

BIBLIOGRAPHIE

Philippe Malaurie, *Anthologie de la pensée juridique*, éd. Cujas, Paris, 1996, 297 p.

Il y a assurément quelque hardiesse à rendre compte d'un ouvrage d'anthologie ; car l'exercice devrait impliquer une nouvelle lecture critique des œuvres présentées, tâche écrasante ! Comment ne pas souligner, néanmoins, l'importance, et les immenses mérites d'un livre dont le propos liminaire, par trop modeste, voudrait faire croire qu'il est seulement destiné aux étudiants de première année de droit - donnée d'ailleurs commune à quelques grandes œuvres, comme celle d'Esmein, pour ne citer que lui. Le Professeur Malaurie ajoute cependant, avec justesse que "nous sommes tous des étudiants de première année", ayant, "tout au long de notre vie, tout à apprendre". On le sait, le parti-pris d'une anthologie est redoutable, par le choix des auteurs et des ouvrages. S'y greffe, ici, le contenu même de la notion de pensée juridique qui élargit considérablement le territoire des œuvres. Ainsi s'explique que parmi les 58 auteurs retenus figurent des philosophes, au sens étroit ou large du terme : Platon, Aristote, Pascal, Hegel, Kant, Durkheim, Rousseau ; des écrivains : Balzac, Voltaire, Victor Hugo ; des théologiens : Saint Thomas d'Aquin, Vitoria ; mais surtout des juristes, législateurs, hommes politiques, magistrats, historiens.

L'Europe est presque entièrement représentée : la Grande-Bretagne, avec Blackstone, Burke, Bentham, Lord Mansfield, Lord Deaning ; l'Allemagne, magistralement (Goethe aurait sans doute pu y figurer), par Pufendorf, Kant, Savigny, Mommsen, Marx, Weber, Hayek ; l'Italie avec Cicéron, Accurse, Gratien, Bartole, Machiavel, Beccaria ; l'Espagne où Vitoria pose, avec la rigueur morale d'un humanisme presque contemporain, les questions les plus pertinentes sur le droit international public, la guerre, la colonisation ; les Pays-Bas et Grotius ; les Etats-Unis grâce à l'apport de Holmes, Kelsen, (Hayek) ; enfin la France avec d'Aguesseau, Bodin, Cujas, Du Moulin, Domat, Pothier et les "modernes" Portalis, Aubry et Rau, Demolombe, Planiol, Hauriou,

Carré de Malberg, Geny, Ripert, Carbonnier, pour ne citer que les plus importants. L'excellente présentation - on soulignera la qualité de l'impression et celle de l'iconographie - illustre chaque auteur d'un portrait, avec une courte notice biographique et historique. Et une lecture attentive ne permet de déceler que de rares coquilles (1).

Quant au fond, le propos de Philippe Malaurie est exemplaire et parfaitement convaincant. Si cohérence il y a dans cette anthologie, ce n'est pas dans une unité de la pensée juridique dont les divergences, les contradictions sautent aux yeux et relèvent, ainsi que le note l'auteur, "de l'inachèvement quasi ontologique de la pensée humaine", qu'elle soit juridique ou non ; ce n'est pas non plus dans l'idée - que les générations actuelles d'étudiants devraient méditer - d'un quelconque progrès de l'esprit humain ou des actions humaines auxquelles le droit serait censé apporter des solutions définitives ; c'est bien plutôt dans la continuité et la pertinence des interrogations sur la justice, l'utilité, l'équité, la liberté consacrée par le droit, les rapports entre l'idéal, la foi même, la nature (et que de variations dans l'idée du droit naturel !) et la raison et sa logique.

A ces questions, les solutions apportées par les auteurs diffèrent, non seulement par leur époque, mais aussi par les *credo* personnels : certains marqués par la foi, sinon même prophètes du droit divin ; d'autres tout aussi passionnément positivistes ; tantôt juristes étroits et subtils, ou magistrats empiriques ; parfois bénéficiaires d'une immense gloire contemporaine et brutalement oubliés ; quelquefois plus philosophes que penseurs du droit, plus visionnaires que réalistes, même si champions de l'utilitarisme ; ou encore à la confluence de l'histoire, du politique, incapables d'isoler la pensée juridique de son contexte économique, d'une dialectique matérialiste ou d'une politique de la force.

Il nous semble cependant que plus on approche de notre temps, davantage est souligné l'*Entzauberung*, le désenchantement consécutif à l'hypercentralisation, à la perte de repères spirituels et moraux, à l'anomie contemporaine. C'est un thème récurrent chez Max Weber et Durkheim, Kelsen, Hayek et Carbonnier. Pour ces auteurs, les méfaits

(1) Fautes dans la fameuse phrase des "*Grundlinien der Philosophie des Rechts*" de Hegel : il convient de lire, p. 152 "*was Vernünftig, das ist Wirklich ; und was ist Wirklich, das ist Vernünftig*", et non pas "*was Vernünftig, das ist Wirklich ; und was ist Wirklich, das ist Vernünftig*". De même, "*graecum est, non legitur*" et non pas "*graecum est, non legitum*", p. 48.

du constructivisme rationaliste, le panjurisme, l'emportent définitivement. L'écart est grand avec le temps où Saint Thomas posait les termes d'une dialectique juridique spéculative, humble, respectueuse du mystère divin ; ou encore avec le 19^e siècle de Victor Hugo qui rêvait, en romantique, d'une loi transcendée, seul obstacle à la compassion, la charité, l'amour.

A l'instar de la Sybille de Delphes dont l'image orne la couverture du livre, il reste des tentatives de déchiffrement de la justice que nous pouvons lire ici dans des extraits qui sont souvent de purs modèles de langue, servis par le commentaire du Professeur Malaurie toujours simple et clair, des références sûres, des bibliographies choisies avec beaucoup de soin et qui non seulement témoignent d'une culture encyclopédique autour des œuvres présentées, mais offrent au lecteur un état des questions et des discussions les plus récentes.

Ce livre, plus encore que d'autres, appelle à d'innombrables et incessantes lectures. Il laisse finalement sur une impression de grande satisfaction pour l'esprit, mais aussi de terrible ambiguïté quant à la nature du droit.

Gérard D. GUYON

*

**

Stamatios TZITZIS, *La Philosophie Pénale*, Que sais-je ?, PUF, 1996, 127 p.

Auteur de nombreux articles et récemment d'un livre difficile d'accès, *Criminologie de l'acte et philosophie pénale* (en collaboration avec L. Négrier-Dormont) paru chez Litec, Stamatios Tzitzis (directeur de recherche au C.N.R.S. et directeur de la section de philosophie pénale du Centre de Philosophie du droit) vient de publier *La Philosophie pénale* dans la collection Que sais-je ? Bien que cette collection soit destinée à un large public, cet ouvrage concerne aussi les spécialistes, juristes, philosophes, historiens.

L'auteur, que l'on connaît pour son attachement à la culture grecque, expose une philosophie pénale générale et comparée, tout en nous décrivant une pensée plus personnelle : en commençant par l'esthétique

pénale, puis en introduisant avec le mythe d'Antigone la désobéissance au droit et le droit prosopologique (de *prosopôn*, la personne), enfin en traitant des droits de l'homme, de la prison et de la notion de mise à mort. Les questions posées sont donc diverses et les réponses apportées claires et concises, ce qui nous permet de cerner une ontologie de "la chose pénale" et une déontologie pénale.

La construction de l'ouvrage suit un plan logique et rigoureux. L'auteur a pour point de départ la règle pénale envisagée à la fois comme énoncé "sur" une infraction, énoncé "à" qualifier les caractéristiques des faits, et énoncé "de" punition, du *logos*. Cette règle pénale a, en plus, des fonctions propres : elle est poétique (*Nullum crimen nulla poena sine lege*), elle est référentielle (lien entre punition, infraction et auteur) et elle est expressive (politique, connue et compréhensible).

Après la définition de la règle pénale vient l'étude de son interprétation. Se fondant sur Hobbes, S. Tzitzis présente deux modes d'interprétation de la loi. Pour le premier la loi contient deux parties, la prohibitive et la vindicative ; pour le second, la loi ne contient qu'un sens conditionnel, mais comme le remarque l'auteur, le droit pénal étant un droit positif, l'interprétation de ce dernier ne dépend-elle pas de la liberté "que laisse à dessein le code pénal" ? Chacune de ces différentes interprétations implique diverses théories que l'auteur expose et explique. Nous pouvons ici les énumérer brièvement par ces termes emblématiques que sont le *logos* et le *dikaïon* des grecs anciens, le *déon* de M. Villey, le *sollen* et le *recht* de Kelsen, et la conception personnelle de l'auteur, le droit propédeutique qui réintroduit le *nomos* dans le *dikaïon*, faisant de la règle pénale une règle normative, indicative, instructive et acceptée par la conscience individuelle.

Quant au droit de punir, S. Tzitzis montre qu'il peut répondre à quatre motivations :

- *la nécessité de punir*, nécessité tragique qui vient du *cosmos* dont l'harmonie a été brisée par *l'hybris*, nécessité qui implique une punition inexorable, jusqu'à la loi rétributive (*antipeponthos*). Le temps, mémoire des Erinyes et porteur de la *catharsis*, joue là un rôle fondamental ; il réclame la punition au nom de l'équilibre des choses.

- *l'utilitarisme*, dimension marquée par le rationalisme individuel. L'homme pour Hobbes agit selon la force de ses émotions et punit au nom de la sécurité et de l'ordre public ; pour Locke, ce droit de punir est

un droit individuel motivé par la réparation du dommage ; pour Bentham, la punition est un élément de l'arithmétique des plaisirs.

- *l'idéalisme*, qui pour Kant est transcendantal : la loi, impératif catégorique s'imposant à tous, ne saurait être violée sans une punition automatique et sans finalité - loi du talion publique - d'autant plus motivée que la violation de la loi révèle l'échec de la raison humaine. Chez Hegel l'idéalisme est dialectique : la peine est une modalité d'annulation de la violation du droit et non plus une contrainte comme dans la conception kantienne.

- *l'éclectisme* enfin qui mêle l'utile et le juste faisant de la punition à la fois une réparation et une moralisation.

De ces différentes motivations du droit de punir découle, d'après l'auteur, un caractère polémogène, mais en vue de réaliser la paix. Le droit de punir est une réaction contre l'action délictueuse, la guerre contre l'acte coupable, "une riposte agressive mais légitime à la violence". Dans les conceptions utilitaristes modernes, la punition est une défense sociale voulue par la volonté générale contre le trouble illégal, elle est de ce fait encore plus légitime. S. Tzitzis va même plus avant en décrivant le *pôlemos* entre bourreaux et victimes des crimes contre l'humanité. Ce caractère polémogène permet alors de conclure que le droit de punir n'est ni passif, ni un simple moyen de politique criminelle, ni un devoir de punir. Le droit pénal pour l'auteur n'est pas fondé sur la morale, il vise à régler une situation de conflit, de guerre.

Pourtant, la punition du criminel n'est pas la simple résolution d'un conflit de valeur entre l'Etat et le criminel. A travers l'idée de punition chez Nietzsche, apparaît une logique de compensation et de dédommagement. L'auteur, à partir de cette théorie, expose la peine comme le prix à payer pour un crime commis, comme une transaction. Le fondement synallagmatique de la punition, qui n'est pas contradictoire avec un droit d'origine divine, a surtout été établi par Aristote. Le problème de la punition ne se pose donc que lorsqu'il y a des échanges sociaux ou même ontologiques. La peine devient "rendre le mal pour le mal", elle relève selon S. Tzitzis de l'essence même de la rétribution.

L'auteur distingue ensuite la violation du droit de la désobéissance au droit. Le prix ne sera pas le même selon les cas. La désobéissance, en effet, est une résistance et "non une opposition de la force par la force".

On peut en décrire plusieurs formes. La plus intéressante est “la désobéissance civile” qui suppose le conflit entre le droit étatique et la morale ou la conviction de l’homme désobéissant qui juge injuste le droit prescrit. Elle revient principalement à une objection de conscience. En revanche les autres types de désobéissances reviennent à un “conflit de force” : la “désobéissance naturelle” (d’après Hobbes) qui oppose le droit à une loi naturelle prioritaire, en l’occurrence la conservation de soi ; la “désobéissance politique” qui conteste la légitimité du pouvoir politique et cherche donc à le renverser par la force ; la “désobéissance collective” (d’après John Rawls), motivée par la violation des libertés fondamentales par le droit posé, qui s’identifie aux revendications légitimes de la minorité.

L’auteur illustre l’idée de désobéissance civile par les exemples d’Antigone et de Socrate et montre qu’elle ne peut être réduite à l’opposition traditionnelle entre droit naturel et droit positif. Par des exemples plus récents, S. Tzitzis nous montre que la désobéissance au droit normatif est justifiée par une intime conviction du juste qui permet à l’homme de juger et condamner des lois de type nazi. La désobéissance devient ici un “droit qui transcende les règles écrites ou naturelles” que l’auteur appelle “prosopologique”. Par cette conception du droit prosopologique, le juste est inhérent au droit, l’homme agit en tant que partie de l’être, être dont l’essence même est la justice qui met en harmonie les parties discordantes. L’homme, “dépassant le légalisme du droit positif et la mystification juridique du droit naturel”, devient créateur et acteur d’un droit “humanisé” (à l’inverse du droit déshumanisé contre lequel se révolte Antigone) grâce à la conscience prosopologique qui lui révèle une dimension du juste propre à l’humanité.

L’auteur traite ensuite de l’emprisonnement qui est “le châtement de la privation du temps social”, et du prix de la mort qui est incommensurable puisque “la destruction de l’homme obscurcit l’être et jette le monde dans le silence de la régression”. Pour S. Tzitzis, “la mise à mort de la victime innocente entraîne la légitimation de la mise à mort du criminel”. Le meurtre, en effet, “représente la négation de l’homme, et par là la négation de l’être (...) qui ne pourrait se mesurer que par une négation absolue de l’être du délinquant”. C’est la souffrance, et non pas la peine de mort, qui est inacceptable, cette souffrance qui peut justement mener à la mort par le suicide. A cet égard, S. Tzitzis propose

une autre conception de la non-assistance à une personne en danger : si l'individu n'est plus que douleur, ce serait, au contraire, le secourir que de l'aider à mettre fin à ses souffrances.

Ce *Que sais-je*, on le voit, est une réflexion poussée sur le rôle du droit pénal dans la société contemporaine. La désobéissance au droit est-elle possible ? Le droit pénal ne se heurte-t-il pas aux droits de l'homme ? Le droit pénal est-il un droit privé fondé sur la réparation ou un droit public de protection de l'individu ? Quel doit être le rôle de l'Etat ? La liberté s'oppose-t-elle à la prison ? La mort doit-elle être pénale ? Pénalisée ?

Autant de questions que pose la philosophie pénale, et que ne peut pas ignorer le droit pénal.

Louis DEGOS

*

**

André TUILIER, *Histoire de l'Université de Paris et de la Sorbonne*, Nouvelle Librairie de France, Paris, 1994, 2 vol.

Il n'existait jusqu'ici aucune histoire de l'Université de Paris depuis ses origines. Cela suffirait déjà pour souligner l'intérêt que présente la récente parution de *Histoire de l'Université de Paris et de la Sorbonne* d'André Tuilier. Mais à travers ses deux gros volumes André Tuilier ne nous convie pas seulement à une approche historique des principales étapes du développement de la pensée européenne entre le XII^e et le XX^e siècle. C'est, plus largement, dans une relecture de notre histoire politique, religieuse, intellectuelle et sociale que nous nous trouvons amenés à le suivre.

Conservateur en chef, puis directeur de la Bibliothèque de la Sorbonne, de 1971 à 1986 et organisateur scientifique, à ce titre, de plusieurs expositions importantes consacrées à l'Université de Paris (1), le docteur ès lettres qu'est aussi l'auteur, était particulièrement qualifié

(1) *La vie universitaire parisienne au XIII^e siècle* (1974), *Richelieu et le monde de l'esprit* (1985), *L'université de Paris, la Sorbonne et la Révolution* (1989), expositions qui, toutes les trois, lui doivent de substantiels catalogues raisonnés.

pour faire revivre, tout au long de son parcours huit fois centenaire, une université parisienne dont le rôle et l'importance ont largement dépassé le cadre de ses fonctions proprement universitaires.

Née au XII^e siècle, à l'ombre du cloître Notre Dame, l'Université ne sera, d'abord, qu'une corporation de maîtres et d'étudiants, la hiérarchie des bacheliers, des licenciés et des maîtres s'identifiant à celle des corporations de métiers. Ces maîtres et ces étudiants, dont les origines géographiques dépassent très tôt les limites du royaume, vont se répartir, en fonction des disciplines étudiées, en quatre facultés : les trois dites "supérieures", celle de Théologie, de Décret et de Médecine, et, exigeant de moins longues études, non couronnées par le doctorat, la Faculté des Arts où étaient enseignées la grammaire et les sciences, lesquelles incluaient la philosophie. Hors de ces lieux d'études, maîtres et étudiants sont pour la plupart, dès le XIII^e siècle, logés dans des collèges, sorte de pensions où aucun enseignement ne sera dispensé jusqu'au XVI^e siècle mais qui, avec la Renaissance et le développement des humanités, deviendront le foyer de nombreuses innovations pédagogiques.

Le privilège de fondation royale qui sera accordé par Saint Louis au collège créé ainsi par Robert de Sorbon pour les étudiants en théologie, puis sa reconnaissance par le Pape, deux ans plus tard, confèrent à cet établissement un si grand prestige que le nom de Sorbonne, devenu le sien, se confondra avec celui de la Faculté de Théologie lorsque celle-ci s'installera dans ces mêmes locaux au XVI^e siècle. Richelieu, en restaurant magnifiquement le collège dont il avait été élu proviseur et qui continuera à abriter les deux institutions, confirmera la prééminence de la Faculté de Théologie au sein de l'Université. Quand, en 1821, le bâtiment de la Sorbonne accueillera, en outre, le siège de l'Académie de Paris et les Facultés de lettres et de sciences, désormais séparées, l'identification de l'Université de Paris à la prestigieuse Sorbonne ne fera que s'affirmer. André Tuilier tient à nous rappeler comment il s'agit bien, cependant, de deux fondations distinctes.

Dépendant, à son origine, de l'évêque diocésain, l'Université de Paris est reconnue en tant que corporation spécifique par Philippe Auguste dès 1200. Par privilège du pape Innocent III elle devient, en 1215, corporation cléricale de droit pontifical, dépendant désormais de Rome en ce qui concernait la délivrance des grades et le permis d'enseigner. Ce privilège exceptionnel accroîtra la renommée de l'institution parisienne

en autorisant ses licenciés en théologie et en droit canon à enseigner dans tout l'univers chrétien.

Ce double parrainage du Roi et du pontife romain et ce prestige incontesté dans l'ensemble de la chrétienté vont, dès lors, faire de l'allégeance de la corporation enseignante et de la caution morale qu'elle représentait, l'un des enjeux de la rivalité politique entre l'autorité royale et l'absolutisme pontifical. L'Université de Paris tentera ainsi, à l'occasion des conflits entre les deux puissances, avec plus ou moins de bonheur, et, le plus souvent, en fonction de ses intérêts corporatifs du moment, de conquérir une certaine autonomie en se réclamant de la protection de Rome contre l'arbitraire royal ou en donnant des gages au pouvoir monarchique à l'encontre de la tutelle pontificale.

L'imbrication de l'histoire politique nationale et de la vie de l'Université parisienne, jusqu'à la fin de l'Ancien Régime en tous cas, semble permanente et fondamentale, mais elle est si complexe aussi qu'on ne peut qu'admirer la maîtrise avec laquelle André Tuilier en dévoile les ressorts. Il éclaire et décrypte les rapports constamment ambigus entre les différents protagonistes, engendrés par leurs intérêts politiques ou corporatifs mais, aussi, par des préoccupations idéologiques et pédagogiques d'ailleurs souvent liées.

Mêlant de façon très convaincante la grande et ce qui pourrait paraître la petite histoire, l'auteur nous montre les implications périodiquement sous-jacentes de la défense des intérêts corporatifs dans la politique universitaire. Il souligne, tout au long de son étude, comment le lancinant souci de l'obtention des bénéfices ecclésiastiques - et plus tard aussi, administratifs - qui représentaient les principaux "débouchés" offerts à ses membres, a conditionné, jusqu'à la Révolution au moins, ce jeu subtil de ralliement de la communauté universitaire à celui des deux pouvoirs qui, momentanément, en était le dispensateur.

Ainsi va se développer contre la tutelle romaine un gallicanisme universitaire qui sera, d'abord, favorable à la reconnaissance par Rome du souverain comme chef de l'Eglise de France (les universitaires parisiens joueront un rôle important dans l'assemblée du clergé qui proclamera la "Pragmatique sanction" de Bourges). Mais ce gallicanisme se démarquera rapidement du gallicanisme royal. Dès le Concordat de Bologne, réaffirmant, en 1516, cette reconnaissance, mais transférant au souverain, arbitre, déjà, de l'attribution des emplois administratifs, le

privilege d'accorder ces benefices ecclesiastiques tant convoites par les maîtres et les étudiants, la majorité de l'Université se joindra au Parlement pour tenter de s'opposer à la ratification de cet accord. Cette opposition commune, d'origine corporative, inaugure le lien entre gallicanisme universitaire (bien que ce dernier n'ait pas toujours été partagé, plus tard, par l'ensemble des maîtres de l'Université) et gallicanisme parlementaire qu'on verra se manifester jusqu'à la fin de l'Ancien Régime. Une grande partie des universitaires et des parlementaires vont se retrouver, en effet, à maintes occasions, dans un même souci de défendre les droits des corps constitués et ceux de leurs membres non seulement contre l'ingérence de Rome mais aussi bien contre l'affirmation d'un gallicanisme royal souvent tout aussi pesant.

Cependant, si en ce qui concerne ses intérêts corporatifs généraux, il se trouve, dans l'institution parisienne, une large majorité pour tenter de s'opposer aux mesures autoritaires qui la menacent, des rivalités corporatives, souvent de préséance, existent aussi entre les quatre facultés. Différents épisodes permettent à André Tuilier de montrer comment certaines querelles doctrinales pouvaient servir de justification idéologique à ces rivalités.

Car, aussi diverses qu'en puissent être les motivations, les préoccupations doctrinales sont naturellement, au-delà des soucis corporatifs, au cœur de l'histoire de l'Université de Paris et de celle de l'évolution de ses structures. Les affrontements d'ordre idéologique ou pédagogique entre les différentes facultés, aussi bien, parfois, qu'entre les "traditionalistes" et les "modernes" au sein de chacune d'entre elles, vont être, à la fois, le moteur et le frein de cette évolution. Car, ici encore, dans ce cadre qui se voudrait plus proprement scientifique, la vie universitaire reste étroitement mêlée à la vie politique. Au cours de ces conflits internes, en effet, le soutien apporté à l'une ou l'autre des factions par le pouvoir royal ou pontifical dans son intérêt du moment, influera dans une large mesure sur l'orientation intellectuelle de l'Université.

Les polémiques se développeront, le plus souvent, entre la majorité des docteurs d'une Faculté de Théologie dont la pensée philosophique se veut fidèle au magistère romain et une Faculté des Arts, occupée de disciplines profanes et plus sensible, à travers le recrutement de ses maîtres et la contestation latente de ses étudiants, aux aspirations d'un monde en profonde mutation. La Faculté de Droit et celle de Médecine,

ouvertes sur la pratique, n'étaient pas impliquées aussi profondément, depuis la fin du Moyen Age, dans les conflits idéologiques, que celles où s'enseignaient théologie ou arts libéraux. Elles joueront, cependant, un rôle important en ce qui concerne, en particulier, la laïcisation de l'Université et soutiendront, souvent, les positions gallicanes de la Faculté des Arts.

La Faculté de droit contournera, ainsi, dès le XVI^e siècle, l'obligation qui avait été la sienne à l'origine, d'enseigner exclusivement le droit canonique, pour adjoindre à celui-ci, marginalement d'abord, l'étude du droit romain. Avec l'Edit de Saint-Germain qui lèvera définitivement, en 1679, l'interdit pontifical et créera, officiellement, des chaires de droit français, la Faculté de droit de Paris verra se succéder sur ses bancs un grand nombre de juristes et de parlementaires qui, dans leurs contestations des prérogatives de la hiérarchie ecclésiastique et de la haute aristocratie, participeront à l'ébranlement des structures politiques et sociales dans le dernier siècle de l'Ancien Régime.

La Faculté de Médecine, de son côté, composée en majorité de maîtres laïcs, cherche, elle aussi, à soustraire sa discipline à l'emprise du clergé. Mais la défense de la spécificité de son corps de médecins rendra la majorité de ses membres longtemps hostile aux progrès que la méthode expérimentale fera faire à l'art médical sous l'impulsion des chirurgiens (tel Ambroise Paré) qui n'appartenaient pas à la Communauté universitaire (ils n'y seront admis à part entière qu'au milieu du XVIII^e siècle).

On mesure bien ici, une fois encore, comment le désir d'ouverture aux acquis nouveaux des sciences et de la pensée, qui apparaît dans les conflits internes à l'Université, se heurtait non seulement au traditionalisme et à l'ultramontisme presque jamais démenti de la Faculté de Théologie dont l'influence restait prépondérante depuis l'origine, mais aussi à la défense corporative de l'ensemble de l'institution. Car cette institution était fondamentalement tributaire, pour les nécessités de carrière de ses membres, de la stabilité des structures sociales de son temps.

A travers l'évocation de la vie quasi quotidienne de l'université de Paris que nous offre André Tuilier, sont ainsi fortement mis en lumière les avancées et les reculs de la conquête de cet esprit critique qui a fait évoluer l'enseignement de la philosophie et des sciences entre le XII^e et le

XVIII^e siècles, contre les résistances d'une papauté et d'une monarchie qui, pas plus l'une que l'autre, n'étaient prêtes à laisser se développer une idéologie contestataire. Il est clair que l'on doit moins cette évolution à l'initiative de la majorité des maîtres parisiens qu'au bouleversement social lié au développement de l'économie urbaine, à ce passage du monde féodal au monde moderne qui le voit se laïciser et s'ouvrir aux échanges commerciaux et culturels. Les nouvelles exigences d'une bourgeoisie qui impose son esprit d'entreprise et dont les fils forment, peu à peu, le vivier essentiel du recrutement universitaire, vont jouer un rôle prépondérant dans la mise en cause des structures de la corporation enseignante.

Ce récit du déroulement de l'histoire de l'université de Paris montre bien comment, à maints égards, cette institution a accompagné - ou suivi, bien plus qu'elle n'a, en général, initié - l'évolution des mentalités. Mais il souligne, aussi, comment l'écho de ce que celle-ci avait de novateur et de corrosif, s'est répandu, à travers des maîtres souvent minoritaires dans leur contestation de l'enseignement traditionnel, et des étudiants dont les activités post-universitaires, de plus en plus diversifiées, ont contribué à former le tissu politique, économique et social du pays.

Il est impossible de résumer, ici, le long cheminement du développement de cette pensée critique dans l'enseignement de l'Université parisienne de l'Ancien Régime dont le récit, très dense et, à la fois, plein de détails pittoresques, occupe une grande partie des deux volumes de l'ouvrage d'André Tuilier. Chacun retiendra, sans doute, particulièrement, quelques points forts de cette évocation. Nombre d'entre eux ne sont pas inconnus mais replacés dans le quotidien de la vie universitaire ils en reçoivent un nouvel éclairage.

Ainsi pourra-t-il en être, parmi beaucoup d'autres, de l'apparition progressive du rationalisme dans l'Université parisienne et de l'autonomie qu'y conquiert, peu à peu, l'enseignement de la philosophie hors du contexte théologique et scolastique, à la suite de la pénétration de la pensée d'Aristote dans l'Occident chrétien.

On pourrait privilégier aussi l'avancée majeure que fait faire à l'appréhension critique des textes sacrés et profanes de l'antiquité l'apprentissage du grec et du latin classique, qui, avec l'essor de la

Renaissance, va s'introduire dans les collèges parisiens désormais ouverts à l'enseignement.

Et comment ne pas s'arrêter sur les rapports de l'Université de Paris avec le jansénisme au cours de la longue querelle, si constamment présente dans la vie politique et religieuse du siècle et demi précédant la Révolution, qui oppose partisans des jésuites et défenseurs de Jansénius ? Les prises de position conflictuelles internes seront d'autant plus ambiguës qu'elles se situent au sein d'une institution fondamentalement hostile dans son ensemble à la Compagnie de Jésus dont elle redoutait, depuis la création de celle-ci, la concurrence en matière d'éducation. Cette commune hostilité n'empêchera pas que le clivage entre ultramontains et gallicans joue aussi, par ailleurs, un rôle important dans le débat. On sait que le jansénisme a trouvé des sympathisants parmi nombre de parlementaires gallicans. Le gallicanisme universitaire d'une partie de la corporation enseignante n'a pas, non plus, été indifférent à ce courant de pensée.

André Tuilier consacre près de 200 pages passionnantes aux répercussions, dans l'Université parisienne, de cet espèce de grand psychodrame dans lequel elle sera si profondément impliquée. Il nous rappelle que la querelle, d'abord purement théologique, est née en quelque sorte à l'Université de Paris, avec la condamnation du docteur en Théologie qu'était le grand Arnauld par la faculté même dont il était membre. Rejet du jansénisme dans sa défense du libre examen, cette condamnation est aussi, relève André Tuilier, celle de l'esprit du cartésianisme par l'Université dans laquelle cette philosophie du doute méthodique s'était ainsi "subrepticement" introduite.

Il faudra attendre le XVIII^e siècle pour que la philosophie de Descartes trouve sa place dans l'enseignement universitaire. Mais, déjà, la physique de Newton propose une nouvelle interprétation de la nature. Prenant ses distances avec le débat théologico-politique en renvoyant dos à dos jésuites et jansénistes, le matérialisme encyclopédique de la philosophie des Lumières, tente, dans un enseignement qui reste limité presque exclusivement aux humanités, de promouvoir l'essor des disciplines scientifiques. C'est cependant hors de l'Université que seront créées l'Ecole des Ponts et Chaussées et celle des Mines. Si elle est réelle, l'évolution de l'université parisienne est cependant trop lente pour l'impatience de générations nouvelles qui contestent, de plus en plus, la

rigidité des structures corporatives et, plus largement, de l'ensemble des structures sociales du pays.

La Révolution supprimera la corporation enseignante comme elle le fera de toutes les autres. Après les ultimes conflits qui opposeront, en son sein, partisans et adversaires de la Constitution civile du clergé, l'Université de Paris disparaît officiellement en 1793. Elle laisse place à de grands projets de rénovation pédagogique et scientifique destinés à mettre en œuvre un enseignement apte à former ces citoyens "éclairés" qu'avaient appelés de leurs vœux les philosophes des Lumières. Ces grands projets ne verront que très provisoirement le jour avec la création éphémère des écoles centrales. Il restera, cependant, de ces années, la fondation de l'École Normale, de l'École Polytechnique et du Conservatoire des Arts et Métiers.

Les excès du régime révolutionnaire dans le domaine politique et social, entraînant dans le même discrédit les "Idéologues" qui avaient conçu ces projets pédagogiques, amèneront les gouvernants du Consulat et de l'Empire à revenir à maints égards aux institutions du passé. Napoléon ne rebâtit pas la corporation des maîtres et des étudiants que la Révolution avait supprimée. Mais, s'inspirant de la structure hiérarchique qui avait assuré la pérennité de l'Université parisienne pendant plus de cinq siècles, il instaurera ce grand service national centralisé, selon lui, indispensable au maintien de l'ordre public comme de l'ordre moral, que sera l'Université impériale. Celle-ci voit le jour le 10 mai 1806.

Dans cet ensemble extrêmement structuré, sorte de congrégation séculière nationale, englobant l'enseignement secondaire et l'enseignement supérieur et placé sous la tutelle d'un Grand Maître, l'Université de Paris perd de sa singularité dans les rapports qu'aura, désormais, la communauté enseignante avec le pouvoir central qui jusqu'à nos jours en assurera la tutelle.

Si son autonomie n'est plus la même, l'autorité de l'Université de Paris ne s'en impose pas moins, grâce en particulier aux éminents titulaires de chaires parisiennes dont le rôle, jusqu'au Second Empire, a été primordial dans la politique universitaire de la première moitié du XIX^e siècle. André Tuilier évoque ici Royer-Collard, Guizot, Victor Cousin, Villemain, qui furent de prestigieux professeurs à la Faculté des Lettres avant d'occuper des fonctions de premier plan dans les instances

universitaires de la Restauration d'abord (quand la politique des ultras ne mettait pas l'Université sous la tutelle de l'Église), puis de la Monarchie de Juillet. Tous quatre libéraux avec des nuances diverses, œuvrant pour l'indépendance de l'Université face au caractère dogmatique de l'institution ecclésiastique, ils professaient un spiritualisme critique qui, sous des formes plurielles, de la philosophie écossaise de Royer-Collard à l'éclectisme de Victor Cousin, marquera l'enseignement universitaire jusqu'au positivisme de la fin du siècle. Cet enseignement, après l'effervescence de la Restauration connaîtra une sorte de conformisme de la pensée qui s'affirmera peu à peu, sous la Monarchie de juillet et la reprise en main de la politique universitaire par la majorité conservatrice et cléricale du Second Empire.

Parmi les enseignants prestigieux de l'Université Parisienne du XIX^e siècle, André Tuilier n'oublie pas, à juste titre, Cuvier, responsable lui aussi, un temps, de la politique universitaire aux côtés de Royer-Collard. Scientifique incontesté, mais aussi juriste, il sera l'initiateur de l'ouverture éphémère, entre 1819 et 1822, de la Faculté de Droit de Paris à des disciplines qui lui étaient, jusque-là, étrangères. A côté de l'enseignement prééminent du Code civil, la Faculté de Droit de Paris trouve, dans cette première tentative de création de chaires de droit public, d'histoire du droit et d'économie politique (encore que cette dernière chaire soit restée, pendant ces trois ans, sans titulaire), les prémices de l'élargissement progressif que connaîtront les disciplines juridiques au cours des décennies à venir. C'est à la Faculté de droit de Paris, en dépit de la résistance de la majorité de ses maîtres, que l'histoire du droit (1829), le droit constitutionnel (1834), un droit pénal autonome (1837), et, sensiblement plus tard, en 1865, l'économie politique finiront ainsi par s'imposer avant de figurer au programme des facultés de droit de province.

Les chaires parisiennes et les thèses soutenues devant les facultés de l'université de Paris garderont, longtemps encore, un prestige particulier. Mais l'ouverture de l'enseignement universitaire aux sciences sociales va se développer largement sous la Troisième République dans l'ensemble des autres universités. Le nouveau régime attachera, aussi, une importance particulière à l'essor de l'enseignement scientifique longtemps sacrifié à celui des humanités depuis toujours prépondérant.

La Faculté des Sciences de Paris brillera ainsi, pour quelques décennies, d'un éclat remarquable avec la renommée internationale

acquise, après celle de Pasteur, par les universitaires que furent Henri Poincaré, Louis de Broglie, ou Pierre et Marie Curie. Avec la reconstruction de la Sorbonne, entre 1885 et 1901, dont le bâtiment rénové sera somptueusement inauguré pour le centenaire de la Révolution, l'Université de Paris retrouve, pour un temps, ce qu'André Tuilier appelle un nouvel âge d'or.

Comment vont le faire, à leur tour, les universités de province, l'Université de Paris, qui a achevé de se laïciser avec la suppression, en 1885, de la Faculté de Théologie, se féminise et se démocratise dans son recrutement. Cette tendance sur le plan national comme à Paris n'a cessé de s'accélérer après la première guerre mondiale, l'importante progression du nombre d'étudiants posant, dès lors, des problèmes d'intendance et d'imagination pédagogique de plus en plus pressants aux instances universitaires.

Cette histoire de l'Université montre bien que l'institution de l'Ancien Régime n'avait pas su prendre en son temps suffisamment en compte l'évolution sociale du pays. L'Université du XX^e siècle, après un siècle et demi de relative autosatisfaction, s'interroge, elle, depuis les années cinquante surtout, sur les moyens de rénover ses structures afin que celles-ci puissent répondre aux impératifs démographiques, économiques et culturels qu'elle doit affronter. Mise en chantier avec la Loi d'orientation de l'enseignement supérieur du 12 novembre 1968, l'indispensable réorganisation entreprise n'a pas, on le sait, résolu tous les problèmes qui se posaient alors et dont beaucoup restent encore d'une inquiétante actualité. Dans ces dispositions fondamentales, cependant, cette loi de 1968 mettait fin à l'existence séculaire de l'Université de Paris désormais scindée en 13 universités. *L'Histoire de l'Université de Paris et de la Sorbonne* d'André Tuilier s'arrête à cette date, l'auteur évoquant brièvement un certain nombre de pistes de réflexion sur les nécessaires réformes possibles.

Le survol des quelques 1300 pages de cet ouvrage ne peut que très imparfaitement rendre compte de leur richesse documentaire. Nul ne pourra reprocher à ce travail d'historien sa densité, surtout lorsqu'on se souvient qu'aucun travail d'ensemble n'avait encore été fait sur un pareil sujet. Au lecteur que pourrait effrayer ces deux imposants volumes, l'auteur offre les index alphabétiques des lieux et des personnages et celui, chronologique, des événements politiques et universitaires qui lui permettent de se promener à son gré dans les dédales des huit siècles

d'une Université de Paris dont la spécificité vient de prendre fin sous nos yeux, il y a quelques années à peine. Une abondante et belle iconographie, judicieusement commentée et mise en page, en ponctue et en facilite encore le parcours.

Pour tous ceux qu'intéresse l'histoire culturelle, cet ouvrage, au-delà d'un texte fortement charpenté, représentera, avec sa bibliographie fondamentale et son très riche appareil de notes renvoyant non seulement aux documents d'archives mais aussi aux multiples études dispersées existant sur le sujet, un instrument de référence extrêmement précieux.

Madeleine VENTRE-DENIS

*

**

Jean HILAIRE, *Le droit, les affaires et l'histoire*, préface de Bruno OPPETIT, éd. Economica, 1995, 369 p.

Par tradition, l'Université célèbre ses maîtres en leur remettant des livres de "Mélanges" rassemblant les contributions de leurs élèves et collègues. M. le Professeur Jean Hilaire a bénéficié d'un hommage particulier et original. Ses collègues ont eu l'heureuse idée de lui offrir la possibilité de réunir en un ouvrage ses nombreux articles et travaux consacrés à l'histoire du droit des affaires. Il s'agit de ses importantes contributions aux diverses recherches du CREDA (Centre de recherche sur le droit des affaires de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris) depuis 1975, de ses publications dans des revues et interventions à des Colloques.

Spécialiste reconnu de l'histoire du droit de la famille (v. *La vie du droit*, préf. F. Terré, P.U.F., 1994), M. le Professeur Jean Hilaire s'est depuis longtemps intéressé à l'histoire du droit des affaires, sans cacher l'enthousiasme qui est le sien à défricher des secteurs souvent négligés. Son ouvrage fondamental, trop modestement intitulé *Introduction historique au droit commercial* (P.U.F.), en témoignait dès 1986, et le conduisait à annoncer dans son avant-propos un éventuel complément. A cette époque, il prenait déjà part aux travaux du CREDA, en collaboration avec Alain Sayag, et avait publié de substantielles études,

en particulier celle figurant dans l'essai de prospective juridique *Quel droit des affaires pour demain ?*, et qui est reprise dans le présent livre.

Ce recueil révèle la cohérence de sa pensée et son souci de mettre en œuvre une méthode originale. L'aire de ses recherches est considérable. Avec une rare érudition et un grand sens des formules, l'auteur nous livre une longue et fort riche réflexion sur la genèse du droit des affaires. Puis il traite de l'histoire du fonds de commerce, de la commandite, des commissaires aux comptes, des juridictions consulaires, des publicités légales, des influences extérieures et du comparatisme ainsi que de l'histoire de la gestion.

Soucieux en permanence de montrer quels sont les modes de production du droit des affaires, de voir comment ces normes ont été adaptées au gré des besoins économiques, politiques et sociaux de la société, de souligner constamment le rôle de la doctrine, de la jurisprudence et surtout des praticiens dans ces transformations, il expose au grand jour l'irrépressible vitalité de la pratique, ainsi que l'impuissance d'un législateur - qu'il qualifie par euphémisme de "commercialiste besogneux" et de "fiscaliste impénitent" - à conduire des évolutions qu'il vient seulement ratifier, lorsqu'il parvient à le faire. Il faut lire à cet égard les développements consacrés aux ambiguïtés congénitales du fonds de commerce, au vieux débat entre la publicité et le secret des affaires, à la lente et constante recherche de leur indépendance et de leur autorité par les commissaires aux comptes, ou encore à l'épineuse question de la suppression des tribunaux de commerce... pour ne prendre que quelques exemples.

Les commercialistes reconnaîtront là des questions très actuelles, tout comme ils apprécieront la description des stratégies utilisées par les praticiens pour esquiver la fiscalité, combler les lacunes de la loi ou lui résister, ou encore choisir telle ou telle forme de société (v. la réflexion de l'auteur sur la nature de l'institution à propos de la commandite).

Condamnés trop souvent à commenter la dernière réforme, ou à réfléchir à celle qui est annoncée, habitués à prendre acte de lois conçues comme des textes à l'essai, incapables de définir quelle peut être la philosophie de nombre de dispositions nouvelles parce qu'elles sont plus souvent le fruit des contingences immédiates au lieu de s'insérer dans des perspectives claires, ils manquent - comme le législateur lui-même - de

recul et de base historique. Ils trouveront dans cet ouvrage matière à culture et à réflexion.

Pour M. le Professeur Jean Hilaire, l'utilité immédiate de l'histoire oriente sa méthode de travail et il s'en explique longuement dans son introduction. En partant du dossier actuel, il remonte dans le passé et éclaire de manière significative les données modernes. Dans une autre de ses publications (*"L'approche historique d'un système juridique : l'enjeu français"*, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, t.62, 1994, p. 35, spc., p. 40) il résume sa pensée : "Une mise en perspective historique donnant de la profondeur de champ permet de faire la part entre points d'ancrage et éléments en mutation en dépassant l'aspect relatif de la constatation immédiate". Il nous offre ainsi une histoire "verticale" scrupuleuse, soucieuse d'assurer le lien avec le monde contemporain sans y projeter les concepts modernes.

Le titre de l'ouvrage exprime d'ailleurs fort bien sa pensée. Au-delà d'une histoire de quelques institutions ou techniques du droit des affaires, déjà largement renouvelée et passionnante et venant s'adjoindre à son Manuel, il s'agit plutôt pour lui de proposer un essai sur les relations entre l'histoire et le droit des affaires et de livrer une réflexion plus fondamentale. Tout en s'interrogeant sur la fonction législative, la place essentielle de la "vie pratique", en traitant de la codification puis de la décodification, de l'évolution conceptuelle du droit commercial au droit des affaires (droit d'exception ou droit commun), il montre l'approche largement empirique qui est la caractéristique de cette branche du droit tout comme l'impossibilité de l'embrasser sans tenir compte de la fiscalité, de la gestion, du droit public, des influences extérieures et du droit européen. La naissance historique de ce droit, ses tâtonnements successifs et permanents, tout comme ses perspectives d'avenir en témoignent. Cette étude met aussi en cause les modes de formation du droit des affaires, qui ne peuvent faire l'économie d'une "histoire en longue durée", plus particulièrement de nos jours.

C'est dire à quel point les "juristes plongés dans le moment présent", selon son heureuse (et bienveillante) formule trouveront dans ce livre matière à renouveler leur approche du droit positif aussi bien dans leurs enseignements que dans leurs recherches. Il reste à espérer que les

messages délivrés par M. le Professeur Jean Hilaire soient aussi entendus par ceux qui préparent les textes nouveaux.

Jean-Philippe HAEHL

*

**

Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, PUF, Coll. Léviathan, Paris, 1995, 512 p.

Rendre compte juridiquement de la puissance de l'Etat, et pour ce faire, la ramener sur son terrain d'origine, le droit, puisqu'aussi bien ce sont les juristes qui, dans le même mouvement, ont historiquement construit la souveraineté, en même temps qu'ils liaient conceptuellement l'un à l'autre Etat et droit. Tel est le projet de la réflexion, à la fois historique et théorique, que mène notre collègue publiciste O. Beaud dans ce beau livre, qui reprend l'essentiel de sa thèse de doctorat. L'interrogation sur le passé est ici une manière de répondre aux questions du présent : pour consubstantielle qu'elle soit à la forme d'Etat qui est la nôtre, la souveraineté, cette "puissance unique", à laquelle selon la formule hobbesienne, "aucune puissance terrestre ne peut être comparée" (p. 9), doit-elle être considérée comme la seule forme possible du pouvoir de commandement ? Face à l'émergence actuelle, qui n'est peut-être que résurgence, de pouvoirs nouveaux, ou en tous les cas différents - ainsi ces pouvoirs à vocation universelle, qui visent à diriger tous les hommes, mais pour certaines de leurs activités seulement - quelle place assigner à cette puissance étatique souveraine, rétractée dans un espace dont elle fait un tout impénétrable pour toute autre autorité ? L'Etat occidental, en tant que forme d'expression juridique du pouvoir politique, n'est-il, comme déjà le pensait C. Schmitt, qu'une forme du passé (p. 13) ?

La pensée dominante, qui postule la nature "a-juridique" de l'Etat, réserve ces questions à la philosophie politique (p. 20). C'est donc à une tentative de réappropriation par les juristes de la réflexion sur l'Etat que se livre l'a. Certes, reconnaît-il, la souveraineté, ce "principe des principes", constitue l'en-deçà du droit. Comme telle, elle ne saurait être directement saisie dans le discours - constitution, lois, jurisprudence - par lequel le droit s'énonce et se dit lui-même. Mais, à tout le moins

depuis l'aube de l'âge moderne, souveraineté et droit apparaissent comme inséparables. Parce qu'elle prétend être la source *exclusive* de sa légitimité, la souveraineté est ce qui donne au droit son existence. En outre, et ce point est essentiel, elle est ce à partir de quoi se comprend le mode d'être qui est désormais le sien, puisque c'est le rattachement de la totalité des normes aux différentes autorités mettant en œuvre la puissance étatique qui permet de constituer le droit comme un ensemble clos de normes hiérarchisées. D'où ce qui est pour O. B. une sorte de nécessité : pour tenter de comprendre la souveraineté, il faut utiliser les instruments à travers lesquels le droit peut se réfléchir lui-même, c'est-à-dire la théorie et l'histoire juridiques. C'est donc en croisant les vues de l'historien et du théoricien du droit, que ce livre tente de faire apparaître les liens essentiels qui nouent entre elles ces deux réalités aussi indissociables dans leur être théorique qu'elles l'ont été dans leur émergence historique, d'un côté la souveraineté constitutive de l'Etat moderne, de l'autre le droit conçu comme un corps de normes hiérarchisées.

Il le fait en deux temps. La deuxième partie, consacrée à ce que l'a. appelle "l'Etat de citoyens" - entendons l'Etat post-révolutionnaire, où le peuple cesse d'être sujet pour devenir citoyen - s'efforce tout d'abord d'établir, contre certaines orientations de la doctrine juridique française (p. 211), que c'est pour l'essentiel dans l'exercice du pouvoir constituant que se manifeste la souveraineté : si on entend la souveraineté comme monopole d'édiction de la loi, elle ne saurait être incompatible avec la mise en œuvre du pouvoir constituant. L'édiction de la constitution fixe en effet le légal et l'illégal. Par là, affirme l'a., elle détermine dans son ensemble la positivité du système juridique, en sorte qu'en un sens, il est conforme à la vérité de dire que, puisqu'il met en place les conditions de son émergence légitime, le pouvoir constituant crée le droit *ex nihilo*, il est ce qui lui permet d'être. Cette démonstration, qui sous-tend l'architecture générale du livre et constitue le fondement de son unité, permet à O. B. de faire apparaître le pouvoir constituant de "l'Etat de citoyens" comme le prolongement de ce qu'était, dans "l'Etat de sujets" de l'âge monarchique, "l'omni-compétence" du souverain-législateur.

Se remémorant la fameuse "impuissance" dont les anciens Monarques eux-mêmes aimaient rappeler la présence au fondement de leur pouvoir, l'historien peut être réticent devant l'équivalence ainsi posée entre constitution et loi du Roi : fidèle à la distinction mise en œuvre par le

Parlement de Paris dès l'aube du XVI^e entre Lois du Royaume et lois royales, jamais, même chez ses représentants les plus "absolutistes", la doctrine monarchique n'a admis que le vouloir ponctuel du Roi du temps présent puisse à lui seul modifier les structures constitutives de la royauté dans son être permanent. Mais l'hypothèse d'une continuité essentielle entre la souveraineté de l'Etat monarchique et celle de l'Etat post-révolutionnaire fait désormais partie des opinions acceptées par la plupart. C'est donc dès lors au XVI^e siècle qu'il faut remonter pour saisir l'émergence de cette nouvelle réalité, l'Etat comme centre unique de l'édiction du droit. Tel est en conséquence l'objet que se propose la première partie, à travers l'étude de l'œuvre de celui qu'on a souvent présenté comme "l'inventeur" de la souveraineté moderne, le juriste français Jean Bodin. C'est à cette première étape de la réflexion menée par O. B. que nous voudrions plus particulièrement nous attacher ici.

Interroger J. Bodin pour comprendre l'Etat moderne n'est certes pas chose nouvelle en soi. Mais O. B. le fait en juriste, qui questionne un autre juriste, et là se trouvent l'originalité et l'intérêt de sa démarche. Tranchant en effet dans un vieux débat, il n'hésite pas, au risque du reproche d'"essentialisme" juridique, à poser à Bodin, non seulement les questions qui sont explicitement les siennes, mais aussi - et même surtout - les questions qui sont les nôtres. Il est ainsi conduit à "éprouver" la pensée du juriste du XVI^e siècle à travers des concepts et des catégories explicitement empruntés à la théorie juridique des XIX-XX^e siècles, avec une prédilection marquée - et au reste difficilement évitable, ne serait-ce que pour l'intérêt des études que les plus notables d'entre eux ont consacré à la pensée juridico-politique française de l'aube des Temps Modernes - pour les représentants de l'école allemande. Au point de départ de la démarche (p. 35), ce que l'auteur considère comme un constat - mais nombre de médiévistes seraient sans doute plutôt portés à y voir une hypothèse, et une hypothèse pour partie discutable - : le monde politique médiéval connaît certes le mot souverain, mais il ignore la chose. Ses caractéristiques en effet ne permettent pas l'émergence d'un véritable Etat-souverain : la primauté d'une vision avant tout judiciaire du pouvoir politique, qui le superpose aux autres pouvoirs sans le différencier radicalement d'eux, sinon à la marge, l'enchevêtrement des aires de compétence, et surtout l'existence et la mise en œuvre de ces droits "trans-étatiques", que sont le

droit des gens, le droit romain et le droit canonique, tout cela interdit l'émergence de ces espaces juridiques clos sur eux-mêmes parce qu'impénétrables à tout droit enraciné dans un ailleurs, que sont les Etats souverains du monde moderne. La naissance de la souveraineté ne peut donc avoir lieu qu'après la désagrégation de cet univers, et elle se fait pour l'essentiel à travers l'ensemble des mutations qui, à la fin du XVI^e siècle, affectent le droit, à la fois dans ses fondements, dans son essence, mais aussi dans ses modes d'être. Or, selon O. B., c'est à travers la pensée de J. Bodin que se fait cette révolution, qui n'affecte pas seulement le politique, comme on l'a toujours pensé, mais aussi et surtout le juridique.

Selon l'interprétation défendue par l'a., la rupture essentielle chez Bodin se ferait du côté des fondements du droit : le juriste angevin ne penserait plus le droit dans sa relation avec un ordre transcendant, défini, au moins partiellement, comme fondement de sa validité. O. B. tranche ici avec détermination sur un point capital de l'interprétation de la pensée bodinienne, et sa démonstration, qui s'appuie sur des passages-clefs de la *République*, ne manque certes pas de force. Sans refuser de le suivre, l'historien du droit lecteur de Bodin, ne pourra éviter de penser que, dans le débat traditionnel pour déterminer la part qu'il convient d'attribuer à la *ratio* et à la *voluntas* dans la formation de la loi, le juriste *accentue* l'un des types de réponse, beaucoup plus qu'il n'*exclut* l'autre ; il se remémorera d'autres occurrences, où Bodin énonce comme des vérités allant de soi, que parfois - ainsi pour la loi qui défend de tuer sur peine de la vie - la loi du Prince "n'est point sienne", mais que c'est "la loi de Dieu et de nature" (1). Si toutefois on tient pour acquise cette oblitération du point d'appui extérieur que constituait la référence au "droit naturel et divin" de l'enseignement scolastique, il est certain qu'elle a des conséquences essentielles à la fois pour le droit lui-même, mais aussi pour penser les relations entre droit et pouvoir. Le droit pour sa part est, pour la première fois, réduit à sa "positivité" : la "loy" - entendons, selon les conventions adoptées par l'a., la norme édictée par le souverain monarchique - est désormais un commandement dont toute la force vient de la volonté du législateur (p. 60). La rupture des liens entre le droit et ses attaches transcendantes permet en outre de clore l'ordonnement juridique sur lui-même : la loy du Prince a vocation,

(1) *Les six livres de la République*, éd. G. Mairet, Paris, 1993, p. 129 et p. 548.

en tant que norme supérieure et incontestable, à se subordonner la totalité des autres normes en les hiérarchisant. Mais tout cela n'est que la conséquence pour le droit des mutations qui affectent sa relation au pouvoir. Désormais en effet, la loi apparaît comme l'expression et le moyen du pouvoir de commandement, une sorte d'osmose se produit, qui conduit d'une part à étatiser entièrement le droit, et d'autre part à considérer que le pouvoir d'édicter la norme est l'essence de la souveraineté. Le fait que sa validité repose désormais sur la seule volonté du Prince permet en outre d'autonomiser la règle - et par là le pouvoir - dans ses rapports avec ses destinataires, dont le consentement n'est plus considéré comme une condition nécessaire de sa validité (p. 69). La loi se définit ainsi par l'*unilatéralité* : bien qu'il évoque le thème classique de la réciprocité des obligations entre le chef et les membres du corps social - notons cependant qu'il le fait à plusieurs reprises (2), et que la persistance de cette affirmation chez lui n'est peut-être pas seulement un vestige dépourvu de signification - Bodin cesserait de le considérer comme l'un des fondements de l'existence de la communauté politique. L'unilatéralité de la loi et du pouvoir de commandement a dès lors comme corollaire, ce qui serait, selon O. B., la nouvelle forme que le jurisconsulte du XVI^e siècle donne à l'obéissance des sujets, "l'obéissance préalable" et absolue, entendons une subordination qui n'est conditionnée par aucune forme de consentement. Entre le souverain et ses sujets, l'obéissance serait pour Bodin un lien indissoluble, et aucune résistance, aucune rébellion, ne sauraient trouver de légitimité. Sur ce point aussi, l'historien de la pensée juridique sera séduit et réticent. Aucun ne contestera que le devoir d'obéissance dû au Prince par le Chrétien soit chez Bodin plus fortement accentué qu'il ne l'a peut-être jamais été. Mais jamais Bodin n'omet de rappeler que le commandement divin d'obéir ne saurait s'appliquer aux lois contraires à l'ordre naturel et divin, et il n'hésite pas à affirmer que le Prince qui "franchit et brise les bornes sacrées de la loi de Dieu et de nature", "perd le titre et l'honneur du Prince" (3). Or l'affirmation que Bodin reprend ici à son compte n'est pas nouvelle : c'est celle par laquelle depuis toujours nombre de théologiens justifient le refus d'obéissance, voire la résistance à l'égard du Prince ainsi dépouillé de son titre. Sous une forme atténuée, c'est sur un principe de même nature que s'appuient les juges du Parlement lorsqu'ils

(2) Cf. par exemple *Ibid.*, p. 377.

(3) *Ibid.*, p. 286.

justifient la vérification des lois royales, en rappelant que s'ils doivent s'incliner devant le commandement du Prince, c'est à condition qu'ils puissent voir en lui un "vrai commandement".

Mais la loi n'est pas seulement l'instrument par lequel l'Etat gouverne une société civile qu'on tend désormais à différencier de lui. Conçue comme la prérogative essentielle de l'Etat, en laquelle sont contenues toutes les autres, la puissance de donner la loi permet de rassembler en un tout les droits régaliens que la doctrine se contentait jusqu'alors d'additionner. Par cette systématisation, la puissance publique devient indivisible en elle-même (p. 144), et non plus par l'unicité de son titulaire, c'est-à-dire, comme nombre de juristes le pensent alors - mais Bodin abandonne-t-il complètement cette conception ? - par sa nécessaire *incarnation* dans un individu. Selon l'interprétation d'O. B., la loi est aussi une "norme de délégation" (p. 171), car elle constitue le moyen grâce auquel l'Etat se structure lui-même, l'instrument par lequel, face à l'indivisibilité d'un pouvoir défini comme une puissance inconditionnée de commandement, se fait le nécessaire agencement des fonctions. Là aussi, c'est donc en organisant par la loi, la *délégation* qui répartit l'exercice du pouvoir sans remettre en cause son unité, que sont résolues les difficultés nées de l'affirmation de son indivisibilité. Cette étape de l'étude menée par O. B. lui permet de mieux justifier le lien essentiel qu'il établit entre souveraineté monarchique et pouvoir constituant, mais elle suscite certaines interrogations. Quelques riches d'avenir que soient pour la théorie juridique, les discussions du droit savant sur la question de la délégation de pouvoir, ce n'est pas ce terme qui vient principalement sous la plume de Bodin lorsqu'il présente les relations entre le détenteur de la souveraineté et ceux qui en exercent les principales fonctions, c'est-à-dire les magistrats. Certaines affirmations du jurisconsulte français sont certes capitales - "le vouloir d'un chacun magistrat... est lié et dépend entièrement du souverain..." (4) mais il semble bien souvent rester fidèle aux principes médiévaux qui tout en autorisant le souverain à prendre toutes mesures pour assurer le bon fonctionnement des services de l'Etat, lui imposent des contraintes précises, celle en particulier de confier la justice "à perpétuité" à des corps et collèges (5).

(4) *Ibid.*, p. 296.

(5) *Ibid.*, p. 368.

La démonstration séduit par sa densité et sa rigueur, ainsi que par l'intérêt à la fois historique et actuel de ses conclusions. Parce qu'elle donne constamment à penser, elle ne peut manquer de susciter dans le même mouvement une réflexion critique, et c'est à notre sens un vrai mérite. La méthode délibérément choisie - cette confrontation constante entre le regard du théoricien et le regard de l'historien, cet entrecroisement perpétuel entre les questions du présent et les questions du passé - n'est certes pas sans périls, on les a assez dénoncés. Ce n'est pas le moindre mérite du livre de notre collègue publiciste que de démontrer sa fécondité, et par là sa légitimité, tant pour la réflexion théorique que pour la recherche historique. En restituant aux catégories juridiques usuelles leur densité historique, elle permet au juriste contemporain tout à la fois de s'en déprendre, et de les mieux comprendre. Elle suggère à l'historien que le principal moyen pour que les anciens juristes nous parlent à nouveau, c'est peut-être de leur demander de répondre à *nos* questions, en redécouvrant que ce sont aussi *leurs* questions.

Il y a donc là une leçon magistrale que les historiens du droit ne pourront qu'apprécier. Il est vrai qu'ils regretteront que ne soit pas fait avec suffisamment de rigueur le départ entre ce qui est propre à Bodin, et ce qui chez lui vient, soit du droit public monarchique, soit de cette "science des lois" - entendons bien sûr des lois romaines - dont l'ignorance à ses yeux a empêché la constitution d'une véritable science du politique. Le reproche au reste les concerne au premier chef, puisque, si sur ce point l'essentiel reste sans doute à faire et à dire, ce travail indispensable ne relève que d'eux. Pour tout spécialiste de la pensée juridico-politique des dernières décennies du XVI^e siècle, il est évident que, quelle que soit la puissance de la construction d'ensemble, quel que soit l'étonnant pouvoir de suggestion de certaines de ses formules, Bodin n'est sur nombre de points que l'une des voix d'une tradition pluri-séculaire, d'un discours aux mille voix, celui qu'élaborent et diffusent ceux qui depuis des siècles donnent substance à la souveraineté et même temps qu'ils la construisent théoriquement, les légistes et les juges de la royauté, dont nul n'ignore la part qu'ils ont dans la construction de l'Etat français et par conséquent de la souveraineté qui lui est consubstantielle. Si on les réinsère dans ce discours collectif, une grande partie des propositions du jurisconsulte du XVI^e siècle apparaissent moins comme les décisifs "pas en avant" qu'on pense discerner chez lui,

que comme des “pas suspendus” entre un passé doctrinal encore très présent, dont les argumentaires forment la trame de la présentation bodinienne, et un avenir qui quelquefois s’affirme dans la fulgurance de certaines formules, mais le plus souvent ne fait guère que s’esquisser à travers les complexes réaménagements que le juriste apporte aux constructions classiques.

Marie-France RENOUX-ZAGAMÉ

*
**

Marc MALHERBE, *La Faculté de droit de Bordeaux, 1870-1970*, Presses Universitaires de Bordeaux, 1996, 492 p. (préface de Marc Penouil).

Entre 1870, date de sa résurrection après la suppression de 1792, et 1970, date de son intégration dans la nouvelle et “pluridisciplinaire” Université de Bordeaux I, la Faculté de droit de Bordeaux a mené une existence autonome. C’est l’histoire de ce siècle rond d’enseignement juridique dans la capitale de la Guyenne que Marc Malherbe livre aujourd’hui au public. S’il s’adresse naturellement d’abord aux étudiants et anciens étudiants, professeurs et anciens professeurs de la vieille Faculté, son travail n’en constitue pas moins une contribution de premier ordre à l’histoire de l’enseignement du droit depuis un siècle, et à celle des maîtres qui y ont dispensé leur savoir, que ce soit au titre d’une installation durable ou plus passagèrement, Bordeaux n’étant qu’une étape plus ou moins longue de leur carrière - voire un simple prélude à une autre carrière. C’est ainsi que la *Biographie des enseignants*, qui constitue la deuxième partie de l’ouvrage (p. 259-435), réunit dans un ordre alphabétique parfaitement démocratique non seulement les 112 professeurs qui ont enseigné place Pey-Berland pendant le siècle considéré, mais aussi “les obscurs et les modestes..., du plus illustre des doyens au plus éphémère chargé de cours”. Chacun bénéficie d’une notice détaillée qui rappelle les grandes étapes de sa carrière académique et les principaux éléments de sa bibliographie (s’il y a lieu), sans négliger des informations d’ordre extra-universitaire (activités politiques, décorations, voire appartenance au Rotary-club !) qui ne sont pas dénuées de tout intérêt sociologique.

Présente de même beaucoup plus qu'un intérêt anecdotique la troisième partie de l'ouvrage, consacrée à l'iconographie (p. 437-462). Complétant les portraits de professeurs qui accompagnent le catalogue biographique, l'auteur reproduit ici des extraits commentés du fameux album publié en 1907 par G. Préveraud de Sonnevile (*Professeurs et étudiants de la Faculté de droit de Bordeaux*, éd. Mollat), et l'intégralité du recueil publié par L. Pazzi en 1936, *Le Rouge et le Noir*.

Mais c'est évidemment dans la première partie de son livre, où il présente l'histoire générale de la Faculté, que M. Malherbe donne toute la mesure de son savoir. Après avoir retracé dans un premier chapitre la difficile re-création de la Faculté de droit, et l'évolution ultérieure de son statut (d'abord municipal, puis national), il évoque ensuite longuement la vie de la Faculté, les modalités (longtemps simples...) de sa gestion, son corps enseignant (avec un excellent passage, p. 145 et s., sur "la mentalité du groupe professoral"), enfin les études elles-mêmes, les travaux et les jours, les rites et les jeux de la *cupida legum juventus* d'Aquitaine. Cette partie générale se clôt sur un troisième chapitre, intitulé "le rayonnement de la Faculté", qui est plutôt un catalogue des professeurs les plus célèbres et des docteurs *honoris causa* les plus connus. Mais pourquoi ces professeurs sont-ils célèbres ? Quel est l'apport doctrinal des grands juristes de l'école de Bordeaux ? A quoi tient la gloire de Duguit ? Une "histoire intellectuelle" de la Faculté bordelaise n'avait sans doute pas sa place dans cet ouvrage général, consacré plutôt à l'histoire de l'institution en tant que telle. Mais après cette excellente *histoire de la Faculté de droit* de Bordeaux, on attend avec impatience la suite : l'*histoire de la science juridique* bordelaise.

J.-M. C.

*
**

CODE LOUIS, *T. 1, Ordonnance civile, 1667 et T. 2, Ordonnance criminelle, 1670*, collection Testi e documenti per la storia del processo, a cura di Nicola Picardi e Alessandro Giuliani, Giuffrè ed., Milano, 1996 (LII+64+519 pages et XXV+66+275 pages).

Les éditions Giuffrè, de Milan, viennent de publier deux volumes consacrés aux textes des deux ordonnances de 1667 sur la procédure

civile et de 1670 sur la procédure criminelle. Ces deux ouvrages qui ont été intitulés par référence à une tradition ancienne “Code Louis” sont les premiers d’une collection de “Textes et documents pour l’histoire du procès”, dirigée par deux savants collègues italiens, MM. Nicola Picardi et Alessandro Giuliani, connus pour leurs travaux et publications sur les *ordines judicarii*.

Ces deux premiers volumes sur les ordonnances françaises, qui ont reçu l’appui du Conseil national de la Recherche et du Ministère de l’Université (*Consiglio Nazionale delle Ricerche e Ministero dell’Università*), seront suivis de la publication d’autres textes législatifs : loi suédoise de 1734, ordonnance criminelle de Charles Quint (dite Caroline) de 1532, ordonnance (dite Léopoldine) de 1776 pour le Grand Duché de Toscane, projet de Code criminel français de l’an IX, etc.

Il est remarquable que les premiers textes choisis par MM. Picardi et Giuliani aient été ceux des deux grandes ordonnances de Louis XIV, dont la consultation est si fréquente depuis une trentaine d’années dans la mesure où les études d’histoire du droit pénal et d’histoire de la procédure civile se sont multipliées dans nos facultés. L’initiative de l’éditeur italien est particulièrement bienvenue quand on pense à la complexité croissante que, par souci de conservation, les bibliothèques universitaires prévoient pour la consultation des ouvrages anciens.

Les deux volumes du “Code Louis” comportent le texte et les travaux préparatoires de chacune des deux ordonnances, ou, pour être plus exact, le “procès-verbal des conférences tenues par ordre du Roi entre messieurs les commissaires du Conseil et messieurs les députés du Parlement de Paris pour l’examen des articles de l’ordonnance...”. De longues introductions ont été rédigées par M. Picardi, en langue italienne pour le tome 1 et par M. Laingui, en français pour le tome 2. Dans ce second volume, figurent encore quelques pages de notes généralement empruntées aux commentateurs les plus réputés de l’ordonnance criminelle.

Les textes ont été reproduits d’après l’édition donnée par Isambert, Decrusy et Tallandier, au tome XVIII du *Recueil des anciennes lois françaises*, Paris, 1829, tandis que le “procès-verbal des conférences”... est donné en fac-similé d’après une édition de 1700, ce qui ajoute un intérêt

supplémentaire à cette publication présentée avec beaucoup de soin, malgré un certain nombre de fautes typographiques.

On souhaitera que cette nouvelle collection de "Textes et documents" s'ouvre également à des ouvrages de doctrine et de jurisprudence imprimée qui ont été, avec la loi du Prince, sources des deux procédures civile et criminelle.

M.-Y. CRÉPIN