

## BIBLIOGRAPHIE

A. DUFOUR, *Droit de l'homme, droit naturel et histoire*, Paris, 1991, 280 p.

La collection *Léviathan*, que dirige Stéphane Rials, a eu l'heureuse initiative de demander à A. Dufour de rassembler, non point la totalité — et on peut au reste le regretter — mais sans doute les plus importants des articles consacrés par lui, d'une part à l'Ecole du droit naturel moderne, d'autre part à l'Ecole historique du droit. Fédérés autour du thème qui fournit le titre du livre, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, ces différentes études, qui s'échelonnent de 1974 à 1988, et dont beaucoup constituent la présentation par écrit des communications faites au Séminaire de philosophie du droit de Paris II par le Doyen de la Faculté de droit de Genève, s'articulent d'elles-mêmes en un tout pour former une véritable histoire de la pensée juridique des pays de langue germanique, de l'orée des Temps Modernes jusque vers les années 1850. C'est dire tout l'intérêt de ce livre, qui constitue tout à la fois un instrument de travail, et un ouvrage de réflexion.

Ce n'est certes pas le déprécier que d'affirmer qu'il sera un instrument de travail fort précieux pour les historiens et philosophes du droit français. A la différence en effet de la plupart des autres pays européens, la discipline à laquelle l'auteur entend explicitement se rattacher (p. 6), l'histoire de la pensée juridique, est encore en France à la recherche d'un statut institutionnel et d'une véritable reconnaissance doctrinale, ce qui explique les « indéniables lacunes » (p. 221) de la littérature de langue française en ce domaine. Mais ce n'est pas seulement parce qu'il comble un vide que l'ouvrage de M. Dufour retient l'attention, c'est aussi par la qualité de l'érudition et par la clarté de l'exposé.

Les développements portant sur les Fondateurs de l'Ecole du droit naturel moderne s'appuient certes sur les grands textes, mais ils les éclairent par le recours à des œuvres moins connues, et souvent d'accès difficile, lettres, opuscules polémiques, travaux consacrés à d'autres domaines du savoir, nous rappelant — ou nous enseignant — que, chez Grotius, le jurisconsulte est inséparable du théologien, et que Pufendorf fut un grand historien et un publiciste connu. Ils permettent en outre, par le rappel de la trame historique à laquelle l'élaboration de certaines de ces œuvres est directement liée, par la présentation des critiques, souvent violentes, et des débats, toujours animés, auxquels elles donnèrent lieu, de mieux saisir, à la fois ce que ces pensées doivent à leur temps, et ce en quoi elles s'en dégagent. Les chapitres consacrés à l'Ecole historique du droit, ont en outre l'avantage de présenter de très larges

extraits des œuvres les plus significatives des penseurs de ce courant, ce qui est d'autant plus utile qu'une partie de cette littérature n'a pas été traduite en français, et que M. Dufour prend soin d'accompagner ses traductions du rappel des termes allemands essentiels. En outre, et ce n'est pas son moindre intérêt, cette étude prend, comme il se doit, appui sur les différents travaux consacrés à ces deux écoles majeures de l'histoire de la pensée juridique ; ce faisant, elle dresse un tableau des principales orientations, souvent fort contradictoires, entre lesquelles les interprètes se sont depuis toujours partagés, et, à travers l'acuité des controverses, l'intérêt des ouvrages récents que les historiens allemands et italiens en particulier leur ont consacrés, elle permet au lecteur de mesurer l'importance qu'elles ont eue, tant pour l'histoire générale de la pensée — c'est l'un des buts de l'auteur d'articuler l'une à l'autre histoire juridique et histoire intellectuelle — que pour l'histoire culturelle et institutionnelle. Il faut aussi signaler, pour ceux que rebute l'obscurité que certains historiens de la philosophie croient indispensable à leur discipline, la lumineuse clarté d'un exposé conduit, à l'écart de certaines modes, avec une impeccable maîtrise de toutes les règles réthoriques, un exposé qui ne néglige pas l'énoncé des « *realia* », mais donne au contraire à la présentation des « figures et œuvres emblématiques » (p. 41) la place essentielle qui, au sentiment de l'auteur, leur revient.

Le livre de M. Dufour a donc toutes les vertus d'un ouvrage didactique, mais il est beaucoup plus que cela. Son propos est en effet de rechercher les racines de ces deux facteurs essentiels de la « dynamique spirituelle » de l'histoire que sont à ses yeux « la religion des droits de l'homme » et le « culte de l'identité nationale » (p. 5). Ainsi se justifie l'attention portée aux deux écoles de pensée qui constituent leur lieu de naissance : il s'agit, en présentant et en mettant en regard Ecole du droit naturel moderne et Ecole historique du droit, de saisir les liens complexes, qui tout à la fois les opposent et les articulent l'une à l'autre, et par là même d'éclairer le débat actuel.

Animée par la volonté de réaliser le vieux projet cicéronien de constituer le droit en système grâce à l'adoption d'une méthode inspirée par le modèle des sciences mathématiques, les penseurs de l'Ecole jusnaturaliste moderne s'en donnent les moyens en procédant à la double réduction qui va être constitutive de la nouvelle science juridique : ils identifient le droit à la loi, c'est-à-dire au commandement, et par là confèrent aux règles l'homogénéité qui autorise à les intégrer dans un unique processus déductif ; ils dépouillent par ailleurs les hommes des spécificités que leur valait leur insertion dans le temps et dans l'espace, pour les transformer en sujets abstraits, unis par leur identité générique, et dotés à ce titre de prérogatives nécessairement semblables. Les fins visées par l'Ecole historique du droit sont elles aussi, selon M. Dufour, avant tout d'ordre méthodologique, mais, on le sait, elles se définissent par leur opposition frontale avec les thèses de l'Ecole jusnaturaliste. Pour Savigny et ses disciples, dans la mesure où le contenu du droit est déterminé par la *totalité du passé* d'une nation (p. 181 et s.), les moyens de sa connaissance et de son utilisation doivent faire appel aux différentes techniques, historiques et philologiques en particulier, qui permettent de saisir cette genèse. C'est cette volonté de redonner à l'enracinement historique du droit sa place essentielle, qui les conduit à substituer à la caté-

gorie des droits naturels conçus comme attributs d'une essence humaine abstraitement définie, celle des *Grundrechte* (p. 22), considérés comme le patrimoine historiquement constitué des membres d'une collectivité nationale.

Mais, au-delà de ces oppositions, l'un des mérites de ce livre est de cerner les points de convergence dont l'existence permet de faire apparaître les deux écoles comme les deux parties d'un même ensemble.

L'importance identique qu'occupent dans l'économie de leur pensée le projet scientifique qui les anime et le primat qu'elles accordent aux questions de méthode, permet tout d'abord de comprendre, au moins pour partie, l'ambiguïté des choix politiques qu'elles ont l'une et l'autre engendrés. Si les principaux penseurs de l'École du droit de la nature et des gens ont pu être considérés, soit comme des défenseurs de l'individualisme libéral, soit comme des « suppôts de l'absolutisme monarchique » (p. 69), ceux de l'École historique se sont pour leur part décidément partagés entre un courant autoritaire et un courant libéral, et l'hypothèse selon laquelle cette surprenante plasticité est la conséquence de l'indifférence première au politique qui est chez ces auteurs la contrepartie du primat accordé par elles au projet scientifique, ne manque pas de séduction.

Mais c'est au cœur même des deux doctrines, que les différentes nuances et corrections, apportées d'un côté comme de l'autre aux options cardinales, conduisent à des rapprochements plus substantiels et plus significatifs. L'École jusnaturaliste s'efforce certes de réduire le droit à un ensemble de règles déduites de principes purement abstraits, mais Grotius et Pufendorf font l'un et l'autre place à un droit naturel « secondaire » ou « hypothétique », qui apparaît un peu comme la rencontre de la raison et de l'histoire, et fait donc appel, pour sa reconnaissance, au consentement des nations, et, pour sa connaissance, à des procédés de type *inductif*. Cette catégorie médiane doit beaucoup, M. Dufour le note à juste titre, à l'héritage scolastique sur lequel est ancrée la pensée des deux Fondateurs de l'École, mais, à notre sens, peut-être davantage à la notion classique de droit des gens, conçu comme un droit *médiateur* entre droit naturel et droit positif, qu'au seul concept de droit « dominant » ou « permissif » introduit par Suarez. Cependant, alors que, — toujours à notre sentiment — dans la tradition scolastique, le maintien théorique de cette catégorie justifiait, dans la pratique, le rôle accordé au droit romain considéré comme droit commun, et offrait par là même aux jurisconsultes un moyen de contrôle du droit étatique, au nom d'un droit naturel dont il n'était que le reflet, il devient, dans la pensée juridique moderne, le moyen par lequel se fait ce que l'auteur appelle « l'ouverture du droit naturel à tout le champ historique des décrets de la volonté humaine » (p. 139). Il est certain qu'en repliant ainsi l'une sur l'autre les deux catégories du droit naturel et du droit positif, Grotius et Pufendorf préparent en fait le triomphe de la raison d'Etat et du positivisme.

L'École historique de son côté met certes fortement l'accent sur les liens qui rattachent le droit à l'histoire, et par là à tout ce qui, dans la vie d'un peuple, se forge, comme en particulier la langue, dans le temps.

Mais Savigny comme Puchta reconnaissent qu'il y a dans tout droit, deux éléments, l'un particulier à chaque nation, l'autre général, et fondé sur la nature commune de l'humanité (p. 248), et cette constatation les conduit à redonner place, dans l'activité des jurisconsultes, à la *démarche systématique*. Parce qu'elles émanent de l'Esprit du peuple, et que, note Puchta (p. 252), l'unité de la source s'étend à tout ce qui procède d'elle, les règles juridiques ainsi produites constituent un tout : il appartient par conséquent aux juristes de déterminer cet ordre systématique, et, à partir de là, de révéler des règles, qui étaient certes contenues, « cachées » dans l'esprit du droit national, mais ne sont mises à jour que par le travail déductif de la science juridique. Ainsi est ouvert un large champ au fameux « *Juristenrecht* » et, dans le même mouvement, préparée la voie qui mène à la « *Begriffsjurisprudenz* ». Mais ce n'est pas seulement vers une nouvelle systématisation du droit que s'oriente ainsi l'École. Considérant en effet qu'il est nécessaire qu'une forme spécifique place le droit au-dessus des opinions individuelles, Savigny en vient à mettre la législation au même plan que la science du droit (p. 248), et finit même par considérer le Législateur comme le véritable représentant du *Volksgeist* (p. 214) : la loi n'est sans doute pas tout le droit, mais elle en est l'expression hautement privilégiée, et l'on comprend dès lors que Zöpfl (p. 31) ait pu reprocher à Savigny d'avoir fait du droit « le patrimoine d'un Etat de jurisconsultes dépendant des ordonnances du despotisme ».

L'opposition essentielle qui sépare les deux Ecoles n'est certes pas réduite, et elle ne saurait l'être. Mais les savantes analyses du professeur genevois ont un double mérite : en réinsérant leurs principaux thèmes dans le long terme de l'histoire de la pensée juridique, elles en font les éléments d'un patrimoine commun à toutes les Nations européennes ; elles nous montrent également qu'ils constituent des réponses différentes à des questions identiques, qui sont celles mêmes que fait naître la spécificité de la discipline juridique. La virulence des débats actuels n'en sera sans doute pas atténuée, leurs racines et les conséquences possibles que leur choix implique en seront à coup sûr mieux comprises.

Marie-France RENOUX-ZAGAMÉ