

Chronique bibliographique

Cette chronique ainsi que les rubriques *Nouvelles du monde*, *Repères* et *Au fil des revues* peuvent être consultées sur notre site internet où elles sont mises à jour régulièrement :

www.reds.msh-paris.fr/

Pour les recevoir mensuellement, il est possible de s'inscrire sur la liste de diffusion :
www.reds.msh-paris.fr/francais/actualite.htm

À propos de...

Un parcours en trois étapes dans l'expérience juridique européenne

- ▶ GROSSI Paolo, *L'Europa del diritto*
(par Massimo VOGLIOTTI)

Entre le fait et le droit : pour un dépassement de la modernité juridique

- ▶ VOGLIOTTI Massimo, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*
(par Paolo GROSSI)
-

Lu pour vous

- ▶ CARBONNIER Jean, *Écrits*
(par Jean-François PERRIN)
 - ▶ CHEVALLIER Jacques, *L'État post-moderne*
(par Samer GHAMROUN)
 - ▶ HALLAQ Wael B., *Sharī'a : Theory, Practice, Transformations*
(par Baudouin DUPRET)
 - ▶ HUMBERT Marc et CAILLÉ Alain (dir.), *La démocratie au péril de l'économie*
(par Claude DIDRY)
 - ▶ LABORIER Pascale, NOREAU Pierre, RIOUX Marc et ROCHER Guy (dir.), *Les réformes en santé et en justice. Le droit et la gouvernance*
(par Gilles FERRÉOL)
 - ▶ NIBOYET Frédérique, *L'ordre public matrimonial*
(par Jean-François PERRIN)
 - ▶ ROY Alain et LEMAY Violaine, *Le contrat conjugal : pour l'amour ou pour la guerre ?*
(par Gilles FERRÉOL)
 - ▶ SCHIAVONE Aldo, *Ius. L'invention du droit en Occident*
(par Laurent DE SUTTER)
 - ▶ SUEUR Jean-Jacques (dir.), *Interpréter et traduire*
(par Keltoume LARCHET)
 - ▶ TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *Éléments d'histoire de l'enseignement du droit public : la contribution du doyen Foucart (1799-1860)*
(par Marc BONINCHI)
-

Reçu au bureau de la rédaction

À propos de...

■ **GROSSI Paolo**, *L'Europa del diritto*, Rome, Bari : Laterza, coll. « Fare l'Europa », 2007, 281 p.

Compte rendu par Massimo VOGLIOTTI (Université du Piémont Oriental, Italie).

Un parcours en trois étapes dans l'expérience juridique européenne ¹

1. Ce livre consacré à l'Europe du droit fait partie de la prestigieuse collection « Faire l'Europe », dirigée par Jacques Le Goff et publiée par cinq importants éditeurs dans les principales langues européennes. La tâche d'esquisser le visage juridique de l'Europe, tel qu'il s'est défini au cours de sa longue histoire, ne pouvait être assignée qu'à un historien du droit. Un historien, toutefois, qui ne se contente pas de parcourir – même de façon érudite – la surface de l'histoire, sa dimension événementielle, mais qui sache aussi en explorer les profondeurs, saisir les racines – matérielles et spirituelles – qui donnent sens aux événements. Non seulement, donc, un historien du droit, mais aussi un historien de la pensée juridique conscient que le droit n'est pas un objet que l'on peut aborder de façon autarcique mais un des fils d'un tissu plus large qu'on ne peut pas ignorer. Un historien qui tourne son regard vers le passé pour comprendre le présent et imaginer l'avenir et, ce faisant, pose les prémisses pour répondre aux trois questions fondamentales que Jacques Le Goff adresse à tous les auteurs de la collection : « Qui sommes-nous ? D'où venons-nous ? Où allons-nous ? » Un historien, enfin, qui, au lieu de se réfugier à l'intérieur de ses rassurantes frontières disciplinaires, s'arrêtant devant le mystère du droit, prenne au contraire le risque d'y pénétrer, s'interrogeant sur la nature du droit, sur le statut épistémologique de la science juridique et sur le rôle du juriste. Or, c'est bel et bien le portrait de Paolo Grossi que l'on vient de dessiner, historien du droit de renommée internationale, fondateur de la prestigieuse revue *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, membre de l'Accademia Nazionale dei Lincei et nommé juge à la Cour constitutionnelle italienne par le président de la République Giorgio Napolitano en février 2009.

Malgré la stature scientifique de notre auteur, la tâche à laquelle il se confrontait était loin d'être aisée. Et cela pour deux raisons, comme lui-même le reconnaît en ouverture du livre : premièrement, la difficulté d'assurer la clarté de l'exposition en présence d'un vocabulaire et d'un échafaudage conceptuel – ceux des juristes – assez hermétiques ; deuxièmement, la difficulté d'organiser dans un cadre général

1. Je remercie Pierre-Yves Condé d'avoir révisé mon texte en français.

accessible un énorme matériel (plus que 1 500 ans d'histoire) sans trahir la richesse et la complexité de l'itinéraire juridique européen. Car le but primaire de Paolo Grossi a été celui de « *communiquer* même au-delà du nombre restreint des experts » (p. IX).

Dès ces premiers mots, se dégage la *fierté* du juriste qui est conscient d'avoir un message culturel à transmettre aux non-juristes. Cette fierté ne va pas de soi : au contraire, elle est le résultat d'une reconquête assez récente des juristes (et encore largement incomplète) qui fait suite à la clôture de la longue parenthèse du positivisme légaliste, avec sa fascination pour la pureté, l'abstraction et la forme. On connaît bien les effets de cette approche du droit que Paolo Grossi n'a jamais cessé de stigmatiser : l'(auto)marginalisation culturelle du juriste et l'exil du savoir juridique hors des programmes des écoles de formation. Cette mortification de la science du droit, réduite à un savoir technique, a engendré un analphabétisme juridique qui n'est plus tolérable dans nos sociétés démocratiques qui s'expriment de plus en plus par le langage du droit. Une telle pauvreté en culture juridique est une des plus graves faiblesses du citoyen européen qui, appelé à employer et à écouter la langue du droit sans en maîtriser la grammaire et l'« esprit », devient facilement l'objet de manipulations. D'où la tendance de nos démocraties à dégénérer en démagogues, selon la célèbre prophétie de Tocqueville.

Fierté, donc, mais aussi *humilité* du juriste. L'humilité (et la curiosité) d'écouter les messages culturels provenant d'autres savoirs, conscient que ce n'est qu'en enrichissant les perspectives d'observation que la complexité, les nuances d'un objet peuvent affleurer.

Voilà les difficultés avouées, le but affiché et l'attitude, fière et humble à la fois, qu'on peut dégager dès les premières pages du livre. Quant au résultat, le jugement appartient au lecteur. Et bien, d'ores et déjà on peut dire sans hésitations que Paolo Grossi nous livre une fresque admirable, brossée avec la clarté, l'élégance et la verve qui lui sont propres. Le lecteur qui connaît la production de notre auteur ne tarde pas, en effet, à reconnaître sa plume, mieux son pinceau, qui, une fois de plus, arrive à représenter son objet d'une façon plastique, par des touches bien choisies de couleur qui font de l'écriture une véritable musique qui gonfle les voiles de la lecture. Lorsque les lignes sur la toile apparaissent trop nettes et les couleurs trop pures, P. Grossi y introduit immédiatement des nuances et adoucit les contours des figures, conjurant le danger, toujours présent dans de telles entreprises, de la simplification excessive². Vu la nature de l'œuvre, l'attention de l'auteur ne peut qu'être concentrée sur l'architecture de l'histoire juridique européenne, sur ses

2. On se bornera ici à donner un exemple pour tous, qui est aussi un échantillon du style imagé de notre auteur (et que nous laisserons délibérément en italien pour mieux apprécier les couleurs de la prose de Grossi). Après avoir fait allusion aux transformations de la conscience collective au cours du XIV^e siècle, employant une expression forte (« *scossone demolitivo* ») qui pourrait générer des malentendus chez le lecteur, il ajoute immédiatement : « *Non è certamente un trapasso improvviso, come una esposizione frettolosa potrebbe far credere, né un capovolgimento brusco della clessidra storica. Nel vecchio organismo, come sempre avviene, con segni di stanchezza, fanno capo le cellule tumorali che lentamente prendono sempre più campo e in esso trovano ancora ospitalità e nutrimento. Il vecchio reca in sé il germe del nuovo, nutre la sua morte.* »

fondations, ses colonnes et ses entablements. Et toutefois, le souci du détail n'est jamais négligé : voici alors que la pointe de son crayon s'attache à dessiner tantôt un chapiteau tantôt une partie d'une frise qui peuvent ajouter à la clarté de l'ensemble la richesse et la vivacité des détails. Richesse qui est engendrée aussi par les nombreuses incursions dans d'autres domaines disciplinaires, ce qui transmet constamment au lecteur l'idée que le droit est un phénomène culturel immergé dans un environnement (social, économique, politique, philosophique, religieux, anthropologique, esthétique...) qui l'influence tout en étant par lui-même influencé.

2. Avant de prendre la main du lecteur pour l'accompagner dans le long voyage qui l'attend, Paolo Grossi considère opportun de lui fournir une boussole qui l'aide à s'orienter dans « ce territoire, géographique, mais surtout historique/culturel/religieux » qu'est l'Europe (p. 3). Quelques pages, sous le titre de « Clarifications préliminaires », forment ce viatique. Il précise d'abord qu'on ne peut parler d'Europe qu'à partir de la dissolution de l'empire romain et, donc, avec l'expérience juridique médiévale. Il esquisse ensuite de façon très efficace les traits essentiels de sa conception du droit, amorçant le sens de l'itinéraire qui s'ouvre devant le lecteur : le passage d'une conception du droit comme « ordre » à une idée de droit comme commandement du souverain ; la perte progressive de son lien avec la société et ses valeurs qui aboutit, en pleine modernité, à la réduction du droit à la chose du pouvoir politique. Bien qu'il ne l'ait pas encore énoncé explicitement, le lecteur peut déjà deviner l'avis de l'auteur sur cet itinéraire ; un avis qui est fortement négatif, car pour P. Grossi le droit est essentiellement « *ordinamento* » (ordre), est « la société même qui s'auto-organise sur la base de certaines valeurs historiques ». Il « exprime la société plus que l'État, il est le tissu invisible qui ordonne notre expérience quotidienne ». D'où l'idée que le droit « n'appartient pas à la surface de la société » : il est, au contraire, une « réalité *radicale*, c'est-à-dire liée aux racines profondes de celle-là ». Avant d'être un commandement, ajoute-t-il, le droit « est une mentalité, exprime un *éthos* et l'ordonne, exprime les valeurs d'une civilisation et – l'ordonnant – la sauve » (p. 6-7).

Dès ces clarifications préliminaires, se dégage l'idée que l'Europe du droit est un palimpseste d'écritures diverses qui se sont déposées dans le temps. D'ailleurs, l'Europe même est un objet culturel qui ressort des actions et des discours des Européens au cours des siècles. Et l'on sait bien que les discours des juristes sont pluriels, sensibles à l'environnement culturel qui les entoure et qui change dans les différents segments temporels de l'histoire. Le cheminement de l'Europe du droit n'est donc pas linéaire et progressif : il est, au contraire, le résultat de nombreux parcours, de bifurcations et de croisements, d'adieux et d'au revoir, d'accélération et de ralentissements, de tensions entre aspirations universalistes et replis particularistes. Dans cette complexité de l'itinéraire européen, Paolo Grossi repère trois « expériences juridiques », trois « moments de forte discontinuité » caractérisés par « trois différentes visions et réalisations du droit » (p. 8) : le Moyen Âge, des IV^e-V^e au XIV^e siècles (chapitre I : « Racines médiévales ») ; la Modernité, du XIV^e au début du XX^e (chapitre II : « Fondations de la modernité juridique ») ; la Post-modernité, dès le

début du xx^e et le long d'un itinéraire qui n'est pas encore achevé (chapitre III : « Itinéraires contemporains »).

3. Profitant de son très bel essai *L'ordine giuridico medievale* (paru en 1995 et arrivé l'année dernière à sa quatrième édition), Paolo Grossi trace les lignes fondamentales et les caractéristiques communes de la longue parenthèse médiévale. Car, pour notre auteur, cette expérience juridique est unitaire : « Unitaires restent ses fondations, unitaire est sa façon de vivre et de concevoir le droit » (p. 70). Bien sûr, la longue durée de cette expérience ne pouvait qu'apporter des variations sur ce visage commun. En particulier, P. Grossi met en évidence deux phases, deux saisons d'un temps qui reste néanmoins unitaire, marqué par des caractères fortement typiques.

La première phase s'ouvre avec l'écroulement de l'édifice politique et culturel romain et s'éteint suite aux transformations matérielles et spirituelles qui suivent l'an Mil. Cette première partie de l'itinéraire médiéval se caractérise par la centralité de la nature, des faits, de la pratique : Paolo Grossi l'appelle efficacement « *L'officina della prassi* ». Le vide politique laissé par l'empire romain et le paysage socio-économique marqué par les guerres, les épidémies, les famines engendrent une forte crise démographique et un sentiment d'impuissance qui se traduit par une psychologie collective pessimiste quant à la capacité de l'homme de maîtriser le cours des choses. À l'anthropocentrisme des Anciens va se substituer un réicentrisme qui met sur le devant de la scène les choses et notamment la terre, le sang, le temps. Les choses physiques, vers lesquelles l'homme médiéval se tourne pour y repérer un principe d'ordre et trouver un abri, portent en elles un potentiel juridique : la mentalité médiévale ne connaît pas la dichotomie fait-droit qui sera à la base du paradigme moderne. D'où la centralité de la coutume sur la scène juridique médiévale. Ce « fait normatif » (un des nombreux hybrides de la pensée juridique médiévale que la modernité purifiera) est la principale source du droit, voire la véritable *constitution* de cette saison du Moyen Âge puisqu'elle constitue « un tissu de règles non écrites mais fort contraignantes car elles puisent leurs sources directement aux valeurs fondamentales d'une société » (p. 25).

Les décennies qui suivent l'an Mil transforment progressivement le paysage physique (les terres vont être déboisées et cultivées) et la mentalité collective : l'ancienne défiance qui poussait l'homme à se réfugier dans des châteaux ou des citadelles fortifiées cède le pas à une attitude de confiance destinée à se renforcer au fil du temps. Parmi les signes évidents de cette mutation de la psychologie collective, P. Grossi rappelle la réapparition des villes (avec leur vocation ouverte, situées aux carrefours de grandes routes qui recommencent à être parcourues), des marchands professionnels (et, donc, de la monnaie) et la renaissance de la culture, qui sort des murs des monastères et circule dans les villes à côté des cathédrales et, ensuite, dans les universités.

Cette nouvelle saison de l'expérience juridique médiévale comble le vide culturel, mais l'inachèvement du pouvoir politique demeure inchangé. La société médiévale ignore le monolithe d'un État qui aurait vocation à s'emparer de toute la

dimension du juridique. Le droit n'est pas la « voix du pouvoir, mais plutôt l'expression de la pluralité des forces présentes dans la société » (p. 15). Le modernisme moderne est encore fort lointain : il faudra attendre l'époque des codifications pour le voir se réaliser. L'expérience médiévale, au contraire, est caractérisée par un pluralisme juridique accentué qui se prolongera – en dépit des efforts des souverains modernes de monopoliser la production et l'application du droit – tout au long de l'Ancien Régime. Dans l'imaginaire juridique de l'homme médiéval, le prince n'était pas conçu comme un « *conditor legum* », créateur libre du droit, mais comme « *custos iusti* », gardien de l'*aequitas*, de l'ordre juridique qui est inscrit dans les choses (« *in rebus consistit* ») et qui, réfléchissant l'ordre rationnel de Dieu (la *lex aeterna* de Thomas d'Aquin), est indisponible à l'homme. Celui-ci doit se limiter à comprendre cet ordre naturel-divin (*rectius*, la partie de cet ordre accessible par sa raison naturelle) et le traduire en droit positif (il doit l'*interpréter*). Dans l'univers juridique médiéval, tout est interprétation : la loi même est, au sens propre, interprétation de cet ordre indisponible (*lex* comme *aequitatis interpretes*).

Voilà, donc, les constantes qui justifient la représentation unitaire du paysage juridique médiéval : l'absence d'un pouvoir central qui vise à s'approprier la totalité du phénomène juridique ; la primauté de la communauté sur l'individu singulier et la fragmentation de l'espace social en une pluralité de corps intermédiaires exprimant chacun leur propre ordre juridique ; la centralité de l'interprétation conçue au sens étymologique comme *médiation* entre le fait et le droit, entre la loi positive et les valeurs ayant cours dans la société ; l'idée du droit comme « ordre » enraciné dans le tissu social et non comme commandement, d'où la centralité, dans le réseau des sources, de la coutume. Dans ce tableau unitaire, il faut toutefois ajouter une figure nouvelle qui marque la spécificité de cette saison du temps médiéval, appelée par P. Grossi « *laboratorio sapienziale* » : la science du droit.

Cette renaissance de la science juridique répond à une exigence historique précise : les transformations du tissu social et économique et la nouvelle psychologie collective, engendrées par l'ouverture du nouveau millénaire, requièrent de nouvelles catégories juridiques qui répondent aux insuffisances des coutumes, inadéquates pour une société plus dynamique et en voie d'élargissement. Vu l'absence d'un pouvoir politique fort, c'est la science qui assume la charge de forger le cadre théorique nécessaire pour ordonner « le magma socio-économique ». Une science qui n'est pas composée par des savants « enfermés dans leur chambre », mais par des grands maîtres « bien insérés dans la société civile et occupant souvent des positions de prestige et de pouvoir, très attentifs en général à ce qui se passe hors de leur bureau ou de leur salle de classe » (p. 47). Toutefois, leur prestige – qui était indiscutable et dépassera très vite les murs de leurs universités – n'était pas suffisant : ils avaient besoin de légitimer leurs discours. Ce capital de légitimité, ils le trouvèrent dans le droit romain et, plus précisément, dans le *Corpus juris* de Justinien, qui, oublié pendant les siècles du haut Moyen Âge, se prêtait parfaitement, en vertu de son *auctoritas*, à conférer validité aux élaborations de la science juridique. C'est grâce à l'œuvre patiente de tissage du fil du droit romain avec d'autres fils (*in primis* celui du droit canon) – et toujours en prêtant oreille à la voix de la société de

leur époque – que les juristes médiévaux ont pu édifier un *droit commun* employable dans toutes les régions de l'Europe, en dialogue constant avec les différents *iura propria*.

4. Avec la modernité, la complexité de ce paysage, axée sur l'articulation entre l'universalisme de l'Église et de l'Empire (ressenti, celui-ci, moins comme réalité politique que comme fait spirituel) et le particularisme des droits locaux, se simplifie progressivement. Le sens de cet itinéraire peut être ainsi résumé : de plus en plus d'État, de moins en moins de société. Le résultat auquel il aboutit sera une pluralité d'espaces juridiques enfermés à l'intérieur de frontières étatiques particulières et qui, librement, peuvent décider d'établir des liens de type contractuel avec d'autres entités souveraines. À l'intérieur de l'État, l'espace fragmenté et animé par une multitude de groupes, associations, corporations, qui protégeaient les particuliers, devient lisse et entièrement occupé par deux nouveaux protagonistes : le micro-individu humain et le macro-individu étatique qui, de créature des individus pour protéger leurs droits subjectifs se transformera, dans la seconde moitié du XIX^e siècle, en personne originaire qui crée, en s'autolimitant, les droits individuels.

Et pourtant, cet itinéraire – qui verra la liberté de l'individu étouffée par le Léviathan étatique dont la volonté, sous la forme de la loi générale et abstraite, ne rencontrera aucune limite juridique (il s'agit du phénomène que Paolo Grossi appelle efficacement « absolutisme juridique ») – cet itinéraire donc s'était ouvert, au XIV^e siècle, par une volonté de libération de l'homme des liens étouffants de la société médiévale. P. Grossi consacre les premières pages du deuxième volet de son ouvrage à l'illustration de ce processus de libération qui, d'un point de vue culturel, aboutira à l'époque de l'Humanisme et de la Renaissance.

Cette nouvelle anthropologie, fondée sur l'individu *faber ipsius fortunae*, peut être plastiquement dégagée par le lexique même de notre auteur et, plus précisément, en suivant les différentes déclinaisons lexicales de la métaphore textile à laquelle P. Grossi a souvent recours.

Lorsqu'il emploie cette métaphore dans la perspective de l'homme médiéval, il utilise des mots qui ont une connotation positive (ou qui sont employés dans un contexte linguistique positif) : « tissu » (p. 6, 25, 44), « *intelaiatura* » (cadre, structure, charpente : p. 44), « toile » (p. 54), « *reticolato* » (réseau : p. 61). Il parle, par exemple, à propos du droit, d'un « tissu invisible qui ordonne notre expérience quotidienne, permettant la cohabitation pacifique des différentes libertés » (p. 6). La fragmentation des pouvoirs de la société féodale lui apparaît comme un « *reticolato* de rapports qui sont hiérarchisés seulement d'un point de vue formel », ajoutant que ce type de société se caractérise par « un *reticolato* complexe d'hommes liés par des relations mutuelles de protection et fidélité » (p. 61). Nous n'avons repéré qu'un seul lieu, dans la partie consacrée au Moyen Âge, où P. Grossi emploie un mot qui évoque un sens négatif : « *ragnatela* », toile d'araignée. Toutefois, à l'image d'une « *ragnatela* d'hommes et de biens », utilisée pour désigner la société féodale, il fait suivre tout de suite l'idée que cette « *ragnatela* » compliquée donnera bientôt naissance à un « tissu toujours plus serré de coutumes » à l'origine d'un

véritable ordre juridique autonome : le droit féodal (p. 62). Une autre façon de dire que le désordre (réel ou apparent) des rapports entre hommes et biens (la « *ragnatela* ») se transfigure dans un *ordre* juridique, complexe, certes, mais ordonné (le *tissu*).

Dès que le lecteur franchit la ligne de la modernité, le paysage lexical se transforme. La métaphore textile est rendue par des mots (et des contextes sémantiques) qui évoquent un sens négatif : « *ragnatela* » (p. 72 et 74), « *lacci* » (p. 69) et « *vincoli* » (p. 151 ; liens qui brident, qui étouffent), « lourds manteaux » (p. 74). Pour la nouvelle figure anthropologique – l'individu qui revendique le complet *dominium sui*, la liberté de se fabriquer sa propre identité –, le *tissu* de relations, qui protégeait l'homme médiéval et ordonnait les rapports intersubjectifs dans le sens de la justice, devient une « *ragnatela* de relations entre individualités qui empêchait chacune d'elles de s'affirmer dans sa propre position d'indépendance » (p. 72). L'image de la toile d'araignée est très efficace : elle rend parfaitement l'idée de quelque chose de vieux et de dépassé, la sensation de gêne qu'on ressent lorsqu'on la touche involontairement, mais aussi la sensation positive qui vient de son élimination. Cette sensation est évoquée à la page 74, lorsqu'on fait référence à la « déchirure » des « *ragnatele* » de l'Église et de l'Empire par l'homme moderne³. Dans la même page, cette idée de libération est exprimée par l'image de nouvelles entités politiques qui se « débarrassent des lourds manteaux universels ». Pour qu'on puisse retrouver les mots employés dans le chapitre consacré à l'expérience médiévale, il faut sortir de la modernité juridique et s'aventurer dans le post-moderne (qui, pour P. Grossi, représente une étape fondamentale, et en ce sens positive, dans le processus de redécouverte de la complexité, du lien entre le droit et la société)⁴.

Ce processus d'émancipation se manifeste dans les différentes sphères de l'agir humain : politique (le pouvoir va se libérer de la tutelle religieuse), économique (la recherche du profit ne sera plus considérée peccamineuse), religieuse (la réforme protestante libère le fidèle de l'étouffement des structures hiérarchiques et l'encourage à lire la Bible sans intermédiaire et à nouer un dialogue direct avec la divinité), culturelle (l'homme de science revendique la liberté de lire, en pleine autonomie, le grand livre de la nature). À ce propos, les succès obtenus par les sciences naturelles poussent les juristes à abandonner le précepte aristotélicien selon lequel on ne peut pas demander à un orateur de démontrer ni à un mathématicien de

3. Ces deux vecteurs d'universalisme, l'Église et l'Empire, qui dans la perspective moderne apparaissent comme des toiles d'araignée, dans la perspective de l'historien apparaissent au contraire comme des « tissus universels » (p. 74).

4. Voir, par exemple, les pages où Grossi fait référence à l'image du *tissu* à propos de la redécouverte de la complexité des corps intermédiaires entre l'État et l'individu (p. 223) et à propos de la constitution de Weimar (p. 237). Le seul lieu dans le chapitre sur la modernité juridique où la métaphore textile est employée d'une façon positive est celui consacré à Savigny (et pour cause, car Savigny – et les juristes de l'École historique – sont les moins modernes des juristes modernes : ils considèrent le droit comme un produit de l'histoire, étroitement lié à la société et à ses valeurs, d'où la grande importance attribuée à la coutume). Voir page 166, où Grossi rappelle l'idée de Savigny du droit romain comme un « droit coutumier moderne », comme la « traduction d'un *tissu* coutumier en *tissu* scientifique ». Et il ajoute tout de suite que le cadre théorique dont le second Savigny (celui du *System*) avait besoin n'est pas artificiellement inventé, mais « découvert et décrit tel un *reticolato* sous-jacent aux mêmes faits historiques ».

persuader. À partir de l'Humanisme juridique, la science du droit va donc adopter la méthode véridicative et objectivante de la philosophie théorique, revendiquant la liberté de s'écarter de l'ordre légal du *Corpus* de Justinien et de découvrir, de manière autonome, « les règles universelles de conduite écrites clairement dans la nature de l'homme » (p. 98). Suite à cette « révolution culturelle » (p. 87), que l'Angleterre n'a pas connue⁵, le juriste cesse d'être considéré comme un interprète qui tisse, par le fil de sa raison pratique (guidée par la vertu de la *phronesis*, prudence), des relations entre les normes positives et les faits (entre les *auctoritates* et les *rationes*) et devient un découvreur d'objets juridiques conçus comme des « choses » complètement séparées du sujet connaissant (des entités naturelles-rationnelles pour le jusnaturalisme des XVII^e et XVIII^e siècles, des entités positives pour le positivisme du XIX^e).

5. Comme nous l'avons déjà suggéré, le jugement de Paolo Grossi sur la modernité juridique est sévère. Le 3 avril 2008, à l'occasion de la présentation de son livre à l'Accademia delle Scienze de Turin, P. Grossi précise que pour lui le tort le plus grave de la modernité est d'avoir lié excessivement le droit au pouvoir politique. Cette dérive du droit moderne aurait sa racine principale dans l'âge des Lumières, accomplissement et, en même temps, trahison des prémisses jusnaturalistes (p. 104). C'est à cette époque que le législateur et la source qui exprime sa volonté, la loi, subiront un processus d'idéalisation qui permettra de masquer longuement le visage autoritaire du droit moderne : derrière la « feuille de figue de la “raison naturelle” et de la “volonté générale” se cache le fait que la production du droit a été entièrement livrée aux mains du pouvoir politique » (p. 112). Cette attraction du phénomène juridique dans l'orbite du pouvoir, qui se concrétisera par la Révolution française et l'âge des codifications, est à l'origine d'une série d'importantes conséquences : la perte de la double dimension du droit dans ses différentes articulations (positive et naturelle, *ex parte principis* et *ex parte societatis*, la loi d'Antigone et celle de Créon...) ⁶ ; la fin du pluralisme juridique et la réduction du droit à l'État qui s'ensuit, en dépit des prémisses universalistes du jusnaturalisme (pour P. Grossi, ce phénomène représente « l'antinomie fondamentale » de la modernité : p. 110) ; le refoulement de la dimension du temps et, donc, la perte de l'historicité du droit, réduit à un système de normes générales et abstraites, coupé de ses liens avec les faits, la société et ses valeurs ; la « naturalisation » de l'État, qui n'apparaîtra plus comme une entité artificielle créée par l'individu pour défendre ses droits naturels, mais, à partir de la doctrine allemande de la seconde moitié du XIX^e siècle, comme une personne originnaire qui crée les droits individuels en s'autolimitant ; la stérilisation de la jurisprudence pratique (réduite à n'être que la « bouche de la loi ») et des sources qui jaillissent directement de la société, comme la coutume et

5. Paolo Grossi consacre un dense paragraphe (le quatrième, p. 78-83 ; mais voir aussi le treizième, p. 125-129) à l'expérience juridique anglaise qui n'est pas marquée par la rupture épistémologique moderne et par la réduction du droit à la loi : le système de *common law*, autrement dit, n'a pas coupé ses liens avec les racines médiévales.

6. Gustavo Zagrebelsky a mis l'accent sur cette double dimension du droit dans son dernier ouvrage, *La legge e la sua giustizia*, Bologna : Il Mulino, 2008, p. 15-157 (première partie : « I due volti del diritto »).

la doctrine ; l'abaissement de la figure du juriste, réduit à n'être que l'exégète fidèle de la volonté du législateur omnipotent.

Si la plume de Paolo Grossi met surtout l'accent sur les ombres de la modernité (à cause aussi, comme il l'a explicitement avoué lors de la rencontre turinoise, de l'ennui qu'il éprouve lors des présentations excessivement apologétiques de la modernité), son regard est ouvert et lui montre aussi les aspects positifs de cette expérience juridique. Il reconnaît, notamment, dans l'idée jusnaturaliste des droits de l'homme (et dans leurs Déclarations solennelles postérieures), une « conquête authentique de la modernité » (p. 117). Il veut bien interpréter le mythe de l'état de nature comme la narration qui permet à l'homme moderne de « dessiner un territoire réservé où le sujet ne peut pas être ennuyé dans l'exercice de ses libertés par les actes arbitraires du pouvoir » (p. 101). Et pourtant, dès que sa plume trace un rayon de lumière, P. Grossi pointe tout de suite son doigt sur les ombres qu'il projette. Il note que la purification jusnaturaliste des connotations factuelles de l'homme, loin d'engendrer le sujet universel, dessine un type humain bien particulier – l'homme aisé – qui sera le véritable protagoniste du nouvel ordre juridique bourgeois. Si donc les abstractions du jusnaturalisme permettent à l'homme moderne de se libérer des liens communautaires, elles représentent en même temps un voile qui masque efficacement les profondes inégalités de la société et qui ne sera arraché qu'à la fin du XIX^e siècle par la montée du mouvement ouvrier.

6. Une fois bouclée la longue parenthèse moderne, Paolo Grossi esquisse le parcours, lent et difficile, de redécouverte de la complexité que l'esprit géométrique des modernes avait refoulée. Après avoir rappelé les ferments antiformalistes qui se manifestèrent dès le crépuscule du XIX^e siècle, il ouvre le chapitre consacré aux « Itinéraires contemporains » avec la ferme dénonciation du réductionnisme moderne prononcée, au début du siècle, par Santi Romano. Dans sa leçon inaugurale de l'année académique 1909-1910 de l'Université de Pise, intitulée de façon significative *Lo Stato moderno e la sua crisi*, le jeune publiciste italien stigmatise trois importantes réductions opérées par le droit bourgeois : la réduction de la scène juridique à deux protagonistes, l'individu et l'État ; la réduction de la pluralité des sources à deux, la loi sur le plan public et le contrat sur le plan privé ; la réduction de la société à une masse anonyme d'individus (formellement) égaux, destinataire passive des commandements du pouvoir central (p. 220). En retirant les lunettes reçues de la modernité, il observe autour de lui une réalité bien plus complexe qui, dans l'essai *L'ordinamento giuridico* (1918), le poussera à rejeter la réduction du droit à un système de normes (revenant ainsi à la conception médiévale du droit comme « ordre ») et à (re)formuler la thèse du pluralisme juridique, qui renoue le lien ancien du droit avec la société et nie la dichotomie moderne fait-droit.

L'itinéraire dans la postmodernité passe par différentes étapes (la redécouverte des corps intermédiaires ; les mutations du cadre juridique engendrées par la première guerre mondiale ; le « communautarisme weimarien » ; la révolution russe et la construction d'un droit socialiste ; le droit des totalitarismes italien et allemand ; l'après-guerre avec la construction de l'État constitutionnel, qui met fin à un siècle

et demi d'absolutisme juridique, et de l'Europe, qui fait revivre, bien que d'une manière différente, la saison médiévale du *jus commune*) et se conclut par un bref paragraphe – une touche impressionniste riche en couleurs – sur la situation présente. Pour P. Grossi, le droit et le juriste vivent actuellement un moment de grande incertitude, dû aux transformations profondes et rapides de la société et au déclin du cadre théorique et mythologique traditionnel : les deux planètes de la *civil law* et de la *common law* vont se rapprocher, l'État se révèle de plus en plus impuissant face aux défis de la globalisation, à côté de la loi jaillit une foison de sources (étatiques, internationales, supranationales et transnationales) qui décompose la pyramide kelsénienne, la doctrine moderne de la séparation des pouvoirs ne permet plus de rendre compte d'une réalité qui atteste plutôt l'imbrication des pouvoirs et la montée en puissance de grands opérateurs économiques, avec leur droit et leurs tribunaux. Cette incertitude, toutefois, ne devrait pas décourager le juriste ; au contraire, nous dit P. Grossi, elle devrait être vécue comme un « moment fertile » (p. 254) qui pousse la communauté juridique à refonder son édifice théorique de manière cohérente avec les nouvelles exigences de nos « sociétés du risque ».

Le lecteur qui arrive à la fin de cet enrichissant voyage pourrait peut-être regretter les tons un peu trop impressionnistes du volet consacré à la dernière étape de l'itinéraire européen. D'ailleurs, cette faiblesse du livre est avouée par l'auteur même qui, lors de la rencontre de l'année passée à l'Accademia delle Scienze de Turin, reconnaissait explicitement la nécessité d'ajouter « une vingtaine de pages » à la nouvelle édition du livre.

Ce cadre élargi permettrait, en effet, de mieux dessiner les contours de phénomènes importants qui restent, à l'état actuel, dans l'ombre, tels le véritable séisme provoqué par l'introduction du contrôle de constitutionnalité des lois, le rôle fondamental joué par les deux cours européennes (celle de Luxembourg et celle de Strasbourg) dans la construction de l'Europe et dans l'élaboration d'un patrimoine commun de valeurs, les profondes transformations engendrées par la globalisation et, en général, le retour sur le devant de la scène du juriste avec son œuvre patiente de tissage du nouvel ordre juridique européen. Une tâche qui requiert, bien sûr, une technique solide, mais aussi – et surtout – de la prudence (la *phronesis* d'Aristote) et de l'imagination, cette faculté de l'esprit humain que le nouveau juge de la Cour constitutionnelle italienne ne doit pas chercher ailleurs et qui figure, à bon droit, en exergue d'un des plus beaux livres de Paolo Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)* : « Die Rechtstechnik ist [...] nicht nur Sache des Verstandes, sondern insbesondere auch der Phantasie »⁷.

7. Le livre de Grossi a été publié en 2000 par l'éditeur Giuffrè ; la citation est tirée du livre de Joseph Kohler, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, § 43.

- VOGLIOTTI Massimo, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Turin : Giappichelli, 2007, X-349 p.

Compte rendu par Paolo GROSSI (Cour constitutionnelle italienne).

Entre le fait et le droit : pour un dépassement de la modernité juridique ⁸

1. Livre pluri-dimensionnel que celui de Massimo Vogliotti puisqu'il s'enracine, se déploie et s'articule dans bon nombre de dimensions, et en premier lieu celles de la théorie du droit et de l'histoire de la pensée juridique.

Mais, tout de suite, une précision, afin surtout de garantir sécurité et prévisibilité, pour l'auteur de cette note critique comme pour qui voudra la lire : puisqu'à la différence de M. Vogliotti, l'auteur de ces lignes n'est pas une personnalité pluri-dimensionnelle et qu'il limite sa compétence restreinte au champ de l'histoire du droit médiéval et moderne, on suivra surtout, dans les pages suivantes, la contribution de ce livre à l'histoire de la pensée juridique ; sans procéder, bien entendu, à ces séparations entre dimensions théorique et historique qui me semblent, à moi le premier, épistémologiquement incorrectes et, de ce fait, non seulement stériles mais aussi dangereuses.

Les deux dimensions en effet sont intimement et inséparablement liées, même si – encore et toujours – les exemples ne manquent pas de juristes médiocres, tout occupés à séparer et à isoler, fascinés, voire complètement aveuglés par le légalisme et le formalisme modernes. La sève nourricière du livre de M. Vogliotti, riche et vivifiante, est au contraire l'historicité du droit, sa relativité, son existence toujours et nécessairement historique, ordonnancement (*ordinamento*) du « social » – et par là naturellement plastique et docile aux changements sous-jacents.

Histoire vivante certes. Mais également réalité qui ordonne (*realità ordinativa*), réalité donc qui s'incarne dans des principes, des schèmes catégoriels, des concepts, des institutions, des instruments théoriques capables d'organiser le magma socio-économique, lui offrant ainsi, en une opération de sauvetage réussie, la possibilité d'exprimer l'intégralité du message historique qui lui est propre.

C'est en ce sens que l'analyse de M. Vogliotti est pénétrante et d'une grande rigueur : gare à toute histoire condamnée au marais empirique des données, et gare aussi à ces théories qui élèvent des flèches gothiques sur de pauvres fondations mal posées. Il n'est guère nécessaire ici que j'ajoute quoi que ce soit pour dire combien je partage une telle orientation méthodologique, qui s'approprie les fruits d'une dialectique serrée entre passé et présent, un passé racheté au sépulcre et un présent qui ne soit ni déraciné ni stérilisé dans le vide d'un aujourd'hui sans hier ni lendemain. Un étroit dialogue, faisant de l'historien un personnage ancré dans le présent et observateur attentif néanmoins du long chemin qui s'étire derrière lui, permet au contraire de retrouver toute l'originalité du passé et autorise ce faisant à saisir toute l'originalité du présent.

8. Traduit de l'italien par Pierre-Yves Condé.

Ainsi l'analyse historique, analyse véritablement historique plutôt que simple exercice d'érudition, accomplit sa fonction première : s'offrir comme fondation critique du présent.

2. De cela, Massimo Vogliotti, personnalité pluri-dimensionnelle, est si bien convaincu qu'il choisit de faire du rapport entre fait et droit la perspective principale et – par conséquent – le thème central de sa recherche. En d'autres mots, il choisit de s'asseoir à califourchon sur ce muret idéal qui sépare le monde des phénomènes bruts (naturels, sociaux, économiques) et le terrain juridique sur lequel la grossièreté des faits est dûment filtrée et *ordonnée*, devenant la règle observée par une communauté humaine, grande ou petite.

Position inconfortable sans aucun doute puisqu'il s'agit de prendre pour objet d'observation non pas une réalité muséifiée, immobile, statique, facile à appréhender et à apprécier, mais bien au contraire une réalité dynamique, une réalité qui est mouvement, changement, transformation. J'ajouterais volontiers que c'est là pourtant la seule position vraiment fertile puisqu'elle permet de saisir toute l'historicité du droit, qui compte tant pour moi et pour Massimo Vogliotti.

Fort de cette position d'observateur et pleinement conséquent et cohérent, voici que se dénoue le discours historicisant de l'auteur : du factualisme médiéval à l'anti-factualisme moderne, et, de nouveau, au factualisme post-moderne dans lequel nous sommes plongés aujourd'hui. Nous en parlerons en entier et point par point plus bas, réservant pour l'instant un minimum d'attention à une autre posture générale (et qui lui est liée) adoptée dans ce livre.

3. Une posture qui donne un relief particulier (et émerge ainsi une nouvelle dimension de Massimo Vogliotti) au droit pénal. Pour qui connaît l'auteur, l'explication peut être facilement tirée de son parcours universitaire puisque M. Vogliotti a été à Turin l'élève de Mario Chiavario et qu'il maîtrise depuis la *laurea*⁹ les instruments et les catégories du pénaliste.

Une justification plus satisfaisante cependant apparaît clairement dès les premières pages de son livre. L'auteur précise ainsi : « La plus grande pénétration, dans la sphère du droit pénal, de la mythologie et des catégories conceptuelles du paradigme moderne fait de cette discipline un champ de recherche particulièrement intéressant et fécond pour le juriste qui, comme nous, veut franchir les frontières de la modernité. Pour cette raison, nous avons prêté une plus grande attention à la matière pénale au cours de l'enquête »¹⁰.

Voilà qui est tout à fait exact ! Plus que les autres disciplines juridiques, le droit pénal, justement parce qu'il s'incarne dans le pouvoir de punir et qu'il est étroitement lié au pouvoir politique suprême, s'est livré à l'emprise d'une légalité particulièrement rigide, particulièrement rigide et interprétée avec une rigidité particulière par ceux qui l'étudient. Et M. Vogliotti cite opportunément cette phrase d'une rare force, écrite par Massimo Severo Giannini au sujet de la science juridique italienne

9. Diplôme italien entre la maîtrise et le DEA français dans l'ancien système universitaire (NdT).

10. Massimo VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, op. cit., p. 9, note 22.

des années 1930 dans le réexamen d'un essai que je lui avais demandé pour nos *Quaderni Fiorentini* : la réflexion pénaliste italienne d'alors semblait à ce grand publiciste – fort sensible à la dimension historique du droit – « une Chine impériale enfermée derrière ses murailles et ses portes barrées »¹¹.

Dominé par une confiance totale dans le législateur, le pénaliste moderne, naïf héritier de Beccaria, a toujours tenu le principe de légalité (*riserva di legge*) comme l'instrument clé de la garantie des droits (*l'inabdicabile strumento garantistico*) et comme la signature authentique d'un droit pénal reflétant une civilisation juridique évoluée. Avec le refus, sans examen critique, de toute évolution historique possible, la confiance dans le législateur s'est cependant transformée en croyance indiscutable, en dogmatique, en mythologie.

J'ai fait moi-même l'expérience d'une telle attitude, il y a de cela quelques années seulement. Ayant publié en 2003 un petit livre destiné à expliquer à des lecteurs néophytes ce que pouvait bien être ce mystérieux droit, j'avais essayé d'y montrer (et d'y démontrer) que son essence n'est pas d'être un commandement autoritaire mais d'abord un ordonnancement (*ordinamento*) plastique du magma social. Quelques pénalistes bolonais, contrariés par cette conclusion (à leurs yeux) si subversive, crurent bon d'organiser une rencontre pour la discuter.

Je fus honoré de l'invitation que je reçus, même si j'eus la nette impression – ce qu'en plaisantant, mais publiquement, je confessai durant cette rencontre – de me trouver tel saint Sébastien attaché à un tronc d'arbre en face d'une compagnie d'archers tout prêts à me frapper de mille flèches. Mon interlocuteur fut Marcello Gallo, collègue cher et estimé, qui avait armé son arc de tous les traits que peut fournir le formalisme légaliste. Sous mes yeux apparut alors tout un héritage inaliénable de solutions qui d'historiques étaient devenues éthiques, d'objets de connaissance s'étaient transformées en objets de croyance, pétrifiées au fond en une mythologie indiscutable.

M. Vogliotti, sensible à l'historicité du discours juridique, a donc parfaitement raison de considérer la science pénale moderne et contemporaine comme le fidèle miroir (presque le modèle) des mythologies juridiques de la modernité. Avec deux remarques complémentaires qui s'imposent, et qu'il n'est pas permis d'omettre avant d'en finir avec cette question.

Première remarque : on ne peut pas apprécier de manière uniforme tout l'ordre juridique dans ses divers secteurs ; en raison précisément du lien étroit entre le « pénal » et le droit public d'un État, la sacro-sainte méfiance envers l'obsession légaliste moderne, que j'ai tant de fois exprimée à propos du droit privé, ne peut qu'être sagement tempérée sur le terrain particulier du droit pénal.

Seconde remarque : depuis quelque temps, dans la réflexion de certains pénalistes¹², l'obsession à laquelle on faisait référence recule devant une méditation

11. Massimo Severo GIANNINI, « *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* [1940 – *Postilla* 1973] », *Quaderni fiorentini*, 2, 1973, p. 272.

12. En Italie, les réflexions innovantes de Giovanni Fiandaca, Francesco Palazzo, Giovannangelo De Francesco, Alessandro Bernardi et Massimo Donini méritent d'être soulignées. En France, la leçon de Mireille Delmas-Marty a été originale et féconde. J'ai pris acte de cet indubitable retournement des acquis scientifiques des pénalistes italiens dans ma lecture critique d'un livre de M. Donini : cf. Paolo GROSSI, « Il volto

plus ouverte, plus critique, plus accueillante au réexamen de ce qu'on appelle ouvertement « l'idéologie de l'Ancien Testament des Lumières »¹³.

4. Revenons cependant au livre de Massimo Vogliotti et, avant de plonger dans son épais contenu, consacrons une pause utile à quelques structures formelles.

On doit avant tout louer le style de ce livre qui se détache de celui généralement négligé de la plupart des juristes, tout à la technicité de leur savoir et trop souvent oublieux de l'obligation fondamentale de communiquer avec leur malheureux lecteur. Ici au contraire, la page est toujours empreinte de clarté et d'élégance et on y perçoit l'effort de l'auteur, qui vise toujours à communiquer et fait tout pour y parvenir. Je signale, sans doute pour témoigner de mon attention, une malheureuse petite faute : l'usage du français *escamotage*, qui n'était pas précisément obligatoire puisque l'italien connaît le mot *espeditente*.

Laissons-là cependant ces détails et venons-en plutôt au couple liquide/solide, charpente destinée à supporter une bonne partie du livre comme l'attestent les titres du premier chapitre (« Modernité solide ») et du second (« Modernité liquide »), référence évidente à Zygmunt Bauman, lieu commun désormais de la prose de bien des juristes¹⁴.

Culturellement, le juriste a souvent été un provincial, et il l'est bien souvent aujourd'hui encore. Il aime épingler à la technicité de son texte telle ou telle décoration, toujours passée de mode. Je me souviens de l'ennui que suscitaient, il y a quelques années, les références obligées à Gramsci et Luhmann, penseurs que je respecte puisqu'ils sont fort respectables mais dont l'usage désinvolte, souvent inconscient, presque toujours cosmétique, me déplaisait. Aujourd'hui le tour est venu d'un personnage de bien moindres mérites mais renommé pour quelques interventions qui ont mis dans le mille, Bauman justement.

Fort bien, acceptons-le de l'ordinaire juriste de province mais pas de Massimo Vogliotti qui, s'il est juriste, n'a rien de provincial, ne serait-ce qu'en raison de son parcours universitaire authentiquement européen et de son bagage culturel si bien fourni. Ce recours aux métaphores baumanianes est pour moi le seul péché d'un livre que recommande au contraire la richesse de la culture qui s'y déploie.

Et c'est un péché en effet : non seulement l'adoption de ces métaphores appliquées à la modernité ne me semble pas spécialement utile mais elle peut même induire en erreur. Deux exemples pour motiver cette opinion : quand l'auteur, à un certain endroit¹⁵, qualifie la modernité juridique de « facteur de liquéfaction des

attuale dell'illecito penale (a proposito di un recente libro di Massimo Donini) », *Quaderni fiorentini*, 35, 2006.

13. La référence – explicite – se trouve dans G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padoue : Cedam, 2002, préface, p. XI. Mais voir aussi, du même auteur, « Spunti problematici di riflessione sull'attuale ruolo della scienza penalistica », in G. INSOLERA (dir.), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologne : Monduzzi, 2005, où l'on peut lire, entre autres, des phrases comme celle-ci : « La science pénale [...] a [...] conçu [...] le principe de légalité de façon bien plus idéologique et mythologique que scientifique », p. 46.

14. Zygmunt BAUMAN, *Liquid Modernity*, Cambridge (UK) : Polity Press ; Malden, MA : Blackwell, 2000 (traduction italienne : *Modernità liquida*, Rome : Laterza, 2002).

15. Massimo VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, op. cit., p. 132.

corps solides hérités de la tradition », son discours, articulé sur la dialectique liquide/solide, devient hautement équivoque puisque la tradition pré-moderne était inspirée en matière de droit par un pluralisme extrêmement souple, comme du reste Massimo Vogliotti lui-même le sait bien ; la même équivoque se retrouve à la page où il est question d'une « nouvelle phase de la modernité qu'en nous inspirant de Zygmunt Bauman nous avons appelée liquide »¹⁶, mais qui, historiquement, n'est rien de plus que la première phase, même si elle n'est qu'embryonnaire, de la post-modernité.

Tout compte fait, les métaphores baumaniennes deviennent la source d'équivoques plus qu'elles ne contribuent à la compréhension historique d'une expérience juridique – l'expérience moderne – extraordinairement compacte.

5. Bien que le déploiement d'ensemble du livre s'appuie sur une salubre ossature comparatiste, fondée sur la tentative de déchiffrer les expériences juridiques – médiévale, moderne, post-moderne – qui scandent l'itinéraire de l'histoire juridique occidentale, c'est la modernité qui est au cœur de l'analyse. Et justement, dans sa lucide « Introduction », Massimo Vogliotti la caractérise comme cet atelier débordant d'activité – d'une activité acharnée – où, les produits issus mille ans durant du chantier médiéval ayant été jetés parmi les vieilles ferrailles inutiles et dangereuses, on s'efforce, animé d'un esprit nouveau et d'après des modèles nouveaux, de forger des instruments capables de construire le nouvel édifice juridique ; un atelier où l'on s'efforce aussi cependant d'hypothéquer présent et futur en dessinant un appareil de croyances qui puisse constituer une mythologie complète, bien assemblée et faite pour durer longtemps.

Le rapport que M. Vogliotti a choisi comme soubassement de tout son livre – celui entre fait et droit – connaît dans cette modernité une réduction totale, disparaissant en tant que rapport puisque le monde des faits, condamné à l'insignifiance, est privé de toute portée juridique propre.

Les mythologies juridiques de la modernité ! Les unes destinées à cimenter un édifice inexpugnable, ainsi le mythe d'une *loi* conçue comme seule source capable d'exprimer la volonté générale, placée de ce fait au dessus de toute autre manifestation juridique ; les autres employées à démolir consciemment, ainsi lorsque toute interprétation est réduite à l'exutoire d'humeurs subjectives, à un arbitraire donc, ou, selon l'image basement méprisante de Beccaria, au fruit d'une bonne ou mauvaise digestion de l'interprète.

Mais les mythologies sont des croyances et les croyances ne peuvent qu'engendrer des dogmes : ainsi s'est maintenu jusqu'à aujourd'hui, intact, le principe de la séparation des pouvoirs qui, d'une fonction de simple garantie juridique (*funzione meramente garantistica*), a fini peu à peu par servir au pouvoir politique à affirmer son monopole sur la création du droit.

Mais les croyances ne peuvent qu'engendrer des modèles, soustraits à l'influence de l'histoire et considérés dès lors comme absolus, et qu'accompagne la

16. *Ibid.*, p. 146.

condamnation à être jetées aux ordures de toutes les anomalies qui ne se conforment pas au modèle : de quoi l'exemple le plus typique est certainement celui qu'offre la modernité lorsqu'elle érige en modèle unique la propriété privée individuelle et tente d'éradiquer cette inadmissible anomalie qu'est la propriété collective.

M. Vogliotti est particulièrement conscient que la « modernité » juridique tient finalement à un rapport extrêmement particulier entre pouvoir politique et droit et, au niveau pratique, à la tentative étatique de contrôler totalement le droit. Il est conscient que s'opère ainsi un *réductionnisme* éminemment dangereux, tel que le droit se *réduit* à n'être qu'un commandement de l'autorité, fixé en un texte écrit qui exige et réalise sa pleine *objectivité positive* (*datità*).

6. Le solide comparatisme de Massimo Vogliotti lui permet de comprendre pleinement une civilisation juridique qui n'est pas facile d'accès, la civilisation médiévale. Elle lui semble, à juste titre, ce chantier en pleine activité sur lequel la conviction que les faits sont porteurs de droit vaut comme prémisse de leur évaluation ; *factualité* du droit médiéval, dont les formes juridiques épousent les faits économiques et sociaux dont elles sont l'expression simple et immédiate. C'est l'*impureté* du droit qui apparaît ici, l'historicité dont il ne saurait se désincarner.

Et on pourra certainement reconnaître son chemin parmi les grandes figures/points cardinaux qui organisent ce paysage juridique.

Un principe général, l'*aequitas*, qui marque de son empreinte tout l'ordre juridique, qui a indubitablement une pluralité de significations mais dont l'une est prépondérante : la primauté du particulier sur le général et l'abstrait puisque seul le particulier peut exprimer fidèlement la factualité d'où naît le droit. Et M. Vogliotti, à la suite de l'ancien glossateur, nous répète que l'*aequitas* est « *rerum convenientia* », « *in rebus consistit* ».

Un autre principe général, la dimension essentiellement *interprétative* du droit, qui renvoie à une conception ontique de celui-ci, ordre secret aux racines profondes de la société et du *cosmos*, impossible à couler dans la volonté d'un Prince, lisible plutôt dans le grand livre de la nature et de l'histoire. De là la volonté de l'interprète de se faire le protagoniste principal de la civilisation médiévale, de l'interprète/savant surtout, lecteur autorisé par sa *sagesse*, médiateur naturel du monde des faits et des normes qu'il identifie, interprète et traduit en préceptes techniques.

Dans ce paysage juridique si harmonieux, en accord parfait avec lui, se dresse un pouvoir politique qui, loin de s'identifier à une volonté, à une *potestas*, est essentiellement *iurisdictio*, lecture d'un ordre intime qui n'a besoin que d'être déclaré et de recevoir le sceau d'une autorité formelle. Même la loi est lecture, acte de connaissance plus que de volonté.

7. La méthodologie comparative de Massimo Vogliotti le conduit à tracer pour nous un itinéraire composé de moments, examinés synchroniquement dans ce qu'ils ont de typique plutôt que dans une succession diachronique trompeuse.

La « modernité » signifie surtout l'entrée dans un monde dont l'axe s'est déplacé de l'ordre cosmo-social vers l'individu sujet, apparition d'une vision du monde qui abandonne le vieux réicentrisme médiéval pour un anthropocentrisme toujours plus résolu. On comprend alors qu'au rationalisme philosophique exigeant un sujet projeté vers l'extérieur, fondamentalement appelé à lire une réalité extérieure à lui-même, se substituent des courants philosophiques qui valorisent la volonté, ciment et garantie efficace de l'individualité et de son insularité au milieu du monde.

Le résultat que l'on veut alors atteindre est précisément à l'opposé de celui que recherchaient les médiévaux ; en l'isolant hors du monde, parvenir à libérer le sujet des entraves de la matérialité, de la factualité. Une muraille de Chine est dressée entre le microcosme du sujet et le magma des faits. À l'évidence, le droit lui aussi doit se soumettre à ce processus de purification pour devenir un instrument efficace des nouvelles stratégies individualistes ; la factualité est repoussée comme l'un des choix les plus aberrants du cloaque médiéval.

Je cite volontiers une page d'une grande finesse historiographique de la part de M. Vogliotti, là précisément où notant que « le nouvel ordre se construit loin des faits »¹⁷, au lieu de se contenter de mentionner le géométrisme évident des nouveaux jusnaturalistes, l'auteur, sur les pas d'un historien de l'art aussi subtil que Giulio Carlo Argan, met en parallèle le purisme des nouveaux juristes et celui d'un Piero della Francesca, représentant de l'humanisme du Quattrocento, dont la peinture « métaphysique », avec sa manière de réduire les choses à des formes idéales, signale sa pleine appartenance à la *koinè* moderne¹⁸ ; juristes philosophes peintres, miroir fidèle d'une même attitude des *homines novi*.

La rigide séparation entre droit et faits conduit à deux choix de grande portée dans la vie de l'ordre juridique : la progressive dévaluation de la coutume d'abord, source particulièrement concrète, fait parmi les faits ; le rôle marginalisé du procès au regard de sa centralité à Rome et dans la civilisation du *ius commune* ensuite (n'oublions pas, en effet, que le procès est le médiateur entre la factualité du cas pratique et la généralité abstraite de la norme). M. Vogliotti parle opportunément d'« un mouvement de verticalisation » qui saisit les sources du droit, avec à leur sommet la loi, comprise, de manière radicalement opposée à l'*ordinatio rationis ad bonum commune* de saint Thomas, comme simple volonté du détenteur du pouvoir suprême : hyper-subjectivisme de la modernité, tout entière tendue désormais à limiter les acteurs de la scène juridique aux particuliers, micro-individus, et à l'État, macro-individu.

Tout ceci est lourd de conséquences : « le droit tendra à s'éloigner toujours davantage de la société pour s'appuyer sur le pouvoir »¹⁹, ce pouvoir désormais mythifié par l'idéalisation du Prince, ce géant, modèle de l'homme au-delà des passions ; le juge, agent plongé dans la factualité et, en tant qu'« homme de savoir », *sapiens*, difficile à contrôler par le pouvoir politique, sera transformé en machine sans vie, comme écroulé dans l'engrenage du syllogisme (vision théorisée comme

17. *Ibid.*, p. 47.

18. Massimo VOGLIOTTI, loc. ult. cit.

19. Massimo VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto, op. cit.*, p. 53.

l'on sait par Beccaria dans une page fameuse de son célèbre livre et qui demeure intacte – comme si le cours du temps eût compté pour rien – dans une autre page, écrite en 1906 par ce champion du positivisme juridique italien que fut Alfredo Rocco ²⁰).

L'idéalisation du Prince, du législateur, s'accompagne d'une confiance inconditionnelle en sa personne et, alors que le refrain sur les risques permanents d'un *arbitrium iudicis* est bien monotone, l'arbitraire du législateur semble n'être pas vraiment représentable (conclusion qu'aujourd'hui encore nous peinons à accepter dans notre culture de la loi et du code, viciée par un philo-parlementarisme décemment peu averti).

Cet itinéraire, qui semble linéaire lorsque l'on considère l'Europe continentale occidentale (et il l'est), se diffracte en plusieurs sentiers lorsqu'on traverse la Manche et que l'on examine l'insularité de l'Angleterre ; insularité du point de vue juridique également puisqu'une vision médiévale du droit y résiste, demeurée intacte à travers les siècles de la modernité et presque jusqu'à nous, l'esprit mordant de la Révolution de 1789 n'ayant pas atteint le sol anglais. Et M. Vogliotti ne manque pas de souligner la différence substantielle de cette *common law* liée à un milieu judiciaire extrêmement uni et qui, se prétendant l'interprète d'une constitution matérielle et non écrite, prétend aussi s'identifier à l'histoire même du peuple anglais pour lui offrir un des signes majeurs de son originalité historique.

Les visions étatistes et légalistes d'un Hobbes, d'un Bentham, d'un Austin demeurent marginales, l'historicité du droit demeure la valeur à défendre, tandis que les tentations géométrisantes venues du Continent sont repoussées à la mer. Les *common lawyers*, formés dans ces cercles fermés qu'étaient les *Inns of Court*, insistent sur la fidélité à la tradition médiévale des topiques rhétoriques, s'inspirant d'une *Reason* « qui arpente le terrain du probable et dispute des fins » ²¹ sans avoir grand chose à échanger avec la raison des jusnaturalistes continentaux.

8. Le ^{xx}e siècle est pour Massimo Vogliotti, en dépit de la référence malvenue à une « modernité liquide », le champ dans lequel progresse une approche post-moderne du « juridique ». Désormais, la dialectique peut être réduite à une *société* qui, ne pouvant souffrir de porter les chaînes de l'État, prétend les briser, qui, repoussant la simplicité artificielle du paysage juridique bourgeois, peuplé d'individus solitaires, fait réapparaître la *complexité* jusqu'ici réprimée.

Complexité n'a qu'un seul sens : les faits, spontanés, originaires, ne se souciant guère des filtres étatiques, sont maintenant en mesure d'affirmer leur potentiel juridique interne, le transformant immédiatement en droit. *Complexité* signifie une factualité juridique qui jette aux orties les habits légaux et formels, trop encombrants et inadaptés aux nouveaux besoins.

Ce sont d'abord des luttes sociales et économiques mais qui se transforment rapidement en une vision profondément nouvelle du droit. Et, à juste titre, M. Vogliotti

20. Et Vogliotti de citer toute une page significative de l'étude de Alfredo Rocco sur *La sentenza civile*, Turin : Fratelli Bocca, 1906 (Massimo VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, op. cit., p. 55).

21. Massimo VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, op. cit., p. 95, note 219.

fait la part belle à cet *homo novus* qui exprime ce *nouveau* cours historique, Santi Romano. Sa théorie du droit comme ordonnancement (*la sua teoria ordinamentale*), dépassement des théories normativistes, insuffisantes malgré l'autorité dont elles jouissent, porte en soi un message essentiel : socialité et non-étaticité du droit, valorisation de la société en lieu et place de la vieille statolâtrie, valorisation de la factualité en lieu et place du vieux formalisme légaliste.

Mais le plagiat des Lumières, et qui suivit les Lumières, renforcé par les capacités de la Révolution française, agrémenté d'exquises mythologies et d'ornements en plaqué-démocratique adroitement ciselés (même s'ils sont mystificateurs), s'est sédimenté dans l'esprit des juristes, de la majorité silencieuse des juristes dont la paresse s'était satisfaite de leur pseudo-fonction d'exégètes, de simples exégètes. Et, à côté de la floraison de jeunes énergies désireuses de répondre et de correspondre aux appels d'un monde socio-économico-politique en pleine transformation, le *xx^e* siècle est le terrain sur lequel prospère le culte de la légalité la plus stricte. Avec pourtant cette antinomie : les fiançailles du légalisme avec les capacités de *juristische Konstruktion* que le jusnaturalisme des *xvii^e* et *xviii^e* siècles puis le grand pandectisme du *xix^e* (encore libre, en Allemagne, des liens de l'esprit de codification) avaient enseignées à ceux des juristes italiens qui étaient les plus doués. Et la première moitié du siècle offre des modèles fameux de cette opération intellectuelle antinomique : des théories culminant haut, peut-être même trop haut, au-delà de la loi positive sur laquelle elles continuent d'être fondées. Dans les premières années du *xx^e* siècle se détachaient les *Principii* de Chiovenda, bâtisseur d'un procès civil d'inspiration clairement publiciste, édifié sur la base d'un Code (le Code italien de 1865) à l'esprit clairement privatiste ; vers la moitié du siècle, le génie des *Dottrine generali* de Santoro Passarelli tient à l'érection d'audacieuses flèches gothiques sur un droit civil codifié.

9. Mais Massimo Vogliotti, qui à la différence de l'auteur de ces lignes est aussi philosophe du droit, suit attentivement et avec un solide bagage théorique les grands chemins, encore que tortueux, des réflexions philosophico-juridiques ; celles, par exemple, de deux personnalités bien connues, Kelsen et Schmitt.

Et on ne peut pas ne pas s'étendre sur Kelsen, ne serait-ce qu'en raison de l'immense influence de ce penseur si vigoureux – mais aussi corrupteur encombrant – sur les juristes de province du monde entier, facilement appâtés par ses constructions attirantes. Constructions que, comme moi, M. Vogliotti tend à considérer comme de superbes châteaux de cartes. Et ceci en raison des inévitables dérivés nihilistes auxquelles conduit le rigorisme logique de Kelsen.

Il ne peut pas en être autrement. Si le rigoureux dualisme de Kelsen (d'origine néo-kantienne) entre *Sein* et *Sollen*, entre raison et volonté, interdit toute fondation rationnelle des valeurs, si les normes, actes de volonté, ne peuvent qu'avoir un caractère arbitraire, alors l'unique critère de validité ne peut être que formel/procédural, entièrement détaché de toutes raisons de fond. Nihilisme donc,

même derrière le masque de cette nébuleuse *Grundnorm* que M. Vogliotti qualifie si justement de « pure affabulation »²².

Le nihilisme semble un vice absurde, une tentation perverse, qui empoisonne tout le siècle jusqu'à nos jours ; et les approches de deux spécialistes contemporains du droit civil positif, Natalino Irti et Pier Giuseppe Monateri, sont nihilistes. Nihilisme passif chez Irti avec la réduction du droit à la simple procédure ; nihilisme actif chez Monateri pour qui, sous l'influence évidente de la pensée nord-américaine et de l'analyse économique du droit, « toutes les interprétations sont des affabulations » et « l'aune à laquelle juger les interprétations juridiques ne peut être que leur succès en tant qu'affabulations »²³.

10. Je tiens cependant à faire allusion à un autre courant philosophico-juridique, d'une certaine importance dans le panorama culturel du XX^e siècle italien, et que M. Vogliotti soumet au feu d'une critique serrée : je pense à ce qu'on appelle « l'école jus-analytique italienne », dont la fondation remonte à un essai/manifeste de Norberto Bobbio, publié en 1950 et justement célèbre. Selon Bobbio, on le sait bien, « il n'y a pas de science du droit en-dehors de la règle et de ce qui est réglé ; rien de ce qui précède la règle [...] n'appartient à la recherche du juriste » ; le devoir essentiel de la science juridique est l'analyse du langage et « plus précisément de ce langage particulier dans lequel s'exprime le législateur à travers ses propositions normatives »²⁴.

Les trois missions de la science juridique semblent donc les suivantes, résume Massimo Vogliotti : purification, achèvement, ordonnancement du langage législatif. Missions qui pour un juriste attentif aux valeurs tel que M. Vogliotti semblent étroites et réductrices, à cause surtout de leur ambition de réduire le droit à son acte de production initiale, dans un désintéret total et pervers pour les contextes d'application, la vie, l'usage, l'exercice de la norme.

Il serait intéressant, si cela ne dépassait le cadre d'une recension, de suivre aussi notre auteur dans sa critique, sereine mais ferme, de Luigi Ferrajoli, l'un des héritiers déclarés, quoique avec quelques variations, de la pensée de Bobbio. Soulignons à nouveau les conséquences négatives qui, ici aussi, semblent suivre l'indifférence au contexte d'application, à la vie de la règle, à son utilisation.

11. Je ne crois pas forcer le propos de notre auteur en pensant qu'il reconnaît ailleurs les forces vives de la pensée juridique post-moderne : dans les attaques de Giuseppe Capograssi contre l'étatisme paralysant, dans son évocation du droit comme trame essentielle de la vie et son appel récurrent à l'« expérience juridique » ; et dans l'école de Capograssi, chez son disciple spirituel Opocher, dénoncia-

22. *Ibid.*, p. 161 : « Pure affabulation – précise bien Vogliotti – construite *ad hoc* pour mettre un terme au *regressus ad infinitum*, à la chute dans le vide. C'est une fiction destinée à masquer le néant sous-jacent au droit. »

23. Les passages entre guillemets sont de Pier Giuseppe Monateri, extraits d'un essai de 1998, et rapportés par Massimo VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, *op. cit.*, p. 166-167.

24. Phrase de Norberto Bobbio citée par Massimo VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, *op. cit.*, p. 84-85.

teur des rivages désespérants d'un droit sans vérité, la vérité du droit étant désormais réduite à n'être que formelle.

Mais ce que j'apprécie le plus est le regard que porte Massimo Vogliotti sur certains juristes novateurs (peu nombreux peut-être) qui, se trouvant trop à l'étroit dans l'exégèse, et sans s'en faire gloire, car ils ne l'ont pas voulu, sont devenus penseurs et ont permis que la science juridique demeure fertile et interprète son propre temps comme il convient. Il y a une « philosophie des juristes italiens », pour reprendre le titre d'un beau livre issu, il y a bien des années déjà, de l'école padouane d'Opocher, une philosophie latente mais réelle et qui mérite que le philosophe de métier fasse plus qu'y laisser tomber, de haut, un regard distrait.

Tullio Ascarelli, dont M. Vogliotti souligne la constante attention à la *common law* (mais j'ajouterais également au *ius commune*) : précurseur qui voit dans l'interprétation le cœur du droit, son moment authentiquement dynamique, et qui en conséquence en vient à réévaluer l'inéliminable caractère processuel du droit. Gino Gorla, qui fait d'abord entrer l'air frais de la *case law*, apprise outre-atlantique, dans les pièces aux odeurs de renfermé qu'habitent ceux qui ne connaissent que les Codes, puis se plonge dans la jurisprudence des grands tribunaux italiens d'ancien régime. Dans le champ pénal plus spécifiquement, le message – que j'ignorais, je le confesse – de Pietro Nuvolone, écrit en 1946, plein d'espérance au lendemain pourtant d'une immense tragédie, et dans lequel il souligne la fragilité des garanties offertes au citoyen par la loi écrite, et donc la folie de se fier entièrement à elle.

Parvenu à la conclusion de son enquête, dense et aguerrie, Massimo Vogliotti tient à désigner ce qu'il tient pour les deux grandes forces du second *xx^e* siècle, un siècle désormais tout entier gagné à la post-modernité : le retour de la dimension pratique de la raison, prélude à la révolution herméneutique, laquelle nous éloigne heureusement de l'objectivité donnée du droit (*la datità del diritto*) – qui à notre auteur également semble une véritable dénaturation – pour le refonder sur des nouvelles bases, mettre en évidence son intime processualité²⁵ ; le nouveau constitutionnalisme, dont la Constitution, s'écartant du modèle des très bourgeoises « Chartes des droits », devient déchiffrement de l'identité historique d'un peuple, traduction comme norme suprême des valeurs diffuses dans la société, devient *aequitatis interpres* et oblige tout acte normatif de rang inférieur – la loi, par exemple – à devenir tel, à se conformer à la même fonction.

Les temps sont révolus, semble dire l'auteur, où encore bercés par d'endormeuses mythologies nous pouvions nous satisfaire d'une légalité formelle. De là le déplacement nécessaire de l'axe de l'univers juridique, de l'ordre juridique, depuis la loi, depuis l'objectivité donnée de la loi, vers l'interprétation. Car seule l'interprétation plonge la loi dans un contexte, déployant entre un texte immobile et un contexte historique une dialectique étroite et réalisant effectivement la vocation essentielle du droit à ordonner le réel.

25. M. Vogliotti ne manque pas de souligner son accord avec la philosophie du droit d'Arthur Kaufmann, critiquant la réduction du droit à la loi au nom d'une vision du droit comme action, comme performance (Massimo VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, op. cit., p. 207, note 119).

Le sous-titre sur lequel se clôt le livre est significatif : « De la centralité de la loi à la centralité de l'homme de loi » ; un droit rendu aux juristes mais qui indique, au deuxième paragraphe, un chemin nécessaire et dont le parcours ne saurait plus être remis à demain : « du juriste "récepteur" au juriste "tisserand" ».

On peut se réjouir de ce parcours, à une condition cependant : que le juriste se défasse de sa paresse, ce vice auquel il s'est accoutumé depuis l'expropriation des Lumières. Il doit retrouver en lui la conscience éthique et la force psychologique qui, unies à sa sensibilité historique et à son savoir technique, lui permettront d'accomplir la difficile tâche, la mission, le *munus*, que la crise de l'État et des sources étatiques du droit lui impose.

Il n'y a qu'à lui, non à une diaspora de juristes particuliers mais à une communauté étroite de connaisseurs des choses du droit, que puisse être confié l'ordonnancement (*ordinamento*) d'une réalité socio-économico-technique soumise, comme jamais auparavant, à une mutation frénétique et extrêmement rapide. Nous avons besoin aujourd'hui de règles élastiques et, plus que de règles, de principes capables d'accompagner et de discipliner ce qui advient. L'usage redécouvre toute sa vitalité et la pratique redécouvre la vigueur qui lui venait des profondeurs de l'expérience ; mais les particularismes de l'usage et de la pratique doivent être rassemblés grâce à des schèmes catégoriels permettant de dominer ce paysage global qui est aujourd'hui notre espace d'expérience quotidien. Et c'est là le terrain où la science est chez elle.

Comme moi, Massimo Vogliotti en est conscient, convaincu même. Et c'est sur cette conviction qu'il termine un livre de théorie et d'histoire du droit que je n'hésite pas à compter parmi les livres les plus significatifs (et les plus courageux) parus en Italie ces dernières années, dans lequel se manifeste le courage (et où l'auteur court le risque) de dénoncer des lieux communs universellement fréquentés et qui ne sont, hélas !, que la cause en même temps que l'effet d'une paresse intellectuelle très largement partagée.

Lu pour vous

- **CARBONNIER Jean, *Écrits***, textes rassemblés par Raymond Verdier, Paris : PUF, 2008, 1613 p.

Compte rendu par Jean-François PERRIN (Faculté de droit, Université de Genève).

Un comité éditorial s'est constitué en 2004 pour réunir, présenter et publier un ouvrage qui contient, comme son titre l'indique, de très nombreux *écrits* (la note de présentation dénombre 203 textes) de Jean Carbonnier, rédigés dans les diverses circonstances qui ont ponctué sa longue carrière de juriste et d'humaniste. La plupart des textes publiés sont difficiles d'accès, introuvables, voire même parfois inédits. Le comité éditorial a pu profiter de la collaboration de plusieurs membres de la famille du doyen Carbonnier. Ce magnifique recueil est donc tout entier voué à la mémoire de celui qui fut, incontestablement – et malgré lui – le maître à penser de ceux qui avaient décidé de le suivre dans ce sillage qui s'est lui-même dénommé « Droit et Société ».

L'ouvrage contient, outre divers outils bibliographiques, chronologiques et thématiques, quatre grandes rubriques. Un Titre Premier, présenté par Pierre Catala et Catherine Labrusse-Riou, réunit des textes qui concernent le droit civil. Un Titre Second, présenté par Jacques Commaille et Denis Salas, regroupe les contributions qui appartiennent plus particulièrement à la sociologie générale ou juridique. Un Titre Troisième, présenté par Jacques Commaille et Jacques Poumarède, réunit divers écrits de Jean Carbonnier sur des thèmes de sciences sociales et humaines. Le Titre Quatrième, intitulé « Histoire, sociologie religieuse et théologie » et présenté par Olivier Abel, révèle la passion de l'auteur pour l'histoire du protestantisme français et pour la théologie.

Est-il possible de rendre compte, dans une brève chronique, de l'importance et de la portée d'un tel livre ? Contrairement aux apparences, la tâche n'est pas facilitée à un chroniqueur qui a eu le privilège – celui de l'âge s'entend – d'assister pratiquement en direct au développement d'une bonne partie de cette production, académique, scientifique ou littéraire. Nous étions depuis de nombreuses décennies fascinés par l'ouverture et le caractère brillant de la plupart de ces travaux, que nous connaissions bien. Il nous manquait cependant le recul et la vue d'ensemble. Cet ouvrage comble cette lacune. Pourtant il n'est pas là que pour l'histoire. Il est actuel et nécessaire pour nombre d'entre nous. Encore faut-il dire pourquoi et comment. Les quelques lignes qui suivent sont consacrées à l'utilité et à l'actualité de ces *écrits*.

Il n'est pas facile de trouver son chemin dans cette masse de travaux qui appartiennent intrinsèquement à presque toutes les disciplines des sciences humaines. La dimension chronologique constitue certes une aide, mais elle peut aussi constituer un élément perturbateur dès lors que les préoccupations dominantes et les modes d'écriture ont considérablement changé au cours des décennies parcourues. Il faudrait donc aborder l'ouvrage avec une grille de lecture, une idée préconçue en quelque sorte, qui permettrait de s'orienter ou, plus exactement, de savoir ce que l'on cherche avant de lire. Il s'agirait d'identifier l'épistémologie – c'est-à-dire la *théorie* de la connaissance – qui animait l'œuvre de ce maître à penser. Le singulier de « théorie » est utilisé à dessein car l'ouvrage révèle, mieux que les œuvres majeures de l'auteur, la constance et la *cohérence épistémologique* qui animent toute sa production scientifique. En d'autres termes, on trouve la même vision du monde, social, humain, dès les premiers *écrits*, quelle que soit la discipline qui fait l'objet des développements. On verra plus bas que ces constantes apparaissent plus distinctement à la lecture des contributions qui s'affichent comme appartenant au domaine de la théologie. C'est comme si l'auteur se laissait plus facilement découvrir lorsqu'il ne s'exprimait pas pour les juristes ! C'est à la confection de cette grille de lecture que je voudrais consacrer les quelques lignes qui vont suivre.

Il faut d'abord prendre conscience de ce qui attirait si fort dans l'œuvre de Jean Carbonnier. Les juristes – pas seulement les juristes sociologues – reconnaissent d'abord en lui l'auteur de l'un des meilleurs commentaires du Code civil qui fut. Il était donc d'abord un grand civiliste. Il n'était cependant pas le seul à bénéficier d'une telle qualité. D'où venait le pouvoir ou la force d'attraction de ses traités ? La question n'est pas très difficile. Jean Carbonnier a, dans tous ses ouvrages de droit civil, pratiqué systématiquement l'ouverture en direction de l'ensemble des connaissances scientifiques. Sa dogmatique apparaissait dès lors – toujours sans faille – mais encore articulée et justifiée par les acquis des autres disciplines. *Il était passé maître dans l'art de conjuguer le droit et les autres connaissances*. Ces conjugaisons étaient opérées *concrètement*, dans le détail, d'une manière toujours convaincante ou, à tout le moins, satisfaisante pour l'esprit. Le droit qu'il enseignait était donc à la fois un *vrai* droit mais encore un droit *intelligent*, ouvert sur les nécessités humaines et sociales. Même les juristes hostiles à l'approche sociologique applaudissaient dès lors qu'ils voyaient un résultat convaincant sans qu'il y ait pour autant la nécessité de « gober » une théorie qui les hérissait ou qui, à tout le moins, les aurait bloqués s'ils l'avaient initialement perçue ou entendue. Ce succès était donc fait d'un certain *silence* dans ces traités, au sujet du rôle de l'interdisciplinarité. Elle était pratiquée, plus que théorisée.

La tonalité était différente sur le terrain spécifique de la *sociologie du droit*. Il y avait, chez les juristes sociologues, un silence un peu gêné sur la question du dogmatisme juridique et on avait l'impression que Jean Carbonnier savait mieux que quiconque gérer cette ambiguïté puisqu'il mettait tout le monde d'accord. On pourrait peut-être trouver quelques contre-exemples pour nuancer ce propos. Il

n'empêche que l'axe de mon affirmation ne peut pas être démentie. Jean Carbonnier avait réussi là où tant d'autres ont échoué. Georges Gurvitch, son prédécesseur dans l'enseignement de la sociologie juridique en Sorbonne, s'intitulait lui-même, à juste titre, « l'exclu de la horde ». Il l'était vraiment – honni des juristes au club desquels il n'a jamais pu s'intégrer. On pourrait avoir l'impression qu'il s'agissait uniquement d'une question de stratégie puisque les parentés qui unissent les matrices théoriques de ces deux fondateurs de la sociologie juridique étaient très proches. La même conception – qui s'appelle le *pluralisme juridique* – les réunissait. Il y avait là, pour les observateurs, une question en forme de mystère. La même conception attire et fascine lorsqu'elle est pratiquée, répugne et révolte lorsqu'elle est exprimée théoriquement.

Certes ces deux « carrières » de sociologue du droit ne sont pas contemporaines. Elles se suivent plutôt. On pourrait peut-être croire ou penser que l'une a anticipé, ouvert la voie à l'autre. Ce n'est pas vraiment le cas. Les décennies ne comptent pas beaucoup s'il est question de décrire les travers fondamentaux, plutôt les crispations, d'une profession – celle de juriste – qui existe depuis si longtemps, avec les mêmes particularités, et qui manifeste, avec les mêmes constantes, son agressivité dès que l'on touche à son autonomie. Pour faire court sur cette question, il suffit de dire que l'on a eu pendant longtemps l'impression que le succès de Jean Carbonnier provenait du fait que ses qualités étincelantes de juriste n'étaient pas voilées, en amont, par une théorie que les juristes ordinaires, irrémédiablement, ne pouvaient pas accepter. On avait l'impression que le sociologue du droit, pour s'imposer, devait se contenter d'une pratique d'ouverture qui n'était pas fondée sur un modèle épistémologique clairement affirmé. Ce voile est encore nécessaire, stratégiquement utile. On a le sentiment que Jean Carbonnier savait gérer cette difficulté, mieux que les autres.

Les sociologues du droit ont souhaité, souhaitent encore probablement, s'approprier le succès indéniable de Jean Carbonnier pour apporter de l'eau à leur moulin. Je suis d'avis que cette tentative d'appropriation est légitime et justifiée à l'époque actuelle. L'éternel retour des dégâts que peut provoquer le dogmatisme pur et dur justifie le fait que certaines approches théoriques soient, actuellement, exprimées plus clairement qu'elles ne l'étaient. Les *écrits* de Jean Carbonnier pourront sans conteste être utilisés dans cette perspective. Ce fait réjouissant doit maintenant être illustré. On trouve dans cet ouvrage des précisions d'une qualité remarquable s'il s'agit de comprendre et de restituer *le modèle théorique des rapports entre le droit et la société* que Jean Carbonnier a préconisé – et c'est ce que l'on peut réaliser à la lecture de ce livre – tout au long de sa carrière. C'est, à mon avis, essentiellement dans cette perspective que ce « nouveau » livre révèle aujourd'hui son utilité première. Ce modèle théorique est encore nécessaire et utile. Il faut dès lors montrer qu'il peut être « trouvé » dans ces *écrits*.

On réalise donc que Jean Carbonnier, par modestie, par tact, se faisait un devoir de respecter les convictions profondes de tous ses lecteurs, qui pouvaient aimer et

avoir besoin d'une telle approche sans être bousculés dans leurs convictions intimes et contraints d'adhérer à une conception déterminée du droit et du monde. On apprend aujourd'hui que cette prudence était délibérée. Jean Carbonnier a su et voulu afficher, lorsque cela lui paraissait nécessaire, ses convictions profondes. C'est ce que découvrira, en satisfaisant sa curiosité, le lecteur de ces *écrits*, parus un siècle exactement après la naissance de l'auteur. Le lecteur à l'affût, identifiera, à la lecture attentive de ces centaines de monographies dispersées dans le temps, que le Doyen a *répondu très clairement à toutes les grandes questions théoriques qui sous-tendent l'édifice que constitue son approche sociologique du phénomène juridique*. On dira, pour résumer sur cette question de la *transparence*, que l'on peut trouver, parsemée, essaimée, dans ces *écrits*, en clair, la réponse précise à toutes les interrogations que conservait le lecteur des traités de droit civil et de sociologie du droit. La possibilité de faire de telles découvertes dans un ouvrage consacré à la publication de textes disparates est, à certains égards, étrange. Il est vrai aussi que presque tous ces *écrits*, souvent très difficiles d'accès, avaient été publiés en vue d'être lus par un public *limité*, voire choisi. L'auteur s'y livrait peut-être plus facilement que dans des ouvrages généraux destinés à la formation de base des juristes. Jean Carbonnier procédait donc, dans ces contributions, plus volontiers à visage découvert. Ces grands axes théoriques peuvent être décrits dans les termes suivants :

1. *L'interdisciplinarité*

Jean Carbonnier a préconisé, dès 1973, d'une manière engagée et quasi militante, la pratique d'une *interdisciplinarité*, conçue selon un modèle qu'il justifie par l'histoire des sciences humaines. La perspective qu'il propose consiste en une articulation *non hiérarchisée* des savoirs, qui tous – sociologie et droit surtout – conservent leur identité, profitent de ces conjonctions et de ces coordinations pour s'enrichir naturellement, sans jamais perdre leur spécificité.

2. *Définition de la sociologie juridique*

C'est ce mode d'articulation des savoirs qui définit *théoriquement* la sociologie juridique. Jean Carbonnier affirme, dans un texte fondateur (p. 975) que cette discipline est autre chose qu'une rencontre entre le droit et la sociologie : « C'est une branche de la sociologie, cette part de la sociologie qui a pour objet le juridique. Et la sociologie juridique a une position de synthèse non seulement parce qu'elle a affaire au droit et à la sociologie [...]. Elle considère que tout le juridique n'est pas enfermé dans des règles et dans des institutions. Elle dissout, dans une certaine mesure, le monolithe antérieur en une multiplicité de phénomènes juridiques » (p. 976).

3. *Affiliation de la sociologie juridique à la sociologie générale*

On rejoint – pour l'illustrer ou pour la souligner si besoin est – la remarque que fait Jacques Commaille dans son texte de présentation de la partie de l'ouvrage plus spécialement consacrée aux sciences sociales : « Le souci de Jean Carbonnier est d'abord de se situer dans une filiation et par rapport à une communauté intellectuelle » (p. 933-934). Celle-ci est peuplée des pères fondateurs dont il a souvent commenté les textes pour *L'Année sociologique*, revue dont il a présidé le Comité de direction durant des décennies. La distance critique qu'il établit entre sa sociologie

du droit et les options épistémologiques de Durkheim notamment, ne l'empêche pas d'affirmer sa déférence et sa dette à l'encontre des classiques de la sociologie générale. Il en va de même au sujet de l'œuvre de Georges Gurvitch par rapport à laquelle il se situait, avec une déférence critique – légèrement teintée d'ironie – qui était bien propre à son style (cf. *Droit et Société*, n° 4, 1986, p. 347 sq., contribution reproduite dès la page 1001 de ces *écrits*). Dans ce texte, au-delà de traits autobiographiques souvent amusants, Jean Carbonnier règle ses comptes avec ces « grands » de la sociologie sur le thème du *pluralisme, juridique ou normatif* (p. 1005).

4. *Droit comparé et sociologie juridique*

La question du rapport théorique entre droit comparé et sociologie juridique a souvent passionné Jean Carbonnier. Il a dès lors proposé un *modèle théorique* particulièrement novateur : une *sociologie comparée du droit* (p. 1118 et 1484, notamment).

5. *L'éloge d'un pluralisme utile en technique législative*

Le *pluralisme* est, par ailleurs, une *philosophie du droit*, réitérée tout au long de l'ouvrage. Les notations à ce sujet ne sont pas seulement philosophiques mais encore méthodologiques, par le biais de l'option en faveur d'une telle approche en *technique législative*. Ainsi Jean Carbonnier exprime-t-il la directive suivante après qu'il ait reconnu avoir fait, tout au long de sa carrière, l'éloge du pluralisme juridique : « Je crois m'être inspiré de cette idée : faire qu'au résultat de la législation, il n'y ait pas une fraction de la population française qui se sente marginalisée par ce que l'on a fait. Il faut avoir égard à la diversité des réactions » (p. 1526).

6. *La philosophie politique et sociale*

La liaison est facile à faire avec la description d'options qui appartiennent intrinsèquement à la philosophie politique et sociale. L'ouvrage permet, sans doute possible, d'identifier clairement les opinions de Jean Carbonnier dans ce domaine. L'histoire, notamment celle de la répression qu'ont subie les protestants français, donne l'occasion d'une réflexion décisive sur les rapports entre légitimité et légalité. On trouve, par exemple, la considération suivante qui révèle bien ce que pense l'auteur du rapport entre politique et droit : « Toutefois, un ordre établi qui a la volonté de se défendre est rarement à court de moyens juridiques pour le faire, et c'est le talent du magistrat, lorsqu'une qualification n'est plus accessible, que d'en découvrir d'autres qui le soient. Un même fait, regardé sous des angles différents, se reflète en incriminations diverses [...] » (p. 1279-1280). Le droit est ainsi vu et perçu comme constituant le bras séculier de la répression idéologique (cf. p. 1291). Ce structuralisme est souvent exprimé dans des formules lapidaires, simples, peu marquées en tout cas par le doute métaphysique, ainsi : « [...] et maintenant il n'est pas de doctrine que l'on n'essaie de relier à son infrastructure sociale, économique, politique » (p. 1394).

7. *L'histoire du droit et des institutions*

Cette conscience claire du rapport nécessaire entre faits sociaux et droit suffit à donner à comprendre la grande curiosité que Jean Carbonnier a toujours manifes-

tée à l'égard de l'histoire, plus particulièrement politique et sociale. Ses références historiques sont une constante. Elles constellent toutes les démonstrations, dans toutes les circonstances et quel que soit le thème. Cette fidélité à l'histoire ne le conduit cependant jamais à affirmer l'existence d'un « déterminisme mystérieux » (p. 1461). Il s'en défend vigoureusement : « Quand on parle de déterminisme, le matérialisme historique n'est pas loin » (*idem*). Jean Carbonnier ressent le besoin de se situer à cet égard. Il le fait avec nuances ; celles qu'adoptent les sciences humaines qui, selon sa perspective, expriment les causalités toujours avec prudence, souvent avec le doute scientifique.

8. *La psychologie sociale et l'histoire des mentalités*

Cette causalité relève de la *psychologie sociale* ; elle s'exprime dans les termes suivants : « De la psychologie sociale relèvent, plus généralement, tous les phénomènes d'opinion. Il n'est pas rare qu'un mouvement d'opinion déclenche une intervention législative. Seulement, qu'est-ce que l'opinion ? Notre temps, malgré les instruments de sondage qu'il a su se fabriquer, n'est pas sûr de saisir cette réalité fuyante » (p. 1461).

9. *La morale*

La cohérence de cette épistémologie du droit, humaniste, pluraliste, scientiste, chrétienne, se traduit encore par de nombreuses autres options claires qui révèlent la pensée profonde de Jean Carbonnier. Ainsi en va-t-il de sa conception de la morale : « La morale est un de ces systèmes de transition. On en pourrait citer d'autres : la culture, les bonnes mœurs, voire le droit naturel. Mais la morale est, par excellence, la religion de ceux qui n'en ont pas » (p. 1520).

Ces formules révèlent d'une manière frappante ce que les lecteurs de cet ouvrage pourront découvrir, s'ils aiment depuis longtemps Jean Carbonnier : un florilège constitué d'innombrables notations qui satisferont leur curiosité. Ils trouveront, presque à coup sûr, la réponse à des questions qu'ils avaient depuis très longtemps l'envie de lui poser. Cette possibilité ou, si l'on préfère, cette manière de lire, fait de ce livre une *œuvre nouvelle*. Le lecteur découvrira ainsi, s'il cherche bien dans la foison des contributions consacrées au rapport entre le droit et les autres disciplines des sciences humaines, une *définition de l'instance juridique* qui mériterait, pour sa qualité et sa pertinence, de figurer au frontispice de tout bon livre contemporain consacré à la philosophie ou à la théorie du droit : « Cependant, le droit ne peut plus être, de nos jours, figuré uniquement par une pyramide ou une colonnade de normes : c'est aussi le champ où il pousse comme une herbe, fût-ce avec l'aide des hommes, les juges d'équité en première ligne, mais également des hommes quelconques, usagers, témoins, victimes du juridique, altérés de paix, de repos, de justice » (p. 1522)... C'est avec l'idée qu'il est possible de faire la récolte de telles perles qu'il vaut la peine de lire ou de relire Carbonnier, aujourd'hui. Cette tradition ne doit pas se perdre, malgré la mort de l'auteur. La *mobilisation* qui a eu lieu pour cette édition montre que ceux qui sont décidés à ne pas la laisser disparaître sont nombreux. Nous y veillerons encore.

- **CHEVALLIER Jacques, *L'État post-moderne***, Paris : LGDJ, coll. « Droit et Société. Série politique », 3^e éd., 2008, 266 p.

Compte rendu par Samer GHAMROUN (Doctorant, Institut des Sciences sociales du Politique – pôle Cachan, CNRS/ENS Cachan).

En s'attardant d'abord sur la reconfiguration des appareils d'État, cette nouvelle édition de l'ouvrage de Jacques Chevallier permet de rappeler, encore une fois, que l'État n'est pas mort : il se transforme. L'État n'est pas mort, mais c'est bien vers la fin du protectorat étatique que l'on se dirige quand même. Tout est bousculé dans le monde stato-centré : la souveraineté, les fonctions classiques, les frontières traditionnelles entre le public et le privé, l'homogénéité de l'État, qui est ainsi encadré par une interdépendance croissante des valeurs et des institutions, concurrencé par une série d'acteurs internationaux, et surtout englobé dans des logiques désormais supranationales. C'est la fin de la solitude étatique dans l'espace politique, puisque l'État post-moderne reconnaît désormais l'existence d'autres acteurs avec lesquels il est tenu de négocier et d'interagir. L'auteur met cependant en garde contre des analyses annonçant hâtivement un retour à l'État minimal, puisque c'est une vraie transformation qui a lieu, avec des modalités nouvelles. Toute tentative de qualification précise serait d'ailleurs presque inutile, puisque la principale caractéristique de l'État post-moderne est justement de ne pas avoir « d'essence stable » et « d'ouvrir largement le champ des possibles ». Il est toutefois possible de dire que l'État post-moderne devient de plus en plus un État « garant » qui produit du collectif et de la cohésion sociale mais aussi de la sécurité dans un contexte de risques croissants. C'est l'État « stratège » qui remplace l'État « pilote », l'État « arbitre » qui remplace l'État « acteur », l'État « régulateur » qui remplace l'État « opérateur ». Mais c'est surtout à une banalisation de l'État que nous assistons, et à une contestation de la singularité administrative : l'État est démythifié par l'impératif d'efficacité qui a ôté à l'administration toute légitimité extrinsèque (tirée de son appartenance à l'État) en lui imposant l'obligation de se légitimer au regard de son action même. L'État est banalisé parce que son droit, le droit administratif, est envahi par des dispositions de droit privé et perd son caractère dérogatoire. C'est un État « pluriel », « éclaté », « territorialisé » à l'image de la diversité des contextes locaux dans lesquels il doit agir, un État « segmenté », « agencifié », où l'on trouve une dissociation des responsabilités stratégiques et opérationnelles, un État « baroque ».

Mais si l'État se transforme, le droit se transforme également ; l'État n'est-il pas une institutionnalisation du pouvoir qui passe par le droit ? L'État de l'ordre juridique « total » (de Kelsen), de l'univers « euclidien », de la logique « aristotélicienne », du droit « jupitérien » avec ses deux piliers de la Raison et de l'Individu, cet État-là s'écroule avec son bel ordonnancement juridique « moderne ». Les lois deviennent de plus en plus des textes spéciaux objets d'ajustements constants, et perdent ainsi le postulat de la transcendance et de la rationalité qui les marquait, face à un reflux du subjectivisme et un développement de droits sociaux nouveaux. La déréglementation ne montre-t-elle pas la perte de fiabilité du droit aux yeux des différents acteurs ? Là aussi, on a quitté l'univers des certitudes vers un droit « flexible », « solu-

ble », « liquide », en « réseau ». Car c'est bien de l'avènement d'une société de droit qu'il s'agit, dont les symptômes sont clairement une juridicisation croissante, une inflation législative, une explosion des contentieux, avec de nouveaux producteurs de droit (Europe...), mais aussi une demande croissante de droit à travers des phénomènes de passage obligé par la règle juridique et d'hyper-subjectivation qui activent une série de politiques antidiscriminatoires s'accompagnant d'une extension du champ de la répression pénale. C'est un vrai éclatement de la régulation juridique avec le passage d'une conception « moniste » à une conception « pluraliste », du « monologique » au « dialogique ». Et si la médiation de l'État reste incontournable, celle-ci devient synonyme « d'enchevêtrements », de « boucles étranges » et « d'américanisation » du droit. Mais c'est surtout un droit « pragmatique » qui se dégage avec la contractualisation, autre emblème de la post-modernité de Chevallier, qui marque le passage d'un droit de commandement à un droit d'accord, à une rationalité coopérative et une logique de coordination. Cette contractualisation laisse voir un droit négocié, puisque la force de la norme juridique ne provient plus de ce qu'elle s'énonce comme règle obligatoire, mais du consensus qui l'entoure. Le droit devient le produit d'un dialogue permanent entre gouvernants et gouvernés à coups de concertations, de débats publics, de conférences citoyennes. C'est un droit qui n'est plus prescriptif, mais un droit « doux » qui requiert l'adhésion plus que la soumission, un droit « mou », « flou », « herculéen ». Toutes ces transformations aboutissent à un mouvement de rationalisation du droit, puisque celui-ci « ne bénéficie plus d'une légitimité *ab initio*, mais est tenu d'apporter la démonstration concrète de son bien-fondé », et c'est « par la rigueur de ses conditions d'élaboration que le droit va chercher à restaurer la croyance en sa rationalité ». Il faut un droit « rigoureux » qui remplace ce « droit à l'état gazeux ». D'où la naissance de sciences nouvelles, comme la légistique, qui redonnent aux experts une place centrale. La production de la norme juridique s'abrite derrière le savoir, et la compétence acquise sur le plan professionnel devient le véritable fondement de l'autorité normative. Et tout comme l'État, le droit post-moderne est un droit « réflexif », puisque l'évaluation est intégrée au processus normatif, et l'expérimentation juridique devient une pratique de plus en plus courante : la réflexion sur l'effectivité de la règle de droit est désormais inévitable.

Enfin, si l'État et le droit se transforment, c'est que le lien politique se transforme également, poursuit Chevallier. Tout comme l'État et le droit modernes, la démocratie moderne est en crise dans ce qu'elle a de plus fondamental : la représentation. Puisque nous sommes désormais dans une société de défiance : sensibilité extrême de l'opinion à l'égard des dysfonctionnements et corruptions, comportements électoraux nouveaux (absentéismes...) et reflux de l'engagement militant. Mais il s'agit d'une crise plus profonde encore des croyances dans les vertus du modèle libéral, une crise du lien civique, la citoyenneté ayant perdu de son évidence et les référents identitaires de leur force intégrative. Tout cela s'exprime dans une modification du rapport au droit avec l'avènement d'une certaine démocratie juridique et la standardisation de la notion d'État de droit, entre constitutionnalisation et internationalisation : c'est bien à la définition d'un droit opposable aux États

que l'on aboutit. Et la clef de voûte de cet État de droit, c'est le juge, notamment constitutionnel, qui a pris la place de l'élu démythifié. Un nouvel acteur politique surgit ainsi avec la relativisation de la légitimité tirée de l'élection. Les juges s'assignent une mission d'alerte démocratique, et la justice devient un nouveau forum de délibération politique, une nouvelle scène de la démocratie, concurrente du forum parlementaire classique. Cette évolution s'accompagne d'une inflexion des équilibres institutionnels, avec la perte de vitesse de l'exécutif en position de force depuis un siècle : réformes des parlements, de leurs pouvoirs, de leurs moyens. L'État s'ouvre et se décloisonne, et un temps délibératif prend place en amont de la scène parlementaire : débats publics, forums publics, grenelles, référendums, et surtout démocratisation du fonctionnement administratif avec l'implication des citoyens dans l'action publique. Chevallier clôt son exposé avec une interrogation sur les conditions d'exercice du pouvoir étatique dans les sociétés entrées dans l'âge de la post-modernité. Comment produire du collectif en obtenant l'adhésion des assujettis, et comment conjurer le péril d'une « gouvernance sans gouvernement » (Rosanvallon) ?

Cette nouvelle édition n'apporte pas des modifications importantes aux éditions précédentes, à part l'inévitable mise à jour. Sans reprendre les commentaires déjà formulés il y a quelques années à l'occasion de la parution de l'ouvrage, et sans s'attarder sur l'intérêt d'un travail qui a désormais une place acquise dans les bibliothèques de science politique, il convient de revenir sur une singularité déjà relevée par Charles-Albert Morand dans sa recension de la première édition¹, et qui tient au fait que le principal enjeu de cet intérêt porté à l'État dans la mondialisation semble être d'ordre lexical : « État régulateur » (Majone), « État creux » (Peters), etc. Jacques Chevallier a choisi l'État « post-moderne », mais la « post-modernité » est-elle vraiment ce « concept qui a pour fonction essentielle de fournir une grille d'analyse des transformations que subit la forme étatique », et que Chevallier propose de définir au début de son ouvrage ? Cette domination de la préoccupation lexicale semble d'ailleurs s'étendre à toutes les parties du travail, comme le montre la place centrale qu'occupent, dans le schéma argumentatif, les analogies et les adjectifs les plus divers utilisés pour cerner les processus et transformations décrits dans l'ouvrage : « mou », « doux », « rhizomique », « soluble » et ainsi de suite, aux dépens parfois d'un véritable travail de qualification fondé sur une base empirique, cette dernière étant souvent réduite au statut de l'exemple illustratif. L'argument implicite qui alimente l'exposé, et selon lequel une notion décrivant des transformations floues et incertaines ne peut être elle-même que floue et incertaine, n'est pas convaincant jusqu'au bout.

Mais la critique qu'il serait possible d'adresser à ce travail concerne l'opposition – non assumée – qu'il établit entre une post-modernité chaotique, en réseaux, désstructurée, et une modernité ordonnée, structurée, normée, hiérarchisée. Malgré les multiples mises en garde ponctuelles que fait Chevallier contre les dangers d'une telle opposition, mais aussi de toute vision évolutionniste, c'est néanmoins essen-

1. Voir *Droit et Société*, 55, 2003, p. 811-812.

tiellement à travers elle, et à travers les multiples sous-oppositions qu'elle véhicule, que se fait l'analyse et la définition de la post-modernité. C'est bien contre l'image d'un « gouvernement » ordonné, d'une action publique structurée et unilatérale que se construit celle de la post-modernité, essentiellement informe et plurale. Cette histoire lissée et conventionnelle de l'État et de l'action publique « modernes », qui sert en fin de compte de marchepied à la théorie de la post-modernité politique et juridique telle qu'elle est esquissée dans l'ouvrage, tient-elle encore la route après des travaux théoriques comme ceux de Michel Foucault sur l'histoire de la gouvernementalité, ou ceux plus empiriques et plus récents dans le domaine de la sociologie historique de l'action publique ? Une fois que le mythe du gouvernement moderne unilatéral est remis en question, la notion de post-modernité, du moins comme elle nous est présentée dans ce travail, garde-t-elle toute sa force ?

Le lecteur qui cherche des démonstrations, des méthodes, des preuves, des hypothèses, un terrain, pourrait être déçu par « l'État-postmoderne ». Par l'étendue du champ investi (l'État et le droit en Occident et au xx^e siècle) et le nombre des disciplines mobilisées, ce n'est un ouvrage ni de sociologie, ni de droit, ni de science politique, mais une vaste fresque qui manipule très rapidement un très grand nombre d'objets différents qui mériteraient chacun (et qui ont souvent déjà suscité) un travail autonome. Mais ce ne sont là que les revers d'une qualité majeure : « l'État post-moderne » reste un excellent ouvrage de synthèse pour ceux ou celles qui cherchent encore, ou qui remettent en question, leurs repères dans la science politique en général, et surtout dans les théories de l'État et du gouvernement.

- **HALLAQ Wael B., *Sharī'a: Theory, Practice, Transformations*, Cambridge : Cambridge University Press, 2009, IX – 614 p.**

Compte rendu par Baudouin DUPRET (Institut des Sciences sociales du Politique – pôle Cachan, CNRS/ENS Cachan).

Ce livre vient combler un vide béant, celui de la présentation à la fois développée et synthétique de ce que recouvre le mot « *sharī'a* » (charia) dans l'histoire et le droit des sociétés musulmanes. L'entreprise est une gageure, tant le mot est polysémique et son expérience variée. Hallaq s'appuie cependant sur l'existence d'un vocable unique pour constituer la charia en un seul et même objet d'investigation. Cela n'est évidemment pas sans poser de très nombreux problèmes, dont le moindre n'est certainement pas l'association de la théorie du droit et de la pratique judiciaire, comme si la relation était de continuité. Pour prendre la mesure de l'entreprise et de sa dimension sisypheenne, qu'il suffise de s'imaginer un volume entendant traiter du droit romano-germanique dans ses dimensions historique, théorique et pratique, dans son unité (remontant au droit justinien) et sa diversité sociologique, étatique et épistémologique.

L'auteur aborde cette entreprise avec la légitimité requise. Professeur à l'Université McGill de Montréal, figure de proue du renouveau des études sur le droit islamique, autorité internationalement reconnue en la matière, auteur d'innombrables ouvrages et articles sur des aspects de la question, c'est à lui que revenait indubitablement cette tâche, même s'il est manifeste que le périmètre strict de ses

compétences aurait justifié qu'il s'arrête à l'histoire de la pensée juridique. Et, disons-le sans ambages, c'est au niveau de l'étude de la pratique du droit que le livre est assurément le moins satisfaisant et le plus lacunaire. Cela n'est toutefois pas étonnant, dans la mesure où Hallaq adopte une posture épistémologique problématique, celle qui consiste à penser que toute pratique n'est que l'instance d'un modèle, que tout jugement n'est que le cas d'application de la règle, que le moment n'est que la reproduction de l'histoire. Ainsi nous dit-il que « chaque étape de la *shari'a*, aussi bien dans les faits que dans la doctrine, a contribué à la création, à la définition et à la formation de la suivante » (p. 17), par quoi il faut entendre que le temps présent est la somme des expériences passées. L'auteur a beau faire référence à Foucault en introduction de son livre, sa position n'en est pas moins résolument hégélienne.

L'organisation de l'ouvrage traduit naturellement cette force et cette ambiguïté. Force, parce que l'on ressort de cette lecture armé d'un savoir consistant et cohérent, où le processus historique de formation et de transformation de la *shari'a* côtoie la description des matières principales du droit islamique. Ambiguïté, parce que, précisément, treize siècles d'histoire juridique à l'échelle d'un continent se retrouvent liés par un fil narratif déterministe, qui nous fait passer de la période formative aux États-nations, en passant par la modernité et la rupture qu'elle est censée marquer. La première partie du livre est consacrée à la tradition pré-moderne. Elle comporte cinq chapitres : la période de formation, la théorie juridique (épistémologie, langage et raisonnement), l'éducation et la politique juridiques, les relations entre le droit et la société, les dynasties tardives. La deuxième partie propose une esquisse du droit substantiel en sept chapitres : les piliers de la religion, les contrats et obligations, le droit de la famille et des successions, la propriété, les crimes et délits, le *jihad* et le droit judiciaire. La troisième partie aborde la période d'après l'avènement de la modernité. Après un chapitre justifiant de traiter simultanément de l'État et du droit islamique (chapitre qui capture à lui seul cette tendance académique à considérer le social dans un surplomb indifférent à la constitution phénoménologique des choses), cette partie entreprend de brosser le tableau des évolutions en Inde et en Asie du Sud-Est, puis au Proche-Orient et en Afrique du Nord, avant que de s'interroger sur les effets de la modernisation du droit à l'âge de l'État-nation.

En somme, cet ouvrage s'avérera précieux pour celui qui souhaite s'initier à l'étude de la *shari'a* et que le classique ouvrage de Joseph Schacht ne contenterait pas entièrement. Il y trouvera l'essentiel des références historiques et doctrinales susceptibles de documenter l'acquisition d'un savoir académique. En revanche, la personne désireuse de s'interroger de manière plus épistémologique et sociologique sur la phénoménologie d'un terme aussi complexe que *shari'a* restera largement sur sa fin. Mais telle n'était sans doute pas l'ambition fondamentale du livre.

- **HUMBERT Marc et CAILLÉ Alain (dir.), *La démocratie au péril de l'économie*, Rennes : Presses universitaires de Rennes, coll. « Économie et Société », 2006, 367 p.**

Compte rendu par Claude DIDRY (UMR Institutions et Dynamiques Historiques de l'Économie, CNRS/ENS Cachan).

La chute du totalitarisme soviétique semble marquer la victoire conjointe et définitive de la démocratie et de l'économie de marché. Cette rencontre entre économie de marché et démocratie a conduit à penser qu'il existait des relations entre les deux. Ainsi, la démocratie a été envisagée comme un facteur de prospérité en garantissant des libertés fondamentales pour le plein exercice des mécanismes marchands. Réciproquement, la réalisation d'une économie de marché a été vue comme un moyen d'éviter les collusions politico-économiques susceptibles de mettre en péril les équilibres démocratiques.

Dans un ouvrage paru fin 2006 sous la direction de Marc Humbert et Alain Caillé, un ensemble de contributions revient sur cette relation entre démocratie et économie de marché avec un regard critique. Cet ouvrage, issu d'un colloque organisé par le réseau PEKEA (Political and Ethical Knowledge in Economic Activities) avec la collaboration du MAUSS (Mouvement Anti Utilitariste en Sciences Sociales), traduit les nécessaires réévaluations qu'impliquent, vingt ans après la chute du communisme, les outrances du néo-libéralisme. Il confronte des réflexions théoriques menées principalement par des universitaires (dans une première partie) à des expérimentations présentées plutôt par des militants associatifs venant des quatre coins du monde (dans une seconde partie). Dans un ensemble particulièrement dense de contributions, nous nous arrêterons sur celles qui nous sont apparues comme les plus significatives.

Le néo-libéralisme s'entend ici de la fusion entre le libéralisme économique visant à asseoir le fonctionnement libre des mécanismes marchands et le libéralisme politique fondé sur la reconnaissance d'un État de droit, comme le souligne B. Billaudot dans sa contribution. Cette fusion que l'on trouve dans l'œuvre de Hayek crée un redoutable objet politique dans la mesure où les attaques contre l'emprise du marché peuvent être assimilées à des attaques contre le libéralisme politique. Les auteurs des contributions regroupées dans cet ouvrage ont pour ambition de démonter cette argumentation économique-politique. Certaines contributions montrent le caractère historiquement situé de cet alliage entre marché et démocratie, J.-P. Maréchal soulignant, par exemple, que Gérard Debreu se limite, au début des années 1980, à une défense de la démonstration mathématique de l'efficacité supérieure du libéralisme économique. Mais, contrairement à la pensée d'un Hayek, Debreu laisse le politique en dehors de ses préoccupations.

Face au néolibéralisme comme théorie politico-économique, la base de la critique des auteurs est constituée par *La grande transformation* de Karl Polanyi. La démonstration de Polanyi est simple et radicale : la sanctification du marché auto-régulé au XIX^e siècle par la réduction de l'économie à la théorie économique formelle du choix en situation de rareté a nié la présence de l'État dans la vie économique, tout en veillant à son instrumentalisation dans la création des « marchand-

ses fictives » que constituent la monnaie, la terre et le travail. Les totalitarismes fascistes, en dénouant la rigueur budgétaire par une politique monétaire offensive (expérience Schacht en 1933, en Allemagne), se sont alors assurés une réussite économique et une adhésion populaire suffisantes pour ébranler les démocraties.

Mais, comme le suggère A. Caillé, il existe une relation complexe entre démocratie et capitalisme allant au-delà de la sanctification néolibérale du marché. Selon B. Billaudot, les deux reposent en effet sur un « dé-encastrement » irréversible qui doit conduire à abandonner toute nostalgie à l'égard de cette chaleur « communautaire » que retrouve aujourd'hui une sociologie économique dominée par le paradigme de l'encastrement et du réseau social. C'est l'« air des cités » qui a conforté les grandes réussites marchandes et le développement d'une première expérience démocratique. Dans cette réflexion, la contribution de B. Laville, en insistant sur l'importance du soubassement non marchand de l'économie de marché, introduit une certaine confusion sur ce que représente l'« économie solidaire ». La sphère non marchande n'est pas immédiatement une sphère démocratique : bien au contraire, il arrive que le soubassement non marchand de l'économie marchande, au centre de laquelle on trouvera l'activité familiale, soit le ciment qui étouffe le combat contre les dominations économiques.

Face au néolibéralisme, il convient de rétablir un partage entre économie et démocratie, en identifiant une réalité capitaliste irréductible au schéma normatif du marché comme organisation économique optimale. Mais ce partage n'est pas donné et implique une recherche fine au cœur des interactions élémentaires qui se nouent dans le cours des activités économiques. Proposant une analyse de la « transaction » inspirée de J. R. Commons, B. Billaudot suggère que la citoyenneté se loge au cœur des rapports économiques, sans que l'économique, au sens d'une gestion intéressée de la rareté, n'y ait le dernier mot. La démocratie s'entend alors, selon lui, comme la possibilité de surmonter la focalisation sur la concurrence qu'impose le culte du marché, en introduisant une dimension de réflexivité dans les rapports économiques.

Sur cette base, le diagnostic devient clair. Il existe un risque d'étouffement du débat démocratique par la théorie économique formelle, réduisant l'ensemble des choix à des *calculs* probabilisables et réalisables dans le for intérieur des individus, comme le souligne M. Leclerc-Olive. En étant réduites à des données quantifiables (sous la forme notamment d'une quantité de monnaie), les situations d'action économique peuvent être ramenées à des contextes où les choix deviennent des évidences indiscutables. Face aux certitudes de l'économiste néo-classique sûr du comportement des « idiots rationnels » (Sen) qu'il identifie derrière chaque acteur économique, les expérimentations présentées dans l'ouvrage conduisent à remettre en cause ce monde bien connu.

C'est autour des biens que s'opère la redécouverte de l'économie « substantive » opposée par Polanyi au culte du marché. J. Combes évoque les initiatives des associations de consommateurs, qui tendent à transformer ceux-ci en « consom'acteurs » capables de peser sur les choix de multinationales. On aurait pu aller jusqu'à envisager ici le rôle de ces « consom'acteurs » dans les initiatives des multinationales en

matière de « responsabilité sociale de l'entreprise », comme réponses aux scandales du travail forcé (Total en Birmanie) ou d'enfants (Nike en Asie du Sud-Est) régulièrement dévoilés par ces organisations de consommateurs et de citoyens. Dans cette mise en débat de l'acte de consommation, les labels « équitables » sont des leviers importants avec une interrogation sur les bases éthiques de leur élaboration (V. Diaz-Pedregal). Le système de monnaie sociale pose de manière plus radicale, mais sans échapper au risque de l'enfermement dans le communautaire, la question de l'équivalence monétaire (J. Blanc). Du côté de la production de biens, il s'agit moins d'expérimentations que de réponses à des situations problématiques : exploitants forestiers face aux ravages de la tempête de 1999 (F. Schepens), cultivateurs de coton en Afrique (F. Diarra), coopératives agricoles au Japon.

Si la multiplicité des contributions et leur inégale qualité rendent l'accès à cet ouvrage un peu difficile, la confrontation entre une analyse théorique et des expérimentations sociales donne au lecteur l'envie de poursuivre la réflexion. On suggérera à ce dernier de garder pour la fin la contribution inaugurale de M. Humbert, rappelant à ceux qui ont étudié la science économique après les années 1980 qu'il existait une école française d'économie soucieuse d'analyser l'ancrage institutionnel de l'activité économique. Il reste au lecteur à apprécier le contraste entre, d'une part, la contribution de L. Brocard ou G. Pirou à la législation sur la convention collective au début du *xx*^e siècle et, d'autre part, un siècle plus tard, la remise en cause récente, par F. Kramarz, de la législation limitant la durée du travail au nom de la flexibilité requise par le marché.

- **LABORIER Pascale, NOREAU Pierre, RIOUX Marc et ROCHER Guy (dir.), *Les réformes en santé et en justice. Le droit et la gouvernance*, Québec : Les Presses de l'Université Laval, 2008, 296 p.**

Compte rendu par Gilles FERRÉOL (Laboratoire de Socio-Anthropologie, Université de Franche-Comté, Besançon).

Dès les premières lignes de leur introduction, les coauteurs de l'ouvrage soulignent à juste titre que « la réforme des modalités d'intervention de l'État contemporain est une thématique centrale pour les observateurs qui s'intéressent aux mutations des structures de la gouvernance et à la transformation graduelle des champs sociaux où la sphère publique joue traditionnellement un rôle important » (p. 3). L'optique comparative est ici privilégiée tant au niveau des pays (la France et le Québec) que sous l'angle des domaines d'action (la santé et la justice). L'accent est mis sur l'analyse des normes et des pratiques, des procédures et des instruments de pouvoir, ainsi que des diverses formes d'alliance, de partenariat ou de contractualisation avec la société civile, les acteurs concernés pouvant – dans la typologie proposée par Guy Rocher – s'identifier à des concepteurs, des promoteurs, des modélistes, des passeurs, des opérateurs ou des opposants.

Trois grandes parties sont à l'honneur. La première prend appui sur des témoignages (comme celui de Paul Lamarche) ou des études de cas ayant trait notamment au risque sanitaire et à la montée de l'expertise au sein d'observatoires spécialisés (Nadine Machikou). Il est alors procédé à une analyse critique des appro-

ches dites « managériales » et à la prise en compte de la complexité des modes de négociation et de compromis (Jean-Louis Denis). Les fonctions d'orientation, de gestion et d'évaluation, fait par ailleurs remarquer André-Pierre Contandriopoulos, ne peuvent être détachées de préoccupations éthiques ou axiologiques articulant au mieux impulsions *top down*, émanant des autorités centrales, et initiatives *bottom up*, découlant de milieux professionnels ou de réseaux spécifiques.

Une fois ce cadrage effectué, place dans un second temps à d'autres questionnements portant, tout d'abord, sur l'internationalisation des dynamiques sociopolitiques d'import-export de diagnostics ou de principes au sein d'un modèle non plus diffusionniste mais de la « traduction », attentif aux « phénomènes de sélection, de reprise, de détournement, de bricolage ou d'hybridation » (Frédéric Pierru, p. 68), le contenu, les représentations et les effets de la « globalisation » devant être nettement différenciés en fonction de la configuration des économies et des systèmes de protection. Violaine Lemay, de son côté, se réfère dans le cadre québécois à la Loi sur la protection de la jeunesse. Celle-ci, dans ses articles 51 et 52, introduit un « régime volontaire » faisant valoir que « dans ses rapports avec le justiciable, l'administrateur, au lieu d'imposer du haut de son autorité, se voit confier le devoir nouveau de proposer et de favoriser l'adhésion » (p. 115). Cette vision « alternative », débouchant sur l'instauration d'un « contrat *pédagogique* » en totale déconnexion avec la raison clinique et son pendant juridique, mérite attention car elle est susceptible de réduire un certain nombre d'effets contre-productifs. Marc Rioux prolonge cette réflexion à travers l'examen d'un dispositif prévoyant la création de « groupes de médecine de famille », pièce maîtresse du rapport final de la commission Clair chargée, au printemps 2000, de combattre les problèmes endémiques de financement, d'accessibilité, de suivi, d'intégration et de coordination des soins et des services sociaux.

Les quatre derniers textes s'interrogent sur les usages du droit dans différents contextes : réforme de la surveillance de l'infection par le VIH en France opposant, à la fin des années 1990, épidémiologistes et mouvements associatifs quant au caractère obligatoire de la déclaration de séropositivité (François Buton) ; élaboration de chartes d'usage et redéfinition des fondements du *Welfare State* allant dans le sens d'une rationalité instrumentale encore plus affirmée (Pierre Noreau) ; diversité des « identités institutionnelles » et des « mondes sociaux » de la justice (Antoine Vauchez et Laurent Willemez) ; développement d'instances de médiation et émergence du paradigme de la justice « réparatrice », plus en phase avec les victimes et en rupture avec les logiques « pénale » ou « réhabilitative » (Mylène Jaccoud).

Un recueil, on le voit, très riche, de qualité, et qui nous éclaire utilement sur la multiplicité des jeux d'intérêts et de rapports de force, des régulations et des arbitrages.

■ **NIBOYET Frédérique, *L'ordre public matrimonial***, Paris : LGDJ, 2008, X-444 p.

Compte rendu par Jean-François PERRIN (Faculté de droit, Université de Genève).

Cet ouvrage, préfacé par la professeure Janine Revel, est une thèse de doctorat qui a été couronnée par le prix Jean Carbonnier en 2008. Ce livre est original et novateur à plus d'un titre. Le découpage interne adopté par l'auteure n'est pas immédiatement parlant. On annonce une première partie consacrée à la description des mutations des fonctions de *l'ordre public matrimonial*, et une deuxième qui traite des *sanctions* actuellement mises en œuvre dans ce vaste domaine juridique. Indépendamment de ce découpage centré sur la notion d'ordre public matrimonial, qui apparaît seule dans le titre, il faut décrire l'axe principal de cette recherche. On comprendra alors mieux ce qui a séduit les membres du jury du prix Jean Carbonnier. La thèse n'est pas vraiment, pas seulement, contrairement à ce que le titre donne à penser, consacrée à une description des dispositions impératives qui peuplent encore le droit familial français. L'ouvrage montre plus généralement comment a évolué, dans un très récent passé, la réglementation des rapports de couples. L'accent est mis sur la description de l'empire de plus en plus vaste dévolu à *l'autonomie des sujets* dans la construction... et la déconstruction de leur vie commune. C'est l'évolution récente de ce domaine du droit contemporain que l'auteure décrit, analyse et critique. La thèse est donc consacrée plutôt à la nouvelle nature du droit familial qu'à une présentation classique du droit positif régissant ces relations. Les quelques développements qui suivent constituent une tentative de résumer ce projet, novateur par rapport à tous les ouvrages qui couvrent le même champ sous l'angle de la seule dogmatique juridique.

L'ouvrage est donc consacré à un bilan critique de l'état du droit qui régit la vie de couple, compte tenu des nombreuses innovations législatives récentes. Au fait, le droit du mariage n'est plus seul à régir, ni la vie de couple, ni ses prolongements dans les domaines de la filiation et du droit patrimonial. Le droit du mariage n'occupe dorénavant qu'un espace limité par l'expansion d'autres institutions voisines, connexes, qui prennent de l'importance et se développent « à l'ombre » du mariage proprement dit ou, si l'on préfère, en instaurant avec ce dernier une sorte de conjonction dont la coordination fait problème sous l'angle de l'ordre public, c'est-à-dire des limites que la loi tente d'imposer à la liberté personnelle. Ainsi, à côté du droit matrimonial au sens classique, il faut prendre en compte l'existence, relativement nouvelle, des « Pacs », de même que l'introduction, dans le code civil français, de dispositions qui s'appliquent à « l'union libre ».

Il faut souligner d'abord le premier mérite du livre de Frédérique Niboyet. Ce vaste domaine du droit est présenté au lecteur dans une perspective diachronique particulièrement éclairante. Les innombrables changements législatifs ponctuels, qui ont affecté tout ce domaine dans un très récent passé, laissent aux juristes non spécialisés une impression de lourde confusion. On a toujours peur d'en être resté à l'avant-dernière réforme ! L'observateur étranger, quant à lui, reste médusé par la rapidité et par l'audace de ces changements. Le comparatiste est encore désappointé par le fait qu'en Europe, actuellement, les institutions matrimoniales et paramatrimoniales évoluent dans des sens divergents si l'on établit des comparaisons

entre les différents pays, membres ou non de l'Union. Frédérique Niboyet décrit d'abord la situation actuelle en droit positif français. Elle introduit ensuite une perspective de droit comparé en donnant des informations bien choisies concernant le droit allemand, ainsi que, souvent, le droit anglais. Un tel apport met précisément en lumière les profondes mutations que le droit des rapports de couples a récemment subi en Europe. Cette description est un préalable indispensable à une réflexion qui porte aussi sur le sens profond de ces bouleversements.

Il faut énumérer les principaux domaines du droit de la famille qui sont ainsi mis à jour *chronologiquement* et précisément *comparés* avec les réglementations qui prévalent dans les différents pays européens. Cette liste de thèmes, non exhaustive, n'est proposée que pour montrer l'ampleur du champ couvert. Il faut commencer par mentionner la longue suite des réformes du droit matrimonial français, qui se sont suivies de 2001 à 2007. Il s'agit d'abord de la réforme des droits successoraux du conjoint survivant et de l'enfant adultérin. Il faut citer ensuite les réformes qui portent sur l'exercice de l'autorité parentale, le nom de famille, le divorce et les donations entre époux. En 2005, une réforme du droit de la filiation intervient. En 2006, le législateur renforce la lutte contre les mariages fictifs et contre les violences conjugales (cf. p. 11). Il y a lieu de prendre encore en compte l'ensemble complexe que constituent les formes alternatives de conjugalité que sont le « Pacs » et le « concubinage ». Il ne faut pas penser que la description dogmatique de ces questions constitue une tâche simple. À lire l'ouvrage, on réalise toute l'ampleur des zones d'incertitude qui subsistent au-delà d'une lecture attentive des textes légaux. Ainsi, par exemple, Frédérique Niboyet restitue l'état de la doctrine, de la jurisprudence, et donne son opinion au sujet de la question de savoir si les « Pacs » instaurent une obligation de vie commune (p. 125). La même incertitude existe au sujet de l'obligation de fidélité entre les partenaires (p. 127 à 129). L'auteure mobilise à ces sujets le droit comparé, notamment le droit allemand, pour justifier son point de vue critique. C'est encore – et évidemment – le droit comparé qui est utile pour traiter de l'opportunité d'instaurer la possibilité légale des mariages homosexuels (p. 137). Ce développement conduit directement à poser la question de savoir ce qu'est encore le mariage, en lui-même, à notre époque, dès lors que le *pluralisme* paraît bien être la seule option claire que le législateur se sent obligé d'adopter. Cette question fondamentale est traitée compte tenu de l'évolution des dispositifs qui concernent le droit du divorce. Comme partout en Europe, les changements qui affectent le droit français du divorce sont très révélateurs de ce que le législateur pense – sans le dire expressément – concernant la nature et la portée de l'engagement matrimonial. Le débat est intense autour de la déculpabilisation du divorce. Fort curieusement, la France semble avoir eu plus de peine à franchir ce dernier pas que n'en ont eu la plupart des pays européens voisins. Pourtant, ce n'est pas, en France, l'audace qui manque. On pose actuellement la question de l'opportunité d'un divorce sans juge (p. 157). Toutes ces évolutions conduisent l'auteure à exposer la théorie du caractère *unilatéral* de l'engagement sur lequel la vie de couple se fonde (p. 162). Une autre tendance est ensuite décrite qui, à certains égards, paraît contraire à la ligne d'évolution libertaire évoquée ci-dessus : on

sait qu'aux États-Unis la théorie classique du contrat peut être mobilisée pour justifier ou fonder un engagement de couple modulé en fonction des idées et des conceptions personnelles des conjoints. C'est la liquéfaction définitive de la notion de mœurs et l'introduction d'une morale individualiste qui utilise le modèle du *contrat ordinaire* pour imposer et justifier les obligations (souvent d'inspiration traditionaliste) qui lient les cohabitants, partenaires, mariés ou non. On pose ainsi la question de savoir si le contrat peut valablement autoriser une dispense au devoir de fidélité (p. 173). Dans la même perspective, on demande si les époux peuvent renoncer d'une manière anticipée aux pensions de divorce.

De telles questions, nourries par un riche apport de sociologie comparée du droit, constituent un bon terreau pour cultiver la problématique du « nouvel » ordre public. Comment faut-il *réécrire* la grammaire juridique de la protection de la partie réputée la plus faible dans le contentieux familial, dès lors que le *principe d'autonomie* triomphe sur toute la ligne et que chacun des deux partenaires dispose d'une liberté et d'une responsabilité sans limite pour ce qui concerne la défense de ses droits dans le contentieux de rupture. *L'ordre public traditionnel* transcendait les autonomies personnelles pour imposer des obligations que les parties n'avaient jamais déclaré vouloir. Ce modèle disparaît au profit d'une approche individualiste et contractualiste. Le droit anglais semble évoluer à ce sujet plus rapidement que la plupart des droits des États européens. Sa récente histoire révèle bien la nouvelle ligne d'évolution (p. 216-218). On illustre ainsi l'existence d'une certaine identité du droit continental qui conserve, plutôt tente de conserver, une conception de l'ordre public encore chevillée à la notion de *bonnes mœurs* (p. 232). Cet ancrage est cependant violemment mis à mal par une évolution jurisprudentielle que l'auteure décrit par le menu. Il faut citer, pour illustrer le propos, certaines décisions récentes de la Cour de cassation française. On apprend ainsi qu'il n'aura fallu que quelques décennies pour que le droit civil français évolue depuis un point de départ qui était l'interdiction de la reconnaissance des enfants adultérins, jusqu'à un point d'arrivée qui légitimise aujourd'hui l'admission de l'enfant adultérin au domicile conjugal, nonobstant le refus du conjoint trompé (p. 289). Les mœurs de la Cour d'Henri IV se seront finalement imposées en France, malgré la révocation de l'Édit de Nantes !

On voit bien, au travers de ce raccourci nécessairement réducteur, que tout gravite autour d'une nouvelle acception de la notion d'ordre public. C'est ce thème qui est central et c'est bien la raison pour laquelle l'auteure l'a installé en titre de son ouvrage. Il fallait donc ajouter une réflexion qui porte sur la nature *actuelle* de l'ordre public, au service de tous ces dispositifs qui organisent les conséquences de la vie de couple. L'évolution ainsi décrite, point par point, conduit à un constat assez facile à établir. La ligne générale des dispositifs normatifs pris en considération évolue dans le sens de la *privatisation* et de la *contractualisation* de toutes les relations juridiques décrites. *L'autonomie personnelle* des membres de tous ces types de couples devient le nouveau ressort. De plus, il y a une ligne de convergence entre les *sanctions* prévues par le droit commun des *contrats*, d'une part, et les principes qui interviennent pour contrôler les écarts aux normes. L'auteure se

livre à une étude serrée de la nature des mécanismes sanctionneurs qui veillent au grain pour les cas de violation des règles posées par ce nouveau droit. Les « nullités » s'adoucissent et se modifient. Les *sanctions*, comme en droit contractuel, sont plutôt celles que les parties ont prévues dans leur acte juridique que celles qui intervenaient jadis sous le couvert d'un ordre public autoritaire et institutionnel. L'auteure se livre à diverses comparaisons par une mise en évidence des similitudes et des différences du rôle du juge dans le domaine du droit des contrats et dans celui du droit matrimonial (p. 311). Malgré la convergence signalée, la comparaison des buts des deux ordres publics (le contractuel et le matrimonial) est une question encore pertinente. Elle est centrale pour une société – la nôtre – qui procède indiscutablement par la voie de l'*individualisation* des rapports de couples. On dessine donc un « nouvel » ordre public qui, fondamentalement, comme en droit des contrats, protège l'individu, la personne, plutôt que l'institution. Il n'intervient qu'avec mesure dès lors que son impact limite la *sphère privée* des sujets et porte atteinte à leur autonomie (p. 316). Ces considérations conduisent l'auteure à une *conclusion générale* qui retient essentiellement l'idée d'impossibilité d'« encercler » l'ordre public (p. 365). Il y a pourtant, dans la thèse, tous les ingrédients nécessaires non seulement pour procéder à cet encerclement mais encore pour proposer une nouvelle définition. L'auteure a d'ailleurs exprimé l'essentiel dans sa conclusion générale dès lors qu'elle « constate » que le *nouvel ordre public matrimonial* protège essentiellement la dignité et les intérêts personnels des membres du couple, plutôt que l'esprit d'une institution dont la substance s'est évaporée dans une société laïque qui s'affirme toujours plus tolérante et égalitaire.

On aurait envie, à partir de ce constat clair et convaincant, de lire un développement plus important au sujet de la nature profonde de ce « nouvel » ordre public, français, européen, mondial. Mais peut-être s'agirait-il d'une autre thèse ou d'une nouvelle thèse qui serait consacrée non pas à l'ordre public matrimonial mais à l'*ordre public* tout court. L'auteure a très probablement pensé, au cours de son travail, à cette possibilité puisqu'elle a fourni certains éléments de droit comparé sur la notion même d'*ordre public*. Le droit allemand (comme le droit suisse d'ailleurs) opère par le truchement de dispositions générales, constitutionnelles ou légales, qui combinent les notions d'ordre public et de *bonnes mœurs*. Le traitement de cette question en droit français ne paraît pas vraiment clair, à la seule lecture du paragraphe 445 de la thèse (p. 233). La faute en est, probablement, à la rédaction de l'article 6 du Code civil qui exprime une idée générale de l'ordre public que l'on associe à un « intérêt social essentiel », comme le dit Jean Carbonnier. On ne voit dès lors pas bien comment joue la conjonction avec les « bonnes mœurs ». Il y aurait sur ce point, la nécessité d'approfondir et d'éclaircir ces grands principes sous l'angle de la *théorie générale du droit*. Cette discipline serait le cadre naturel pour tenter de lever le « mystère » de l'ordre public (p. 223). C'est dire, en d'autres termes, que la thèse de Frédérique Niboyet incite vivement à poursuivre la réflexion au sujet des limites que l'ordre juridique veut instaurer pour garantir le respect des valeurs qui doivent être protégées lors de l'exercice des libertés personnelles. On pourra aussi, à partir de ces informations, si riches et si bien présentées, tenter de

quitter la perspective *interne* et adopter un point de vue *externe ou sociologique*. C'est ce positionnement qui permettrait d'expliquer ce que sont, dans le monde actuel, les valeurs que la société veut armer lorsqu'elle reconnaît et protège *l'autonomie de la volonté* des sujets. Au fond, ce n'est que de cela qu'il s'agit. Le nouvel ordre public, *contractuel* ou *matrimonial*, peu importe, est peuplé d'un florilège de valeurs que la société veut défendre avec l'énergie du désespoir. Il est nécessaire qu'elle procède par de nouveaux moyens. C'est ce qu'elle fait (plus d'égalité, plus de droits pour les enfants, plus de sécurité contre la violence). Le contrôle social n'a donc pas disparu, loin s'en faut. Il procède par le recours à de *nouvelles stratégies*. Celles-ci doivent être explicitées parce que leurs justifications ne sont pas toujours apparentes. Concernant cet objet, essentiel pour la compréhension de la *postmodernité*, la thèse de Frédérique Niboyet apporte une précieuse contribution, mais pas de conclusions. Les sociologues du droit auront encore beaucoup à faire pour montrer où mène ce vent nouveau : vers un horizon libertaire, dont on rêve depuis les Lumières... ou droit dans le mur, comme les pourfendeurs de l'Individualisme le prédisent, depuis presque aussi longtemps ?

■ **ROY Alain et LEMAY Violaine, *Le contrat conjugal : pour l'amour ou pour la guerre ?***, Montréal : Thémis, 2009, 140 p.

Compte rendu par Gilles FERRÉOL (Laboratoire de Socio-Anthropologie, Université de Franche-Comté, Besançon).

Le contrat de mariage, font observer d'emblée les auteurs, ne constitue pas un cadre immuable aux contraintes prédéfinies : « Son contenu, sa finalité et son orientation normative peuvent se transformer en fonction des changements qui affectent le couple » (p. 1-2). On sait ainsi que, depuis le milieu des années 1970, l'engagement matrimonial dans les principaux pays occidentaux a beaucoup décliné, le divorce s'est banalisé et l'union libre fortement développée. Face à un tel contexte, quelle attitude adopter ? Compte tenu des règles de droit, quelles évolutions peuvent être envisagées ?

Afin de répondre à ces questionnements, un préalable méthodologique s'avère nécessaire. L'investigation, qui a été menée entre octobre 2003 et juin 2006, combine une collecte documentaire, auprès de notaires ou d'avocats, des clauses et des conventions retenues avec des entretiens, de type compréhensif, de juristes ou de psychologues conjugaux sur les modifications introduites et les motivations sous-jacentes.

Les praticiens du droit sont tout d'abord interrogés. Deux conceptions peuvent être distinguées. La première, qualifiée de « traditionnelle », se présente comme restrictive et s'en tient aux seules considérations patrimoniales, juridiquement valables et objectivement sanctionnables par les tribunaux ; la seconde, dite « innovante », n'hésite pas à prendre en compte d'autres objectifs ou d'autres préoccupations comme la répartition des tâches domestiques, l'explicitation d'attentes mutuelles ou bien encore la mise à disposition d'un service « à la carte » négocié de concert et susceptible d'aboutir à un règlement amiable et pacifié des conflits.

La parole est ensuite donnée aux psychothérapeutes. Là encore, des clivages apparaissent. Certains, évoquant tout un ensemble d'obligations et de générosités diverses à même de favoriser l'harmonie relationnelle, se réfèrent à un instrument d'intervention souple et adaptable et y voient un outil de planification et de communication destiné à se concerter pour atteindre des buts communs, à produire de la sécurité affective ou de la confiance, et à combattre d'éventuelles pensées délétères. Dans cette optique, le processus décisionnel valorise l'autonomie, la dignité et l'égalité des conjoints, le bonheur à deux ne résidant pas dans l'absence de tensions mais dans la « gérance harmonieuse » (p. 75). Un autre discours peut être également émis : le contrat, sous cet angle, est perçu tantôt comme inutile ou inapproprié, tantôt comme contre-indiqué ou contre-productif, voire dangereux, provoquant inconfort ou malaise car trop formaliste, marqué du « sceau de la contrainte, du jugement moral et de la sanction » (p. 85).

Au terme de cette confrontation très fructueuse, il ressort que, quelle que soit la perspective défendue (*contrat-échange*, basé strictement sur l'exécution des prestations promises au sein de frontières disciplinaires bien délimitées, ou *contrat-organisation*, haut lieu de la sociabilité et de la solidarité, relevant tout autant – pour reprendre la terminologie de Luc Boltanski – de l'Amour que de la Justice), « la religion ou les bonnes moeurs cèdent de plus en plus la place au besoin de protection des personnes les plus vulnérables » (p. 100).

Une enquête, au total, passionnante et qui apporte sa contribution à une meilleure perception des pratiques professionnelles ainsi qu'au renouvellement de certains pans de la pensée juridique.

- **SCHIAVONE Aldo, *Ius. L'invention du droit en Occident*** (traduit par Geneviève et Jean Bouffartigue), Paris : Belin, coll. « L'Antiquité au présent », 2008, 539 p.

Compte rendu par Laurent DE SUTTER (Vrije Universiteit Brussel).

Nous sommes tous des juristes romains

Ius, de Aldo Schiavone, est le plus grand livre de droit des vingt dernières années – et peut-être davantage. Cela faisait longtemps que l'on avait cessé de croire, en droit, à la possibilité de la pensée. Coincés entre la théorie, la doctrine et l'histoire, la pensée juridique ne cessait d'osciller entre spéculations molles, solutions plates et érudition vaine. Il s'agissait d'une oscillation triste, dépourvue d'allant, presque désespérée. Pour ceux qui osaient s'y livrer, il était admis que, au fond, les juristes étaient indifférents à toute forme de pensée qui ne soit pas pratique. Personne, du reste, ne pouvait leur en vouloir, puisqu'il était aussi admis que les quelques tentatives de pensée « autre » ne s'étaient jamais montrées à la hauteur de leur modèle. Penser, en droit, ressemblait le plus souvent à un exercice d'admiration (au mieux) ou à une singerie (au pire), dans lequel se trouvait dévoyée la pensée de tel maître, choisi presque par hasard. Saint Thomas pour les iusnaturalistes, Kant pour les positivistes, Derrida pour les *Critical Legal Studies*, etc. Quant à l'histoire, discipline dans laquelle s'étaient pourtant illustrés d'éminents juristes, ou bien elle faisait figure de trésor à solutions, ou bien de spectacle de curiosités pour amateurs d'antiquailles. Et pourtant, on se trompait. Dans *Ius*, qui se présente comme une

histoire intellectuelle du droit romain, Schiavone renverse ces trois préventions. Tant du point de vue de la théorie, que de la doctrine, que de l'histoire, son livre est le plus bel exercice de pensée qui ait été livré par un juriste depuis bien trop longtemps.

C'est peut-être comme travail d'historien que *Ius* est le moins étonnant. Dédié à feu Yan Thomas, le livre de Schiavone s'inscrit, comme les travaux de celui-ci, dans une lignée prestigieuse. Cette lignée est celle des historiens, des philosophes et des juristes qui n'ont jamais accepté que le droit se limite à n'être qu'un ensemble de *normes*. À la suite de Noailles, Benvéniste, Dumézil, Magdelain, Veyne et quelques autres, Schiavone montre que l'histoire du droit est d'abord celle de sa pratique. Mais il montre aussi, comme un corollaire nécessaire, que cette pratique est, par essence, une pratique spéculative. L'histoire du droit romain est ainsi l'histoire de ces légistes, de ces jurisconsultes, dont la pratique était avant tout d'*invention spéculative*. De la Loi des XII Tables à Ulpian, l'histoire du droit romain est une longue épopée de la créativité propre à la pensée du droit, distincte de la pensée philosophique. Là où la pensée philosophique procédait, comme le soutenait Gilles Deleuze, par invention de concepts, la pensée juridique, elle, procédait par invention de solutions. Jamais distinctes des cas qui leur donnaient naissance, ces solutions ont constitué les unités à partir desquelles les grands juristes ont procédé à la composition progressive du droit romain. Que cette composition se soit un jour mâtinée de philosophie, tel est peut être le plus grand drame que l'on puisse découvrir dans *Ius*. Un jour, les juristes ont commencé à accepter que le droit pouvait tirer sa grandeur d'autre chose que de lui-même. Ce jour-là, quelque chose mourait.

L'intervention progressive de la philosophie dans la pensée du droit est à l'origine de la grande bifurcation doctrinale moderne, bifurcation dont nous portons encore les conséquences. Cette bifurcation peut être formulée en peu de mots : ou bien les normes (le droit), ou bien les concepts (la philosophie). Qu'il puisse exister une pensée propre au droit, une dimension spéculative propre au droit, est ce que la doctrine de ces derniers siècles s'est escrimée à rendre impossible. Il est difficile de l'en blâmer : la mainmise de la philosophie sur le droit avait, à la fin du XIX^e siècle, entraîné une confusion complète de l'une et de l'autre. Parce que le langage de la justice était devenu celui du droit, la spécificité de celui-ci se trouvait anéantie par la force de conviction de celle-là. Qui aurait pu prétendre que le droit ne possède aucun rapport avec la justice, qu'elle soit naturelle ou divine ? Dans *Ius*, Schiavone fait remonter le moment d'émergence de la tentation philosophique du droit à Cicéron. Cette tentation, pourtant, ne s'est pas imposée sans résistances. Les grands juristes romains connaissaient mieux que quiconque la spécificité de la pensée du droit. Ils savaient aussi ce que celle-ci avait à perdre à tout céder à celle-là : elle avait à perdre jusqu'à sa plus élémentaire pertinence. Rien n'a moins de sens que le droit, une fois la détermination de ce sens réservée à la philosophie – ou bien, de nos jours, à la sociologie (Bourdieu), l'économie (Posner), la psychanalyse (Legendre).

Ius scelle les retrouvailles avec la possibilité d'une pensée propre au droit. Il faut sortir de la grande bifurcation doctrinale, comme de la domination philosophique.

Dans *La fabrique du droit*, Bruno Latour, à sa manière d'ethnologue, a tenté un travail approchant. Il lui a juste manqué d'apercevoir combien le travail des juristes est d'abord ce travail d'invention spéculative. Tout à son obsession pour les faits, les procédures, les dossiers, la dimension proprement intellectuelle du droit lui est restée inaperçue. Car, en effet, le droit est une pratique intellectuelle bien avant d'être une pratique sociale. Même si ce sont les cas qui suscitent la pensée juridique, cette pensée ne se soucie en rien de ce qui en excède les limites. Un cas est une occasion de pensée, dont les juristes sont justiciables devant leurs pairs comme devant tous ceux qui pensent le droit. C'est ce lien étroit entre cas, pensée et solution que l'histoire du droit romain permet de réaffirmer, en montrant la solidité concrète. Plus le droit est abstrait, spéculatif, intellectuel, plus il est concret, empirique, pratique : tel est le paradoxe inaugural du droit. Contrairement au *nomos* grec, obsédé par la justice et la philosophie, le *casus* romain ne se soumettait à rien d'autre qu'à lui-même. En ce sens, du point de vue de la pensée, comme de la doctrine, comme de l'histoire, il n'y a de droit que romain – et de juriste que romain. C'est avec cette romanité du droit que *Ius* nous donne la chance de nous réconcilier. Serons-nous capables de la saisir ?

- **SUEUR Jean-Jacques (dir.), *Interpréter et traduire***, Actes du colloque international des 25 et 26 novembre 2005, Faculté de droit de Toulon, Bruxelles : Bruylant, 2007, 367 p.

Compte rendu par Keltoume LARCHET ((UMR Institutions et Dynamiques Historiques de l'Économie, CNRS/ENS Cachan).

Qu'est-ce que l'acte de traduire et celui d'interpréter ? Comment s'articulent ces deux opérations ? Cet ouvrage, issu d'un colloque tenu à la Faculté de droit de Toulon en 2005, s'attache à questionner ces notions. La première richesse de l'ouvrage réside dans le rapprochement singulier mais non moins judicieux entre la démarche du traducteur et de l'interprète et celle du juriste dans sa mission de « faire parler » le droit. Dans quelle mesure ces situations, en apparence dissemblables, s'avèrent finalement analogues ? Pour le comprendre, il importe de partir d'une acception large des notions de traduction et d'interprétation et de la teneur commune des démarches juridique et linguistique appréhendées comme opérations consistant en une « description appropriée d'un état de choses » (p. 330). C'est donc le rapprochement du droit et de la langue qui constitue la pierre angulaire de l'ouvrage, que le terme « jurilinguisme » (p. 171) ne manque pas d'immortaliser. Au-delà d'une analyse des opérations de traduction et d'interprétation – saisies à travers le prisme de leur dimension linguistique et de leur vocation commune d'« activité de transmission de sens » (p. 190) –, l'ouvrage s'attache à en faire une analyse comparative, évitant ainsi l'écueil de sens commun d'une assimilation de ces concepts. Dans quelle mesure interpréter consiste à traduire ; et réciproquement traduire, interpréter ?

Ces discussions apparaissent, de prime abord, intemporelles mais l'ouvrage s'enracine pourtant de manière contemporaine dans une « époque de rapports interculturels intenses » (p. 9) qui ne manque pas d'inaugurer des obstacles juridi-

ques trouvant dans les combinaisons linguistiques multiples l'occasion de s'enraciner. Dès lors, au-delà de la confrontation entre dispositions légales étrangères que cette configuration fait naître, surviennent de nécessaires ajustements linguistiques à opérer. Il est alors question de l'interprétation « d'une loi étrangère par le juge français » (p. 273), « des conventions internationales par les juridictions étatiques » (p. 287) ou de celle « des traités internationaux » (p. 139), justifiant plusieurs contributions de l'ouvrage.

Pour questionner les notions d'interprétation et de traduction, une partie des contributeurs s'attachent à cibler un cas d'espèce dans un domaine particulier (droit de la famille et mariage, conventions internationales, traduction juridique au Canada...) alors que d'autres s'inscrivent dans une démarche, plus globale, de déconstruction du mécanisme consistant à passer d'une langue à une autre dans une finalité communicative – puisque « traduire et interpréter sont deux manières de communiquer » (p. 151). Dans cette autre perspective – pour n'en citer que certains –, F. Michaut questionne la fameuse théorie interprétative de Seleskovitch et Lederer² dont l'ouvrage phare « *Interpréter pour traduire* » ne manque pas de faire échos au présent ouvrage.

Dès lors, quoi de plus approprié que d'introduire la thématique en partant de l'origine de la diversité linguistique ? La contribution de F. Ost constitue à cet égard un point d'entrée pour appréhender celles qui lui font suite et « les détours de Babel » qu'il évoque s'avèrent aussi stimulants qu'éclairants.

En l'absence d'un découpage autre que celui des quinze contributions qui structurent ces actes, trois pistes de réflexion se dégagent.

Tout d'abord, c'est le lien étroit entre langue et droit qui est posé : « le droit est véhiculé presque uniquement par le langage » (p. 345). La pratique du droit est étroitement liée à la pratique des mots. L'imbrication va même jusqu'à l'assimilation : « le droit est un langage vivant » (p. 358). En le situant comme utilisant ces derniers en tant qu'outils autres que de simples vecteurs de communication – les « formulations vagues ou équivoques qui permettent notamment de surmonter les divergences d'intérêts » (p. 144) –, les contributions de l'ouvrage situent la place de l'ambiguïté dans la rhétorique juridique justifiant ainsi le recours à l'interprétation juridictionnelle.

En deuxième lieu, le statut de la traduction et de l'interprétation est largement discuté – oscillant dans le sens commun entre ambiguïté crainte et dévalorisation latente – de même que la posture d'influence réciproque entre ces deux opérations.

L'ouvrage amène ainsi la possibilité de questionner les origines de cette « effroyable polysémie d'un mot [traduction] mort-né » (p. 219) tout autant que d'en saisir les effets, notamment la sacralisation de l'auteur tranchant avec la représentation de celui qui traduit vu comme simple « traducteur de devises textuelles » (p. 16). Les propos semblent d'ailleurs parfois animés par une volonté de réhabilitation de l'acte de traduire usuellement appréhendé comme un « mal nécessaire » (p. 17). C'est dans la même logique que l'exercice d'interprétation juridictionnelle est exposé de ma-

2. Danica SELESKOVITCH et Marianne LEDERER, *Interpréter pour traduire*, Paris : Didier érudition, 4^e éd., coll. « Traductologie », 2001.

nière pétillante par D. Rousseau comme ouvrant « la voie au délire » (p. 49). À considérer les obstacles inhérents à tout acte de traduction ou d'interprétation, ils pourraient même apparaître presque vains *a priori*. En effet, l'interprétation juridictionnelle peut parfois consister « à attribuer une signification unique à des textes dépourvus de sens identique et même de sens commun » (p. 150) tandis que « la traduction repose sur une indétermination systématique » (p. 337).

L'ouvrage ne manque pas de pistes de réflexion notamment à travers la voix de R. Charvin, qui, dans sa piquante contribution, relève les enjeux que soulèvent l'appropriation de l'espace de l'interprétation doctrinale et la hiérarchisation dans la légitimité de l'autorité qu'il voit en découler (ce que J.-J. Sueur introduit dans son avant-propos en ne manquant pas d'initier les prémices d'un débat). Dans une autre perspective – mais toujours en termes de « rapports de force » –, A. Viala situe quant à lui les mots comme une sorte de contrepoids dans « la controverse juridique » (p. 189).

Cet éclairage ouvre d'ailleurs la voie au troisième axe de questionnement que l'ouvrage soulève, l'idée de la force du droit et du poids des mots. C'est alors sous la forme de « puissance du langage » (p. 3) ou d'« emprise des mots » (p. 200) que sont présentées les « résistances du texte » à la traduction ou l'interprétation (p. 151). Cet axe renvoie à l'idée, en filigrane dans l'ouvrage, des mots comme des entités « agissantes » et la manière dont on constate une influence réciproque des mots et du groupe social qui les façonnent. Le cas de l'interprétation des textes de loi appliquée au mariage homosexuel fournit une illustration éclairante de la portée stratégique de l'interprétation juridique comme instrument éventuel de réajustements institutionnels. Le passage que l'interprétation opère du champ de l'explication et de la clarification des mots à celui de la réadaptation des textes aux évolutions sociales s'avère judicieusement abordé, H. Briquet-Incollinco rappelant ainsi que « c'est moins le sens des textes que celui des faits qui génère une interprétation en matière familiale » (p. 317).

En définitive, l'ouvrage apparaît stimulant eu égard à la qualité des contributions qui y sont réunies ainsi qu'à la cohérence de leur agencement. À titre d'illustration de cette harmonie thématique, on appréciera de découvrir une mise en perspective de la musique et du droit à laquelle procède J. Ruffier-Meray comme faisant suite à de récurrentes analogies très brièvement esquissées par d'autres contributeurs.

Sous un éclairage juridique et linguistique, cet ouvrage introduit une réflexion sur ce qu'est le droit en interrogeant ses sources, sur le sens des mots et leur rapport aux choses, la traduction vue comme créant un « langage pur » situé dans « l'entre-langues » (p. 37). Il constitue également l'occasion d'examiner l'idée d'universalité du droit – « droit commun universel » suggéré par J.-J. Sueur (p. 12) – mais aussi de sonder le fondement de la langue en questionnant l'idée de substrat linguistique comme soubassement de la communication ou celle de « fonds commun » (p. 3) proposée par Ricoeur³.

3. Paul RICOEUR, « Le paradigme de la traduction », in *Id.*, *Le Juste 2*, Paris : Esprit, coll. « Philosophie », 2001.

Si l'hétérogénéité disciplinaire n'apparaît pas en premier lieu, elle est contrebalancée par celle des objets traités, des époques balayées et des angles d'approche différenciés. Il peut d'ailleurs importer de souligner que le contenu est accessible aux non-juristes. Nous pouvons également relever l'appui dans certaines contributions sur des supports dynamiques : cas pratiques de traductions en annexes (« La traduction juridique au Canada »), de représentations imagées accompagnant l'évocation sous forme de test d'un outil quantitatif, éventuel support à la traduction juridique (« Les domaines du droit se reflètent-ils dans le langage juridique ? »).

Bien qu'une des ressources de l'ouvrage réside dans le croisement continuels qu'il opère entre la sphère des juristes et celle des linguistes – et praticiens en langues – et même si les contributions s'accordent sur le fait que « la polysémie des expressions "interprétation" et "traduction" est évidente » (p. 139), cette dernière peut parfois entraver la continuité de la lecture lorsque le passage dans l'une ou l'autre sphère s'opère de manière indéterminée ou que les termes sont employés de manière indifférenciée. Les contributions s'accordent sur des éléments comme l'ambiguïté du terme « traduction » ou la « démarche créative » (p. 8) contenue dans les termes du titre – que le directeur ne manque pas souligner –, mais l'ouvrage ne parle pas d'une voix et c'est aussi ce qui en fait l'intérêt bien que cela implique la présence de très légères redondances, davantage imputables à la nature de l'ouvrage qu'à sa cohésion. Enfin, d'un point de vue purement formel, il apparaît surprenant que la présence de bibliographie par contribution ne soit pas harmonisée. L'ouvrage parvient, quoi qu'il en soit, à relever le pari d'une exploration croisée des domaines du droit et de la langue en déconstruisant notamment les schémas de pensée sur lesquels s'appuient certains paradigmes linguistiques, d'une part, et juridiques, d'autre part.

- **TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *Éléments d'histoire de l'enseignement du droit public : la contribution du doyen Foucart (1799-1860)*, Paris : LGDJ, Poitiers : Université de Poitiers, 2007, IV-682 p.**

Compte rendu par Marc BONINCHI (Université Lyon III).

L'ouvrage publié par Mathieu Touzeil-Divina a d'abord de quoi surprendre. Il se présente à première vue comme une contribution à l'histoire de l'enseignement du droit public mais prétend fonder cette contribution sur une étude des apports d'Émile-Victor-Masséna Foucart, doyen de la faculté de droit de Poitiers de 1840 à 1860, que l'auteur cherche aujourd'hui – et d'ailleurs à juste titre – à sortir de l'oubli. Si une telle entreprise pouvait se concevoir, on ressent parfois une gêne à la lecture de ce volume, dans la mesure où Foucart n'est pas toujours très présent dans le fil des développements, au point d'apparaître par moments comme une sorte de prétexte pour offrir au lecteur des développements sur l'histoire de l'enseignement au XIX^e siècle. Comprendre ce paradoxe nécessite de se pencher sur les circonstances d'élaboration du présent livre. Celui-ci est tiré d'une remarquable thèse soutenue devant l'Université de Paris II (Panthéon-Assas) et consacrée précisément à la pensée de Foucart et à son action en qualité de doyen. Ce travail monumental démontre de manière convaincante que Foucart fut l'un des pères du droit administratif moderne. Il contient également des développements connexes, passionnants et particulière-

ment substantiels, permettant de présenter les apports méconnus des premiers publicistes du XIX^e siècle ou encore de décrire – ce qui nous intéresse ici – les circonstances d'étude et d'enseignement du droit à cette époque. Au final, la thèse de M. Touzeil-Divina contenait trois thèses en une. C'est la raison pour laquelle son travail a donné lieu à la publication de trois monographies distinctes, dont celle chroniquée aujourd'hui par nos soins. Ce tronçonnage de la thèse originale n'est toutefois pas dénué d'inconvénients. N'aurait-il pas été plus judicieux, dans le cadre de ce premier volume, de faire disparaître les références à Foucart pour ne laisser subsister que les développements généraux relatifs à l'histoire de l'enseignement du droit au XIX^e siècle ? Un tel choix aurait sans doute été déchirant pour l'auteur – compte tenu de son admiration pour Foucart –, mais il aurait permis de donner à l'ouvrage une portée plus générale et de l'ouvrir à un public plus large. Contrairement à ce qu'indique le titre de couverture, l'ouvrage de M. Touzeil-Divina ne constitue pas une simple contribution à l'histoire de l'enseignement du droit public envisagé sous l'angle de l'apport du doyen Foucart, mais bel et bien une étude globale, passionnante et inédite, des conditions d'enseignement dans les facultés de droit au XIX^e siècle. Cette mise au point était nécessaire pour ne pas sous-estimer la portée exceptionnelle du travail réalisé par notre auteur.

Le livre de M. Touzeil-Divina doit donc retenir l'attention de toute personne s'intéressant à l'histoire de l'enseignement. Il peut aussi permettre de nourrir les réflexions de tous ceux qui enseignent le droit en ce début de XXI^e siècle, en révélant l'ancienneté de certains questionnements, en rappelant les racines des institutions qui nous entourent, et en mettant en exergue les différences ou les similitudes entre l'enseignement actuel du droit et celui des origines. Le système dans lequel Foucart a enseigné puis étudié peut certes paraître lointain et déconcertant si l'on s'attache à la structure de l'administration universitaire. Les doyens du XIX^e siècle étaient nommés par le pouvoir politique et exerçaient un contrôle étroit sur l'activité universitaire et la vie privée des étudiants ou des enseignants. Ils disposaient d'une autorité naturelle et incontestée, elle-même renforcée par une réglementation tracassière qui ne laissait guère de place à la liberté pédagogique. Sans revenir sur le tournant autoritaire du Second Empire qui alla jusqu'à imposer la transmission pour approbation des plans de cours à l'autorité politique, on peut noter que ceux qui enseignaient le droit civil étaient obligés de suivre le plan du Code napoléon en application d'une loi du 22 ventôse an XII, ou que l'ensemble des enseignants étaient tenus de dicter textuellement leurs cours au mépris de toute considération pédagogique. Les doyens du XIX^e siècle constituaient des relais pour un pouvoir soucieux de contrôler l'activité des universités. Ils étaient subordonnés aux recteurs, eux-mêmes subordonnés au ministre, et disposaient en pratique d'une faible autonomie même si leur position leur permettait de se faire les porte-parole de la communauté universitaire en faisant remonter des suggestions de réforme. M. Touzeil-Divina montre, par exemple, que le doyen de Poitiers est à l'origine de plusieurs réformes adoptées par le ministère, comme la création du concours entre étudiants instauré par l'ordonnance du 17 mars 1840. L'existence d'une stricte hiérarchisation entre le pouvoir et le monde universitaire était, semble-t-il, bien acceptée. Pour convaincre des étudiants peu assidus

d'assister massivement aux conférences de méthode, un doyen comme Foucart pouvait placarder un avis sur les murs de sa faculté, en indiquant que le ministre avait vu « avec peine » que les étudiants ne s'étaient pas davantage fait inscrire. On imagine la réaction d'un étudiant de 2009 devant une affiche du doyen détaillant les *desiderata* de Mme Péresse ! Les travaux de l'auteur révèlent aussi le poids de l'avis des familles dont les autorités universitaires tenaient grand compte au XIX^e siècle. Sur ces points, tout sépare l'université de l'époque des universités actuelles, la massification des années 1960 étant entre temps passée par là... Mais le monde universitaire d'aujourd'hui est-il différent en tous points de celui de l'époque de Bonaparte ou de Louis-Philippe ? Les recherches de l'auteur insistent sur la difficulté d'intéresser les étudiants à des enseignements non sanctionnés par une note, sur leur désintéret pour les matières théoriques ou dénuées de portée pratique, sur la capacité des universités à contourner les règles officielles lorsqu'elles sont jugées inadéquates, sur les problèmes de localisme lors des recrutements, ou encore sur l'existence de siffleurs d'examen – véritables ancêtres des boîtes à bachots qui se multiplient de nos jours. Le manque d'espace nous empêche de détailler tous les apports de l'ouvrage. Sa lecture permet d'abord de mieux comprendre toutes les ambiguïtés qui entourent la mission même des facultés de droit. Placées au sein d'un monde universitaire normalement voué à la formation de purs esprits, celles-ci furent dès l'origine des écoles professionnelles dédiées à la formation des praticiens, mais se trouvaient souvent incapables de mettre en place des enseignements permettant de parvenir à cet objectif. On doit relever à cet égard que les programmes furent dénués de tout enseignement pratique pendant près d'un demi-siècle alors que les écoles de droit avaient une vocation professionnalisante. Ne sommes-nous pas, aujourd'hui encore, empêtrés dans ces contradictions ? Ceux qui souhaitent connaître les circonstances de la naissance des travaux dirigés ou l'histoire du costume universitaire, qui veulent comprendre que la primauté du droit privé est une construction historique davantage due à la volonté de Bonaparte qu'à une prétendue supériorité naturelle, ou qui souhaitent connaître l'histoire du concours d'agrégation trouveront des raisons supplémentaires de lire cet ouvrage. Qu'ils prennent toutefois garde car ce travail remet en cause quelques certitudes. Ils pourraient découvrir que l'École de l'Exégèse n'a pas existé ou que l'histoire du concours d'agrégation n'est pas celle d'un corps prestigieux mais celle d'un corps subordonné. Ajoutons, pour terminer, que l'ouvrage recensé combine la rigueur du juriste et celle de l'historien, et qu'il est écrit dans un style sobre et vivant proche de celui du XIX^e siècle. Peut-être M. Touzeil-Divina est-il possédé par l'esprit du doyen Foucart ? Nous aurons compris que notre seul reproche est que le doyen poitevin ne soit pas plus présent au long de ces belles pages. C'est une incitation directe à lire les deux autres ouvrages issus de la thèse de l'auteur ⁴.

4. Mathieu TOUZEIL-DIVINA, *La doctrine publiciste 1800-1880 : éléments de patristique administrative*, Paris : La Mémoire du droit, 2009, II-309 p. ; et Id., *Un père du droit administratif moderne, le doyen Foucart (1799-1860)*, Paris : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2009 (à paraître).

Reçu au bureau de la rédaction

-
- BARRÉ-PÉPIN Martine, *La protection du logement en droit privé*, Paris : Litec, coll. « Litec professionnels. Droit immobilier », 2009, XI-268 p.
 - BECHOR Guy, *The Sanhuri Code, and the Emergence of Modern Arab Civil Law (1932 to 1949)*, La Haye : Brill, coll. « Studies in Islamic Law and Society », 2007, XIII-341 p.
 - BEVIGLIERI Marc, LAFAYE Claudette et TROM Danny (dir.), *Compétences critiques et sens de la justice*, Colloque de Cerisy, Paris : Économica, coll. « Études sociologiques », 2009, 461 p.
 - BEZES Philippe, *Réinventer l'État. Les réformes de l'administration française (1962-2008)*, Paris : PUF, coll. « Le lien social », 2009, XIV-519 p.
 - BORGETTO Michel et LAFORE Robert, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Paris : Montchrestien, 7^e éd., 2009, X-740 p.
 - COMAN Ramona, *Réformer la justice dans un pays post-communiste. Le cas de la Roumanie*, Bruxelles : Éditions de l'Université de Bruxelles, coll. « Science politique », 2009, 248 p.
 - CONTAMIN Jean-Gabriel, SAADA Emmanuelle, SPIRE Alexis et WEIDENFELD Katia, *Le recours à la justice administrative. Pratiques des usagers et usages des institutions*, Paris : La Documentation française, coll. « Mission de Recherche Droit et Justice », 2008, 187 p.
 - FEUILLET-LIGER Brigitte (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat. Panorama international*, Bruxelles : Bruylant, coll. « Droit, bioéthique et société », 2008, XI-318 p.
 - GRILLO Ralph, BALLARD Roger, FERRARI Alessandro, HOEKEMA André J., MAUSSEN Marcel et SHAH Prakash (eds.), *Legal Practice and Cultural Diversity*, Farnham : Ashgate, coll. « Cultural Diversity and Law », 2009, XIV-345 p.
 - HALLAQ (Wael B.), *Shari'a : Theory, Practice, Transformations*, Cambridge : Cambridge University Press, 2009, IX-614 p.
 - ISRAËL Liora, *L'arme du droit*, Paris : Presses de Sciences Po, coll. « Contester », 2009, 137 p.
 - JEAN Jean-Paul, *Le système pénal*, Paris : La Découverte, coll. « Repères », 2008, 122 p.
 - JEANGÈNE VILMER Jean-Baptiste, *Réparer l'irréparable. Les réparations aux victimes devant la Cour pénale internationale*, Paris : PUF, 2009, XII-201 p.
 - LOCHAK Danièle (coord.), *Défendre la cause des étrangers en justice*. Sous l'égide du Gisti, Paris : Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009, VIII-346 p.

- MASSÉ Michel, JEAN Jean-Paul et GIUDICELLI André (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris : PUF, coll. « Droit et justice », 2009, 400 p.
- Mélanges GUCHET Yves, *Droit, politique et littérature*, contributions réunies par Pascal Morvan, Bruxelles : Bruylant, 2008, 645 p.
- PICOD Fabrice (dir.), *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Bruxelles : Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne. Colloques », 2009, 187 p.
- RENARD Alain, *La prohibition de l'engagement à vie, de la condamnation du ser-vage à la refondation du licenciement. Généalogie d'une transmutation*, Bruxelles : Bruylant, coll. « Penser le droit », 2009, 445 p.
- SCHOENAERS Frédéric et DUBOIS Christophe (dir.), *Regards croisés sur le nouveau management judiciaire*, Liège : Les éditions de l'Université de Liège, 2008, 179 p.
- SERRE Delphine, *Les coulisses de l'État social. Enquête sur les signalements d'enfant en danger*, Paris : Raisons d'agir, coll. « Cours et travaux », 2009, 317 p.
- THIBIERGE Catherine (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, 2009, XIII-891 p.
- VERDUSSEN Marc (dir.), *Les droits culturels et sociaux des plus défavorisés*, Bruxelles : Bruylant, 2009, 643 p.
- WAALDIJK Kees et FASSIN Éric, *Droit conjugal et unions de même sexe. Mariage, partenariat et concubinage dans neuf pays européens*, Paris : PUF, coll. « Droit et justice », 2008, 64 p.
- WARFIELD RAWLS Anne, *Epistemology and Practice : Durkheim's The Elementary Forms of Religious Life*, Cambridge : Cambridge University Press, 2009, 372 p.