qu'ils appellent la *pénalisation de la vie collective*. Celle-ci est justifiée par les symptômes alarmants de l'inflation pénale, d'un droit pénal qui ne cesse d'étendre son emprise, d'un droit pénal « ceinture de force » des autres droits, et dont l'aspect le plus spectaculaire est le fait que personne ne bénéficie plus désormais d'immunité devant la Justice. C'est la « fin des immunités », et cette montée en puissance est le fruit d'un « quadruple activisme » judiciaire, médiatique, législatif, et associatif. La pénalisation témoigne d'une modification du langage de la démocratie. Ses effets concrets en sont : la mise en détention de personnalités, l'augmentation de la population pénale, l'entrée en scène de nouveaux acteurs. « Si le droit est la nouvelle mise en forme de la coexistence humaine, le droit pénal est devenu son ultime mise en scène » (p. 14).

Dans ce bouleversement pénal, de nouveaux acteurs interviennent : les victimes, épaulées par les associations qui peuvent se substituer à la partie publique pour engager les poursuites, et les médias qui « mettent en scène les souffrances ».

Ces différents éléments témoigneraient de l'*érosion du monopole pénal de l'État* et augureraient d'un nouvel *âge des responsabilités*. Dans un autre registre, nos auteurs s'interrogent sur ce que seraient nos peurs contemporaines. Il semblerait que ce n'est plus tant « le lointain, l'étranger, l'ennemi extérieur qui incarnent la figure du danger que le proche, le voisin », avec une doctrine du Code pénal ainsi résumée : « Enfants, méfiez-vous de vos parents qui peuvent vous maltraiter ou abuser de vous, épouses, de vos époux qui peuvent se montrer violents, employées, de vos patrons qui peuvent vous harceler, usagers du restaurant, de vos commensaux s'ils fument, de votre partenaire sexuel qui peut vous infecter, de l'usager de la route qui peut vous tuer, etc. » (p. 74).

Le droit véhicule directement la représentation de cette perception moderne de la violence, et le nouveau Code pénal montre involontairement le lien entre deux logiques contradictoires de l'individualisme contemporain : celle de la revendication infinie des droits et celle de la demande de protection.

Dans ce cadre, de *nouvelles figures d'insécurité* émergent :

— « l'adolescent invulnérable », dont on pense que la violence sera une préfiguration d'une carrière délinquante ;

— « l'étranger indésirable », qui bouscule la tradition d'intégration française. Un nouveau racisme se profile, refus du mouvement même de l'intégration perçue comme une menace. La criminalisation de l'immigration provoque un décalage générateur d'insécurité pour les immigrés et leur famille vivant en France ;

— enfin « le pervers inguérissable », figure révélatrice de nouvelles sensibilités autour des crimes sexuels et surtout à l'encontre des enfants. L'idée de la « dangerosité », du traitement, de la nature criminelle est à nouveau évoquée. Cette polarisation sur le sexuel traduit l'indétermination des places de chacun dans nos sociétés où les différenciations sexuelles et générationnelles ne vont plus de soi.

La sécurité devient un thème politique central de la démocratie. Certains l'ont compris, qui en font leur commerce, sur un registre politique ou plus marchand. A. Garapon et D. Salas, au-delà de l'exposition de leurs analyses, tentent de trouver des solutions dans une nouvelle économie politique de la sanction. Il s'agit de redonner une visibilité à la norme, victime d'un brouillage généralisé, et de faire retrouver au droit pénal une certaine rareté. Il faut également fortifier les médiations juridiques, signifier autrement la réprobation publique et protéger les individus fragiles contre eux-mêmes..., aller *vers une autre justice pénale*.

Un débat triangulaire termine ce livre, précisant les positions et affirmant les idées sur ce « renforcement du pénal, réaction contre l'insécurité engendrée par l'internationalisation de nos sociétés » (p. 135), ainsi que celles sur un « état plus subsidiaire et recentré sur ses missions fondamentales » (p. 125).

Cet ouvrage est dense, la plume est alerte, voire lyrique. Des idées-chocs, fortes, résonnent, touchant au cœur des problèmes, mêlant compétences et réflexions...

D'où vient pourtant le malaise à la lecture et en fin de parcours ? Pas seulement des énoncés lapidaires (nécessité de la formule oblige), ni même des formules ou des intitulés inexacts (ainsi en est-il des *nouvelles figures d'insécurité* 5).

Ce sentiment de malaise diffus provient d'une interrogation sur le statut et la nature des propos ou réflexions qui nous sont donnés à lire ici, interrogation sans doute caduque... Par rapport au statut du discours, on ne voit pas toujours quels ont été les travaux empiriques qui ont fondé l'ensemble de la réflexion, et donc où situer cet ouvrage : sciences sociales ou essai « philosophique et/ou politique » ? Il ne s'agit pas de classer ou catégoriser, mais de savoir ce que représente ce « choix » de l'entre-deux, le mélange des registres et l'appropriation des genres : la légitimité scientifique au service de l'essai politique ?

En ce qui concerne la nature du discours, les auteurs ont une conception très réfléchie et des convictions qui transparaissent. Ainsi, bien que révélant une adhésion à l'extension de médiations juridiques ou d'instances régulatrices, plusieurs de leurs observations semblent « osciller » entre la « nostalgie » d'une régulation par le haut et l'« attrait » d'une régulation par le bas. Or on peut manifester un certain scepticisme sur cette dernière forme de régulation si l'on admet qu'elle peut aboutir à des propositions alliant logique de marché et utopie du lien communautaire. C'est, par exemple, ce qu'on peut lire dans un article de S. Roché<sup>6</sup>, lequel s'inspire ou reprend par analogie des réflexions de A. Garapon et D. Salas (p. 71, 103 et 176) et dont la conclusion était : « Ne faudrait-il pas

5. On pourra s'étonner de voir ici, pour au moins deux de ces figures — l'adolescent, l'étranger —, le caractère de nouveauté qui leur est attribué en rapport avec la dangerosité. Ces figures ont une histoire qui ne démarre pas en liaison avec les problèmes très contemporains, très contextuels que nous connaissons. Peut-on rappeler entre autres la proposition du Conventionnel Garnier en 1793 de faire porter aux étrangers domiciliés en France, et qui ne sont pas nés dans des pays en guerre contre la France, un ruban tricolore sur lequel seraient marqués le mot Hospitalité et le nom de la nation dans laquelle ils sont nés. Voir Sophie WAHNICH, *L'impossible citoyen. L'étranger dans le discours de la Révolution française*, Paris, Albin Michel, 1997 ; ou Id., « La Révolution française, les étrangers et l'espace public », *Revue M*, janv.-fév. 1997, p. 12-14. Pour leur part, l'enfant coupable et l'adolescent criminel sont l'objet de discours, pratiques et politiques spécifiques au XIX<sup>e</sup> siècle.

6. S. ROCHÉ, « La réforme de la justice du quotidien en question », *Le Monde*, jeudi 23 janvier 1997, p. 17.

imaginer d'introduire une concurrence entre organismes chargés de rendre la justice, sur la base de critères qui restent à inventer, mais qui permettraient peut-être, grâce à "un marché de la justice" par des organisations diverses, de voir pris en considération les souhaits d'un public trop souvent captif ? »

Ainsi le doute demeure : chercheurs ou essayistes, praticiens et/ou experts, spécialistes et/ou politiques... Ce doute est provoqué, bien au-delà de cet ouvrage intelligent et percutant, par le développement gênant de ce mode de pensée : la prophétie politico-scientifique, entre apprentis chercheurs et apprentis sorciers.

Martine KALUSZYNSKI  
CERAT/CNRS, Institut  
d'études politiques de  
Grenoble

---

HALPÉRIN Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1996, 377 p.

Depuis quelques années, on assiste à un net regain de l'approche historique du droit. On connaît les excellentes introductions historiques au droit des biens (A.-M. Patault), au droit des obligations (J.-L. Gazzaniga), au droit commercial et des affaires (J. Hilaire), au droit de la famille (R. Szramkiewicz), au droit du travail (A. Aubin et J. Bouveresse). Il manquait à la France ce que l'Allemagne possédait depuis 1952 (F. Wieacker) : un ouvrage de synthèse sur le droit privé contemporain. Le livre de Jean-Louis Halpérin vient remarquablement combler cette lacune, prolongeant ainsi l'ouvrage de P. Ourliac et J.-L. Gazzaniga sur l'*Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*<sup>7</sup>. Enfin l'on dispose en français d'une synthèse du droit privé, replacé dans une perspective temporelle, contenant de stimulantes interconnexions entre les branches du droit, traitées de manière plus spécifique par les auteurs cités ci-avant.

Certes, il s'agit d'un manuel, soumis par conséquent aux lois du genre dont notamment l'obligation d'assurer une certaine exhaustivité. De fait, l'ouvrage fourmille de références législatives, de notations factuelles, de renvois à la doctrine, d'observations jurisprudentielles. Mais trois cent soixante pages, c'est bien peu pour une synthèse de cette envergure ; c'est un corset bien étroit pour approfondir telle réflexion, amplifier tel développement ou amorcer telle piste de recherche. Ce carcan n'a pas empêché l'auteur de nous fournir une riche moisson d'informations. Il serait présomptueux de prétendre en rendre compte en détail. Aussi nous contenterons-nous d'épingler quelques aspects susceptibles d'attirer le lecteur vers cet ouvrage qui sera désormais de référence.

L'objectif est clairement défini : il s'agit d'une histoire du droit privé et non d'une histoire du Code civil. L'enquête se veut donc large ; elle embrasse des perspectives sur le droit du travail, le droit commercial, le droit rural, le droit des assurances, etc. Malgré ce foisonnement, l'angle d'attaque est celui de l'évolution du Code civil. Quoi de plus normal puisque c'est de ce socle qu'ont bourgeonné les multiples branches du droit privé. De là le plan ternaire du livre, articulé sur les transformations du Code civil : l'interprétation du Code civil (1814-1880), l'adaptation du Code civil (1880-1945), la survie du Code civil (1945-1995). La simple

7. Paris, Albin Michel, 1985.

énumération de ces titres indique à elle seule le sens de l'évolution de la charte du droit privé.

Cet ouvrage présente plusieurs originalités.

La première consiste à n'envisager que la séquence contemporaine. Cette option, triviale pour les juristes, l'est moins pour les historiens traditionnels du droit. Halpérin étend son investigation jusqu'en 1995, rencontrant ainsi le souhait des partisans d'une histoire du temps présent.

La deuxième tient à la méthode. L'auteur combine avec bonheur une histoire interne et une histoire externe du droit privé. Ou si l'on préfère : une étude des institutions juridiques, et même du système juridique puisque le point de départ est un code, menée à l'aune de l'analyse non seulement des sources du droit (législation, jurisprudence, doctrine, pratique) mais aussi à celle des facteurs politiques et sociaux. Il s'agit rien moins que d'un essai largement réussi d'une « histoire totale du droit », à la manière de l'École des Annales. Il faut souligner cet aspect novateur : chaque partie commence en effet par une présentation systématique des facteurs de changement ou de résistance, par une mise en contexte et par une présentation des acteurs à l'origine de ces modifications. Ce n'est que dans un deuxième temps que sont analysés les effets sur le droit familial, le droit patrimonial, le droit des obligations, ces trois domaines servant de fil conducteur de l'histoire interne. Le droit n'apparaît plus comme une institution intemporelle, se nourrissant de ses propres apports ou contestations ; avec Halpérin, il s'ancre dans la quotidienneté, dans la transformation des mentalités et des comportements. Le seul regret qu'on peut formuler est d'avoir trop négligé la dimension économique au profit du politique.

La troisième originalité est d'avoir attiré l'attention sur le rôle joué par la doctrine — les Acollas, Le Play, Gény, Saleilles, Josserand, Ripert, Planiol, Carbonnier et bien d'autres occupent une place de choix dans ce panthéon des auteurs qui ont influencé le cours du Code civil — et par les facultés de droit dont les modifications de programme n'ont pas manqué d'influer sur la formation de la pensée juridique de générations de juristes, et donc de magistrats.

Les séquences chronologiques sont classiques, mais elles ont ici le mérite d'être très clairement mises en valeur.

La première partie couvre la période 1814-1880 durant laquelle le droit civil ne connaît guère de transformations notables ; cette stabilité — à l'exception de l'abolition du divorce —, malgré les bouleversements politiques, économiques et sociaux, ne renvoie cependant pas à un immobilisme intangible. Tout l'art d'Halpérin est de montrer que, nonobstant la sacralisation du Code que confortent une école exégétique aux vues très étroites, un conservatisme du recrutement des professeurs des facultés de droit, un encadrement surveillé de l'enseignement et une conception étroite du rôle de la Cour de cassation qui, jusque dans les années 1870, tend à restreindre les ouvertures à cassation, le droit civil connaîtra des évolutions souterraines qui éclateront à la fin du siècle. Les juges joueront, à cet égard, un rôle essentiel. S'appuyant sur l'obligation de motiver les décisions de justice, les juges ne se sont pas contentés d'appliquer les règles de l'exégèse. Débordant la lettre, ils ont saisi l'esprit des lois en faisant appel à l'intention du législateur, à la morale, aux principes du droit naturel. Sur ces bases ont été élaborées de « véritables théories jurisprudentielles dont certaines ne manquent pas d'audace dans l'interprétation

de la loi ou dans le traitement de ses lacunes ». Cette jurisprudence put s'appuyer sur un développement des recueils de jurisprudence et de revues critiques. Les notes d'arrêt y jouèrent un rôle créatif déterminant. Malgré bien des réticences, la jurisprudence servit petit à petit de phare au législateur. Un des apports majeurs de cette première partie est de montrer comment, sous l'apparence d'un immobilisme, des évolutions lentes se sont opérées.

La deuxième partie est consacrée à la période 1883-1945, et plus particulièrement à la période 1880-1914 qui constitue un véritable tournant dans les modifications législatives apportées au Code civil et dans le souhait de la doctrine de rompre avec les méthodes traditionnelles. On relève l'amorce d'une législation « ouvrière », le rétablissement du divorce, le développement de la théorie du risque, la remise en cause du principe de l'autonomie de la volonté, la critique de la conception individualiste de la propriété, etc. Tout cela n'est pas né d'un coup. Le développement du libéralisme avait, d'une certaine manière, préparé le terrain en faisant sortir du cadre strict du Code civil de nombreuses institutions du droit des affaires. Cette distanciation brisait le culte révérenciel au Code napoléonien et, à l'occasion de la prise de contrôle de tous les organes de pouvoir par les républicains en 1879, désacralisait la référence et ouvrait la voie aux lois protectrices (femmes et enfants) et aux législations spéciales.

Dans la troisième partie, Halpérin montre bien le double mouvement subi par le droit privé. On assiste, d'une part, à l'essor décisif des législations spéciales en dehors du Code civil (législation du travail, lois relatives à la location d'immeubles d'habitation, à la construction, au droit rural et à la propriété intellectuelle) ; s'y ajoute la multiplication des contrats spéciaux qui ne sont pas étrangers au renouvellement de la théorie générale des contrats (regain du formalisme, remise en cause des effets relatifs des contrats, atténuation de l'autonomie de la volonté mise au service de l'appréciation du juge, etc.). D'autre part, au Code civil semblent réservés les articles consacrés au droit des personnes qui connaît une refonte radicale. Il faut lire ces pages de synthèse sur le droit des personnes qui montrent bien comment ces réformes ont épousé l'évolution de la société française en matière de mariage, de divorce, d'adoption et de filiation. Reste le droit patrimonial. Peut-on y voir la dernière matière qui ait conservé l'esprit du Code civil — Halpérin intitule son dernier chapitre « La résistance du droit patrimonial » —, alors que sont énumérées les atteintes aux droits des propriétaires et à la liberté des contrats à travers les vagues de nationalisation, le statut du fermage, le statut des baux ruraux, le droit de l'urbanisme, celui de l'environnement, la protection des locataires, etc. ? Certes, le monument napoléonien demeure, mais, Halpérin le montre très finement, il est aujourd'hui à ce point entamé, démembré, éclaté en de multiples législations — certaines parties révisées du Code civil ne s'y trouvent même plus intégrées — qu'il aurait peut-être fallu intituler cette partie : l'efflorescence du droit civil sous contrainte, plutôt que : survie du Code civil.

Il reste à formuler quelques regrets. Le premier concerne la structure même du texte. Celui-ci est très descriptif et épouse parfaitement le genre littéraire du manuel qu'impose la collection. Le recours aux sections et à une numérotation est un procédé apprécié des juristes. Il donne cependant l'impression d'un discours dogmatique et empêche parfois de tracer des perspectives. Il faut chercher à la fin des chapitres, sous la rubrique

« Pour aller plus loin », pour enfin voir l'auteur aborder les problématiques, esquisser les thèses et présenter les controverses. Pourquoi renvoyer cette démarche dans une présentation critique de la bibliographie ?

On regrette également l'absence, à la fin de chaque chapitre, de conclusions qui reprendraient les idées-forces ; fait également cruellement défaut une conclusion générale. De même, l'option de présenter le droit privé selon des séquences chronologiques, option qui ne peut que ravir l'historien, présente le désavantage d'éclater l'information. N'aurait-il pas fallu, pour certaines matières ou pour certaines questions, combler cet inconvénient en regroupant les données en une seule présentation ? Je pense ici notamment au problème lancinant des nombreuses tentatives de révision du Code civil.

Ces quelques remarques n'enlèvent rien à la qualité de l'ouvrage. Il existait déjà pour l'histoire contemporaine « le petit Rémond ». Il existe maintenant, pour l'histoire du droit privé français contemporain, « le petit Halpérin » que tout chercheur, tout étudiant et tout curieux de l'évolution de la société française se doit d'avoir constamment à portée de main.

Jean-Pierre NANDRIN  
Facultés universitaires  
Saint-Louis, Bruxelles

---

HILAIRE Jean, *Le droit, les affaires et l'histoire*, Paris, Economica, 1995, X + 369 p.

Cet ouvrage rassemble une dizaine d'articles du professeur Hilaire parus pour la plupart dans le cadre des travaux du Centre de recherche sur le droit des affaires de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris. Ce genre de recueil publié en hommage à un éminent historien parvenu au terme de sa carrière universitaire obéit à la loi du genre, mais son intérêt se justifie par la relative difficulté d'accès aux diverses publications de l'auteur et par le souci de présenter globalement les multiples facettes de son œuvre. Ces études avaient été pour Jean Hilaire l'occasion de développer son enseignement figurant dans son *Introduction historique au droit commercial*<sup>8</sup>. L'idée-force de l'auteur est de souligner l'autonomie et l'originalité du droit commercial par rapport au droit civil.

La codification du droit commercial lié par ses origines italiennes au *jus mercatorum* débuta en France par l'Ordonnance sur le commerce de terre de 1673 pour aboutir au Code de 1807. Son évolution au XIX<sup>e</sup> siècle s'explique par la nécessité de s'adapter aux exigences de la révolution industrielle et à l'extension progressive des cadres de l'économie. Suivant Jean Hilaire, il s'émancipe très tôt de l'enveloppe de la codification pour répondre au mouvement des affaires. L'auteur s'attache longuement aux difficultés rencontrées par le législateur à se conformer à l'évolution rapide de la pratique commerciale. Son intervention s'assimile souvent à la légalisation des usages ou à des tentatives de correction de ceux-ci au travers de l'accumulation des textes légaux d'application souvent éphémère. L'importance de la pratique commerciale relayée par les tribunaux de commerce finit pas s'imposer au législateur. Plusieurs chapitres illustrent ces mécanismes par des exemples pertinents.

L'un d'entre eux est consacré à l'apparition de la notion de *fonds de commerce* à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle. Dès 1807, la distinction entre

8. Paris, PUF, coll. « Droit fondamental. Droit commercial », 1986.

l'achalandage et les éléments matériels apparut dans un ouvrage de J.B. Loret intitulé *Éléments de la science notariale au verbo* « Vente de fonds de commerce » et la jurisprudence définit progressivement le fonds de commerce dans son acception moderne. Ainsi, la Cour de cassation déclarait en 1853 : « La cession d'un fonds de café comprend non seulement tous les meubles et objets de toute nature nécessaires à son exploitation, mais encore l'achalandage et l'enseigne à laquelle se rattache l'achalandage. » Le fonds de commerce ne tarda pas à être séparé de l'activité directe du commerçant propriétaire pour permettre la mise en gérance, phénomène qui apparut dès 1840, et surtout il devint un support direct du crédit par le biais du nantissement. La validité du gage sans dépossession constitué par la remise du titre d'acquisition du fonds de commerce fut connue en 1888. Mais dans la mesure où le fonds de commerce était devenu un instrument de crédit ou un élément du patrimoine du débiteur, on posa la question de la publicité de sa transmission. De la fin du Second Empire à 1914, les activités commerciales avaient connu un accroissement considérable surtout pour le commerce de détail, ce qui avait amorcé un mouvement spéculatif sur le fonds de commerce qui se poursuivit jusqu'à la crise de 1929 entraînant le recours au crédit et la mise en circulation de « billets de fonds » échelonnant le paiement du prix du fonds de commerce sur plusieurs années. L'intervention du législateur sollicitée par les conséquences de l'évolution économique et de la spéculation fut appelée également à trancher les controverses entre les juridictions civiles et consulaires sur la nature même du fonds de commerce. Dès 1872, par le biais d'une loi fiscale, on distingua la taxation applicable à la transmission des marchandises neuves garnissant le fonds, de celle de ses autres éléments. À partir de 1893, la question de la publicité du nantissement du fonds de commerce avait été soulevée au Parlement afin de trancher les controverses jurisprudentielles relatives à la dépossession du gage. Une première loi, votée le 14 juin 1898, ne définissant pas le fonds de commerce et ne précisant pas les limites du nantissement n'apporta pas de solution au problème de la sécurité du crédit. La loi du 17 mars 1909 sur le nantissement du fonds de commerce, sans pour autant le définir, représenta un progrès essentiel. Les marchandises et les créances en restaient exclues mais, consacrant la pratique, le législateur faisait de la clientèle et du droit au bail ses éléments fondamentaux. Cette analyse allait induire une théorie de l'évaluation du fonds de commerce fondée sur la prise en compte du bénéfice des trois dernières années péréquatées en fonction de la durée du bail<sup>9</sup>. La revendication d'un droit au renouvellement du bail formulée par les associations de commerçants s'inscrivait dans la droite ligne de la protection du fonds de commerce. Elle aboutit à la loi du 30 juin 1926, et en 1935 le législateur édicta finalement des règles d'évaluation du fonds de commerce inspirées des critères annoncés dix ans auparavant par Reteil.

Cette histoire, longuement analysée par Jean Hilaire, est exemplative du chemin parcouru à partir d'une création jurisprudentielle au tout début du XIX<sup>e</sup> siècle, au travers de l'évolution économique, pour aboutir à une construction législative complexe basée sur des lois successives.

La *société en commandite* retient également l'attention de Jean Hilaire. Comment cette institution que d'aucuns considèrent aujourd'hui comme vieillotte et moribonde a-t-elle pu accompagner comme un instrument commode et malléable l'essor du grand commerce aux Temps

9. L. RETEIL, *L'évaluation du fonds de commerce*, Paris 1924.

modernes et les débuts de l'industrialisation ? La commandite est fort ancienne et apparut dès le xv<sup>e</sup> siècle à Florence. Son régime fut esquissé pour la première fois en France dans l'Ordonnance de 1673. La grande époque des commandites se situe dans la première moitié du xix<sup>e</sup> siècle, avant que la loi de 1867 libère la société anonyme du système de l'autorisation préalable et que la loi du 7 mars 1925 introduise définitivement la société à responsabilité limitée. Le Code de 1807 définissait sans ambiguïté les principes et le fonctionnement de la commandite simple, mais restait très évasif sur les commandites par actions. La commandite simple offrait une structure efficace à l'entreprise familiale, tandis que la commandite par actions apportait un cadre juridique permettant soit d'ajouter à l'épargne à partir de capitaux familiaux soit de drainer directement l'épargne dès que les dimensions de l'entreprise ou ses besoins nouveaux en investissements le réclamait. Ce type de société fut notamment l'instrument des concentrations et intégrations dans la sidérurgie française avant 1867. Les abus dénoncés par les contemporains étaient communs aux deux types de sociétés quand on critiquait la surévaluation frauduleuse des apports, mais la commandite par actions permettait des manipulations par des administrateurs peu scrupuleux en simulant des embarras financiers pour faire baisser les actions rachetées ultérieurement en sous-main ou la distribution de dividendes fictifs pour obtenir l'effet inverse et permettre aux commanditaires de se retirer sans perte d'une entreprise désastreuse. En dehors de toute fraude, le financement du développement industriel est souvent passé par la ruine des commanditaires de sociétés successives, chacune apportant des capitaux neufs en faisant appel à de nouveaux partenaires et permettant ainsi la poursuite d'une même activité économique en renouvelant l'outillage. Ces critiques aboutirent à une tentative de suppression législative de la commandite par actions en 1837-1838 qui rencontra l'hostilité des milieux d'affaires, puis au vote des lois de 1856, 1863 et 1867 qui refondèrent la réglementation des sociétés par actions. Les relations entre commandités et commanditaires furent au centre de débats constants en particulier quant aux limites de l'immixtion des commanditaires dans la gestion de la société, avec pour corollaire le contrôle des actes du commandité.

Ce problème débouche sur l'approche de la *formation du commissariat aux comptes*. Depuis l'Ancien Régime où les tentatives de contrôle des comptes ne furent qu'épisodiques comme lors de la réorganisation de la Compagnie des Indes en 1723, l'accroissement de la taille des sociétés et des capitaux mis en œuvre, la complexité croissante des affaires et de la fiscalité rendirent nécessaires un contrôle protecteur des droits de l'actionnaire. Le contrôle interne par des actionnaires passa du contrôle *a posteriori*, ou système de la censure, à celui du contrôle *a priori*, c'est-à-dire avant l'assemblée générale ; l'intervention législative dès le milieu du xix<sup>e</sup> siècle tendit à pallier les insuffisances du contrôle interne. Un conseil de surveillance élu parmi les administrateurs fut rendu obligatoire pour les sociétés en commandite par actions par la loi de 1856. Celui-ci exerçait son action *a priori* en vérifiant les livres, la caisse et les valeurs de la société avant l'assemblée générale et pouvait provoquer la dissolution de la société. La première loi sur les sociétés par actions à responsabilité limitée, de 1863, prévoyait des commissaires de surveillance qui pouvaient ne pas être actionnaires, avec pouvoir d'investigation et celui de convoquer l'assemblée générale en cas de besoin. La loi de 1867 abrogea

celle de 1863 et la société à responsabilité limitée disparut temporairement, tandis que le régime de commandites était refondu et que la constitution des sociétés anonymes était libérée de l'autorisation gouvernementale. L'institution des commissaires aux comptes fut rendue obligatoire pour les sociétés anonymes, mais leur action se limitait au contrôle en fin d'exercice. On dut vite constater le faible poids de ces commissaires vis-à-vis du conseil d'administration du fait de leur insuffisante formation comptable, et leur dépendance fréquente à l'égard de la société ou de ses dirigeants. Entre 1883 et 1935, il n'y eut pas moins de quatorze projets ou propositions de loi pour réformer le commissariat aux comptes, visant à s'assurer la compétence comptable des commissaires et à rompre leur dépendance à l'égard des personnes chargées de la gestion. Le décret-loi du 8 août 1935, en posant une série d'interdictions personnelles et en précisant l'étendue respective des compétences du conseil d'administration et des commissaires, constitua un grand pas en avant vers un contrôle sérieux et indépendant. En 1936, une loi imposa pour les sociétés faisant appel à l'épargne publique la présence d'un ou plusieurs commissaires ayant satisfait à un examen public et choisis sur une liste agréée par la Cour d'appel. Cette loi et celle de 1967 consacrèrent un commissariat aux comptes à la mission étendue et commune à la plupart des sociétés, s'exerçant à la fois dans l'intérêt de l'assemblée générale des actionnaires, mais aussi des minoritaires et de la collectivité tout entière.

Comment ne pas être sensible à la narration de Jean Hilaire qui décrit les débats et controverses qui ont agité le monde judiciaire à propos des tribunaux de commerce depuis trois siècles et dont les échos se font encore entendre aujourd'hui avec les mêmes critiques et des défenses identiques ?

L'évolution de la *publicité « légale »*, en tant que formalité imposée aux commerçants par la loi ou la coutume pour livrer au public des informations qui le concernent, fait également l'objet d'un chapitre. L'auteur décrit le cérémonial médiéval qui entourait la cession de biens faite par le débiteur insolvable à ses créanciers, le port du bonnet vert imposé aux faillis comme marque de reconnaissance et d'infamie, l'enregistrement des sociétés obligatoire dès le *xvi<sup>e</sup>* siècle et dont le support fut ultérieurement celui de la presse. Nécessité de l'information, d'une part, souci du secret des affaires, d'autre part, furent les pôles d'intérêts contradictoires qui ne cessèrent de s'opposer au cours du temps et d'influer sur les modalités de la publicité à l'égard des tiers. Le fisc gourmand ne tarda pas à y associer ses exigences.

Le droit commercial, comme le montre l'auteur, fut bien souvent le reflet de l'influence des droits étrangers. Le modèle italien resta prépondérant jusqu'à la fin du *xviii<sup>e</sup>* siècle, relayé ensuite par les exemples anglais en matière de *warrant*, de chèque, de société tandis que des institutions telles que le registre de commerce et la SARL furent empruntées au *xx<sup>e</sup>* siècle au modèle germanique.

Le grand mérite de cet ouvrage, à travers la diversité de son champ d'investigation, est de montrer que la compréhension des mécanismes du droit commercial reste inséparable de la connaissance de leurs origines.

Jacques LOGIE  
Vice-président au Tribunal  
de commerce de Bruxelles

L'ouvrage *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, récemment publié par Guy Rocher, regroupe divers textes parus dans le cadre de publications antérieures, éditées entre 1986 et 1994. Pour les fins de l'édition, et de manière à situer chacun de ces textes dans le cadre des préoccupations où il a été écrit, l'auteur les a rassemblés sous trois thèmes différents traitant respectivement du droit dans la société contemporaine, de la sociologie du droit et des rapports entre le droit et l'éthique. Il est évidemment tentant, s'agissant d'un recueil de textes produits sur une longue période, d'insister sur les difficultés d'une telle initiative ou de tenter de mettre l'auteur en contradiction avec lui-même. Dans le cas qui nous concerne ici, cette opération est rendue difficile du fait de la cohérence interne de l'ouvrage et de son caractère général. Par ailleurs, il apparaît plus opportun de profiter de la parution de ce livre pour mettre en lumière la participation de Guy Rocher au développement de la sociologie du droit au Québec et au Canada, et situer la place du droit dans l'œuvre sociologique de l'auteur.

Guy Rocher s'est surtout fait connaître par la synthèse qu'il a su faire des grands courants de la sociologie classique dans le cadre de l'ouvrage *Introduction à la sociologie générale*, publié à la fin des années 60, qui reste encore, dans de nombreux pays, une référence pour l'enseignement de la sociologie. On lui doit également un ouvrage d'une grande clarté sur l'œuvre du sociologue américain Talcott Parsons, un auteur que François Bourricaud avait déjà introduit en France au milieu des années 60. L'ouvrage qu'il offre aujourd'hui au public est le produit de ses quinze dernières années de recherche, consacrées à la sociologie du droit. Après une incursion dans le champ de la sociologie de l'éducation, au milieu des années 70, Guy Rocher a ainsi voulu compléter son œuvre en réintroduisant le droit comme fait social, sinon comme science sociale appliquée et efficace. L'entreprise posait d'autant plus de difficultés qu'elle fut lancée à une époque où le droit était encore boudé par une partie de la sociologie générale, qui n'avait longtemps vu dans l'activité juridique qu'un épiphénomène du pouvoir politique ou la mise en forme d'une domination. Plus encore, elle fut engagée dans les murs d'une faculté de droit, c'est-à-dire dans un milieu lui-même rébarbatif à l'approche sociologique. En accueillant Guy Rocher, le Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal a ainsi joué d'audace.

Ce rappel historique n'est pas inutile parce qu'il permet de mieux situer l'intérêt des différents textes offerts par l'auteur. Guy Rocher a largement contribué à l'établissement de la sociologie du droit comme champ de recherche légitime, et ne s'y est inscrit lui-même comme chercheur qu'après avoir réalisé un premier bilan de la sociologie du droit au Québec et pris acte d'une discipline en émergence. Faisant dès lors, lui-même, œuvre de pionnier, Rocher aura également fait œuvre de pédagogue, obligé de défendre à la fois la sociologie chez les juristes et le droit chez les sociologues. Cette dimension explique la teneur de très nombreux textes, dont le caractère général met en évidence des dimensions déjà connues par les sociologues du droit, mais qui trouvent tout leur sens auprès d'un public réticent, sinon auprès du grand public. Aussi, la lecture des travaux de Rocher exige rarement une connaissance poussée

de la sociologie du droit : elle la procure. C'est dans cette perspective qu'il faut lire le texte de Guy Rocher sur « L'emprise croissante du droit » (chap. 1), ou celui sur « Les fondements de la société libérale, les relations industrielles et les chartes » (chap. 3), ou encore celui sur « La bioéthique comme processus de régulation sociale » (chap. 12) destinés à un large public ou à un auditoire composé d'intervenants issus de milieux professionnels spécialisés dans les relations de travail ou le monde médical. En contrepartie, le texte « Le droit canadien : un regard sociologique » (chap. 2) est essentiellement destiné à faire reconnaître chez les juristes la légitimité de la démarche sociologique, et le texte « Droit, liberté et pouvoirs : dans quelle démocratie ? » (chap. 6) à faire reconnaître l'importance du droit comme catégorie sociale chez les sociologues et les anthropologues canadiens.

L'auteur tirant avantage de cette diversité de publics, ses travaux constituent d'excellents outils d'introduction à la sociologie du droit. Cette situation explique également le caractère nuancé de la plupart de ces contributions. À la lecture, on a souvent le sentiment que, dans la dialectique sans fin des rapports sociaux, tout fait système, tout se renforce et s'oppose à la fois. Cette méthode s'explique cependant par une certaine conception du travail sociologique. Guy Rocher, en effet, n'a pas eu la prétention de fonder une théorie générale du droit ou une école de pensée. Il a plutôt cherché à proposer une lecture sociologique de la réalité humaine, et ici de la réalité juridique. La contribution de Rocher rappelle, pour cette raison, celle de Norbert Élias. Elle vise surtout à fonder une perspective qu'une interprétation globale ou définitive. Dans ce cadre, la seconde partie de l'ouvrage de Rocher attirera davantage le sociologue ou le théoricien du droit. D'abord inspiré par le fonctionnalisme de Talcott Parsons, il était raisonnable que Rocher en vienne à s'intéresser au problème du droit, qui trouve chez Parsons une signification théorique importante du fait de sa fonction d'intégration. C'est ce que rappelle Rocher dans un texte remarquable sur « Le droit et la sociologie du droit chez Talcott Parsons » (chap. 9), dans lequel il rappelle l'intérêt tardif mais croissant de Parsons pour le droit.

Deux textes de cette section suscitent également un intérêt particulier. Le premier, texte d'une grande érudition publié antérieurement dans la revue *Droit et Société*, porte sur la réception de l'œuvre de Weber dans la sociologie américaine (chap. 10). L'auteur y retrace l'histoire des traductions, des interprétations et de la diffusion de l'œuvre aux États-Unis, mais insiste également sur la destinée de la sociologie juridique de Weber. Il rappelle ainsi qu'à partir de 1970, les travaux de Weber ont influencé la démarche de nombreux sociologues évolutionnistes, qu'ils ont été largement utilisés par certains tenants des *Critical Legal Studies* et qu'ils ont favorisé le développement d'une approche plus phénoménologique du droit. La principale contribution de Rocher au développement de la sociologie du droit réside cependant dans l'établissement d'une « Sociologie des ordres juridiques » qu'il expose dans son ouvrage (chap. 7). Rocher exploite ici les œuvres de Max Weber et de Santi Romano dans le cadre d'une proposition qui vise à développer une version originale du pluralisme juridique, fondée sur la reconnaissance de nombreux pôles normatifs — de nombreuses instances structurées — dont les caractéristiques institutionnelles font de véritables « ordres juridiques ». Cette importance accordée aux institutions productrices de normes s'explique à la fois par

une certaine fidélité aux catégories offertes par la sociologie classique, mais elle trouve également une explication dans la nécessité de faire voir plus concrètement le droit comme le produit d'une activité extra-étatique auprès d'un public largement formé de juristes positivistes. Cette proposition ouvre cependant la porte à une interprétation particulière du pluralisme juridique. Elle est à l'origine des travaux de Rocher sur l'inter-normativité, et a significativement influencé sa démarche dans le développement d'un nouveau champ de recherche : la sociologie de l'éthique — version particulière d'une sociologie des normes —, qui constitue le thème de la dernière partie de son ouvrage.

Rocher est cependant ici dans un champ très vaste et qui reste à défricher. Aussi, c'est surtout sur ces questions difficiles que ses recherches empiriques ont porté. Il y déploie une méthode inductive et descriptive qui caractérise également les études de Max Weber dont Rocher s'inspire à plusieurs titres. Ces travaux précurseurs sont par conséquent riches en descriptions organisées et en types idéaux. Il y retrace l'interaction complexe des acteurs, l'opposition des valeurs, et la négociation des points de vue, notamment dans le domaine médical où la réflexion éthique a dû se déployer avec le développement des nouvelles technologies de la santé (chap. 12 et 15) et la multiplication des comités d'éthique (chap. 13). Par ce biais, Rocher aborde cependant des dimensions propres à la société technologique, à la rationalité, à l'efficacité, à la professionnalisation et à la bureaucratie dont il fait les archétypes de la modernité et dont le développement du droit est également une des expressions (chap. 4). Justice procédurale, justice redistributive, choix éthiques, ces thèmes appellent ceux de la démocratie, de la participation et des rapports nécessaires entre liberté et égalité, droits individuels et collectifs qui sont également posés dans la première partie de son ouvrage. On est ici dans un champ où les normes sont en constante redéfinition. Elles posent les problèmes des origines sociales du droit. C'est dans cet univers que Guy Rocher fait le plus clairement valoir les éléments d'un projet normatif qui affleure à plusieurs endroits, fondé sur une conception de la démocratie qui rappelle celle de Tocqueville et suppose une société de la participation ; où une certaine égalité rend la liberté possible.

Pierre NOREAU  
Université du Québec  
en Abitibi-Témiscamingue,  
Centre de recherche en droit  
public de l'Université  
de Montréal

---

ROULAND Norbert (dir.), PIERRÉ-CAPS Stéphane et POUMARÈDE Jacques, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental. Droit politique et théorique », 1996, 581 p.

Dans un monde où les questions des minorités occupent une place toujours grandissante, il était urgent que paraisse un manuel sur la question. L'intelligence avec laquelle il a été conçu tient au fait que les auteurs ont, de par leur spécialité, une perspective transdisciplinaire qui donne aux questions abordées toute leur dimension. Autant dire que si les juristes ne seront point trompés sur la marchandise, les tenants des autres

disciplines concernées, à commencer par les anthropologues, les politologues, les historiens, les sociologues y trouveront, outre une mine de renseignements, une mine de réflexions.

Comme tout manuel, celui-ci est d'abord descriptif. On y trouve d'abord la problématique, bien plantée sous le titre non équivoque : « L'archipel planétaire », dans une introduction due à Norbert Rouland, qui a dirigé l'équipe. Suit un exposé de la question en trois parties consacrées respectivement à une approche historique du droit des minorités et des autochtones (par Jacques Poumarède, avec une légère incursion de Stéphane Pierré-Caps), au droit des minorités (par ce dernier) et au droit des peuples autochtones (par Norbert Rouland, à qui est due également la conclusion de l'ouvrage).

L'histoire du droit des minorités et des peuples autochtones est révélatrice non point tant d'une mise à l'écart quasi systématiquement répétée des minorités — ce qui, sans être absolument original, aurait déjà l'avantage de démontrer ce que chacun pressent — que d'une évolution du psychologique vers le politique. Initialement, en effet, c'est la peur de l'autre qui en fait un adversaire, le recours à l'argument religieux servant d'alibi à cette réaction. Avec l'apparition des pouvoirs absolutistes, c'est le danger potentiel que représentent les minorités pour ces derniers qui justifie leur surveillance, voire leur écrasement. On ne s'étonnera donc pas d'une certaine confusion, jusqu'aux temps modernes, entre l'état minoritaire et la condition des étrangers.

Une telle histoire ne fut pas linéaire, d'ailleurs. Ni dans l'inertie, ni dans le progrès. La Rome classique donna, semble-t-il, l'exemple d'un temps de relative tolérance ; et l'on se souvient que la cohabitation ethnique fut quasiment la règle sous les monarchies franques. C'est, une fois encore, avec l'affirmation de l'État moderne qu'apparaît une nouvelle problématique des minorités. Tandis que se développent les États-nations, l'État devient un « réducteur de minorités » (p. 73). Et l'on voit en prolongement comment se pose alors de manière toute différente une question comme celle de l'émancipation des Juifs — qui prend la forme d'une alternative : intégration ou assimilation — de celle des minorités protestantes, ramenée à une affaire de séparatisme religieux avec les dangers potentiels d'un inévitable prolongement politique.

C'est aussi l'époque des grandes découvertes et des colonisations qui débouchèrent sur l'extermination ou l'écrasement des peuples autochtones conquis. À la légalisation de l'asservissement des Indiens, par exemple, répond la légitimation de la conquête par la minoration de ces mêmes Indiens. On voit bien comment la doctrine (théologique d'abord, relayée par la doctrine juridique) domine les débats dans une perspective pragmatique de justification d'un ordre politique dominant.

Un *excursus* dans quelques traditions juridiques non occidentales permet de constater la permanence d'un certain nombre de traits fondamentaux sur les relations du pouvoir aux minorités qui y sont soumises, à côté de différences tenant aux cultures elles-mêmes. Ces remarques permettent à l'auteur de cette partie d'échapper au risque de constat jurnaturaliste sur lequel on pourrait hâtivement conclure la partie historique.

La deuxième partie, consacrée au droit des minorités, s'ouvre avec la question des minorités en droit international. Un regard différent et complémentaire, parce qu'issu d'une perspective disciplinaire autre, est ici jeté sur l'époque moderne, celle qui vit la constitution des minorités par

le droit des gens. Le principe des nationalités est alors lié au développement d'un nouvel ordre international, avec la recherche d'un statut international spécifique pour les « nationalités non émancipées » (p. 171). L'auteur de ces pages présente alors les progrès opérés successivement par la Société des Nations et les Nations Unies. Là non plus rien de linéaire. Sous le titre de « la mémoire occultée », on voit à l'œuvre les contradictions des droits des peuples, et l'on prend conscience d'une certaine ambivalence des droits de l'homme. On retiendra ici les quelque 30 pages qui décortiquent le contenu et le sens de l'actuel droit européen des minorités face aux politiques juridiques des États membres (p. 221-259), pour parvenir à une conclusion en termes d'interprétation pluraliste de l'unité de l'État vers l'émergence d'un statut privatif des libertés publiques minoritaires.

La troisième partie (« le droit des peuples autochtones ») traite successivement de l'émergence historique des peuples autochtones, des génocides et ethnocides liés à la conquête, à la « captation juridique des autochtones ». On retiendra également ici les pages consacrées au droit européen et international (p. 382-424) au caractère « inachevé », selon les propres mots de l'auteur. Malgré d'indéniables progrès normatifs, bien des énigmes demeurent en droit positif, qui vont de la qualification même du sujet de droit à la détermination et la reconnaissance des spécificités juridiques des peuples autochtones. Et d'examiner les règles du jeu : acteurs et stratégies, modes de recours et de solutions aux conflits. Un ultime chapitre, original, est consacré au statut juridique des autochtones de l'outre-mer français.

L'intérêt de ce livre, s'il s'arrêtait là, serait déjà immense. Une bibliographie de base est fournie sur chaque chapitre, qui permet à l'étudiant et au chercheur d'aller plus loin sur ces questions. Mais il y a mieux. L'ouvrage est passible d'une autre lecture, suggérée dans l'introduction elle-même. Elle aurait, cette fois, pour pivot, une réflexion globale sur des thèmes fondamentaux, comme celui des identités ou encore celui de la démocratie. La première question a débordé les frontières des pays anglo-saxons où elle émergea brutalement il y a quelques années dans les cercles des sociologues juristes (il suffit, pour s'en convaincre, de tourner les pages de la *Law and Society Review*), pour s'infiltrer jusque dans les consciences des politologues français (voir le recensement opéré par Thierry Delpeuch dans le bilan critique qu'il a donné dans *Droit et Société*, n° 33, 1996). De la réflexion sur l'identité, on passe à celle sur l'ethnicité — et il est vrai que l'analyse faite par Michel Wierviorka dans *La démocratie à l'épreuve. Nationalisme, populisme, ethnicité*<sup>10</sup> est à ce titre exemplaire. De ces questions à celle de la démocratie, la pente est évidente. À ce point, c'est l'ensemble du questionnement sur la modernité, sur la place et le rôle de l'État-nation, sur celle des revendications identitaires face aux progrès annoncés de l'universalisme, qui s'offre à la réflexion. Ce n'est pas le moindre mérite de cet ouvrage que de conduire le lecteur jusque-là, et de lui fournir des éléments d'appréciation puisés dans l'histoire et l'actualité du droit des minorités et des peuples autochtones.

André-Jean ARNAUD  
CNRS, Paris

Dans le prolongement de ses travaux antérieurs sur la genèse du syndicalisme français comme catégorie juridique, Francine Soubiran-Paillet, accompagnée ici par Marie-Lys Pottier, propose au lecteur un double questionnement sur les chambres syndicales ouvrières parisiennes de 1867 à 1884.

Les auteurs s'interrogent d'abord sur la nature de la chambre syndicale tant du point de vue de ses fonctions que de ses formes, du type d'intérêts qu'elle défend, et en la comparant avec d'autres formes d'association ouvrières qui leur paraissent proches ; ils se demandent ensuite dans quelle mesure les statuts de ces chambres syndicales ont servi à la mise en forme juridique de la catégorie « syndicat » dans l'élaboration de la loi de 1884.

Pour répondre à ces questions, les auteurs utilisent des méthodes d'analyse statistique lexicographique, tout en ayant recours à quelques grands classiques de la sociologie juridique. L'analyse porte sur un corpus de soixante-dix statuts de chambres syndicales ouvrières du département de la Seine, notamment parisiennes, créées entre 1867 et 1884.

Les résultats de cette recherche sont inégaux. L'analyse statistique, véritablement neuve, tient ses promesses parce qu'elle permet d'appréhender de manière fine les pratiques et la nature des chambres syndicales. On retiendra d'abord l'interpénétration des formes. Si les chambres syndicales seules représentent 21,4 % de l'effectif global, elles sont aussi des sociétés de résistance (c'est-à-dire qui allouent des secours de chômage à leurs adhérents) dans 20 % des cas, des sociétés de bienfaisance et coopératives (17,1 % des cas), des sociétés de bienfaisance (11 %), des coopératives (10 %), des sociétés de résistance et coopératives (6 %). L'une d'entre elles rassemble même l'ensemble des formes.

Corrélativement, les fonctions des chambres peuvent se cumuler. La méthode de classification automatique permet de voir qu'il s'agit, par ordre décroissant :

- d'intervenir dans les conflits ;
- de régler les conditions de travail ;
- de négocier les tarifs ;
- d'assurer un enseignement ;
- de trouver du travail aux membres de la profession ;
- de s'occuper de l'apprentissage ;
- de défendre en justice les membres de la chambre syndicale ;
- de fournir des arbitres aux prud'hommes ;
- d'éviter les conflits et les grèves ;
- d'exercer une activité ayant un rapport avec les prud'hommes.

Enfin une dernière fonction est constituée par l'allocation de secours, versée en cas de chômage dans 38 cas, d'accident dans 12 cas, de vieillesse dans 8 cas, de maladie dans 8 cas également.

Ces dernières données sont particulièrement intéressantes : le fait que les secours soient versés beaucoup plus fréquemment en cas de chômage qu'en cas d'accident, de maladie et de vieillesse montre que la filiation entre sociétés de secours mutuel et syndicats est ténue. Il n'est pas

inutile de rappeler ici que le décret de 1852 organise la mutualité sur une base notabiliaire et interclassiste aux antipodes des valeurs que la classe ouvrière promeut à ce moment. Comme le soulignent opportunément les auteurs, mutualisme et syndicalisme naissant ne se concurrencent pas car ils se développent selon des logiques et sur des terrains largement différenciés.

Il en va différemment du rapport entre chambres syndicales et coopératives, ces dernières étant en réalité l'émanation des premières et ne possédant pas de spécificité propre. Dans un premier temps, d'ailleurs, Waldeck-Rousseau pensera, pour la loi de 1884, à une forme mixte syndicat-coopérative.

On retiendra aussi l'intéressante description du jeu subtil qui se noue entre la préfecture de police de la Seine, occupée à trier les dispositions tolérées et celles qui doivent être supprimées, et les chambres syndicales, qui s'autocensurent en masquant leurs aspirations politiques.

Au bout du compte, la période 1867-1884 marque le passage d'un « univers de référence » à un autre. Les statuts portent la marque de vestiges d'organisation professionnelle anciens, du compagnonnage notamment (l'accent mis sur la morale, le secret ou la hiérarchie), qui s'éclipsent progressivement pour laisser la place à des références nouvelles : la solidarité, la laïcité, la fraternité.

Le deuxième axe de cette recherche laisse davantage le lecteur insatisfait. Dès le début de l'ouvrage, les auteurs annoncent que les statuts des chambres syndicales constituent *pour partie* la pratique invoquée par les républicains lors de l'élaboration de la loi de 1884, qui entérinent ici « une politique de l'expérience ». Certes, il apparaît intéressant de souligner que ce texte n'a pas été nourri de références à la théorie juridique, mais élaboré de manière pragmatique, en relation notamment aux statuts. L'utilisation du concept de « fait normatif » de Gurvitch — le droit n'est pas réductible à la production juridique étatique, l'usage, notamment professionnel, est également à prendre en compte ; la production de la norme et l'application du droit ne doivent pas être opposés de manière absolue — est également adaptée au propos. De même, il est vrai, plusieurs dispositions de la loi de 1884 semblent entériner certaines pratiques des chambres syndicales (constitution sans autorisation, exercice d'une même profession, capacité d'ester en justice, etc.). La recherche s'arrête pourtant ici à mi-chemin. Montrer des correspondances entre les pratiques et le texte est intéressant, mais insuffisant ; il aurait fallu aussi, selon nous, exposer *comment* les usages ont été — ou non — incorporés à la loi, et selon quelles procédures, notamment par une lecture problématique des débats parlementaires et des modes de production du texte. En d'autres termes, si l'on apprend beaucoup sur « les chambres syndicales ouvrières parisiennes » — sous-titre de l'ouvrage —, la question du passage « de l'usage professionnel à la loi » — titre du livre —, c'est-à-dire celle du transfert, est traitée de manière trop générale et abstraite pour apporter véritablement du neuf par rapport aux travaux de Weber et Gurvitch utilisés ici.

Jean-Pierre LE CROM  
Maison des sciences de  
l'homme Ange Guépin,  
Nantes

Situé au carrefour de la philosophie juridique, de la philosophie des sciences et de la philosophie du langage, cet ouvrage se fait remarquer par son ambition. L'auteur<sup>11</sup> lance en effet un lourd pari théorique : il s'agit sinon de présenter une théorie achevée du droit, du moins d'en poser les fondements — à la suite de glorieux prédécesseurs tels que Hans Kelsen, Niklas Luhmann, Georg Lukács ou John Rawls — et ce, à partir d'une réflexion sur le processus d'établissement des faits prenant place dans le processus de prise de décision judiciaire.

Cette théorie se fonde sur un présupposé et un positionnement relativistes : Csaba Varga écarte d'emblée toute définition absolue de la justice, de ses valeurs, de son fonctionnement, tout contenu *a priori*, tout sens donné en soi et sans élément de cadrage. Au contraire, dans l'analyse, chaque élément est considéré dans son rapport avec son environnement, son contexte, et dans une dépendance avec ceux-ci.

Aussi l'auteur prend-il ses marques par rapport aux médiations, aux intermédiaires qui orientent, conditionnent, s'interposent, qu'il s'agisse de la médiation langagière, institutionnelle et sociale, ou procédurale.

Le langage donne lieu à de nombreux développements qui témoignent de la place centrale qu'il occupe dans la réflexion de Varga. Pour ce dernier, si le langage permet de communiquer en faisant passer un message, il permet avant tout de nommer, c'est-à-dire de mettre un nom sur une chose. En nommant, le langage donne corps à la chose, il la fait exister et c'est pourquoi les faits ne sont pas des faits en soi, mais bien plutôt des énoncés de faits. Les faits établis sont linguistiquement fixés, à tel point que l'on peut dire que l'énoncé des faits devient les faits. Les faits existent tels qu'ils sont formulés par le langage. Aussi ce dernier joue-t-il le rôle de filtre et contribue-t-il, à proprement parler, à construire la réalité.

En opérant la distinction entre faits bruts et faits institutionnels, l'auteur insiste sur le rôle joué par les médiations sociales dans la perception du monde. Si les faits institutionnels sont des faits préconditionnés par les institutions, préétablis par des règles, les faits bruts s'imposent d'eux-mêmes. Rares sont ces faits bruts qui, ne passant pas par une médiation, sont pleinement porteurs de sens au-delà des pratiques sociales.

Les longs paragraphes consacrés à l'administration de la preuve, orchestrée à partir d'une procédure préétablie, soulignent la capacité créative et constitutive de ce type de médiation. Dans un certain sens, c'est la procédure qui crée le fait, puisque c'est elle qui dit ce qui est et ce qui n'est pas une preuve. Ne peut être mentionné que ce qui a été recueilli par un agent procéduralement homologué dans le cadre de la procédure préétablie. Cette dernière peut alors être lue en termes de prédétermination et de préconditionnement de ce qui pourra être analysé et pris en compte par le juge. Comme le dit Varga, « la preuve est un processus au cours duquel, dans le cas où il est fructueux, les faits bruts sont transformés en faits institutionnels, comme le célèbre le fait de dire "c'est un fait établi que..." » (p. 137). La procédure a donc un double rôle de création et de validation des faits.

L'individu effectue lui aussi un travail sur la réalité. Sa perception du réel est fortement dépendante de son monde intérieur, de ses valeurs, au

11. Csaba VARGA est conseiller scientifique à l'Institut d'études juridiques de l'Académie des sciences de Hongrie, professeur de droit dans une université hongroise, mais aussi directeur de l'Institut de philosophie du droit de l'Université catholique de Hongrie. Il a publié notamment : *The Place of Law in Lukács' World Concept* (1985), *Law and Philosophy* (1994), *Transition to Rule of Law* (1995).

point que cette lecture prend corps et devient *la* réalité. Ce qui, du point de vue judiciaire, aboutit à un paradoxe : comme l'affirmait déjà Jérôme Frank à la fin du siècle dernier, « les faits ne sont pas objectifs. Ils sont ce que les juges pensent qu'ils sont » (p. 21). Cette affirmation du caractère ontologique du droit et du travail judiciaire constitue un point d'ancrage essentiel pour l'auteur. Il s'appuie en effet, à plusieurs reprises, sur la réflexion de J. Frank pour souligner le caractère subjectif du processus d'établissement des faits.

Au-delà des médiations, le relativisme de l'auteur s'attache aux valeurs elles-mêmes. La vérité et la justice sont appréhendées comme des valeurs relatives, fluctuantes. La vérité peut être mise en concurrence avec d'autres valeurs (la rapidité, le coût...) au sein de l'institution judiciaire elle-même. « Tout dépend de ce que chaque société considère comme étant la justice », conclut Varga. De même, concernant le contenu et le sens de la vérité, l'auteur éloigne toute certitude. La vérité est définie comme « une hypothèse qui, dans des conditions données, n'a pas d'alternative concurrente » (p. 144).

Dans cette optique, la mission du juge, qui consiste en l'établissement des faits<sup>12</sup> d'une part et en l'application du droit d'autre part, s'effectue à partir d'un processus de cognition, processus qui a pour caractéristique de permettre l'énoncé et la formulation des faits.

Le passage des faits isolés au cas, c'est-à-dire à un ensemble structuré de faits, implique, selon l'auteur, une « transformation mentale ». On ne peut identifier des composants élémentaires que si l'ensemble, la totalité ont été préalablement interprétés. C'est ainsi que les éléments individuels sont agencés et compris en référence au tout.

Cette réflexion qui convoque la relation existant entre le général et le particulier est récurrente au sein de l'ouvrage. Elle en constitue même une pierre angulaire dans la mesure où l'ensemble du travail intellectuel du juge est envisagé comme un travail de lecture et d'interprétation d'éléments épars à partir d'un tout préexistant. Cette opération de mise en relation d'éléments singuliers avec une totalité préexistante s'effectue principalement à travers ce processus cognitif qui, fondé sur une unicité des faits et des valeurs, une partialité et un principe de sélection, fournit des clefs de perception et de lecture de la réalité. À tel point que la réalité, vue à travers ces lunettes cognitives, est réduite à la perception que l'individu a d'elle. Les faits énoncés par les magistrats sont des faits établis à partir d'un processus de cognition fondé sur ce que l'on pourrait appeler un monde intérieur ou un schème de perception.

Toutefois, la conceptualisation et la formalisation du tout supposent à leur tour la mise en place de présupposés qui vont constituer un point de départ qui orientera la perception dans une direction afin de lui donner une forme paradigmatique. Pour reprendre la formule de Wittgenstein, « la route qui mène depuis l'événement jusqu'au cas pratique, individuel à travers un processus d'établissement des faits est à la fois dépendante des normes et dépendante des images du monde » (p. 75).

De la même manière, si la mise en œuvre du processus de cognition, intrinsèque au processus d'établissement des faits, constitue une phase primordiale, déterminante pour la suite du travail du juge, elle ne doit pas être vue comme une phase première dans le temps ni comme une phase donnée en elle-même. Conformément au phénomène d'interpénétration des différents actes constitutifs du processus de prise de décision judi-

12. Le fait étant défini par l'auteur comme « ce qui valide ou falsifie un énoncé » (cf. p. 26).

ciaire, les actes interagissent les uns sur les autres et, par exemple, l'établissement des faits et la qualification juridique sont mutuellement dépendants. Pour reprendre l'image de l'auteur, chaque face de la médaille est taillée d'après l'autre.

Fonctionnant selon un mode subjectif presque intuitif, le processus de cognition est suivi par une phase de contrôle et de justification. Le recours à la logique permet alors d'apporter de la cohérence au processus de prise de décision judiciaire. Il convient en effet que la décision apparaisse comme une nécessité logique, qu'elle soit présentée comme étant la seule solution possible ou pertinente.

Si le processus d'établissement des faits détermine ou du moins influence l'ensemble du processus qui va suivre, le droit joue également en parallèle un rôle de conditionnement. Il prédétermine « depuis le tout début quels types de faits et de configurations de faits peuvent être recherchés et établis » (p. 69).

La pensée de l'auteur s'attache donc à décortiquer et à expliquer l'ensemble du travail du juge depuis l'établissement des faits jusqu'à l'application du droit, en faisant apparaître l'image d'un entrelacs d'interdépendances et de prédéterminations diverses qui interagissent. « En fonction du choix de relation, de connexion fait, différents faits peuvent être établis concernant le même événement ; et en fonction du contexte normatif pris en référence, les mêmes faits peuvent également être qualifiés différemment » (p. 69). Le processus de prise de décision judiciaire porte donc en lui les influences mêlées du droit et de la perception cognitive des faits. Pour caricaturer la pensée de l'auteur, on pourrait résumer celle-ci par une formule lapidaire : tout agit sur tout et inversement.

L'ensemble du processus juridique est alors analysé comme « un processus de résolution d'un problème s'écartant de tout événement concret dans le but de parvenir à une réponse permettant l'action et ce, sur la base d'un classement notionnel à l'intérieur d'un système normatif » (p. 68). Faisceau de critères extérieurement et postérieurement projetés sur un événement, le droit développe une logique propre, écran à travers lequel l'événement est donné à voir et à penser.

L'auteur utilise alors les apports de la cybernétique et du systémisme pour envisager le droit. Il analyse celui-ci comme un système doté d'une autonomie de fonctionnement et d'une capacité de reproduction, fonctionnant comme une boîte noire, avec des *input* et des *output* préprogrammés. Si le droit est analysé comme une sphère autonome, l'auteur prend néanmoins soin de préciser que ce système n'existe qu'en tant que pratique conventionnelle. Il ne peut exister indépendamment d'elle car « il n'a pas de propriété physique ni d'existence objective » (p. 158).

Dans ce contexte complexe, la fonction du juge est placée sous le signe du pragmatisme. Devant prendre une décision, le magistrat passe outre — ou plutôt fait avec — les incertitudes de définition, les ambiguïtés de langage, etc. Il utilise de façon pragmatique les outils disponibles, quelles qu'en soient leurs limites et ce, afin de se placer dans le registre de l'action.

S'il fallait résumer la pensée de l'auteur en quelques mots, on pourrait dire que Csaba Varga appréhende le processus de prise de décision judiciaire comme un processus complexe caractérisé par des interactions et des interpénétrations de logiques différentes. La logique cognitive, la

logique juridique sont alors des logiques qui façonnent la réalité et qui contredisent l'idée d'une réalité objective. La réalité donne lieu à une perception partielle et partielle et c'est cette perception qui se substitue à la réalité elle-même. C'est à partir d'elle que le juge applique la norme générale à des cas particuliers, mécanisme par lequel s'effectuent la concrétisation et l'actualisation de la norme.

Affichant dès son index une grande homogénéité du propos et une pensée résolument philosophique, l'ouvrage laisse entrevoir au fil des pages une trame plus souple, plus large. S'il s'intéresse principalement au droit et au processus de prise de décision judiciaire, l'auteur aborde des thèmes et mécanismes plus généraux — la confrontation de la réalité avec le monde intérieur et les présupposés des individus, les rôles respectifs du social et de l'individuel dans la perception et l'interprétation des faits, la valeur du langage et son rôle dans l'émergence et la formulation de la pensée — qui donnent de l'épaisseur à la problématique d'ensemble.

En somme, il s'agit là d'un ouvrage dont il est difficile de rendre compte fidèlement tant il est ambitieux, riche et nuancé. Il nous a donc fallu caricaturer, grossir le trait, réduire la pensée à quelques idées fortes pour permettre de synthétiser une réflexion difficile à apprivoiser, posant plus de questions qu'elle n'apporte de réponse.

Pour conclure, on regrettera que cet ouvrage, qui développe plusieurs comparaisons imagées et qui notamment creuse avec bonheur l'analogie entre le droit et le jeu, ait été privé d'une connotation plus pratique, plus empirique qui aurait permis une meilleure lisibilité et une meilleure compréhension du propos pour le lecteur.

Si le propos est clairement philosophique, il laisse entrevoir des instruments utilisables par d'autres disciplines que la philosophie, des espaces disponibles pour des analyses complémentaires se nourrissant davantage d'un ancrage social. De quoi susciter et fonder des analyses de sciences sociales sur ce sujet, fort intéressant, des rapports entre faits et norme au sein du processus de prise de décision judiciaire.

Laurence DUMOULIN  
CERAT, Institut d'études  
politiques de Grenoble

---

*Les défaillances de la mémoire humaine. Aspects cognitifs des enquêtes rétrospectives*

**Nadia Auriat**

Paris, INED/PUF, coll. « Travaux et documents », 1996, XII + 203 p.

Dans quelle mesure les erreurs de mémoire peuvent-elles altérer la validité des informations collectées dans les enquêtes ? Question cruciale, alors que les enquêtes « rétrospectives » fouillent de plus en plus loin dans le passé des personnes interrogées et s'attachent à obtenir des informations de plus en plus précises. Pour déjouer les pièges de la mémoire, les auteurs de questionnaires savent bien qu'il faut dépenser des trésors d'imagination dans la rédaction des questions, leur succession, leur présentation, qu'il ne faut pas hésiter à s'intéresser à plusieurs reprises au même événement, vu sous des angles différents, qu'il faut multiplier les contrôles, les vérifications afin de déceler les éventuelles incohérences. Si le problème est bien connu des spécialistes en sciences sociales, il manquait toutefois une étude systématique des erreurs de mémoire dans l'observation par questionnaire, qui permette non seulement d'apprécier l'ampleur des déformations subies par un événement entre son occurrence et sa résurgence, mais aussi de mettre à jour les forces à l'œuvre dans cette altération du souvenir.

Cet ouvrage vient combler cette lacune. Il intéressera non seulement les psychologues, qui trouveront une revue détaillée des travaux, notamment anglo-saxons, effectués dans ce domaine, les démographes et sociologues, mais aussi tous les spécialistes de l'observation par enquête faisant appel à la mémoire, quel que soit le domaine dans lequel ils conduisent leurs travaux.

(Présentation de l'éditeur)

---

*La justicia como relato. Ensayo de una semionarrativa sobre los jueces*

**José Calvo**

Málaga, Ágora, coll. « Hybris », 1996, 212 p.

José Calvo González, profesor de *Filosofía del Derecho* en la Universidad de Málaga, realiza un experimento narrativo, de *narragénesis* y *narralýsis*, tendente a la *deconstrucción compositiva* de la Justicia como un relato universal análogo que, sobre todo, « cuenta » a través

de lo gesticular y gestual del protagonismo judicial. La construcción narrativa utilizada para contar ese relato, que va inserta en el molde de un cuento, produce a su vez — haciendo la forma de un cuento — el efecto de un artificio catóptrico : relato en el relato, relato dentro del relato, metarrelato. Al propio tiempo, el mismo acto y modo de narrar la historia — *como si* de un cuento se tratara — llega a ser también parte de la historia que narra.

(Présentation de l'éditeur)

---

*Compensating Crime Victims : A European Survey*

**Desmond Greer (ed.)**

Freiburg im Breisgau, Edition iuscrim, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1996, 728 p.

This Survey fills an important gap in our knowledge of the treatment of crime victims in Western Europe — the extent to which such persons are entitled to compensation from the State. The focal point is the Council of Europe Convention of 1983 on the Compensation of Victims of Violent Crimes, which makes provision for the payment of compensation by the State to persons who have suffered personal injury or impairment of health as a result of crimes of violence, and to the dependants of persons who have died as a result of such crimes. The Survey consists of 16 national reports written by reporters from the countries concerned, explaining the extent to which crime victims are entitled to compensation from the State when such compensation is not forthcoming from the offender. Each report also includes the text of the relevant legislation setting out the detailed provisions of the State compensation scheme. A summary of the salient features of the different schemes, and of the extent to which the European Convention has been implemented in principle and in practice, is provided in a general overview compiled by the Editor. All the material is in English.

The countries covered by the Survey are Austria, Belgium, Denmark, Finland, France, Germany, Greece, Ireland, Italy, The Netherlands, Norway, Portugal, Spain, Sweden and the United Kingdom (with separate reports on Great Britain and Northern Ireland).

(Présentation de l'éditeur)

---

*Théorie générale du droit et de l'État* suivi de *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*

**Hans Kelsen**

Paris, LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1997, 518 p.

Hans Kelsen est, sans conteste, le juriste le plus important de ce siècle. Il n'y a pas une seule question de théorie juridique qu'on puisse traiter aujourd'hui sans examiner d'abord l'analyse qu'il en fait, mais son œuvre ne concerne pas seulement le droit et la philosophie du droit ; elle touche aussi la philosophie politique, l'épistémologie, l'éthique ou la logique. Sa théorie du droit représente, à côté du réalisme, l'une des deux branches du juspositivisme moderne, connue sous le nom de normativisme et que lui-même appelait

« Théorie pure du droit ». Elle se donne comme une théorie scientifique qui se borne à décrire son objet, le droit positif, et qui donc est « pure » de tout jugement de valeur.

La pureté ne concerne toutefois que la méthodologie. Le droit, lui, n'est nullement pur, car il exprime des choix moraux et politiques. La doctrine kelsenienne pure apparaît ainsi doublement politique : d'une part, elle se donne pour tâche de mettre en évidence la fonction idéologique du droit ; d'autre part, dans la mesure où elle analyse les dispositifs juridiques comme des moyens au service de certaines fins, elle peut servir de fondement à une véritable technologie juridique. C'est cette technologie que Kelsen prétendait appliquer à la politique et qui fonde aussi bien son travail de constituant — il est le père de la Constitution autrichienne et de la première cour constitutionnelle — que ses écrits sur la démocratie.

La *Théorie générale du droit et de l'État* présente à cet égard un intérêt exceptionnel. Elle a été écrite aux États-Unis, où Kelsen s'était réfugié au début de la Seconde Guerre mondiale. Comme le souligne Stanley L. Paulson dans son introduction, elle constitue une étape marquante dans l'évolution de sa pensée entre le néo-kantisme des origines et l'empirisme des derniers écrits. C'est aussi une présentation claire, systématique et concentrée de l'ensemble de sa doctrine et c'est le seul ouvrage de Kelsen qui porte à la fois sur les conditions de possibilité d'une science empirique du droit, sur la théorie générale du droit au sens strict — l'analyse structurale de tous les ordres juridiques possibles — et sur la théorie générale de l'État — l'analyse des concepts constitutifs de tout État possible.

(Présentation de l'éditeur)

*Après la vertu. Étude de théorie morale*

**Alasdair MacIntyre**

Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1997, 282 p.

Selon Alasdair MacIntyre, la plupart des débats moraux contemporains ont en commun leur caractère interminable et insoluble, du fait de la diversité des concepts hétérogènes et incommensurables qui en constituent les prémisses. Il manque aujourd'hui un consensus clair sur les notions morales, sur les *vertus*. Le langage de la morale a survécu jusqu'à notre époque, mais sous une forme particulièrement confuse, qui juxtapose des fragments conceptuels de divers moments de notre passé. Ce désordre est le résultat d'une longue histoire, allant de la fin du Moyen Âge à nos jours, au cours de laquelle le catalogue des vertus s'est transformé, ainsi que le concept même de vertu. À l'époque des Lumières, les philosophes rejetèrent la tradition aristotélicienne, tentant en vain de la remplacer par un exposé rationnel et laïque de la nature des vertus. Suivi par les existentialistes et les émotivistes, Nietzsche crut pouvoir refuser tout l'héritage théorique du XVIII<sup>e</sup> siècle. Dans *Après la vertu*, Alasdair MacIntyre propose, par une reformulation du message d'Aristote, de rendre à notre discours moral son intelligibilité perdue.

(Présentation de l'éditeur)

---

*Les choses hors commerce. Une approche de la personne humaine juridique*

**Isabelle Moine**

Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1997, 438 p.

La commercialisation grandissante des éléments et produits du corps humain, et plus largement de tout ce qui se rattache à la personnalité humaine (droit au respect de la vie privée par exemple), est un germe d'inquiétudes légitimes. Tout peut-il se vendre, et même, tout peut-il se donner ? Car ce qu'il est convenu d'appeler le « don » n'est pas toujours exempt de risque d'atteintes à la personne, à sa liberté, voire à sa vie : l'application du droit des contrats, avec la force obligatoire et le détachement des choses par rapport à la personne qu'ils supposent, est inadaptée à ces domaines.

Ceci à l'exception d'un texte, inspiré du droit romain, inscrit dans le Code civil dès son origine, quelque peu inutilisé mais « retrouvé » à l'occasion par la jurisprudence, particulièrement ces dernières années : l'article 1128 (ainsi que les articles qui s'en inspirent notamment dans le régime des divers contrats spéciaux). Ce texte dispose qu'« il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ».

Or, utilisée pour les choses publiques et les choses sacrées par le droit romain, cette notion convient aujourd'hui tout particulièrement à la protection des choses qui se rattachent étroitement à la personne humaine, au point de ne pouvoir en être dissociées juridiquement sans mettre en péril la constitution de celle-ci : constitution juridique bien entendu, à savoir liberté face à la puissance des biotechnologies et des médias, disposition de soi également, mais au sens de liberté d'expression de sa personnalité et non de pouvoir de s'aliéner soi-même à autrui. Tout ceci passe par une définition de la notion de personne humaine juridique, la personne humaine comprise et protégée par le droit, à partir de laquelle les choses correspondantes pourront faire l'objet d'actes juridiques non contraignants, mais indispensables à la vie individuelle et sociale (don de sang, autorisations d'utilisation de son image ou de son œuvre artistique, etc.). C'est essentiellement une théorie générale des choses hors le commerce que propose cet ouvrage.

(Présentation de l'éditeur)

---

*L'action sociale intercommunale. Une nouvelle pratique en milieu rural*

**Marie Périnovitch**

Paris, Syros, coll. « Les cahiers de l'intercommunalité », 1996, 124 p.

Le problème de l'exclusion n'est pas seulement l'apanage des villes et des banlieues. Le milieu rural, secoué par les soubresauts de la crise économique et les mutations de l'agriculture doit, lui aussi, y faire face.

La commune rurale reste l'échelon de proximité où les personnes en difficultés ont la possibilité de rencontrer une personne qu'ils connaissent, le maire bien souvent, et qui est leur point de contact indispensable et privilégié. Cependant, lorsqu'il s'agit de s'engager dans

une politique d'action sociale ou de lutte contre l'exclusion, l'échelon intercommunal semble plus pertinent pour imaginer des solutions collectives durables. Les dispositifs intercommunaux dont il est question dans cet ouvrage montrent qu'il est possible de rendre l'action sociale plus cohérente, plus efficace, plus proche des usagers.

Ils correspondent à une nouvelle façon d'appréhender la réalité du territoire, qui s'appuie sur la capacité des acteurs (élus locaux, partenaires économiques et sociaux, associations) à élaborer et à conduire, au sein d'une structure intercommunale, un véritable projet de développement, sur un territoire de solidarité.

Quel que soit le dispositif choisi (centre intercommunal d'action sociale, centre social intercommunal, syndicat intercommunal d'action sociale), ce nouveau mode d'organisation représente un moyen indispensable pour conduire une politique sociale et assurer sa gestion dans les territoires ruraux. Il traduit la volonté des acteurs locaux de s'unir afin de lutter de manière optimale contre l'exclusion, ce mal diffus de notre fin de siècle.

(Présentation de l'éditeur)

---

*Le moment machiavélien. La pensée politique florentine et la tradition républicaine atlantique*

**John Greville Agard Pocock**

Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1997, LVIII + 586 p.

Paru en 1975 aux États-Unis, le *Moment machiavélien* propose une véritable révision des modalités traditionnelles de l'écriture de l'histoire de la philosophie politique moderne. Renonçant au dogme qui voit, dans les révolutions subies par le langage juridique à la fin du Moyen Âge et au XVII<sup>e</sup> siècle, l'ascendance exclusive de la modernité politique, Pocock isole, à côté du vocabulaire du droit, qui est le terrain privilégié de la synthèse libérale, un langage alternatif de la philosophie politique moderne. Ce langage, qui est républicain, humaniste et civique, a pris naissance au moment où, dans l'œuvre de Machiavel, la république classique issue des œuvres d'Aristote et de Polybe affronte le problème entièrement inédit de son instabilité dans le temps et de son exposition à la *Fortuna*. Comment instaurer dans le temps un universel de valeur ? Comment échapper à l'emprise des circonstances et du hasard ? Comment parer aux effets de la corruption qui menacent les institutions libres ? Ces questions donnent lieu, à l'époque de Machiavel, à la formulation d'une théorie originale, qui récusé la réduction de la politique au droit et prend en compte l'importance des mœurs dans la préservation de la liberté. Reformulé et enrichi de thèmes nouveaux, ce langage renaît dans le Nord anglophone au moment de la première révolution anglaise où il entretient, pendant près d'un siècle et demi, un débat extrêmement vif avec la composante libérale naissante de la pensée anglo-saxonne, contraignant celle-ci à se doter, pour répondre aux interrogations de son concurrent, d'une composante humaniste inédite et d'une apologie des formes modernes de la liberté aux dépens des formes anciennes de celle-ci. Enfin, traversant l'Atlantique à l'occasion de la révolte des treize colonies, ce vocabulaire constitue — contrairement au dogme

de l'exclusivisme lockien — une des sources majeures de la révolution américaine. Entretenant des doutes et des questions sur l'aptitude des sociétés modernes à satisfaire pleinement aux exigences de la vertu et de la liberté humaine dans un contexte d'explosion des richesses et de fictions sociales, le langage politique de l'humanisme civique et républicain n'a rien perdu, aujourd'hui, de son pouvoir de remise en question des tranquilles certitudes sur lesquelles les démocraties contemporaines croient pouvoir se reposer.

(Présentation de l'éditeur)

---

*Beccaria et la culture juridique des Lumières (Actes du colloque européen de Genève, 25-26 novembre 1994)*

**Michel Porret (éd.)**

Genève, Droz, coll. « Travaux d'histoire éthico-politique », 1997, 316 p.

Fruit d'un colloque tenu à Genève en novembre 1994 à l'occasion du bicentenaire de la mort de Cesare Beccaria (1738-1794), ce livre veut replacer la pensée du réformateur italien dans le contexte intellectuel et institutionnel de l'Europe des Lumières. Doctrine et pratique : cette double dimension du pénal constitue la ligne de force de ce volume collectif qui rassemble une quinzaine d'études originales rédigées par des spécialistes européens de l'histoire du droit pénal, ainsi qu'une traduction inédite de Beccaria commencée par Maine de Biran. Dans son ouvrage fameux, *Des délits et des peines*, paru en italien en 1764, Beccaria propose que la mesure de la peine ne soit pensée qu'en terme d'utilité sociale et non plus comme la vengeance arbitraire du souverain. Commentée aux quatre coins de l'Europe, nourrissant une nouvelle culture de la pénalité faite d'égalitarisme social, de criminologie empirique, de médecine légale naissante et de réforme institutionnelle, l'œuvre de Beccaria participe à la construction d'une forme de modernité pénale qui est la nôtre. Hostile à la torture judiciaire que les médecins du temps légitiment par leur savoir, l'ouvrage de Beccaria devient pour l'opinion éclairée de l'Europe le bouclier humaniste contre « ce qui reste de barbare dans la jurisprudence de tant de nations ». Comme le montrent les études juridiques et historiques publiées ici, la réception de Beccaria dépasse largement l'Italie du XVIII<sup>e</sup> siècle et retient l'attention de juristes ou magistrats anglais, allemands, danois, espagnols, français, hollandais, suédois ou encore suisses. Outre l'Europe du despotisme éclairé, les philosophes sont unanimes à saluer Beccaria. En France, divisés parfois sur les conditions de la réforme pénale, Diderot, d'Alembert et Morellet en sont des commentateurs attentifs. Voltaire discerne chez Beccaria cette « saine philosophie » qu'il diffuse dans ses propres écrits pour détruire l'« infâme ». En plaçant sur le marché éditorial de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle un *best-seller* invitant à repenser le droit de punir dans un langage « philosophique » que les non-pénalistes pouvaient discuter, Beccaria mettait à l'ordre du jour l'impératif de la démocratie moderne en plaidant pour un droit pénal qui garantisse la sécurité et la liberté dans une cité juste.

(Présentation de l'éditeur)

**Union nationale interfédérale des œuvres et organismes privés sanitaires et sociaux (UNIOPSS)**

Paris, Syros, coll. « Alternatives sociales », 1996, 287 p.

Dans le mur toujours plus long et épais de l'exclusion, des mesures de tous ordres sont venues peu à peu ouvrir des portes vers l'insertion. Les unes prévoient des aides financières, d'autres favorisent l'accès à l'emploi, à un logement, aux soins, d'autres encore proposent des parcours de formation, des dispositifs d'accompagnement et de soutien. Certaines sont complémentaires, d'autres exclusives les unes des autres ; toutes répondent à des critères particuliers d'attribution.

Comment connaître tous ces dispositifs ? Comment y avoir recours ? Pour le travailleur social, le bénévole, l'employé de mairie, chargés d'orienter ou d'accompagner les personnes en difficulté, il n'est pas toujours aisé de se retrouver au milieu de cet arsenal complexe et évolutif. Pourtant, l'intervention sociale se doit le plus souvent d'être polyvalente et de résoudre en même temps des problèmes d'emploi, de logement, de santé..

Cet ouvrage a été conçu pour informer et guider tous ceux qui — travailleurs sociaux, bénévoles, agents administratifs et élus des collectivités locales — sont amenés à aider les personnes en difficulté à trouver les voies de l'insertion.

Le « généraliste » retrouvera, rassemblé en un seul volume, l'essentiel des dispositifs en matière d'insertion, y compris les récentes mesures concernant les contrats initiatives emploi (CES), introduites en août 1996. Quant au « spécialiste » d'un domaine, il pourra, selon les besoins de son intervention, compléter sa connaissance sur d'autres secteurs qui lui sont moins familiers.

(Présentation de l'éditeur)

---

*Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*

**Guillaume Wicker**

Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1997, 441 p.

Altérations d'un ou plusieurs concepts résultant de la méconnaissance de leurs conditions d'application ou de leurs effets logiques, les fictions juridiques sont étroitement liées à la théorie de l'acte juridique : leur présence tient au caractère essentiellement subjectiviste de cette théorie dans la doctrine classique.

Certaines fictions résultent directement de l'analyse volontariste qui envisage l'acte juridique sous le seul angle de la volonté, et indépendamment de ses éléments matériels et juridiques. Qu'elles touchent aux notions d'obligation, de représentation, de personne morale ou encore à l'offre de contracter et à la promesse de contrat, toutes marquent les limites de la conception qui fait de la volonté tant le fondement des droits subjectifs et de la personnalité juridique que le critère catégoriel de l'acte juridique.

Les autres fictions, liées à la mise en œuvre des notions fonctionnelles de rétroactivité et d'affectation, apparaissent comme la conséquence indirecte de la théorie subjectiviste, incapable d'appréhender le problème de la durée dans la formation et l'exécution de l'acte juridique, de même que celui de l'influence qu'il exerce sur ses éléments matériels. Or, c'est cette incapacité qui explique que la qualification de fiction ait été appliquée aux meubles par anticipation, aux immeubles par destination, à la rétroactivité de la condition et de la résolution judiciaire ou conventionnelle comme à la subrogation réelle.

Mais l'ouvrage ne vient pas seulement souligner les insuffisances de la théorie subjectiviste révélées par la présence des fictions juridiques, il s'attache également à les éliminer. À partir de la notion de cause, il développe une analyse dualiste de l'acte juridique permettant d'intégrer dans sa théorie les diverses institutions envisagées.

(Présentation de l'éditeur)

## Reçu en outre...

---

CIABRINI Sylvie, *Les services dans le commerce international*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1996, 128 p.

---

D'HAËM Rudolph, *La reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1997, 128 p.

---

HERRENDORF Daniel Estebán, *Autopsie de la science du droit. Pour une phénoménologie de la conduite juridique*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. « Laboratoire de théorie juridique », 1996, 213 p.

---

*JOURNAL OF SOCIAL SCIENCE [THE]* (Institute of Social Science, University of Tokyo), vol. 48, n° 3, novembre 1996, 235 p.

---

KAHN Philippe et KESSEDJIAN Catherine (dir.), *L'illicite dans le commerce international*, Paris, Litec, coll. « Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux », 1996, 604 p.

---

RAMACKERS Paul et VILBEUF Laurent, *L'inspection du travail*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1997, 128 p.

---

SIMON Denys, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental. Droit international et communautaire », 1997, 536 p.